

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

имени М.В. ЛОМОНОСОВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Щербак Наталия Валериевна

Авторские и смежные права в системе интеллектуальных прав

Специальность 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки
(12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право;
международное частное право)

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени

доктора юридических наук

Научный консультант:

доктор юридических наук,

профессор Шерстобитов А.Е.

Москва – 2022

Оглавление

Введение.....	4
ГЛАВА 1. АВТОРСКОЕ ПРАВО И СМЕЖНЫЕ ПРАВА, ИХ МЕСТО В СОВРЕМЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РОССИИ.....	
§ 1. Исторические и философские основы становления и развития авторского права и смежных прав.....	31
§ 2. Проблемы международно – правовой охраны авторского права и смежных прав	79
§3. Проблемы соотношения отраслевых, подотраслевых и институциональных принципов российского авторского права и смежных прав	107
ГЛАВА 2. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ЭЛЕМЕНТНОГО СОСТАВА И СОДЕРЖАНИЯ СУБЪЕКТИВНОГО АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ	
§1. Структура и содержание модели единого субъективного авторского права и смежных прав (гражданско – правовые вопросы)	147
§2. Субъектный состав в авторском праве и смежных правах с точки зрения теории преемственности в исключительных правах	203
§3. Проблемы критериев (условий) охраноспособности объектов авторского права и смежных прав и особенности их гражданско – правового режима	252
ГЛАВА 3. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ СУБЪЕКТИВНЫХ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ ...	
§1. Способы осуществления субъективных авторских и смежных прав. Проблемы свободного использования объектов авторского права и смежных прав	312

§2. Распоряжение субъективными авторскими и смежными правами. Договорные способы распоряжения исключительными правами при осуществлении субъективных прав 357

§3. Способы защиты субъективных авторских и смежных прав. Теоретические проблемы самозащиты в системе гражданско – правовых способов защиты авторских и смежных прав 418

§4. Государственно – принудительные гражданско – правовые способы защиты субъективных авторских и смежных прав. Место и особенности имущественной ответственности за нарушение субъективных авторских и смежных прав 444

Заключение.....482

Список использованной литературы 492

Введение

Актуальность темы диссертационного исследования. В современном мире объекты авторского права и смежных прав получили широкое распространение во всех областях человеческой деятельности: наука, медицина, оборона, безопасность государства и др. В связи с этим право разработало юридическую форму для произведений науки, литературы и искусства как специфического объекта законодательного регулирования. В XXI веке перед законодателем и правоприменителем возникают новые задачи, вызванные появлением новых информационных технологий и порождаемых ими новых результатов интеллектуальной деятельности. Условия создания, использования результатов интеллектуальной деятельности и распоряжения исключительными правами на них стремительно меняются с учетом интенсивного развития робототехники, искусственного интеллекта, усложнения интернет – пространства. Явления глобализации, цифровизации оказывают интенсивное влияние на все сферы жизнедеятельности человека и ставят новые вызовы перед экономикой и правом.

Нельзя сказать, что на сегодняшний день авторское право и смежные права обойдены вниманием специалистов. По этой теме регулярно защищаются докторские и кандидатские диссертации, пишутся статьи. Тем не менее, в литературе указывают на «хроническую потребность в реформировании авторского права». Так, по мнению Дж. П. Барлоу, авторское право, разработанное в эпоху материальных носителей, совершенно не приспособлено к цифровым технологиям: оно не может работать и должно освободить рынок информации. Следовательно, юридическое сообщество должно заняться демифологизацией доктрины авторского права, чтобы расчистить место для разумной модификации правовых норм в эпоху стремительных технологических сдвигов¹. По этой причине проблема легитимации авторского права по–прежнему актуальна, что связано с неспособностью авторского права адекватно и своевременно реагировать на развитие технических средств распространения результатов интеллектуальной деятельности, популяризации представлений о социальной приемлемости нарушений авторского права и смежных прав и др.

На современном этапе развития общества объекты авторского права и смежных прав, как никогда, призваны удовлетворять духовные потребности участников гражданского оборота. В условиях отсутствия сбалансированной системы интеллектуальных прав возникает перекос в

¹ Барлоу Дж. П. Продажа вина без бутылок. Экономия сознания в глобальной сети.
<http://www.lib.ru/COPYRIGHT/barlou.txt>

решении стратегически важных задач, связанных с использованием результатов интеллектуальной деятельности в качестве фундамента для последующих творческих разработок. С одной стороны, авторское право призвано содействовать развитию науки, культуры, образования, а с другой стороны, авторское право, понимаемое как монополия правообладателя, ограничивает право человека на свободный доступ к информации и ее распространение. Соответственно, одной из таких сфер, требующих пристального научного изучения, является построение непротиворечивого учения об интеллектуальных авторских и смежных правах, предполагающего согласования имущественных интересов различных субъектов, не допуская развитие конфликта разнонаправленных частных и публичных волей. В ином случае исключительные права потеряют свою ценность, что приведет к крайне негативным последствиям не только для авторов и иных правообладателей, но и общества в целом.

Постепенно прорывные технологии и открытость торговли коренным образом изменили характер мирового производства. Либерализация коммерческой деятельности, основанная на свободном движении капитала, товаров, работ, услуг, создание новых региональных рынков, интенсификация международных, культурных, научных связей, появление и развитие новых средств коммуникации способствуют трансграничному использованию объектов авторского права и смежных прав и распоряжению правами на них. Таким образом, в современных условиях создание коммерчески привлекательного результата интеллектуальной деятельности и его продвижение в обороте требует активного взаимодействия правообладателей нацеленных на предложение рынку высокотехнологичного продукта, но и в приобретении прав на чужие разработки. Наиболее важным в рамках настоящего исследования является вопрос о том, каким образом происходит осуществление личных неимущественных прав, исключительного права и иных прав. Насколько взгляды, которые преобладают в современной российской доктрине о трихотомии интеллектуальных прав, о непередаваемости и неотчуждаемости личных неимущественных прав, о разных сроках действия неимущественных и имущественных прав, о комплексной природе иных прав (имущественно–неимущественные) и др., в принципе помогают построить внутренне непротиворечивую модель единого авторского права? Модель, состоящую из имущественных и неимущественных правомочий с одинаковым сроком действия, с возможностью передачи обоих видов правомочий, но не их уступки. Российский законодатель в начале двухтысячных годов, не имея полного представления об обороте интеллектуальной собственности, так как в советские годы полноценный оборот практически отсутствовал, допускает и полное отчуждение (смена правообладателя), и передачу исключительного права. Неопределенность в российском гражданском праве в отношении указанных правовых проблем

неизбежно влечет значительные трудности при разрешении целого ряда вопросов, лежащих на стыке теории и практики.

Другой блок проблемных вопросов связан с необоротоспособностью личных неимущественных прав. Например, право на неприкосновенность произведения является фундаментальным личным неимущественным правом, в соответствии с которым никто не вправе вмешиваться в целостность произведения, в его концепцию, потому что это нарушает неимущественные интересы автора, его видение. Соответственно, это право необоротоспособно, и отказ от этого права ничтожен. Между тем в 2014 году в ходе реформы гражданского законодательства были в интересах оборота внесены изменения в п.3 ст.1266 ГК РФ, в соответствии с которыми автор дает согласие на нарушение целостности своего произведения на будущее посредством публичной оферты (открытой лицензии). Исследователи задаются вопросом, можем ли мы теперь рассуждать о праве на неприкосновенность как о передаваемом праве посредством односторонних сделок и двусторонних соглашений? При этом даже сама по себе допустимость подобных условий, их соответствие традиционному авторскому праву, а также последствия их нарушения вызывают разногласия в российской литературе. В то же время дискуссия о наличии распорядительных элементов в личных правах автора в Европе уже закончена.

Настоящая работа посвящена комплексному исследованию института интеллектуальных авторских и смежных прав, их оценке и коммерциализации в современном мире, где с появлением всемирной компьютерной сети «Интернет» территориальные границы уже не имеют столь большого значения. Создаваемые произведения науки, литературы, искусства формируют общество, обеспечивая тем самым научно-культурное развитие. В связи с этим особое значение приобретает исследование специфики правового регулирования вопросов, связанных с осуществлением и защитой интеллектуальных авторских и смежных прав на охраняемые объекты интеллектуальной собственности. Узкоотраслевое исследование интеллектуальных прав, ограниченное формально-юридическим методом и уже сложившимися доктринальными позициями, оказывается невосприимчивым к кардинальным преобразованиям, которые претерпевают общественные отношения в условиях информационного общества, ускорения обмена информацией, развития 3D-принтирования (3D-печать органов, еды, арт-объектов), так как многие результаты интеллектуальной деятельности подверглись значительным изменениям, модификации, практически полностью переместившись в информационную среду, утрачивают материальный носитель, в котором выражаются создаваемые результаты интеллектуальной деятельности, теряя свою традиционную форму. Стремительно растет оборот прав на результаты интеллектуальной деятельности. Расширение практики использования договорных конструкций

породило необходимость пересмотра ряда положений, понятий, категорий в сфере интеллектуальных прав (общие положения), авторского права и смежных прав. Анализ современной правоприменительной практики по исследуемому вопросу показывает, что позиция судебных органов не является однородной. Суды общей юрисдикции и арбитражные суды, рассматривая споры, связанные с использованием объектов интеллектуальной собственности и распоряжением правами на них, неоднозначно, а порой противоречиво применяют нормы части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, а это приводит к злоупотреблениям в сфере договорных обязательств.

С учетом изложенного, актуальность диссертационного исследования обусловлена следующими детерминантами. Во-первых, недостаточной проработкой концепции интеллектуальных авторских и смежных прав на теоретическом уровне в современном гражданском праве России. На сегодняшний день не выработано четкого понимания соотношения положений части четвертой Гражданского кодекса РФ с рядом положений части первой, второй, третьей Гражданского кодекса РФ, а также соотношения институтов авторского права и смежных прав с институтами вещного, наследственного и обязательственного права. Будет проанализировано действие фундаментального принципа авторского права XIX века, в соответствии с которым невозможно, работая параллельно и независимо над каким-либо объектом прийти к одному и тому же результату, с проблемой XXI века – параллельного творчества. В условиях неопределенности остается проблема о возможности сохранения исключительного права или права использования за добросовестным пользователем на основании применения нормы ст. 302 Гражданского кодекса РФ об истребовании имущества у добросовестного приобретателя по аналогии или на ином основании. В последние лет десять все чаще высказывается точка зрения, что господствующий в РФ подход, согласно которому институт добросовестного приобретателя относится исключительно к вещному праву, выглядит несправедливым. К числу краугольных можно отнести вопрос о применении иска о корректировке реестра, который используется для восстановления юридического владения вещью, в отношении программ для ЭВМ лицом, считающим себя правообладателем, к лицу, указанному в качестве правообладателя в Реестре программ для ЭВМ. Остается вопрос о допустимости применения по аналогии норм об аренде (п. 1 ст. 618 ГК РФ и п. 1 ст. 621 ГК РФ) к отношениям, возникающих между сторонами лицензионного договора, и многие другие.

Практикующие специалисты обосновывают возможность аналогии через сходство природы исключительного права как имущественного права и, например, права аренды вещи, только вместо вещи их объект – результат творчества, но поскольку он тоже товар, то имеет место режим «бестелесной вещи», следовательно, его можно виндигировать как вещь,

применять правила о добросовестном приобретателе и др. Все эти проблемы требуют осмысленного решения и содержательного анализа – могут ли быть здесь новые иски, хотя бы по аналогии с имеющимися исками вещного типа? Соотношение виндикации и восстановления контроля над исключительным правом как способов защиты права собственности и исключительного права, соотношение негаторного иска и требований о пресечении действий как способов защиты права собственности и исключительного права и т.п. Данный перечень вопросов можно было бы продолжать весьма долго – как будет показано ниже, концепция единого авторского права позволяет решать множество спорных казусов, которые требуют разрешения с точки зрения, теории и судебной практики.

Например, ряд принципиальных вопросов до сих пор не получили надлежащего разрешения в российской цивилистике. К таким вопросам, в частности, относятся: пределы применения к лицензионным договорам и договорам об отчуждении исключительных авторских и смежных прав принципа свободы договора; включение в лицензионные договоры, договоры об отчуждении исключительных авторских и смежных прав различных ограничительных условий, негативных обязательств (запрет лицензиату заключать лицензионные договоры с конкурентами правообладателя и др.); связывающих условий (обязательство лицензиата, приобретателя исключительного права приобрести помимо прав на интересующий объект интеллектуальной собственности дополнительные объекты, в том числе права на иные результаты интеллектуальной деятельности). Можно ли в принципе говорить о правомерности подобных условий с точки зрения антимонопольного регулирования, принципа злоупотребления правом. Во - вторых, в эпоху глобализации мировой экономики и развития современных технологий объекты авторского права и смежных прав приобретают все большее распространение на территориях огромного количества стран. Добросовестному пользователю сложно найти правообладателя, который находится в другом государстве. Автор, с одной стороны, должен радоваться возрастающему спросу на свой интеллектуальный продукт, но, с другой стороны, контролировать в одиночку введение в гражданский оборот своего произведения во всех странах мира довольно затруднительно. Правообладатели порой даже не подозревают об этом. Это приводит к тому, что реализация исключительных авторских и смежных прав на законных основаниях требует заключения пользователем договоров с каждым правообладателем. Именно необходимость разрешения таких ситуаций обуславливает вовлечение института коллективного управления авторскими и смежными правами как наиболее простого и эффективного механизма, направленного на легальное использование исключительного права на охраняемый «контент»,

и, как следствие, на противодействие нарушениям авторского права и смежных прав при массовом использовании результатов интеллектуальной деятельности². В – третьих, ряд законотворческих недочетов и фактических ошибок, касающиеся содержания и распоряжения исключительных авторских прав были разъяснены в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 года №10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее, Постановление Пленума Верховного Суда РФ №10). В частности, молчание законодателя о распоряжении исключительными правами на будущие объекты интеллектуальной собственности было восполнено указанием Верховного Суда РФ на то, что телеологическое толкование п. 4 ст. 1234 и ст. 1235 ГК РФ не исключает возможность заключения договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора, предусматривающих переход исключительного права или предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности, которые будут созданы (возникнут в будущем). Исключительное право на такой результат переходит, а право использования результата интеллектуальной деятельности предоставляется в момент, определенный в договоре, но не ранее момента возникновения такого права. Однако данные разъяснения высшей судебной инстанции по объективным причинам еще не получили должного анализа в отечественной доктрине, и по ним не было выработано однозначной судебной практики. Прежде всего, здесь следует упомянуть договоры об отчуждении исключительного права, лицензионные договоры, заключенные в отношении будущих объектов права. До принятия данного Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10 правоведа исходили из того, что соответствующие соглашения могли быть заключены только в отношении уже созданных произведений для объектов авторского права и смежных прав (зарегистрированных – для патентоохраняемых объектов, средств индивидуализации товаров). При этом остается непонятным, каким именно образом должен быть определен объект авторского права или смежных прав, на который субъект передает исключительное право, на какой стадии «готовности» должен находиться результат, например, создан, но не зарегистрирован в отношении программных продуктов или не

² В целях обеспечения защиты прав и продвижения интересов авторов во всем мире в 1926 году создана Международная конференция обществ авторов и композиторов CISAC, которая является неправительственной, некоммерческой организацией и представляет собой ведущую в мире сеть обществ авторов. Для этого CISAC разрабатывает юридические, деловые и IT – стандарты для защиты прав авторов и поддержки развития международной сети обществ коллективного управления. CISAC объединяет авторов и организации по коллективному управлению правами, чтобы воздействовать на лиц, принимающих решения в этой области с целью обеспечения и продвижения авторских прав во всем мире. Члены CISAC соблюдают нормы Профессиональных правил и Обязательных резолюций, тем самым гарантируя деятельность в соответствии с передовой практикой в этой отрасли. <http://www.cisac.org/Who-We-Are>.

запатентован в отношении объектов промышленной собственности; по каким критериям такие договоры будут разграничиваться с договорами авторского заказа, содержащих условие о переходе к заказчику прав на использование объекта, исключительного права. Чрезвычайный экономический интерес возникает в отношении того, что происходит с «долей» в исключительном праве, принадлежащим нескольким лицам, в случае смерти одного из соправообладателей (переходит она к наследникам, распределяется среди остальных правообладателей, право соправообладателя прекращается и т.д.). Также неясно, может ли один соправообладатель распорядиться своей «долей» или распоряжение возможно только в отношении исключительного права в целом, возможно ли обращение взыскания на соответствующую долю. Данный спор представляет собой, по сути, доктринальную дискуссию о возможности образования долей в исключительном праве (долевое соправообладание) и о применении по аналогии норм о долях в вещном праве, например, как в праве общей долевой собственности. Как представляется, по данному вопросу Верховный Суд согласился со своими разъяснениями, данными еще в п.87 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании», исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, перешедшее к нескольким наследникам, принадлежит им совместно. В п. 35 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10 суд истолковал таким образом, что образование долей в исключительном праве невозможно, что не является бесспорным фактом.

Полагаем, что исключительное право может существовать с определением долей в порядке, установленном законом, например, при наследовании; на основании соглашения правообладателей, а в случае спора доли могут устанавливаться судом. В этом случае возникает режим аналогичный общей долевой собственности. В таких случаях каждый правообладатель имеет возможность самостоятельно распоряжаться принадлежащей ему долей. При этом остальные правообладатели имеют преимущественное право приобретения такой доли в случае ее отчуждения или обращения взыскания на нее. Ведь в современной цифровой экономике множественность лиц на стороне правообладателя является достаточно распространенной ситуацией, что обусловливается созданием и использованием высокотехнологичных результатов интеллектуальной деятельности несколькими лицами. Нетрудно заметить, что интересы таких лиц могут не совпадать, что приводит к парализации оборота и повышению конфликтности в указанном сегменте экономики. Не обращая внимания на эту важную проблему в российской доктрине, мы затрудняем использование современных научно - технических разработок и, как следствие, ослабляем защищенность имущественных интересов правообладателей.

В – четвертых, трансформацией информационных технологий, все более широким распространением Интернета среди пользователей в связи с технической простотой и дешевизной представления, обработки, передачи, доступа и распространения информации в цифровой форме. Возникновение и развитие прорывных технологий стало возможным благодаря практически повсеместному использованию «облачных» технологий, которые позволяют обеспечить вычислительные мощности. Облачные вычисления - это способ передачи вычислительных ресурсов в виде обслуживающей сервисной программы по сети, обычно «Интернет», которая адаптируется в соответствии с требованиями пользователя.³ Такие результаты интеллектуальной деятельности могут обладать культурной, научной и экономической ценностью, а существующие технологии обеспечивают широкую доступность для использования любыми третьими лицами. В отсутствие специального регулирования они могут одновременно использоваться множеством заинтересованных субъектов, в то время как правообладатели рассчитывают получить прибыль.

По данным Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности (WIPO), инвестиции в приобретение и создание результатов интеллектуальной деятельности растут гораздо быстрее, чем вложения в иные объекты, что свидетельствует о наращивании тенденции коммерциализации использования произведений и иных объектов интеллектуальной собственности.⁴ Эти процессы обуславливают необходимость введения законодательного регулирования использования интеллектуальных авторских и смежных прав в условиях коммерциализации, в том числе в сети Интернет, с учетом недопущения нарушения баланса интересов правообладателей и пользователей. Наконец, существующее законодательство в сфере защиты интеллектуальных авторских и смежных прав в основном было сформировано в тот период, когда сеть Интернет и информационные технологии не были повсеместно востребованы, в силу чего оно содержит значительное количество пробелов. Россия остается, пожалуй, единственной страной, в которой нет достаточного законодательного регулирования в указанном сегменте, в том числе и деятельности интернет – сообщества.

В таком случае возникает необходимость в проведении фундаментального научного гражданско–правового исследования и переосмысления теоретической концепции интеллектуальных авторских и смежных прав в Российской Федерации в поисках баланса

³ David Linthicum. Understanding the Symbiosis of Cloud Computing, Big Data and Mobile (March 13, 2013). Режим доступа: <https://gigaom.com/2013/03/13/understanding-the-symbiosis-of-cloud-computing-big-data-and-mobile/>

⁴ Доклад «О положении в области интеллектуальной собственности в мире: нематериальный капитал в глобальных цепочках создания собственности»//https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ru/wipo_pub_944_2017.pdf

интересов между правообладателями и пользователями с точки зрения объективной добросовестности, запрета злоупотребления субъективными исключительными авторскими и смежными правами, запрета на извлечение преимуществ из своего незаконного или недобросовестного положения, доктрины несправедливых договорных условий («unfair terms»), принципа свободы договора («freedom of contract»). Центральный вопрос, который до сих пор не нашел разрешения в специальной литературе, - это где проходит демаркационная линия между субъективным исключительным авторским правом и смежными правами как монополией правообладателя и свободой слова и выражения, например, как отграничить повторение оригинального произведения как правонарушения от пародии как случая свободного использования? Помним, как многие авторы хотели повторить успех Джоан Роулинг и ее романа «Гарри Поттер и философский камень» писали о русской сестре Гарри Поттера: «Таня Гроттер и магический контрабас», использовали аллюзию, в названии своих произведений - «Порри Гаттер и Каменный Философ». Обладает ли монополия правообладателя эффектом эластичности и может ли сузиться под натиском свободы творчества? Уместна ли здесь аналогия с правом собственности, которое, обладая определенной эластичностью, может сжиматься при установлении сервитута, права залога и др. обременений и восстанавливаться в прежнем объеме при их отпадении? Между тем следует признать, что до сих пор в отечественной доктрине отсутствуют подобного рода комплексные исследования.

В рамках данного исследования предлагается методологический подход, формулируются теоретические предпосылки, из которых следует исходить при осуществлении и защите авторских и смежных прав в современной России, проанализированы общие и частные (специальные) вопросы концепции интеллектуальных авторских и смежных прав. Одна из ключевых задач настоящего исследования состоит в том, чтобы, принимая во внимание доктринальные наработки российского и иностранных правовых порядков, выработать стройную и внутренне непротиворечивую модель единого авторского права. При этом для указанных целей уделено внимание не только французскому и немецкому праву, как праву континентальных правовых порядков, наиболее близких российскому гражданскому праву, но и праву стран общего права, включая английское право и право США.

Степень научной разработанности темы. Проблемы, касающиеся теоретической концепции интеллектуальных авторских и смежных прав, традиционно привлекали и до сих пор привлекают внимание отечественных и иностранных исследователей с момента зарождения правового регулирования авторского права и смежных прав на результаты интеллектуальной деятельности. Имеется значительное число трудов, посвященных отдельным аспектам интеллектуальных авторских и смежных прав.

Теоретическим (философским) обоснованием авторского права занимались Дж. Локк, И. Кант, Ф. Гегель, И. Фихте, Дж. Фоусетт, Й. Колер, О. Ульмер, О. Гирке, М. Фуко, Б. Мольтке, Г. Хубман, К. Поппер, М. Куммер.

К наиболее значимым дореволюционным российским исследователям, чье внимание привлекли проблемы исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, в том числе и вопросы распоряжения исключительным авторским правом, следует отнести С.А. Беляцкина, А.В. Завадского, Я.А. Кантаровича, А.А. Пиленко, И.А. Покровского, А.А. Симолина, Г.Ф. Шершеневича и др.

Общетеоретические вопросы оборота прав, распоряжения исключительными авторскими и смежными правами рассматриваются в работах следующих исследователей: Б.С.Антимонова, И.А.Близнеца, М.М.Богуславского, Э.П.Гаврилова, М.В.Гордона, И.А.Грингольца, В.А.Дозорцева, И.А.Зенина, В.Я.Ионаса, О.С.Июффе, А.Л.Маковского, И.Э. Мамиофы, В.П. Мозолина, М.А. Рожковой, А.П.Сергеева, В.И.Серебровского, С.А.Сударикова, Е.А.Суханова, Л.А.Трахтенгерц, С.В. Третьякова, Е.А.Флейшиц, А. Е. Шерстобитова, В.Л. Энтина.

Интенсивность, с которой в последние тридцать лет появляются монографии об исключительных правах, систематически возрастает. И это не может быть случайностью, новым трендом, так как исключительные права результаты интеллектуальной деятельности прочно и надолго вошли в гражданский оборот.

В современной научной литературе особое внимание уделено анализу отдельных прав автора в контексте их места в системе интеллектуальных прав. Такие исследования проводились, в том числе В.С. Витко, А.С. Ворожечин, Е.А. Войниканис, В.А. Дозорцевым, В.А. Корнеевым, А.Л. Маковским, А.Г. Матвеевым, Е.А. Сухановым, В.Н. Синельниковой, И.А. Зениным, С.В. Усольцевой, О.А. Новосельцевым, В.О. Калятиным, В.Н. Кастальским, Е.А. Моргуновой, Н.Л. Свиридовым, С.А. Сенициным и др.

Однако значительное число современных работ в области интеллектуальных прав носит узконаправленный характер и сфокусировано в основном на изучении особенностей регулирования сущности и содержания исключительного права на конкретный результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, или отдельные способы, опосредующие оборот исключительных прав, в том числе в сети Интернет. Среди российских авторов можно назвать С.А. Бабкина, В.Б.Наумова, И.М.Рассолова, Л.К.Терещенко, Н.И. Федоскину, М.А. Хатаеву и других. Также отдельным аспектам правового регулирования

авторского права и смежных прав в сети Интернет посвящен ряд диссертационных исследований⁵.

К научным работам, которые представляют особый интерес для целей настоящего исследования, относится диссертация на соискание доктора юридических наук А.Г. Матвеева, а также диссертационные исследования Е.А. Войниканис, А.С. Ворожевич, В.С. Савиной.

Вместе с тем комплексные исследования, посвященные российской системе авторского права и смежных прав, проблемам их взаимосвязи и демаркации, структуре и содержанию нормативно – теоретических моделей с точки зрения правовой природы и закономерностей их развития, особенно в контексте стремительного развития сети Интернет, цифровизации (Digitalization), виртуализации объектов авторского права и смежных прав, появления технологий искусственного интеллекта еще не проводились. Вышесказанное оставляет место для дальнейшей научно – исследовательской деятельности в этом направлении, свидетельствуя о существовании некоего творческого потенциала в указанной сфере. В настоящей работе проведено комплексное фундаментальное исследование и предложена, разработанная автором, концепция единого авторского права и смежных прав, предполагающая выделение присущих им особенностей и элементов, подробное рассмотрение существующих договорных и

⁵См.: *Абдуллин А. И.* Право интеллектуальной собственности в Европейском Союзе: генезис, унификация, перспективы развития: дис. ... докт. юрид. наук. - М. 2006; *Барановский П. Д.* Международно-правовые проблемы охраны интеллектуальной собственности в сети Интернет: дис. ... канд. юрид. наук. - М. 2005; *Бойко О. П.* Особенности гражданско-правового регулирования авторских прав в Российской Федерации в среде интернет: дис. ...канд. юрид. наук. - М. 2007; *Бреус С.Б.* Защита авторских прав в Интернет: Дис. ... канд. юрид. наук. – М. 2009; *Будник Р. А.* Правовой режим охраны авторских прав при использовании произведений в открытых информационных системах: дис. ...канд. юрид. наук. - М. 2008; *Воропаев С.А.* Правовое регулирование авторских прав в сфере функционирования всемирной информационной сети Интернет: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М. 2005; *Иванов А.В.* Интеллектуальная собственность в Интернете: Дис. ... канд. юрид. наук. - М.2006; *Караулова Ю.А.* Правовое регулирование авторских прав в глобальном информационном пространстве (сравнительный анализ правоприменительной практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М. 2009; *Коростелева С. В.* Личные неимущественные права авторов и особенности их реализации в Интернет: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М. 2006; *Липкес А.М.* Правовые вопросы использования авторских произведений в Интернете: Дис. ... канд. юрид. наук. - М. 2006; *Макарова Е.М.* Проблемы правового регулирования использования Интернета в предпринимательской деятельности: Дис. ... канд. юрид. наук. - М. 2007; *Мирзоян С. М.* Охрана авторских прав в России и США: Сравнительно-правовой анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М. 2004; *Хатаева М.А.* Правовое обеспечение охраны интеллектуальных прав в информационно-коммуникационных сетях на примере Интернета: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М. 2009; *Морхат П.М.* Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы: дис. ...докт. юрид. наук. – М., 2018; *Карцхия А.А.* Гражданско-правовая модель регулирования цифровых технологий: дис. ...докт. юрид. наук. – М. 2019.

бездоговорных способов распоряжения исключительными авторскими и смежными правами, анализ разновидностей и особенностей подобных договорных конструкций с точки зрения нормативных и теоретических моделей интеллектуальных прав. Особое внимание уделено международному регулированию.

Цель диссертации состоит в том, чтобы выработать догматически стройную и непротиворечивую концепцию (модель) единого авторского права и смежных прав в современном гражданском праве России, которая, позволяла бы эффективно разрешать споры, возникающие на практике.

Указанная цель достигается посредством решения следующих основных задач:

- исследовать ключевые проблемы осуществления и защиты авторского права и смежных прав путем построения нормативно – теоретической модели единого авторского права;
- установить специфику теоретического обоснования и развития российской системы интеллектуальных прав;
- раскрыть базовые принципы интеллектуальных авторских и смежных прав, значимые для формирования теоретической модели;
- определить генезис личных неимущественных прав автора в европейском праве и его влияние на их юридические свойства в российском гражданском праве;
- выявить современные тенденции к отказу от безусловного применения принципа неотчуждаемости и непередаваемости личных неимущественных прав автора;
- определить происхождение понятия исключительных авторских и смежных прав в законодательстве и науке, выявить их сущность, структуру и признаки, значимые для современного гражданского оборота;
- выявить функциональные характеристики исключительного права на объект авторского права и смежных прав, позволяющих ему участвовать в гражданском обороте наряду с другими объектами гражданских прав;
- раскрыть доктринальное толкование содержания исключительного права на объекты авторского права и смежных прав, составляющих его правомочий и раскрыть особенности пределов осуществления исключительных прав, в том числе в условиях цифровизации;
- выявить соотношение исключительного права с иными имущественными правами;
- определить существующие гражданско – правовые способы распоряжения исключительным правом на объекты авторского права и смежных прав, существующих в праве различных стран и провести их систематизацию;

- раскрыть наиболее распространенные формы коммерциализации исключительного авторского права и смежных прав в иностранных правовых порядках и разработать предложения по совершенствованию действующего российского законодательства, регулирующего договорные способы распоряжения исключительным авторским правом и провести детальный анализ правовых возможностей, имеющихся у каждой из сторон правоотношения;
- разработать теоретически обоснованные рекомендации по совершенствованию отечественного законодательства в сфере авторского права и смежных прав с учетом построения модели единого авторского права.

Эти задачи не могут быть решены в рамках прежней правовой модели авторского права, зародившейся пятьсот лет назад. Требуется пересмотр классических догм и разработки новой правовой концепции единого авторского права в гражданском праве современной России.

Объектом исследования являются урегулированные нормами права общественные отношения, складывающиеся в процессе возникновения и прекращения, а также осуществления и защиты авторского права и смежных прав, в том числе при коммерциализации правообладателями принадлежащих им исключительных прав на объекты авторского права и объекты смежных прав.

Предмет исследования составляют теоретические модели авторского права и смежных прав, существующие в праве различных стран, а также нормы российского, зарубежного и международного законодательства, закрепляющие исключительное право авторов и иных правообладателей и регулирующие отношения, возникающие в связи с осуществлением и защитой указанных прав, в том числе в сети Интернет, а также конкретные договорные и бездоговорные способы распоряжения исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, материалы правоприменительной практики, научные исследования и доктринальные положения, сформулированные в указанной сфере в трудах российских и зарубежных ученых.

Методологическую основу исследования составили общенаучные методы познания: диалектический метод, анализа и синтеза, индукции и дедукции, абстрагирования, восхождения от абстрактного к конкретному, классификации (систематизации), аналогии. Используются и специальные методы: формально-юридический, логический, структурно-функциональный, описательный, лингвистический. Применяемый в работе метод историзма позволяет проследить происхождение (генезис) системы интеллектуальных авторских и смежных прав в правовой доктрине и законодательстве.

Особую роль в диссертационном исследовании играют методы моделирования и системного подхода. Поскольку метод моделирования представляет собой такой специфический способ познания, при котором одна система воспроизводится в другой модели, моделирование системы авторского права и смежных прав способно не просто дать информацию об объектах и об оборотоспособности прав на них, но и позволяет определить важнейшие закономерности их функционирования. Метод системного подхода позволил: 1) добиться системной постановки проблемы, что помогло по-новому увидеть систему интеллектуальных авторских и смежных прав и круг вопросов, необходимых для ее построения; 2) вычленили системообразующие связи интеллектуальных авторских и смежных прав; 3) исследовать систему интеллектуальных авторских и смежных прав и условия их существования.

Использование формально – юридического метода позволило сформулировать ключевые понятия настоящего диссертационного исследования. Посредством логического метода был проведен анализ положений доктрины, норм правовых актов, выводов судебной практики с позиций формальной логики. Структурно – функциональный метод позволил сформировать единообразные множества однородного теоретического и практического материала, имеющего как прямое, так и косвенное касательство к отношениям, связанным с деятельностью субъектов в гражданском обороте и в сети Интернет. С использованием исторического метода был подготовлен обзор истории развития и современного состояния отношений в области правового регулирования авторского права и смежных прав в современном гражданском праве России. Лингвистический метод позволил проанализировать и истолковать ряд терминов и категорий, в том числе используемых в сетевом пространстве Интернет.

Теоретической основой диссертационного исследования выступают фундаментальные теоретические положения науки гражданского права, общей теории права, истории и философии права, труды выдающихся дореволюционных, советских и современных представителей отечественной науки гражданского права таких, как А.И. Абдулина, М.М. Агаркова, Б.С. Антимонова, С.А. Бабкина, И.А. Близнеца, С.А. Беляцкина, В.А. Белова, Н.В. Бузовой, В.В. Витрянского, В.Л. Вольфсона, Е.А. Войниканис, А.С. Ворожевич, В.С. Витко, Э.П. Гаврилова, М.В. Гордона, О.А. Городова, В.А. Дозорцева, В.И. Еременко, И.А. Зенина, О.С. Иоффе, В.О. Калятина, Я.А. Канторовича, А.В. Кашанина, О.А. Красавчикова, В. А. Корнеева, К.Б. Леонтьева, А.Л. Маковского, А.Г. Матвеева, Р.А. Мерзликиной, Е.А. Моргуновой, С.А. Муромцева, Л.А. Новоселовой, Е.А. Павловой, А.А. Пиленко, К.П. Победоносцева, И.В. Понкина, М.А. Рожковой, О.А. Рузаковой, В.С. Савиной, А.П. Сергеева, А.Г. Серго, Р.И. Ситдиковой, В.Д. Спасовича, С.А. Судариковой, Е.А. Суханова, В.И. Серебровского, А.А. Симолина, В.Н. Синельниковой, С.В.

Третьякова, М.А. Федотова, Е.А. Флейшиц, Ю.С. Харитоновой, В.А. Хохлова, Р.О. Халфиной, А.Е. Шерстобитова, Г.Ф. Шершеневича, В.Ф. Яковлева и др.

Также теоретическую основу исследования составляют труды таких зарубежных ученых, как Т. Альпин, Л. Бентли, В. Веинке, О. Гирке, Р. Дюма, Р. Дэвис, Э. Зеккель, Д. Зитрейн, Й. Колер, Р. Коуз, Д. Коэн, Л. Лессиг, Д. Локк, Д. Липцик, Б. Мольтке, А.Р. Миллер, М.В. Ниммлер, У. Патри, Р. Познер, К. Поппер, Р. Рейлли, П. Самуэльсон, О. Ульмер, У. Фишер, Х. Ховенкэмп, Г. Хубман, Дж. Хьюс, Б. Шерман, Л. Эннекцерус и др.

Нормативную основу диссертационного исследования составили положения Конституции РФ, международных соглашений в области интеллектуальной собственности, российского гражданского законодательства, законодательства об авторском праве и смежных правах зарубежных стран.

Эмпирическая база диссертации включает в себя практику судов общей юрисдикции, арбитражных судов, решения Верховного суда США, Великобритании, Канады, Европейского Суда справедливости (Суда ЕС), других зарубежных судов, официальные материалы Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), Всемирной торговой организации (ВТО), Комитета по гражданским, социальным и культурным правам Организации объединенных наций (ООН).

Научная новизна диссертационной работы. В работе решена важная научная задача, направленная на разработку модели единого авторского права, позволяющей выстроить логичную и непротиворечивую систему интеллектуальных прав. На основе исследования теоретических концепций и раскрытия базовых принципов автором доказана необходимость реформирования набора интеллектуальных прав через создание нормативно – догматической модели субъективного авторского права, отражающего аспекты ее формирования, функционирования и совершенствования.

В исследовании представлена разработка теоретической модели авторского права и смежных прав, которая позволяет провести системный анализ сущности правоотношений сторон, возникающих в результате осуществления исключительных авторских и смежных прав на результаты интеллектуальной деятельности посредством договорных конструкций по распоряжению исключительным правом и бездоговорных способов распоряжения. Проведенное исследование создает необходимые предпосылки для целостного восприятия используемых различных договорных форм в сфере интеллектуальной деятельности, ограничений в области свободного доступа к использованию объектов авторского права и смежных прав, пределов осуществления и защиты исключительных прав.

Научная новизна диссертационного исследования определяется следующими основными положениями, выносимыми на защиту:

1. Разработана концепция единого авторского права, призванная заменить группы разрозненных личных неимущественных, исключительных и иных прав на тот или иной объект. Доказано, что для создания единой и внутренне непротиворечивой модели российского авторского права может быть использована немецкая монистическая модель авторского права, в соответствии с которой авторское право является непередаваемым при жизни автора (может быть только унаследовано), предусматривается единый срок действия имущественных и моральных прав автора (70 лет после смерти автора), а также, установлен единый режим обеих групп прав после смерти автора (переходят лишь к родственникам автора). Монистическая модель системы авторских прав, существующая в США и Великобритании, состоящая из однородной группы прав (доминирование имущественных прав и непередаваемость моральных прав, при условии возможности отказа от них автора), не может быть использована в российском авторском праве ввиду угрозы нарушения личного интереса автора.

2. Предложенная в диссертации модель может быть зафиксирована путем дифференциации единого авторского права на два элементных компонента в зависимости от интереса, лежащего в их основе: имущественные и неимущественные правомочия, которые состоят из способов использования. Единое авторское право как система представляет собой комплекс взаимосвязанных элементов, обладает свойствами, отличными от свойств ее элементов и несводима к сумме своих элементов. Учитывая, что действующая категория «интеллектуальные права» не указывает на субъективные права, а выступает искусственной конструкцией, призванной объединить разнородные по своей природе гражданские права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (данная триада прав является не системой, а формальным набором (трихотомия), концепция единого авторского права рассматривает все права (правомочия): имущественные и неимущественные как взаимосвязанные и нераздельные части одного монолитного авторского права. Следовательно, передать другому лицу все авторское право невозможно, а полный отказ от авторского права ничтожен. Можно передать лишь отдельные элементы права, если мы говорим о моральных правах, и отдельные правомочия, если мы говорим о правах имущественных, тем самым защищая автора как экономически слабую сторону и создавая стимулы для творчества. Чем больше затрагивается связь между автором и его произведением, тем бóльшими ограничениями сопровождается «передача».

3. Доказано, что правила «трехшаговой проверки» — это правовые предписания, закрепляющие пределы, в которых законодателю дозволено вводить случаи свободного

использования (определенные особые случаи). Поскольку ограничения исключительных прав, сгруппированные в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ), на основании Бернского теста, не образуют какой-либо единой системы, основанной на определенном критерии, представляют собой разрозненный набор и не связаны друг с другом, а точечный характер ограничений исключительных прав обуславливает их буквальное (а не телеологическое толкование) в отношении и целей, и видов произведений, и субъектов, и способов использования, обоснована необходимость создания сбалансированной интерпретации трехступенчатого теста в авторском праве, в соответствии с которой: 1) трехступенчатый тест рассматривается как неделимое целое; 2) три его шага должны использоваться совместно и получать комплексную оценку; 3) ограничения и исключения не должны толковаться узко; 4) требование об установлении ограничений в отдельных случаях не препятствуют законодателям вводить открытые составы ограничений и исключений при условии, что сфера применения таких ограничений является разумной и предсказуемой (добросовестной).

4. Установлено, что доктрина «добросовестного использования» (fair use), легитимизировавшая открытый перечень случаев свободного использования произведения, при последовательном прохождении ряда фильтров, а именно: 1) цель и характер такого использования (в том числе коммерческий характер или некоммерческие цели); 2) характер охраняемого авторским правом произведения; 3) объем и значимость использованной части относительно всего охраняемого авторским правом произведения в целом; 4) влияние использования на потенциальный рынок сбыта и ценность охраняемого авторским правом произведения, - является механизмом, легко адаптируемым к развитию технологий искусственного интеллекта, конкуренции, появлению новых способов использования произведений и потребностям общества. В связи с этим обосновано, что доктрина «добросовестного использования» может быть воспринята российским авторским правом и смежными правами, расширив их содержательные границы и значительно облегчив сферу правоприменения с учетом фундаментальных принципов гражданского права и фундаментальных прав и свобод человека (принципов добросовестности, запрета злоупотребления субъективным правом, запрета извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения).

5. Обосновано, что положение об отсутствии возможности распоряжения личными неимущественными правами нуждается в корректировке; доказано, наличие правовых механизмов (распорядительных элементов в личных неимущественных правах), которые позволяют этого достичь. Например, в случае, когда автор, согласно п. 3 ст. 1266 ГК дает согласие пользователю на будущее внесение в его произведение изменений, дополнений,

сокращений и др. (самоограничение права; такие условия часто встречаются в открытых лицензиях на использование произведения науки, литературы или искусства). При этом автор передает контроль за внесением изменений в своё произведение контрагенту через заранее согласованные действия – так, заключая, договор об отчуждении исключительного права, например, на произведение архитектуры, автор может разрешить правообладателю перестраивать объект авторского права, менять цветовое решение без согласия автора проекта и т.п.; наконец, возможно включение изменений в исключительное право для таких сложных объектов, как например, программное обеспечение. Применительно к программным продуктам любые изменения входят в сферу исключительного права автора, иначе говоря, являются контролируемым правом автора на переработку, которое по сути закрывает личное неимущественное право на неприкосновенность произведения. Кроме того, обладатель исключительного права на программный продукт может вносить любые текущие изменения (усовершенствование, развитие, исправление ошибок) в объект самостоятельно, не согласовывая их с разработчиками.

6. Доказано, что право авторства - единственное моральное (неимущественное) право автора, являющееся абсолютным, бессрочным, неимущественным, необоротоспособным. Остальные личные неимущественные права – это разные формы атрибуции права авторства. Для возникновения права авторства необходимо индивидуализировать себя в качестве автора (право на имя); индивидуализировать сам объект охраны, конкретные работы (право на неприкосновенность); решить будет ли доступен этот объект обществу или нет (право на обнародование и право на отзыв произведения). При изложенном понимании неотчуждаемое право автора на имя представляет собой элемент права авторства, а отказ от права авторства ничтожен. Если иные неимущественные интересы автора нарушаются, их охрана осуществляется следующими средствами: через механизмы ст. 10 ГК РФ; с помощью признания соответствующих сделок недействительными; с помощью договорных и иных способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ), определяемых существом нарушенного блага или права и характером последствий нарушения.

7. На основании критического анализа выделены и обоснованы основные доктрины охраноспособности произведения как объекта «интеллектуальной собственности»: об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения (естественно - правовые концепции); о применении критерия творчества к результату интеллектуальной деятельности через обоснование объективной новизны, оригинальности, уникальности (концепция неповторимости при параллельном творчестве или доктрина «глубокой охраны»); о выделении уровней творческой деятельности применительно к произведениям с незначительным

творческим уровнем, основанная на понимании творчества как критерия деятельности по созданию произведения; о существенной части произведения, в соответствии с которой контроль правообладателя распространяется на использование как всего произведения, так и его существенной части (элементов), при этом, чем выше творческий уровень, тем меньшим он может быть для получения правовой охраны (активно используется для разграничения производного и оригинального произведений); «тонкой охраны», согласно которой целесообразность авторского права обосновывается ссылками на экономические соображения (утилитаристские обоснования: создание стимулов для создания и распространения результатов интеллектуальной деятельности, защита инвестиций и т.п.), а в качестве критерия используется принцип (*sweat of the brow, low authorship*). В связи с этим доказано, что «тонкая охрана», создает тенденцию к признанию охраноспособными максимально возможного числа объектов, притом, что большая часть элементов таких произведений остаются неохраноспособными, либо могут свободно использоваться при условии внесения незначительных изменений, в отличающихся пределах признания параллельных прав на созданные независимо идентичные произведения, различной роли личных неимущественных прав и др. С появлением цифровизации и виртуализации результатов интеллектуальной деятельности в правовых порядках, использующих эту доктрину, предлагают отказаться от теоретических доктрин как устаревших рудиментов, не способных выполнять возложенные на них функции, и заменить их механизмами договорного права, недобросовестной конкуренции, Creative Commons и др.

8. Установлено, что если в рамках естественно – правового обоснования охраноспособности произведения по разным причинам не удастся привести перечень объектов в соответствие с традициями «глубокой» охраны, правовая система реагирует снижением ее интенсивности, в результате чего происходит сближение с утилитаристской концепцией. Подход законодателя к смежным правам, закрепленный в ГК РФ, основан на утилитаристской демаркации, и будущее интеллектуальных прав как подотрасли гражданского права видится именно за смежными правами, так как благодаря механизму, заложенному в смежные права информация и объекты с незначительным уровнем творчества, приобретающие высокую стоимостную оценку в современной экономике, получают охраноспособность, тогда как в охраноспособности авторским правом им было бы отказано. Преимущества механизма смежных прав проявляются в том, что правовая охрана распространяется на конкретные объекты с крайне низкой творческой составляющей, но с существенной экономической ценностью (вместо отдельных их элементов и модификаций), в том числе, специальные сроки действия в 15, 25 лет являются довольно органичными, определяют их эффективность, способствуют развитию массовой культуры и соответствуют общественным потребностям, существующим в обществе.

9. Показано, что в современном авторском праве существует отказ от осуществления субъективного права на срок посредством совершения фактических действий (п. 5 ст. 1233 ГК РФ), при отсутствии в заявлении указания на срок считается, что указанный срок составляет пять лет. Наиболее предпочтительной является модель отказа от исключительного права навсегда и перехода произведения в общественное достояние. Более эффективным является осуществление исключительного права с помощью одностороннего волеизъявления правообладателя. Так, правообладатель может сделать публично заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащее ему произведение науки, литературы, искусства или объект смежных прав на определенных правообладателем условиях. Указанное право не может быть отозвано, и предусмотренные условия использования не могут быть ограничены. Доказано, что односторонняя сделка, состоящая в отказе от права и влекущая его прекращение, допустима для обладателей любого исключительного права, поскольку такая возможность вытекает из общих норм гражданского законодательства (ст. 1, 2, 9 ГК РФ).

10. Доказано, что поскольку коммерциализация исключительного права реализуется только через правомочие распоряжения исключительным правом, которое представляет собой возможности по совершению правообладателем различных действий юридического характера, определяющих правовую судьбу исключительного права путем изменения субъекта посредством отчуждения исключительного права или предоставления права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, она реализуется правомерными, каузальными, конкретными волевыми действиями, оформляемыми двусторонними сделками и иными юридически значимыми актами: размещение заявления на сайте Роспатента, заранее выданное согласие, полный или частичный отказ от открытой лицензии и др.

11. Обоснована и раскрыта оригинальная классификация способов использования произведения, в основу, которой положено различие между правомочием и способом его использования. Если правомочие - это возможность правообладателя совершить правовое действие в отношении произведения, то способы использования - это фактические действия, которые вправе осуществлять правообладатель с ним. В связи с этим способы использования могут быть разделены на три группы: а) обусловленные непосредственным восприятием произведения (например, публичный показ, публичное исполнение музыкального, литературного произведения и др.); б) устанавливаемые в целях расширения охвата аудитории, воспринимающей произведение (например, воспроизведение, распространение, прокат и др.); в) технические способы доведения произведения до публики (например, сообщение в эфир, по кабелю, доведение произведения до всеобщего сведения посредством Интернета). При этом первые две группы способов

использования (базовые) предполагают активное поведение правообладателя, а третья их группа сопряжена с пассивной ролью правообладателя и активной ролью пользователя.

12. Установлено, что запрет на отчуждение исключительного права на произведение может быть признан целесообразным с точки зрения защиты интересов слабой стороны - создателя произведения науки, литературы, искусства. Заключая договор об отчуждении исключительного права на произведение, создатель объекта авторского права может и не подозревать о передаче права в полном объеме стороне по договору, и о смене правообладателя. Этой логики придерживался отечественный законодатель, установивший в п. 3 ст. 1286.1 ГК РФ предел для отказа от исключительного права в пять лет (в иностранных юрисдикциях в случае отказа автором от исключительного права оно переходит в разряд общественного достояния). Подобное положение вещей нельзя признать приемлемым, поскольку законодательное закрепление указанной договорной конструкции может быть использовано в ущерб интересам слабой стороны - автора и, как следствие, публичным интересам государства.

Доказано, что модель лицензионного договора на условиях исключительной лицензии во многом совпадает с моделью договора об отчуждении исключительного права, но в целях защиты автора как слабой стороны, по истечении срока действия договора, лицензиар полностью восстанавливается в передававшихся лицензиату исключительных правах, и на протяжении срока его действия лицензиар и лицензиата связывает комплекс взаимных прав и обязанностей. Благодаря исключительной лицензии, пользователь получает эксклюзивное право использования в отношении результата интеллектуальной деятельности, а в полных лицензиях еще действует ограничение возможностей лицензиара (автора) самому использовать соответствующий результат интеллектуальной деятельности.

13. Современное авторское право в условиях цифровизации и в отношении сложных объектов сталкивается с множественностью создателей (правообладателей); решение этого вопроса в ГК РФ с помощью института совместного правообладания (по аналогии с совместной собственностью) нельзя считать удачным. При этом в странах общего права урегулированы разные типы совместного правообладания исключительным правом (включая доленое). Модель, представляющая каждому из правообладателей независимую и самостоятельную возможность распоряжения исключительным правом в целом, (с последующей кондикционной обязанностью в пользу другого автора), принятая в американском праве, более эффективна и может положительно сказаться на осуществлении субъективных авторских и смежных прав в РФ.

14. Доказана целесообразность использования счетов эскроу организациями по коллективному управлению для сбора вознаграждения за использование произведений как в сети Интернет, так и в реальной действительности. Телеология правоотношения по коллективному

управлению правами представляет собой конструкцию банковского депозита до востребования, и ни при каких обстоятельствах денежные средства на счетах, собранные в интересах правообладателей не могут перейти к организациям по коллективному управлению правами, так как срок начнет течь только с момента заявления правообладателем соответствующего требования. Для обеспечения транспарентности в отношении собранных организациями по коллективному управлению правами денежных средств (по получению и перечислению правообладателям лицензионного вознаграждения) необходимо использовать специальный счет эскроу, в соответствии с которым, эскроу-агент открывает счет для учета и блокирования денежных средств, полученных им от депонента (ОКУП) в целях их передачи бенефициару (автору или иному правообладателю) при возникновении оснований, предусмотренных договором счета эскроу между эскроу – агентом и депонентом. Тем самым это позволило бы организациям по коллективному управлению авторскими и смежными правами не проявлять инициативы в распоряжении денежными средствами правообладателей.

15. Установлено, что существуют два основных механизма защиты авторских и смежных прав в сети Интернет: 1) досудебный, направленный на прекращение конкретного правонарушения и 2) постоянное ограничение доступа к сайтам, распространяющим объекты авторского права и смежных прав без разрешения правообладателя («вечная блокировка сайта и его зеркал»). Доказана, необходимость совершенствования досудебного порядка посредством сочетания процессуальных, административных и других мер принудительного характера, включая, но, не ограничиваясь мерами ответственности, например, использование технических средств защиты, участие общественных объединений правообладателей в выявлении нарушителей прав, привлечение информационных посредников к участию в процессе в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований, или соответчиков, применение специальных правоохранительных мер и др. Так, в случае непринятия мер по устранению нарушений после неоднократных предупреждений, применяются такие меры правоохранительного характера в отношении нарушителя, как снижение скорости трафика, приостановление доступа к Интернету. Предпринимаемые односторонние действия, с одной стороны, должны стимулировать информационного посредника к возможному предотвращению нарушений, их выявлению и пресечению, с другой стороны, не перекладывать на него ответственность за любые действия пользователей.

Для правообладателей более предпочтительным является ограничение доступа к копиям заблокированных сайтов («зеркал») во внесудебном порядке по следующим причинам: 1) быстро и оперативно (в течение суток) определяется существенное сходство до степени смешения с заблокированным сайтом: сравниваются интерфейсы, их цветовая гамма, расположение

элементов, используемые шаблоны, наименования сайтов, учетные записи (аккаунты) пользователей, совпадение контента и др. критерии; 2) профессионально и компетентно федеральным органом исполнительной власти в результате сопоставления заблокированного сайта и «зеркала» принимается решение о признании сайта копией заблокированного сайта («зеркалом») и ресурс исключается информационным посредником из результатов поисковой выдачи; 3) незначительные издержки на правоприменение (в отличие, например, от судебного порядка блокировки сайта).

В работе содержатся предложения **по совершенствованию законодательства:**

1. Необходимо закрепить модель единого интеллектуального авторского права, состоящего из исключительных (имущественных) и личных неимущественных (моральных) правомочий, нежели закрепленная в части 4 ГК РФ модель совокупности исключительного права, личных неимущественных и других (иных) прав. В связи с этим пункт 1 ст. 1255 ГК РФ изложить в следующей редакции: «1. Авторское право охраняет имущественные и неимущественные интересы автора применительно к произведению и к использованию произведения. Автору произведения принадлежит авторское право, состоящее из исключительных (имущественных) и личных неимущественных (моральных) правомочий».

2. Гражданский оборот все активнее проявляет интерес к распоряжению моральными правами, особенно, на современном этапе, в условиях информационного общества, свободного перемещения информации, культурных ценностей, знаний и др. нематериальных активов. Так, пункт 2 ст. 1255 целесообразно изложить в следующей редакции: «2. Автору произведения принадлежит право авторства, отказ от права авторства ничтожен. При нарушении иных личных неимущественных правомочий автора (целостность произведения, обнародование произведения, отзыв произведения, имени автора и др.), их защита осуществляется способами, предусмотренными п. 2 ст.10, п. 2 ст. 15, п. ст. 167 настоящего Кодекса и использование иных способов защиты гражданских прав (ст. 12), которые вытекают из существа нарушенного блага или права и характера последствий этого нарушения».

3. Вопреки сложившейся в российской доктрине позиции, представляется допустимым выделение идеальных долей в исключительном праве в тех случаях, когда имеется несколько лиц, которые совместно обладают исключительным правом и определенно выражают свою волю на то, чтобы такие доли в этом праве были выделены. Заключение правообладателями соответствующего соглашения есть наиболее типичное основание выделения долей в праве. Таким образом, можно будет обращаться взыскание как на исключительное право в целом, так и на долю в исключительном праве. Выделение долей именно в исключительном праве, а не реальной доли в объекте, например, в песне (сама песня остается нераздельной, единым объектом) видится оправданным с позиции

стимулирующих функций исключительного права. Так, пункт 2 ст. 1229 изложить в следующей редакции: «2. Режим «совместного правообладания» без деления исключительного права на доли и части аналогичен режиму общей совместной собственности (п. 2 ст. 244 ГК РФ), то есть соправообладание осуществляется исключительным правом в целом. Доли определяются лишь в доходах этих лиц от совместного использования и распоряжения. Режим «раздельного соправообладания» аналогичен режиму общей долевой собственности. Доли в исключительном праве могут быть определены в порядке, установленном законом, на основании сделки, а в случае спора судом».

Абзац второй пункта 3 ст. 1229 дополнить предложением следующего содержания: «В случае, если, исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации принадлежит трем и более правообладателям, и согласие по распоряжению таким правом между ними не достигнуто, распоряжение исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации осуществляется большинством правообладателей одним из способов, предусмотренных пунктом первым ст. 1233 ГК РФ пропорционально таким долям. При этом иной порядок может быть предусмотрен законом или соглашением между правообладателями. Обращение взыскания на исключительное право или долю в исключительном праве допускается лишь при недостаточности любого иного имущества правообладателя для покрытия долгов».

4. Несмотря на позитивное регулирование института коллективного управления в ГК РФ, на контроль со стороны отраслевого министерства, авторы и иные правообладатели постоянно жалуются на нарушение их прав, указанными организациями. В этой связи целесообразно использование модели счетов эскроу организациями по коллективному управлению для сбора вознаграждения за использование произведений как в сети Интернет, так и в реальной действительности. Абзац 1 пункт 4 ст. 1243 изложить в следующей редакции:

«4. Организация по управлению правами на коллективной основе производит распределение вознаграждения за использование объектов авторского права и смежных прав между правообладателями, при этом, выплату, полученного от организации по управлению правами на коллективной основе (депонента) вознаграждения правообладателю (бенефициару) осуществляет эскроу – агент, по правилам, предусмотренным ст. 860.7 ГК РФ».

5. Существуют произведения науки, литературы, фотографии, фонограммы которые еще не потеряли свою культурную или коммерческую привлекательность, но не могут использоваться только по той причине, что невозможно установить правообладателя. В связи с этим, возникает нетривиальный вопрос о том, как легально ввести в гражданский оборот такого рода произведения?

Отечественное законодательство не представляет подобным произведениям правовой охраны. Предлагается пункт 1 статьи 1244 дополнить седьмым абзацем в следующей редакции:

«7). осуществление прав правообладателей на получение вознаграждения в отношении сиротских произведений за публичное использование в коммерческих целях по правилам, установленным в ст. 1326 настоящего кодекса».

Пункт 1 статьи 1326 дополнить вторым абзацем в следующей редакции:

«Публичное использование сиротского произведения допускается без разрешения обладателя исключительного права, но, с выплатой ему вознаграждения. Принятое от пользователей сиротских произведений вознаграждение, предусмотренное абз. 7 п.1 ст. 1244 ГК РФ вносится уполномоченной организацией на эскроу – счет и осуществляется эскроу – агентом, по правилам, предусмотренным ст.860.7 ГК РФ».

Степень достоверности и апробации результатов исследования. Степень достоверности исследования подтверждается произведенным анализом зарубежных и отечественных нормативно-правовых актов, правоприменительной практики и доктринальных источников.

Диссертация выполнена и обсуждена на кафедре гражданского права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова. Результаты исследования использованы в учебном процессе на юридическом факультете МГУ имени М.В. Ломоносова при чтении лекций, проведении специальных курсов и семинарских занятий по дисциплинам «Гражданское право», «Правовые проблемы интеллектуальной собственности», «Авторское право и смежные права»; при подготовке учебно – методических комплексов по названным дисциплинам; при подготовке учебного пособия «Авторское право», «Право интеллектуальной собственности: Общее учение. Авторское право и смежные права» и учебной программы «Авторское право и смежные права»; при осуществлении руководства выпускными квалификационными работами студентов и магистрантов; при подготовке отзывов на авторефераты диссертаций.

Результаты диссертационного исследования были также внедрены при выполнении научных исследований диссертанта в рамках НИРа «Актуальные проблемы развития корпоративного права и интеллектуальных прав» (1 января 2016 – 31 декабря 2019), «Исследование основных направлений развития права интеллектуальной собственности в условиях глобальной конкуренции и анализ существующего состояния правового регулирования в РФ» (1 июня 2021 – 31 октября 2021), «Актуальные проблемы развития гражданско – правового регулирования имущественных отношений в России и за рубежом» (1 января 2018 – 31 декабря 2022).

Основная часть сформулированных в ходе настоящего исследования выводов и их аргументация нашли отражение в докладах на конференциях, в частности:

- Заседание клуба семейного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации. Доклад: «Режим исключительного права на средства индивидуализации при расторжении брака между супругами», Москва, онлайн формат с использованием платформы Zoom, Россия, 1 февраля 2022);
- Круглый стол: «Вопросы защиты авторских и смежных прав на объекты, размещенные в информационно-телекоммуникационной сети Интернет», Федеральное собрание РФ. Комитет Совета Федерации по конституционному законодательству и государственному строительству. Доклад: «Внесудебные механизмы защиты авторского права и смежных прав в сети Интернет», (Москва, Россия, 13 мая 2021);
- Заседание Научно - консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам в онлайн-формате по обсуждению вопросов, возникающих при рассмотрении дел о пресечении нарушений исключительных прав. Доклад: «Пресечение правонарушения в сети Интернет», платформа Teams. (Россия, 28 апреля 2021);
- Московского юридического форума "Кутафинские чтения", Москва (онлайн формат с использованием платформы Teams). Доклад: «Применение норм Гражданского кодекса РФ о правовой охране программ для ЭВМ и баз данных», (27 ноября 2020);
- Круглый стол в рамках совместной XXI Ежегодной международной научно-практической конференции Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова и XVIII Международной научно-практической конференции "Кутафинские чтения" Московского государственного университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) "Новеллы Конституции Российской Федерации и задачи юридической науки". Интеллектуальная деятельность и охрана ее результатов в условиях цифровизации. Доклад: «Цифровая среда: от интеллектуальной собственности к искусственному интеллекту» (Москва, Россия, 24-27 ноября 2020);
- Современные проблемы права и экономики в Европе и Азии. Третий Международный юридический онлайн - форум. Панельная дискуссия 7 "Актуальные проблемы охраны интеллектуальной собственности и результатов научной деятельности в эпоху цифровой экономики. Доклад: «Рецепция немецкой монистической модели авторского права в российскую правовую действительность: благо или бремя». (Россия, 14-15 сентября 2020);

- Спорные вопросы свободного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. On line заседание НКС Суда по Интеллектуальным правам совместно с РШЧП. Доклад: «Модельное дело 1. Применение ст. 1274 ГК РФ. Модельное дело 3. Использование товарных знаков в фильме. Модельное дело 4. Публичное исполнение». (Москва, Россия, 16 июля 2020);
- Международная конференция «25 лет первой части Гражданского кодекса Российской Федерации: пройденный путь и перспективы», Юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова. Доклад: «Эволюция структуры авторских прав в современном гражданском законодательстве», (Россия, 2 декабря 2019);
- XX ежегодная Международная научно-практическая конференция «Права и обязанности гражданина и публичной власти: поиск баланса интересов», юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова. Доклад: «Концепт пределов осуществления исключительных прав как реакция на их монопольность», (Россия, 26-29 ноября 2019);
- Международная конференция «Искусственный интеллект и права человека», Юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова. Доклад: «Правовое регулирование искусственного интеллекта и интеллектуальная собственность», (Россия, 27 апреля 2017);
- Всероссийская конференция с международным участием «Правовое регулирование в глобальный век интернета. Интернет и право.» Юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова. Доклад: «Авторское право в информационном обществе: конфликт интересов правообладателей и информационного развития общества» (Россия, 28 ноября 2016) и др.

Основные идеи и положения работы изложены в 40 научных работах автора общим объемом 101,9 п.л., в том числе 27 публикациях (объемом 23,51 п.л.) в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности; 3 монографиях (объемом 65,58 п.л.).

Структура диссертации определена логикой исследования, стоящими перед автором целями и задачами. Работа состоит из введения, трех глав, включающих 10 параграфов, заключения, списка использованной литературы.

ГЛАВА 1. АВТОРСКОЕ ПРАВО И СМЕЖНЫЕ ПРАВА, ИХ МЕСТО В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РОССИИ

§ 1. Исторические и философские основы становления и развития авторского права и смежных прав

Историческое и философское обоснование развития законодательства об авторских и смежных правах представляет собой не только изучение исторических условий, философских доктрин и теорий, но и ответ на вопрос о целях, ради которых конкретный правовой институт существует. Авторское право и смежные права должны оцениваться на предмет соответствия объективным предпосылкам, в которых они зародились. Тот факт, что право интеллектуальной собственности появилось гораздо позже вещных и обязательственных прав, исследователи⁶ связывают с отсутствием общественной потребности в существовании данного института. Промышленное производство (возможность копирования произведений в нужном количестве экземпляров, удешевление процесса) и массовая культура (умение читать и писать широких масс населения) дают толчок зарождению института. Считается, что выдача привилегий на произведения была сопряжена с изобретением печатных станков. Однако впервые книгопечатание с помощью сменных литер появилось в Китае, тем не менее, первый закон об авторском праве был принят у них только в 1910 году.

Первая и наиболее известная привилегия на книгопечатание в Европе бы предоставлена Венецией немецкому книгопечатнику Иоганну фон Шпейеру (Johannes von Speyer) в 1469 году сроком на пять лет. На тот момент книгопечатание в Венецианской Республике воспринималось как такое же ремесло, как изготовление стекол, шелка, мыла, пороха или селитры. Книги как продукты книгопечатания были такими же ремесленными товарами, как и все прочие. Поскольку даже быстрые и очевидные прибыль и успех нового дела, которое организовали братья Иоганн и

⁶ Зарубежные авторы перечисляют следующие предпосылки в обоснование авторского права: принцип естественной справедливости, в соответствии с которым автор имеет право на плоды своего труда; экономическая предпосылка, обосновывающая авторское право через возврат вложений в творческие труды; культурная предпосылка, в соответствии с которой общественный интерес может стимулировать творчество с целью развития национальной культуры и социальная предпосылка – авторское право увеличивает социальную сплоченность благодаря распространению идей. См.: Piotraut J. – L. An authors rights-based copyright law: the fairness and morality of French and American Law//<http://www.cardozoaelj.net/issues/07/Piotraut.pdf>

Венделин Шпейер, так и не привели к появлению гильдии книгопечатников, привилегии книгопечатникам продолжали выдаваться от случая к случаю. Их выдавали на технологию производства, книжный формат, разновидности шрифта, то есть на все нововведения, которые могут быть связаны с изготовлением или оформлением книги и концептуально чрезвычайно близки любым механическим изобретениям. Например, Альдум Мануций (Aldus Manutius), который первым в истории мировой типографии начал использовать курсив и выпускать книги в карманном формате ин-октаво (в восьмую долю листа), в конце XV - начале XVI веков получил соответствующие привилегии на использование своих изобретений. Привилегии выдавались также на переводы, сокращения, издания античных авторов, книг по праву и катехизисов, т.е. текстов, которые нельзя приписать какому-либо одному автору. Бессистемная выдача привилегий привела к такой путанице, что Венецианский сенат в 1517 году был вынужден издать декрет, который снимал привилегии со всех уже напечатанных книг. В 1534 и 1537 годах последовали новые правила, ограничивающие срок, на который выдавались привилегии, десятью годами, а также уточнявшими, что в качестве новых могут быть квалифицированы только те книги, которые еще не были опубликованы полностью. Изменился и субъектный состав обладателей привилегий: помимо издателей и книгопечатников, привилегии стали выдаваться самим авторам. За 35 лет, начиная с конца XV века, в Венеции в общей сложности было выдано 254 привилегии, 79 из которых получили авторы. И все же говорить о том, что права авторов получали постепенное признание, было бы явным преувеличением, так как авторы того времени рассматривали самих себя как предпринимателей и стремились, скорее заработать капитал, чем защитить свое произведение и свои персональные права. Мало этого, после создания в 1549 году Гильдии книгопечатников и книготорговцев авторам стало значительно сложнее получить привилегии и сохранить контроль над публикацией своих собственных текстов. Для защиты своих прав авторам приходилось прибегать к той же аргументации, что и издателям, апеллируя к затраченному труду, средствам, экономическим рискам и т.п. О каких-то особых свойствах произведения как результата интеллектуального труда в петициях не упоминалось, "привилегии на книги продолжали в целом оставаться связанными с материальным продуктом книгопечатания и осознавались как традиционная торговая привилегия издателя, распространяемая на автора."⁷

Следовательно, одного фактора промышленного производства в виде книгопечатания для становления авторского права недостаточно. При этом, на первоначальном этапе важным

⁷ Kostylo J. From Gunpowder to Print: The Common Origins of Copyright and Patent // Privilege and property: essays on the history of copyright. Ed.: Ronan Deazley, Martin Kretschmer, Lionel Bently. Open Book Publishers, 2010. P. 22.

фактором, определяющим содержание привилегий была используемая в различных государствах система цензуры. В данной сфере привилегии представляли собой монопольное право на осуществление деятельности по производству и распространению печатной продукции. Такие привилегии правительство предоставляло издателям и книготорговцам на определенный срок при условии, что те получали согласие цензуры, служившей инструментом как политического контроля за распространением опасных учений, так и учета публикуемых произведений⁸. Таким образом, привилегии представляли собой акт милости верховного правителя, предоставляющего субъекту право на осуществления определенной деятельности, связанной с использованием результатов интеллектуальной деятельности, в ситуации, когда все иные не могли (еще до выдачи привилегии) осуществлять такую деятельность. В рамках системы привилегий объектом охраны являлось произведение литературы или искусства как предмет материального мира. Содержание монополии заключалось в предоставлении исключительной возможности производить изделия определенного рода – книги как объекта материального мира. Проще говоря, в рамках системы привилегий именно от решения правителя зависело, что станет объектом привилегии.

В России система привилегий берет начало с императорских указов о предоставлении привилегий отдельным книгоиздателям. В 1700 г. во время пребывания Великого посольства в Нидерландах Яну Тесенгу была предоставлена Жалованная грамота «О печатании ему в Голландии земных и морских карт, чертежей, листов, портретов, математических, архитектурных и всяких по военной части книг на Славянском, Латинском и Голландском языках, вместе и порознь, и о привозе оных на продажу в Россию с платежом пошлины, устанавливавшая его право на ввоз и распространение напечатанных им изданий на территории России. Лицам же, осуществлявшим распространение аналогичных изданий без наличия на то соответствующего документа, грозил не только штраф, но и конфискация напечатанных экземпляров. Подход, заимствованный Петром I в Европе, был воспринят и продолжен Екатериной II, предоставившей иностранным подданным право осуществить организацию типографий, обладавших монополией на печать иностранной литературы, при этом указанные типографии были ограничены в правах на издание литературы на русском языке. Кроме этого, Указом «Об утверждении Академии наук и художеств» Академии наук была предоставлена привилегия на книгопечатание⁹. Указом Сената «О воспрещении всем типографиями печатать

⁸ Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели: диссертация на соискание степени доктора юрид. наук. М., 2016. С. 35.

⁹ Книга. Исследования и материалы. Сборник XXIX / под ред. Н.М. Сикорского. М.: Книга, 1974. С. 9.

месяцесловы и другая книги, печатаемая в Академии наук» от 20 февраля 1780 г. было установлено исключительное право Академической типографии осуществлять печать отдельных видов произведений.

Также следует обратить внимание на то, что, хотя в Европе были широко распространены «срочные» привилегии на определенные произведения¹⁰, в России действие выданных привилегий распространялось не на конкретную книгу, а на деятельность издателя в целом: владелец привилегии не был ограничен единственной книгой, однако у привилегий существовали границы, о чем упоминалось ранее. Фактически привилегия выдавалась именно на книгопечатание и она почти не отличалась от привилегий, которые выдавались в иных отраслях промышленности, то есть, речь идет не о защите прав относительно произведения, а скорее о технологии книгопечатания.

Другими словами у издателя возникает право на издание и распространение литературных произведений, которые он вправе реализовывать в рамках собственной деятельности, в то же время иные лица обязаны воздерживаться от действий, нарушающих право издателя. При этом, несмотря на возможность изъятия контрафактных произведений, защите подлежит не овеществленный результат интеллектуального труда, как это было на первом этапе, а именно нематериальный объект: привилегия защищает исключительное право издателя на воспроизведение литературного произведения на бумажных носителях и его последующее распространение. Таким образом, в рамках предоставления конкретным книгоиздателям прав в привилегии определялся конкретный массив объектов, в отношении которых предоставлялось некое разрешение на осуществление печати, причем массив определяется конкретными характеристиками, как то язык, на котором издаются произведения, содержательный характер изданий. Привилегии не предоставляли автору никаких особых прав, были дарованием

¹⁰ Например, во Франции эволюция системы привилегий была частью общих изменений в жизни государства, вызванных революцией 1789 г., которая отменила привилегии всех видов. Ранее (1777 г.) утверждались две самостоятельные категории привилегий: 1) привилегии для издателей (срочные) и 2) привилегии для авторов (бессрочные) – применялись только к писателям и не касались авторов театральных или музыкальных спектаклей. Учредительное собрание постановило отменить все привилегии частных лиц, городов, провинций и орденов, включая привилегии, предоставленные авторам и издателям. Когда положение в стране стабилизировалось, пришлось признавать права авторов как естественные, вытекающие из самой природы творческой деятельности. Конституционная ассамблея 1791 и 1793 гг. приняла два декрета, которые заложили основу французской системы авторского права. Эти права описываются уже как права автора («droit d'auteur») и используются в течение жизни автора независимо от опубликования или соблюдения таких формальностей как регистрация. См. Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. М., 1989.

определенному лицу или учреждению, осуществляющим издание книг, права, отличного от существующих у иных лиц.

В итоге складывается ситуация, когда привилегия в ее первоначальном состоянии стала основой для зарождения издательских прав, а не прав создателя произведения, или можно говорить о том, что привилегия заложила фундамент под основание права интеллектуальной собственности. Очевидно, что и автор, и издатель являются субъектами с самостоятельным правовым статусом, при этом, рассмотрение отечественной истории развития авторского права и издательского дела происходит во взаимосвязи: соотношение прав издателей и авторов, выдача привилегий типографиям и соблюдение авторских интересов являются основной тенденцией, формировавшей базовые принципы интеллектуальной собственности в России.

В соответствии с Высочайшим манифестом от 17 июня 1812 г. «О привилегиях на разные изобретения и открытия в ремеслах и художествах» изобретатели имели право подать заявление с описанием объекта интеллектуальной собственности в Министерство внутренних дел, а полученная ими привилегия представляла собой свидетельство, удостоверяющее, что обозначенное в ней произведение было оформлено в качестве собственности, принадлежащей лицу, указанному в привилегии¹¹. То есть привилегия становится документом, подтверждающим права на конкретный объект, а не на ведение определенного вида деятельности. Однако, помимо системы привилегий, в России начале XIX в. происходит формирование цензурного законодательства, которое стоит рассматривать во взаимосвязи с выдачей привилегий. Поскольку для печати требовалось получение соответствующих разрешений от цензурных органов, нарушение прав третьими лицами (не издателями) в тот период не представлялось возможным.

Соответственно, привилегии, были, инструментом, позволявшим оказывать предпочтения тем или иным издателям, а также определять основы национальной политики в разрезе ввоза зарубежных изданий, одним из способов цензуры, механизмом предоставления прав на издание иностранной литературы отдельным лицам на условиях исключительности. Привилегии определили условия для развития в России издательского дела, профессии писателя, а также стали отправной точкой для формирования системы государственного регулирования в сфере интеллектуальной собственности.

То, что в Европе происходило в последней трети XVIII века, получило развитие на российской почве только в начале XIX века. "В то время как на Западе в XVIII веке из

¹¹ Полное собрание законов Российской империи, с 1649 года. СПб., 1830. Т. 32 (1812–1814). № 25143. С. 355–356.

привилегий на издание вырастает мысль о необходимости защиты авторских интересов, у нас только возникают привилегии, направленные к охранению промышленных интересов типографщиков и издателей. В то время, как в XIX веке на Западе идет постепенный рост пределов защиты авторских интересов, у нас только появляется сознание необходимости ее"¹². Поэтому действующая система права интеллектуальной собственности начинает свою историю все же не с привилегий, а с первых законов, которые знаменуют собой переход от персонально делегированных прав к правам, которыми наделяются определенные категории лиц - авторы и изобретатели. Речь идет о Венецианском патентном законе 1474 года и Статуте королевы Анны 1710 года¹³.

Однако нельзя не отметить, что, ключевым условием, повлиявшим на становление и развитие авторского права были все-таки философско-правовые учения, обосновывающие необходимость законодательного признания, в первую очередь, авторского права, а потом уже и смежных прав. Исследователи согласны с тем, что двумя важнейшими направлениями этих учений являются юснатурализм (естественно-правовой) и позитивизм (утилитаристский)¹⁴.

Логика юснатуралистического (естественно-правового) подхода к формированию системы авторских прав закрепились, прежде всего, в Германии и во Франции, оказав существенное влияние на романно – германское право интеллектуальной собственности. В рамках юснатуралистического (естественно – правового) подхода можно выделить две основные теории, обосновывающие необходимость механизма разграничения исключительных прав: трудовую и персональную. Однако, представляя собой часть философско-правового обоснования авторской монополии, теории выполняли исключительно легитимационные функции: указанные отличительные особенности произведений по тем или иным основаниям оправдывали возможность их монополизации. Соответственно, первоначально попытки описания объекта авторского права в общей форме если и, предпринимались, то не для цели точного определения сферы авторского права, а для задач морального обоснования. А.В. Кашанин отмечает, что ряд теорий носили частный характер и позволяли обосновать авторское

¹² Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. С. 120.

¹³ Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. - М.: ИД "Юриспруденция, 2013. (СПС «Гарант»).

¹⁴ Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели: автореферат диссертации на соискание степени доктора юрид. наук. М., 2016. С. 25; Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М., 2020. С.35

право лишь на отдельные виды произведений¹⁵. Но, преследуя цель, показать предпосылки появления и логику развития авторского права и смежных прав как институтов права интеллектуальной собственности, предлагаем остановиться на исследовании их основных черт, что не означает пассивного воспроизведения истории появления соответствующих теорий.

Точкой отсчета в обосновании авторской монополии послужила «трудовая» теория собственности Джона Локка, которая объясняла первоначальное возникновение права на произведение у его автора тем, что оно является результатом его активной деятельности. Согласно трудовой теории все ресурсы, данные человечеству Богом, образуют сферу общего пользования, которая находится в отрыве от конкретных индивидов. Каждый из субъектов вправе использовать подобные общие ресурсы, однако, если к использованию общих ресурсов был приложен созидательный труд индивида, то результат такой трудовой деятельности должен перейти в персональную или частную собственность. Соответственно, авторское право рассматривается философом как частный случай естественного права собственности на результат собственного труда: «...каждый имеет неотъемлемое право на результаты своего труда и работы. Что бы тогда человек ни извлекал из того состояния, в котором природа этот предмет создала и сохранила, он сочетает его со своим трудом и присоединяет к нему нечто принадлежащее лично ему и тем самым делает его своей собственностью. Так как он выводит этот предмет из того состояния общего владения, в которое его поместила природа, то благодаря своему труду он присоединяет к нему что-то такое, что исключает общее право других людей. Ведь, поскольку этот труд является неоспоримой собственностью трудящегося, ни один человек, кроме него, не может иметь права на то, к чему он однажды его присоединил, по крайней мере в тех случаях, когда достаточное количество и того же самого качества [предмета труда] остается для общего пользования других»¹⁶.

Можно указать, что «трудовая» теория собственности Джона Локка позволяла не ограничивать объекты субъективного права лишь материальными предметами и дала основания для разделения рукописи произведения и самого произведения как нематериального блага, в качестве самостоятельных объектов. Так, если возможность интеллектуальной деятельности представляет собой всеобщую способность и в той или иной форме сопровождает любую

¹⁵ Кашанин А.В. Развитие механизма демаркации в авторском праве континентальной Европы//Вестник Гражданского права №3, 2011. Том 11. С.68.

¹⁶ Локк Дж. Два трактата о правлении // Локк Дж. Сочинения: В 3 т. Т. 3. М., 1988. С. 277.

активность, то не всякий результат может обосновать предоставление исключительного права его создателю. Тем самым, философ вывел правовую мысль на другую более острую проблему - как отграничить нематериальные результаты, которые достойны правовой охраны от общедоступных объектов, которые имея внешнюю форму произведения, в силу определенных соображений не могли быть присвоены их создателем, поскольку ориентируются исключительной на уже существующее? Показательным примером, считает А.В. Кашанин, является противопоставление произведений декоративно – прикладного искусства и простых ремесленных изделий. Таким образом, признание нематериального объекта охраны потребовало формирования специального механизма демаркации, адекватного механизму охраны¹⁷.

Во Франции основная роль в становлении юснатуралистической (естественного – правовой) доктрины авторского права принадлежит сочинениям Д.Дидро. Он отмечает, что право автора на рукопись является естественным, оно не зависит от привилегий: «...чем вообще может обладать человек, если продукт ума, уникальный плод его образования, его исследований, усилий, времени, если лучшие моменты его жизни, его наиболее ценная часть, та, что не погибает, что увековечивает его, если его собственные мысли, чувства его сердца не принадлежат ему?! Кто имеет больше прав использовать и продавать свои товары, чем автор?»¹⁸. В 1789 года «трудовая» теория собственности получила дополнительные обоснования. Пришедшее к власти после Великой французской революции правительство уничтожило сложившуюся систему королевских привилегий. Однако власть осознавала, что в целях промышленного и культурного развития необходимо поддерживать авторов и изобретателей, тем самым, была проведена аналогия между исключительными правами и правом собственности как двух естественных прав человека. Таким образом, привилегии сменили исключительные права. Несмотря на логическую возможность обоснования на основе локковской теории господства широкого исключительного права, до конца XIX века дискуссия в доктрине шла, в основном, вокруг обоснования запрета перепечатки произведений. Первоначально узкая охрана закреплялась и в законодательстве. Так, в соответствии с декретом от 19 июля 1793 г., Учредительное собрание включило в сферу правовой охраны право на воспроизведение. В материалах, обосновывающих данное положение, было отмечено, что из всех видов собственности, без сомнения, менее всего может быть оспариваема собственность на продукты ума, и если можно чему удивляться, то это тому, что ее еще понадобилось признать и путем

¹⁷ Кашанин А.В. Указ. Соч. С. 66.

¹⁸ Цит. по Матвееву А.Г. Указ. Соч. С.65-66.

положительного закона обеспечить свободное пользование ей, что необходима была такая великая революция, как наша, чтобы привести нас в этом, как и во многих других отношениях, к простым элементам самой общей справедливости». Аналогичный подход существует и в современном французском праве¹⁹.

Нельзя сказать, что рассматриваемая модель разграничения была свободна от внутренних противоречий и дисфункций. Прежде всего, трудовая теория не позволяла дифференцировать охраноспособные и общедоступные элементы произведений, что на практике было востребовано. С самого начала возникла потребность в прикладном инструментарии, позволяющим выделить из состава авторской исключительной монополии элементы, которые могут использоваться свободно. В рассматриваемый период времени объекты авторского права охранялись только от перепечатки, им предоставлялась только «тонкая» охрана посредством надления исключительного права. До конца XIX века рассматриваемые теории внутренние элементы произведения не рассматривали и, соответственно, охрана им не предоставлялась. Только в начале XX века законодатель расширил сферу авторской монополии, распространяя ее на содержательные элементы произведений.

Персональная теория (личностное обоснование авторского права) получило наибольшее распространение в немецком праве. В рамках данной доктрины результаты интеллектуальной деятельности рассматриваются в качестве продолжения личности автора, формы воплощения творческого гения. Это теоретическое направление созвучно идеям Иммануила Канта, которые он высказал в 1785 г., написав эссе «О незаконности изготовления контрафактных книг», в котором обосновал право автора контролировать использование его произведения. И. Кант утверждал, что источник вдохновения – «оригинальный гений» – находится в самом авторе, а не является внешним. Следовательно, произведение автора является «продуктом» автора, а потому и его собственностью. Книга – это не просто товар, она проявление личности автора. Реальное право на экземпляр книги как художественное произведение-вещь можно приобрести, тогда как на книгу, в виде обращения автора к своим читателям, распространяется личное право (теория личных прав). В целом возникает вопрос относительно допустимости перехода прав на результаты интеллектуальной деятельности. Очевидно, что любой другой, кроме автора, пользователь не мог «вдохнуть» свою личность в созданный объект. На примере издателей И. Кант показал, что иные управомоченные автором на использование объекта лица выступают в

¹⁹ Подробнее о современном французском праве см.: Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели: диссертация на соискание степени доктора юрид. наук. М., 2016. С. 66.

качестве специфических агентов автора. Издательство получает прибыль от использования произведения ввиду того, что оно ведет соответствующий бизнес от имени и по поручению автора. Далее указанные постулаты развивали в своих трудах Г.В.Ф. Гегель, О. Фон Гирке²⁰, Блунтшли (в Германии), Берар, Саллейл (во Франции). Так, Гегель считал, что собственность представляет собой начальное и окончательное воплощение свободы и индивидуальности. Чтобы стать личностью, индивид должен контролировать свою внутреннюю и внешнюю среду и свои ресурсы. Контроль (равно как актуализация воли) наиболее удачно достигается посредством совокупности имущественных прав. Г. Гегель также обратил внимание на возможность использования результатов интеллектуальной деятельности в материальных объектах иных лиц. В связи с чем, им был сделан вывод о необходимости господства автора не только над собственными идеями и техническим решением (которые являются продолжением его личности), но и над различными способами исполнения таких объектов. Философ писал: «Так как приобретатель такого продукта обладает полнотой потребления и ценности экземпляра как единичного, то он полный и свободный собственник его как единичного, хотя автор произведения или изобретатель технического устройства и остается собственником общего способа размножения такого рода продуктов и вещей; этот общий способ он непосредственно не отчуждает и может сохранить его как проявление самого себя»²¹.

Следует указать на ставшее очевидным ко второй половине XIX века противоречие между персональной теорией (личностным обоснованием авторского права) или его легитимацией со ссылкой на право собственности и его моделью, в основе которой лежал запрет простой перепечатки произведения. Указанные философско-правовые обоснования континентального авторского права требовали расширения авторских прав, формирование авторской монополии по модели права господства, за пределами которых оставались лишь те элементы произведений, которые принципиально лишены индивидуальности, а потому должны остаться во всеобщем достоянии. Это приводило к углублению авторско-правовой охраны произведения за счет переформулирования признаков произведения литературы и искусства, а также развития учения о форме и содержании произведения.

²⁰ О. Фон Гирке считал, что объектом авторского права является индивидуальное произведение, представляющее собой проявление личности его автора, отражение его сознания, которое индивидуализируется посредством его художественного творчества. Речь идет о личном праве, которое не ограничено сроком и не может быть объектом взыскания. Автор всегда сохраняет права на свое произведение как гарантию защиты своей личности. Цит. по: Д. Липчик Авторское право и смежные права. – ЮНЕСКО:2002. С.35

²¹ Пиленко А. Право изобретателя. Т.2. С.368.

Основоположником учения о форме и содержании произведения за счет расширения понятия охраноспособной формы произведения являлся И.Г. Фихте. Обосновывая свое учение об охраняемой форме и неохраняемом содержании произведения, он отмечал, что помимо внешней формы, под которой понимается внешняя последовательность слов, звуков и т.п., то есть произведение в том виде, в каком оно предстает читателю, слушателю, выделяется внутренняя форма, к которой относится внутренняя структура, внутренний порядок произведения, то есть определенная последовательность и взаимосвязь идей, ритмов, определенным образом упорядоченное идейное содержание произведения, последовательность аргументов и выводов, примеров и иллюстраций, индивидуальный ход рассуждений, стиль аргументации, образное содержание, особенности чередования образов, построение, внутренний мир произведения и т.п.²²

В более поздних интерпретациях данное учение конкретизировалось в основном за счет дальнейшей детализации структуры произведения в отношении произведений отдельных видов с использованием категориального аппарата искусствоведения и использования метода отсылки к социологическим конвенциям о структуре произведения и понятии его составных элементов. Однако, смешение жанров делало бессмысленным их дальнейшую конкретизацию, поскольку в любом случае оставались произведения, которые не попадали в предложенную матрицу. Поэтому было необходимо найти общий для всех видов произведений признак, который мог бы использоваться в качестве критерия демаркации. На смену идеи о том, что «личность воплощается в нематериальном объекте, который она создает и принципиально предоставить именно ей определенный контроль над нематериальными активами, в которые она вложила себя» приходит признак эстетической направленности произведения. При этом, как писал Х. Хубман, эстетическое воздействие интеллектуального продукта должно превалировать над иными его функциями (прежде всего прикладной), так называемая теория преобладания. В противовес ей было сформулировано учение об «эстетическом избытке», согласно которому интеллектуальный продукт не должен в полной мере быть детерминирован целями решения технической задачи или соображениями прикладной применимости, но в принципе должен иметь также и эстетическую составляющую, то есть оказывать эстетическое воздействие в той

²² Fichte J. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks // Berliner Monatsschrift. 1793. Mai. S. 443-482.

мере, что он может быть отнесен к произведениям искусства²³. Внутренние противоречия указанных выше демаркаций определили неудовлетворительность соответствующего механизма на определенном этапе развития юридической практики. Укажем тезисно на возникшие дисфункции. Так, в лично – ориентированных легитимациях авторского права акцент делается на уникальном, свойственном только для автора, а потому неповторимом в произведении, что и рассматривается в качестве объекта монополии, тогда, как факт предоставления прав на объекты авторского права и смежных прав, объем и характер подобных правомочий не зависит от степени выражения в них личности автора, исполнителя, изготовителя фонограммы и др. субъектов и игнорируется; с позиции персональной теории не получается объяснить возникновение исключительных прав на служебные произведения, так как произведение понималось как воплощение гения автора, в котором отражаются его индивидуальные особенности, самобытность и своеобразие; в то же время естественные права неограниченны сроком.

Позитивистское (утилитаристское) обоснование авторского права²⁴ получило широкое признание в Англии и США. Утилитаристская направленность авторского права выражается в том, что право рассматривается с позиции его социально-экономического назначения, его функций, в качестве стимула к созданию новых результатов интеллектуальной деятельности, раскрытию информации о них, коммерциализации. М.И. Кулагин под коммерциализацией понимает включение в торговый оборот практически любых материальных и нематериальных ценностей, влекущих за собой расширение сферы применения торгового права, а также

²³ Кашанин А.В. Указ. Соч. С.73.

²⁴ Для целей настоящего исследования все возможные обоснования (теории) авторского права были дифференцированы на два лагеря: естественно – правовое обоснование (включающее трудовую и персональную теории и др.) и позитивистское, утилитаристское обоснование, теорию экономического анализа права как звенья одной цепи. Изначально, в основе позитивистского обоснования авторского права лежит теория общественной пользы, что получило признание, прежде всего, в странах общего права. И эта утилитаристская направленность, в частности, выражена в Конституции США. Так же, самостоятельное направление в позитивистском обосновании авторского права представляет собой теория вознаграждения. То есть, истоки утилитаризма лежат в позитивизме, истоки теории экономического анализа в утилитаризме. Иными словами, и позитивизм, и утилитаризм, и теория экономического анализа сходны в оценке инструментальной роли правовых предписаний. Писаное право является этим инструментом. А расходятся в понимании дополнительных стимулов, эффектов. Утилитаризм толкует писаное право через призму эффективности, пользы; L&E проистекает из утилитаристского понимания и изучает интересы, экономические эффекты, которые лежат в основе конкретных предписаний. Да, анализ интересов в этом смысле важнее, чем форма выражения правовых норм. Так как для позитивистов важна сама по себе форма выражения, текст, его грамматическое обоснование. С этой точки зрения, L&E это позитивистское направление.

распространение многих принципов, конструкций и норм торгового права на сферу традиционно гражданского права. Эти процессы неизбежно порождают изменения границы между гражданским и торговым правом, которую в настоящее время в ряде случаев вообще бывает трудно установить²⁵.

По сути в данном случае намечается замена созидательного принципа охраны на регистрационный, в том числе связывающий возникновение прав с фактом официальной публикации. Это требует отказа от традиционных для континентального авторского права принципов определения фигуры правообладателя. При этом, если для возникновения авторского права достаточно презентации произведения, то первоначальным правообладателем может быть любое лицо, как физическое, так и юридическое, предъявившее произведение обществу (теория презентации).

Согласно п. 8 разд. 8 ст. 1 Конституции США (1787 г.) Конгресс вправе поощрять развитие наук и полезных искусств, обеспечивая на определенный срок авторам и изобретателям исключительное право на их произведения (writings) и открытия. Отцы - разработчики исходили из теории вознаграждения, в силу которой субъекты мотивированы к творческой деятельности тогда, когда ожидают не только возратить вложенные инвестиции, но и получить прибыль. В обосновании этого положения в американской литературе писали, что авторы, равно как и издатели нуждаются в правовой защите их инвестиций, чтобы иметь стимул для создания новых произведений: «каждое издание произведения сопряжено с такими значительными затратами, что ничего кроме продажи в течение определенного времени значительного числа копий, не сможет вернуть потраченные средства с разумными процентами и прибылью»²⁶.

Теория презентации в рамках позитивистского (утилитаристского) обоснования строится на разного рода фикциях авторства, становится невозможным применения европейских правил о соавторстве. В рамках данной теории становится неуместным институт личных неимущественных прав автора в силу признания объектом охраны продуктов, в создании которых человек не участвовал, а также в силу снижения требований к уровню индивидуальности произведений. В рамках позитивистского обоснования авторского права последовательно устраняются элементы естественно-правового механизма, ориентированные на

²⁵ Кулагин М.И. Избранные труды по акционерному и торговому праву (Классика российской цивилистики). 2-е изд., испр. М.: Статут, 2004.//СПС «КонсультантПлюс».

²⁶ Hargrave F. Argument in Defence of Literary Property 6-7 (1774).

охрану личности автора и его личных интересов. В рамках утилитаристской доктрины формируется модель авторского права, основанная на принципах, характерных для оборота имущественных объектов в основе которой лежит экономический анализ права (*Law & Economics*). В соответствии с ним анализу подвергается экономический эффект принятия тех или иных правовых норм, осуществляется поиск оптимальных правовых решений, объяснений существующих правовых норм. Авторские права (*Copyright*) в соответствии с подобным подходом рассматриваются в качестве определяющего условия осуществления субъектами затрат на создание и продвижение результатов интеллектуальной деятельности, в отсутствие которых интерес субъектов в осуществлении подобной деятельности будет существенно снижен.

Прежде всего, следует отметить, что влияние утилитаристского обоснования на законодательное регулирование авторских прав в РФ, начиная с XIX века, является незначительным, по сравнению с влиянием, оказываемом на авторское право Германии, Франции, Нидерландов. В самом деле, развитие дореволюционного, советского, постсоветского авторского права характеризуется отсутствием преемственности и последовательности при регулировании соответствующих отношений, что находит отражение и в действующем законодательстве²⁷. Признавая справедливость этого вывода А.Г. Матвеева, необходимо задуматься о возможной смене господствующей парадигмы в сторону коммерциализации прав на объекты авторского права и смежных прав в ущерб принципу социализации как тенденции развития гражданского права в целом? А.Е. Шерстобитов видит разрешение конфликта тенденций коммерциализации и социализации гражданского права, по крайней мере, в сфере совершенствования правового регулирования, возможно исключительно через разработку и искусное применение гражданско – правового инструментария, обеспечивающего баланс интересов (публичных и частных, групповых социальных интересов и частных, частных интересов отдельных взаимодействующих участников разнообразных гражданских правоотношений)²⁸. Также, в юридической литературе справедливо отмечается имманентная

²⁷ Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели: автореферат диссертации на соискание степени доктора юрид. наук. М., 2016. С. 27.

²⁸ Шерстобитов А.Е. Модернизация ГК РФ в сфере обязательственного права: концептуальные подходы и их реализация//Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского (1930-2020)/Отв.ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. – Москва: Статут, 2020. С.334.

связь именно социализации гражданского права, а не его коммерциализации с принципами справедливости и разумности²⁹.

Например, А.С. Ворожевич считает, что утилитарный подход к раскрытию сущности исключительного права является, оправданным и обоснованным. Автор анализирует мнения двух экономистов Р. Познера и В. Лэндесона применительно к сфере авторского права об экономической природе затрат на создание книги или другого произведения, которые как они считают, имеют два компонента. Первый — затраты на создание работы. Предполагается, что они не зависят от числа произведенных или проданных копий и состоят из временных затрат и усилий автора. Кроме того, в них могут входить затраты издателя на то, чтобы уговорить автора подготовить по его заказу и передать ему рукопись, на редактирование текста. Последние определяются в доктрине как стоимость выражения. Второй компонент — затраты на производство копий, они возрастают в зависимости от числа копий. Решение о том, создавать работу или нет, будет зависеть от того, превысит ли ожидаемая прибыль затраты на создание копий или затраты на выражение. Период эксклюзивного использования позволяет покрыть данные расходы. А затем, исследователь делает ряд выводов как для объектов авторского права и смежных прав, так и для патентоохраняемых объектов³⁰. Предлагаю, остановиться на них подробнее, так как они, действительно, заслуживают внимания.

Во-первых, пишет А.С. Ворожевич, конструктивной следует признать общую направленность данного типа правопонимания на поиск общественных интересов, реализуемых посредством института исключительного права, которые могли бы перевесить «выгоды», сопряженные с использованием патентоохраняемого объекта неограниченным кругом лиц.

Во-вторых, с позиции данного подхода можно объяснить наличие у исключительного права существенных ограничений и пределов осуществления, сформировать условия применения подобных изъятий. Для того, чтобы стимулировать авторов и издателей к вложению средств в создание и продвижения произведений, отсутствует необходимость в предоставлении им полного господства над объектом. Достаточно, чтобы у них была возможность контролировать коммерческое использование произведения, не допускать его свободного перепечатывания и распространения иными лицами – конкурентами. В таком случае у них есть

²⁹ Ем В.С., Яценко Т.С. Функциональное назначение и сфера применения принципа солидарности в гражданском праве//Вестник гражданского права.2018.№6. С.9-29.

³⁰ Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.,2020. С. 48-49.

возможность не только компенсировать свои расходы, но и получить прибыль. Правомерные частные и общественные интересы совпадают. Публика получает новое произведение, а автор и иные правообладатели имущественную выгоду. В тоже время можно обозначить множество способов использования произведения, которые при их включении в содержание исключительного права, будут противоречить целям стимулирования научно-технического процесса, создания новых произведений иными авторами, ведению научной дискуссии. В качестве примеров можно привести использование чужих произведений в личных целях, цитирование и т.п. Если рассматривать исключительное право в качестве абсолютного естественного господства автора над объектом, то придется и подобные способы использования подчинить контролю правообладателя. Если же рассматривать исключительное право на объект авторского права, как инструмент реализации общественных интересов, «поддержание цикла культурного вдохновения», то, становится, очевидно, что подобное использование должно быть изъято из сферы господства правообладателя. В ином случае исключительное право начнет противоречить собственным функциям.

В-третьих, данный подход является универсальным, с его помощью можно обосновать необходимость исключительных прав не только на результаты интеллектуальной деятельности, но и средства индивидуализации. При этом все возможные аргументы будут сводиться во всех случаях к одному базовому параметру - функциональному назначению (с позиции общественных интересов) таких прав. Только с позиции подобного подхода можно «оправдать» предоставление исключительных прав на все объекты смежных прав. При том, что такие объекты существенно между собой различаются.

Начиная с середины XX в. на страницах российской юридической литературы активно обсуждался вопрос о целесообразности создания института правовой охраны результатов исполнительского искусства. Так, например, Н. Л. Зильберштейн высказывал мнение о том, что «в зависимости от того, какое содержание получит окончательно право исполнителя, можно будет либо признать его обычным авторским правом, таким же, как право писателя, композитора и художника, или выделить в особую категорию прав, “смежных” с авторским...»³¹. В свою очередь, М. В. Гордон не считал возможным применение для защиты интересов исполнителя системы защиты, характерной для авторского права, поскольку придерживался той точки зрения, что процесс исполнения не приводит к созданию нового произведения³². Одним из доводов

³¹ Зильберштейн Н. Л. Авторское право на музыкальные произведения. М.: Сов. композитор, 1960. С. 37.

³² См.: Гордон М. В. Советское авторское право. М.: Госюриздат, 1955. С. 59.

противников признания результата творческой деятельности исполнителей объектом авторского права заключался в том, что артист-исполнитель не создает нового, самостоятельного произведения, его права являются «смежными» или «родственными» с авторскими правами. В. И. Серебровский предлагал рассматривать исполнителей как отдельную категорию обладателей прав³³. Другие исследователи требовали признания за исполнителями статуса субъектов именно авторского права. По мнению В. Я. Ионаса, название исполнительских прав «смежными» с авторскими крайне неудачно. Сравнивая результат деятельности исполнителя с переводом произведения на другой язык, автор делает вывод о том, что исполнение действительно порождает зависимое произведение искусства, аналогичное переводу. Название института должно соответствовать его сущности, а не прикрывать теоретический вакуум³⁴. Смежные права в российском гражданском праве и по настоящее время остаются слабо разработанной проблематикой, в силу особенностей своего исторического развития они имеют второстепенное значение по отношению к авторскому праву³⁵.

Отсутствие единого мнения по указанному вопросу привело к тому, что термин «смежные права» в российском законодательстве впервые был упомянут только в ст. 141 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., которые выделяли четыре категории смежных прав: права исполнителя, создателей звуко- и видеозаписей, организаций эфирного вещания (классические смежные права)³⁶. И.А. Зенин обратил внимание на то, что становление института смежных прав в России произошло с заметным отставанием от зарубежных стран и было сопряжено с серьезными конфликтами. Один из них был связан с договором между РГТРК «Останкино» и американской корпорацией USSU Arts Group, Inc. от 22 января 1992 г. о передаче последней права на использование хранящихся в архиве компании

³³ См.: Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 59.

³⁴ См.: Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. М. : Юрид. лит., 1972. С. 79 — 84.

³⁵ Если у истоков авторского права стояло изобретение печатного станка, то для возникновения смежных прав решающую роль сыграло изобретение радио, грамзаписи и кинематографа, что позволило воспроизводить процесс исполнения и создавать фонограммы, а также передачи вещательных организаций. Если до второй половины XIX в. воспроизводился лишь результат творчества авторов, то во второй половине XIX в. это стало возможно и в отношении живых исполнений и фонограмм. См. более подробно: *Стремещкая Н. Л.* Взаимосвязь авторского права и смежных прав // СПС «Гарант».

³⁶ Термин "смежные права" первоначально стал использоваться в правовых документах как техническое и временное название зарождающегося института, которым предполагалось охранять права артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций. Однако впоследствии это название приобрело общезначимый характер. Отсутствие явно выраженной идеи в наименовании "смежные права" благоприятствовало тому, что в национальных законодательствах перечни этих прав существенно различаются. См.: Матвеев А.Г., Синельникова В.Н. Объекты интеллектуальной собственности, получающие охрану в XXI веке // Вестник Пермского университета. Юридические науки", выпуск 2, апрель-июнь 2019 г.

аудио- и видеозаписей классических музыкальных произведений, созданных с участием выдающихся отечественных исполнителей. Резонансный характер конфликта, как отмечает ученый, сопряжен с отсутствием в России на момент подписания скандального договора самой охраны смежных прав как гражданско – правового института. Более того, о реальной охране данных прав в России стало возможным говорить лишь с 17 октября 1993 г., когда ступил в силу Закон РФ от 09 июля 1993 г. №5351-1 «Об авторском праве и смежных правах». Тем не менее юридическая неразбериха с правами российских исполнителей продолжалась и после его принятия. И уже в качестве эпилога к указанной предыстории, отмечает профессор, за три года действия договора было отреставрировано и переправлено в США свыше «полутора тысяч часов музыкальных записей. Хозяева записей получили за это около тридцати тысяч долларов, в то время как г-н Дэл в одном из интервью оценил архив «Останкино» в семь миллиардов долларов». Таким образом, хотя и с опозданием, но нормы о смежных правах в России были установлены, и постепенно на их основе стала осуществляться охрана данных прав.³⁷

В настоящее время понятие «смежных прав» имеет большое количество аспектов, и одной определенной категории смежного права не существует. В разных странах число категорий смежных прав неодинаково³⁸. Классическая концепция смежных прав, отраженная в Международной конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, заключенной в Риме 26 октября 1961 г.³⁹, включает в себя права исполнителей, производителей фонограмм и организаций эфирного вещания⁴⁰. Глоссарий ВОИС

³⁷ См. более подробно: Зенин И.А. Зарождение и развитие института смежных прав в Российской Федерации. С. 179-185/Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды). М.:Статут,2015.

³⁸ Впервые смежные права на законодательном уровне были признаны в Австрии в Законе от 09.04.1936, в Италии в Законе от 22.04. 1941 № 633 и в Законе Германии 1965 г. как некое соглашение между идеей авторского права и правами на новые объекты — исполнения, фонограммы, программы вещательных организаций. Указанное право не является авторским, но представляет собой право, относящееся к интеллектуальной собственности. Выдвинутая в Европе идея нашла отражение в заключенной в Риме Международной конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций. Чтобы подчеркнуть связь новой категории прав с авторскими их стали называть смежными, связанными (Related rights) или соседствующими правами (Neighboring rights, Droits voisins). В Англии Закон «О защите прав исполнителей музыкальных и драматических произведений» был принят в 1925 г., впоследствии он вошел с некоторыми изменениями в законы «О защите прав исполнителей» (Performers' Rights) 1958 и 1972 гг. До введения в действие Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик (3 августа 1992 г.) смежные права на территории РФ не охранялись. Предпринятая И. А. Грингольцем попытка вывести охрану смежных прав из нормы ст. 475 ГК РСФСР 1964 г. не получила поддержки и не была реализована на практике.

³⁹ Бюллетень по авторскому праву. 1992. Т. XXV. № 1. С. 33.

⁴⁰ Кроме того, законодательство некоторых стран к категории смежных прав относит права издателей на «типографическое представление» опубликованных произведений, права на фотографии, содержащиеся в каталогах и сборниках, которые не отвечают условиям, необходимым для того, чтобы их охрана обеспечивалась

предложил следующее определение категории смежных прав: «В традиционном узком смысле термин означает права исполнителей в отношении их исполнений, права производителей фонограмм в отношении их фонограмм и права организаций эфирного вещания в отношении их передач эфирного вещания. Широкое значение выражения распространяется также и на права издателей на типографское оформление их опубликованных изданий и на права sui generis изготовителей баз данных»⁴¹.

В XXI вв. круг смежных прав существенно расширился. В праве Европейского Союза была установлена охрана права изготовителей кинофильмов (право на видеозаписи), права на произведения, впервые опубликованные после того, как они перешли в общественное достояние, права на критические и научные публикации произведений, которые находятся в общественном достоянии. Еще одним правом, которое рассматривается в некоторых странах ЕС и в России как смежное право, стало исключительное право на инвестиционные базы данных. В ст. 15 Директивы об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке провозглашается охрана нового смежного права - права издателей прессы на онлайн-использование их публикаций⁴². Цель этого права - защита интересов издателей прессы от деятельности агрегаторов новостей. В последние годы на рынке публикации новостей появились новые игроки, которыми, в частности, являются новостные агрегаторы (например, "GoogleNews", "Яндекс.Новости"), а также социальные сети. Эти онлайн-платформы отображают структурированную новостную ленту (подборку новостей из различных СМИ), которая автоматически формируется по различным критериям. Предлагаемое в Директиве право издателей прессы призвано защитить их интересы, которые, по мнению Европейской комиссии, ущемляются деятельностью агрегаторов новостей. Согласно пункту 1 статьи 11 Директивы, государства-члены предоставляют издателям пресс-публикаций, созданных в государстве-члене, права, предусмотренные в статье 2 и пункте 2 статьи 3 Директивы 2001/29/ЕС, на онлайн-использование их публикаций поставщиками услуг информационного общества. Права, предусмотренные статьей 2 и пунктом 2 статьи 3 Директивы 2001/29/ЕС, - это право на воспроизведение и право на доведение до всеобщего сведения. Право издателей

в качестве самостоятельных произведений, права на эскизы театральных декораций, чертежи, литературную переписку, а также права производителей фильмов.

⁴¹ Руководство по договорам ВОИС в области авторского права и смежных прав. Публикация ВОИС № 891 (R), 2003. С. 310.

⁴² Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market and Amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-51-2019-INIT/en/pdf>

пресс-публикаций отнесено в пункте 32 преамбулы Директивы к смежным правам. Оно является самостоятельным правом по отношению к авторским правам на тексты статей и другие объекты, размещаемые на сайтах СМИ. Объектом смежного права издателей, согласно ст. 2 Директивы, является пресс-публикация, под которой понимается сборник, состоящий в основном из литературных произведений журналистского характера, который: может также включать другие произведения или объекты; представляет собой отдельный элемент в периодическом или регулярно обновляемом издании (газете или журнале общего или специального характера); имеет целью предоставить широкой публике информацию, связанную с новостями или другими темами; публикуется в любых средствах массовой информации по инициативе поставщика услуг и под его редакционной ответственностью. Там же сказано, что академические и научные периодические издания не являются пресс-публикациями в смысле настоящей Директивы. В пункте 33 преамбулы уточняется, что пресс-публикации содержат в основном литературные произведения, но все чаще включают в себя фотографии и видео. Отдельные слова или очень короткие выдержки из публикаций не являются объектом указанного смежного права (п. 1 ст. 11). Франция одна из первых стран Евросоюза ввела указанное смежное право в свое национальное законодательство. Так, вступил в силу Закон № 2019-775 от 24 июля 2019 г. «О предоставлении смежных прав информационным агентствам и издательствам». Данный закон, в частности, вводит новую главу VIII в часть I тома II Кодекса интеллектуальной собственности (в сводной редакции), предоставляющую информационным агентствам и издательствам новые права. Глава VIII вводит следующие положения:

(i) требование к поставщикам онлайн-услуг о получении разрешения от издателей онлайн-новостных сервисов и информационных агентств для любого воспроизведения или публичного распространения любых публикаций (полностью или частично) в цифровом формате;

(ii) уступка или лицензирование прав информационных агентств или издательств (за управление и организацию уступки или лицензирования отвечают одна или несколько организаций коллективного управления);

(iii) выплата информационным агентствам или издательствам компенсации на основе прямых или косвенных доходов от использования таких прав или по фиксированной ставке; и

(iv) условия вознаграждения авторов, не подпадающих под определение «профессиональных журналистов»⁴³.

В проект Директивы было включено также право на освещение спортивных мероприятий (ст. 12а). Однако при обсуждении итогового текста Директивы положения об этом праве были отклонены⁴⁴.

Смежные права, закрепленные в международном праве и актах Европейского Союза, являются исключительными правами. Очевидно, что их охрана ограничивает интересы третьих лиц в свободном использовании соответствующих объектов. Как было показано выше, перечень этих объектов неуклонно растет и представляет собой множество неоднородных прав на разнохарактерные объекты.

Статья 1303 ГК РФ к категории смежных прав относит интеллектуальные права на результаты исполнительской деятельности (исполнения), на фонограммы, на сообщение в эфир или по кабелю радио- и телепередач (вещание организаций эфирного и кабельного вещания), на содержание баз данных, а также на произведения науки, литературы и искусства, впервые обнародованные после их перехода в общественное достояние (права публикатора). К отношениям в сфере смежных прав применяются нормы гл. 71 ГК РФ «Права, смежные с авторскими», некоторые нормы ГК РФ, регламентирующие отношения в области авторских прав, а также несколько многосторонних международных соглашений по смежным правам.

Целью смежных прав как института является, во – первых, создание условий и стимулов для развития исполнительского искусства, IT-индустрии, издательского дела, защиты вклада в национальную или мировую культуру; во – вторых, создание предпосылок для расширения сферы услуг, где для привлечения потребителей активно используются исполнения, фонограммы, базы данных и другие объекты как российских, так и иностранных правообладателей. Соответственно, в объективном смысле смежные права представляют собой совокупность норм гражданского права, регулирующих отношения по охране исполнений, постановок, фонограмм, передач организаций эфирного и кабельного вещания, содержания баз

⁴³ https://www.wipo.int/news/ru/wipolex/2019/article_0013.html

⁴⁴ Право на освещение спортивных мероприятий известно российскому законодателю, но не в рамках института смежных прав, хотя, по своей природе право на освещение является близким смежному праву вещательных организаций. Так, согласно п. 4 ст. 20 ФЗ "О физической культуре и спорте в Российской Федерации" организаторам физкультурных и спортивных мероприятий принадлежат права на их освещение посредством трансляции изображения и (или) звука мероприятий любыми способами. В п. 5 той же статьи сказано, что эти права могут быть использованы третьими лицами только на основании разрешений организаторов физкультурных и спортивных мероприятий или соглашений о приобретении третьими лицами этих прав.

данных, установлению режима их использования, наделению исполнителей, производителей фонограмм, вещательных организаций, изготовителей баз данных, публикаторов произведений науки, литературы и искусства личными неимущественными правами, исключительным правом и защите этих прав. О подобном понимании смежных прав как института писал И.А. Зенин. Иными словами, отмечает профессор, смежные права как институт гражданского права выполняет те же функции, что и авторское право в отношении произведений науки, литературы и искусства. Сходны также и источники смежных и авторских прав⁴⁵.

ВОИС утверждает⁴⁶, что обоснование института смежных прав заключается в защите трудовых, финансовых и иных ресурсов и рассчитывает на возврат инвестиций и на получение прибыли теми субъектами, которые сделали доступными для общества объекты смежных прав. Использование объекта смежных прав без соответствующих затрат (расходов) расценивается не как нарушение исключительного права правообладателя, а как нарушение принципа добросовестной конкуренции между участниками гражданского оборота. Основным субъектом является не артист-исполнитель, не дирижер, не создатель базы данных, а лицо, осуществившее финансовые вложения, которое в рыночной концепции интеллектуальной собственности рассматривается в качестве создателя интеллектуального продукта. Отечественный законодатель сделал движение в этом направлении, предусмотрев охрану баз данных не только авторским правом, но и смежным правом изготовителя базы данных (п. 1 ст. 1334 ГК РФ). Было предложено изготовителю базы данных, создание которой (включая обработку или представление соответствующих материалов) требует существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат, предоставить исключительное право извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом. Право изготовителя базы данных признается и действует независимо от наличия или действия авторских и иных исключительных прав и других лиц на составляющие базу данных материалы, а также на базу данных в целом как составное произведение. По сути, это не что иное, как реализация идеи ВОИС об охране инвестиций. Объектом охраны являются не новые, не существовавшие ранее интеллектуальные продукты, а особые характеристики самой деятельности субъекта. Таким образом, в рамках ВОИС понимание смежных прав

⁴⁵Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности: Учебник для вузов/И.А. Зенин. – 11-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2022. Глава 3. Параграф 3.1.С. 143-146.

⁴⁶ См.: Всемирная организация интеллектуальной собственности: [официальный сайт]. URL: www.wipo.int/ebookshop. These include: Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights, Terms, publication No. 891 ; URL: www.wipo.int/publications. These include: From Artist to Audience: How creators and consumers benefit from copyright and related rights and the system of collective management of copyright, publication No. 918. Understanding Copyright and Related Rights, publication No. 909

принципиально изменилось за последние годы: определение этих прав через закрытый перечень охраняемых объектов было заменено открытой формулировкой, в которой к объектам смежных прав отнесены те, которые, не являясь охраняемыми произведениями, содержат в себе достаточную долю творчества или технического и организационного умения. Указанный подход очень хорошо сочетается с экономическим анализом права⁴⁷, первостепенной задачей которого является обеспечение защиты интересов не непосредственного создателя интеллектуального продукта, а инвестора. Помощь смежных прав заключается в попытке предоставления монополии на рынке путем внедрения категории исключительного права.

Рассматривая взаимосвязь авторского права и смежных прав, необходимо отметить, что им свойственна:

- пограничность, проявляющаяся в том, что и авторское право, и смежные права вытекают из результатов творческой деятельности⁴⁸;
- авторское право связано с созданием произведений науки, литературы и искусства;
- смежные — с их использованием путем исполнения, постановки, создания фонограммы, передачи в эфир или по кабельному вещанию.

На данном этапе можно утверждать, что

- смежные права могут осуществляться только при условии соблюдения авторского права на произведения науки, литературы и искусства, которые были использованы при создании объектов смежных прав;
- при этом смежные права признаются и действуют независимо от наличия или действия авторского права на такие произведения.

Становление и развитие смежных прав, несмотря на то, что исторически смежные права появились гораздо позднее авторских (формирование института в государствах

⁴⁷ Методология экономического анализа права заключается в том, что правовые институты имеют значение для анализа и объяснения экономики. Исходя из нее, любое правило, начиная с детально проработанных систем нормативных актов (кодексов) и кончая простейшими правилами обычного права, необходимо рассматривать как механизм, призванный решать проблему минимизации транзакционных издержек, т. е. общеэкономическую проблему повышения эффективности использования ограниченных ресурсов. Ранее экономический анализ права применялся в рамках правовых исследований, однако только в специальных областях, прежде всего в рамках антимонопольного, налогового законодательства, рынка ценных бумаг, и отнюдь не в качестве методологического подхода. Сегодня экономический подход применен к правовым институтам в целом, т. е. к праву как социальному институту. См. более подробно: Hovenkamp H. Law and Economics in the United States: a brief historical survey // Cambridge Journal of Economics. 1995. Vol. 19. P. 331—352.

⁴⁸ В творческой составляющей исполнительской деятельности (актеры, певцы, музыканты, танцоры) отказать нельзя, в отношении прав производителей фонограмм, прав организаций эфирного и кабельного вещания, прав публикаторов их творческая основа более чем условна.

континентальной Европы относится к первой половине XX века), имеют много общего⁴⁹. Так, А. П. Сергеев указывает на то, что существенной особенностью большинства смежных прав является их производность и зависимость от прав создателей творческих произведений. Лишь в тех случаях, когда исполняется, записывается на фонограмму или передается в эфир или по кабелю не охраняемое законом произведение либо объект, вообще не являющийся результатом творческой деятельности⁵⁰, смежные права носят самостоятельный характер⁵¹. Эта производность, зависимость от авторских прав проявляется прежде всего в том, что объекты смежных прав не могут возникнуть ранее объектов авторского права, смежные права осуществляются их обладателем лишь с согласия (разрешения) автора исполненного, записанного, переданного произведения.

В российской литературе высказывается мнение о том, что объем смежных прав различается в зависимости от объекта (в отличие от авторских прав, объем которых является общим для различных произведений, включая в свой состав личные неимущественные, исключительные имущественные и сопутствующие права). Интеллектуальные права на объекты смежных прав (смежные права) не включают сопутствующие, а в некоторых случаях и личные неимущественные права — об этом прямо говорится в п. 2 ст. 1303 ГК РФ. То есть к смежным правам относятся исключительные имущественные права, а в некоторых случаях, предусмотренных ГК РФ, также и личные неимущественные права⁵². Представляется, что данное утверждение является чрезмерно категоричным, хотя следует согласиться с тем, что применительно к смежным правам российский законодатель не использовал деление на личные неимущественные и имущественные права и относил все субъективные смежные права к исключительным. По общему правилу, изложенному в ст. 15, 37, 38, 39 ранее действовавшего Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», напрашивался вывод о возможности разделения субъективных смежных прав на личные неимущественные (право на имя, право на защиту исполнения или постановки от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству исполнителя — предоставлялось только

⁴⁹ См. более подробно: Зенин И. А. Смежные права и их границы // Гражданское право: в 4 т. Т. II / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2005. С. 311—312.

⁵⁰ Например, смежные права, возникшие из исполнения, записи или передачи народных песен, танцев иного народного творчества. Предметом исполнения как объекта смежных прав всегда является произведение литературы или искусства, поэтому в случае исполнения объекта, не являющегося результатом творческой деятельности и в силу этого не признающегося произведением, у лица, исполняющего такой объект, не могут возникнуть смежные права на исполнение.

⁵¹ См.: Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 1996. С. 114.

⁵² См.: Рожкова М. А. Интеллектуальная собственность: основные аспекты охраны и защиты. М.: Проспект, 2017. С. 64.

исполнителю) и исключительное (имущественное) право. В то время как производителям фонограмм и вещательным организациям принадлежали только имущественные права на объекты смежных прав (права на использование объектов смежных прав в любой форме, включая право на получение вознаграждения за любой вид использования). В этом проявляется преобладающий в континентально-правовой традиции подход к моральным правам как правам, неразрывно связанным с личностью и присущим только авторам и исполнителям. Правило п. 1 ст. 1323 ГК РФ отличается от общего правила и предоставляет изготовителю фонограммы право на указание на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке своего имени или наименования, право на защиту фонограммы от искажения. Эти права действуют и охраняются в течение всей жизни гражданина или до прекращения юридического лица, являющегося изготовителем фонограммы.

В этой связи необходимо отметить, что смежные права построены по модели авторского права, однако предназначены для охраны результатов деятельности лиц, содействующих использованию объектов авторского права. Среди смежных прав можно обнаружить конструкции, где имеется в виду защита интересов лица, организовавшего создание «сборника» материалов; лица, взявшего на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков или отображений этих звуков; гражданина, который обнаружил или организовал обнаружение произведения науки, литературы, искусства и, что немаловажно, не принимается во внимание охраноспособность самих материалов: фонограмма может состоять из любых звуковых записей, включенных в такой сборник. И здесь, и там не имеет значения наличие или отсутствие творческой составляющей в деятельности создателя сборника, изготовителя фонограммы или публикатора произведений науки, литературы, искусства. Следовательно, в рамках созидательской системы, к которой относятся смежные права, сложно обеспечить распознаваемость для третьих лиц исключительных прав на повторимые объекты. В этом случае право утратило бы черты определенности и предсказуемости, участники оборота не обладали бы минимальной определенностью в вопросе о приобретении прав на такой продукт, что сделало бы созидательскую систему хаотичной и случайной. Охрана такого объекта потребовала бы введения регистрационной системы, однако это означало бы формирование системы охраны, построенной по иной логике, нежели созидательская. Предоставление смежных прав на принципиально повторимые интеллектуальные продукты также является неоправданным с точки зрения господствующей теории личных неимущественных прав. Создателю такого продукта предоставляются такие права без необходимых оснований, поскольку работа по созданию повторимого результата, исходя из имеющихся стандартов деятельности, не предполагает проявления индивидуальности, требующей охраны.

В завершенном виде логика обоснования смежных прав означает, что права, понимаемые и регламентируемые сегодня как смежные права, не представляют собой целостную систему, а являются множеством разрозненных правовых режимов. Так, ключевым обоснованием охраны прав исполнителей является защита творческих интересов личности, тогда как права изготовителей фонограмм и видеogramм, вещательных организаций, изготовителей нетворческих баз данных, публикатора, издателей легитимируются через аргумент о возврате вложенных инвестиций. Классические и европейские смежные права являются исключительными, однако многие так называемые нетипичные права (права на названия произведений, заголовки, сообщения прессы, переписку и дневники, театральные эскизы, технические чертежи) таковыми не являются.

Попробуем сформулировать и противопоставить позитивистскому (утилитаристскому) обоснованию авторского права и смежных прав следующие аргументы:

1) отстраненность от фигуры автора, исполнителя;

2) создание результатов интеллектуальной деятельности далеко не всегда обуславливается целью получения исключительных прав, так как помимо приобретения исключительных прав у авторов могут быть и совершенно иные стимулы для творческой деятельности: получение научного признания, наград, при условии, что правообладатели нередко вообще не реализуют предоставленных им исключительных прав;

3) позитивистское обоснование не может объяснить все особенности правового регулирования. Последние нередко объясняются не экономической эффективностью, а историческими традициями, конкретно-политической обстановкой, существующей в момент их имплементации в правовую сферу;

4) в итоге складывается нехарактерная для естественно – правовой демаркации ситуация, когда объем охраны некоторых объектов авторского права (произведения с незначительным уровнем творческого характера) и практически всех объектов смежных прав (за исключением исполнений) стремится к нулю. Практически любой элемент таких объектов может быть заимствован без согласия автора, фактически, такое произведение согласно утилитаристскому подходу будет охраняться только в случае копирования один к одному;

5) таким образом, «благодаря» экономическому подходу к обоснованию авторского права становится замещение традиционного для естественно – правового обоснования

механизма «глубокой охраны» запретом копирования и принятия базовых принципов модели копирайт.

Как справедливо отмечает Е.А. Суханов, с указанных позиций представляется возможной и принципиальная оценка учения об «экономическом анализе» права, овладевшего умами многих современных российских юристов и постепенно приобретающего для них значение преданной забвению марксистской политэкономии, с позиции которой ранее не менее «успешно» объяснялись многие гражданско – правовые явления. Необходимо, однако, подчеркнуть, что она не может претендовать на всеобщее, всеобъемлющее значение в сфере гражданского (частного) права. Идея о постоянной оптимизации transaction costs с конечной целью сосредоточения материальных и иных благ в руках «эффективных собственников» (или менеджеров) ни в коей мере не способна объяснить существо многих институтов вещного, наследственного, семейного и от себя добавлю авторского и исполнительского права. Между тем основная цель правового регулирования, в том числе и экономических отношений, принципиально отличается от цели экономической деятельности. Она состоит в достижении не обязательно экономически наиболее эффективного, но всегда социально справедливого результата, что обусловлено самой природой права как особого социального явления. Недопонимание и игнорирование этого кардинального расхождения между целями экономического (гражданско – правового) регулирования создает почву для постоянных конфликтов между экономическими и частноправовыми подходами, в том числе в законотворческой и правоприменительной деятельности⁵³.

Более того, истоки отрицания авторского права как института лежат в рамках позитивистского обоснования. Так, Ричард Столлман, ссылаясь на Конституцию США, подчеркивает: "Авторское право является соглашением с обществом, а не естественным правом. Предмет политики авторского права в том, какие соглашения приносят выгоду обществу, а не какими правами могут обладать издатели или читатели" Р. Столлман строит свою аргументацию исходя именно из данного принципа, который слабо применим к континентальному авторскому праву, где последнее формировалось как право естественное. Авторское право, отмечает Р. Столлман, развивалось вместе с книгопечатанием, когда обычный читатель не мог скопировать книгу. Для этого требовался печатный станок, которого у него не было. "Более того, копирование книг таким путем оказалось бы слишком дорогим при малом тираже; практически

⁵³ Суханов Е.А. Социальное лицо гражданского права (к постановке вопроса)//Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского (1930-2020)/Отв.ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. – Москва: Статут, 2020. С. 26-27.

это означало, что лишь издатель мог копировать книги экономно. Поэтому, когда публика уступала издателям свободу копировать книги, она "продавала" им то, чем не могла воспользоваться. Обмен чего-то ненужного на что-то нужное всегда выгоден. Таким образом, система авторских прав не была предметом спора во времена печатных прессов именно потому, что не ограничивала читателей в том, что они в большинстве своем могли делать".

Но это время уходит в прошлое, и технологические новшества сделали копирование доступным не только издателям, которые владеют специальным оборудованием, но и простым людям, которые, естественно, пользуются этим. Р. Столлман правильно отмечает, что, "поскольку сегодня копирование является полезным и практичным видом деятельности простых людей, они более не желают расставаться со свободой делать это, а наоборот, хотят сохранить свою свободу и реализовывать ее". И вывод автора концепции "копилефт" следующий: "Сегодня соглашения об авторских правах более не являются выгодными для общества, и настало время пересмотреть их, время признать законодательно пользу, которую извлекает общество из свободы делать и распространять копии. Чем проще копировать и распространять информацию, тем полезнее она становится, и все менее выгодным для нас оказывается авторское право, как оно существует сейчас"⁵⁴.

По мнению других критиков авторского права и смежных прав, они являются несостоятельными по причине их неспособности адекватно взаимодействовать с такими феноменами современной культуры, как интер- и гипертекстуальность, коллективное и компьютерное творчество, концептуальное искусство, интерактивность и т.п. Так, американский профессор Лессиг отмечает, что основатели американской государственности, принявшие Пятую поправку к Конституции (а в ней говорится, что "частная собственность не может изыматься для общественного пользования без справедливого возмещения"), тем не менее установили для авторских прав определенный срок действия. В статье, дающей Конгрессу право наделять интеллектуальной собственностью, Конституция требует, чтобы по окончании "ограниченного периода времени" Конгресс забирал обратно дарованные полномочия и "интеллектуальная собственность" становилась всеобщим достоянием. "Хотя, когда Конгресс делает это, "отбирая?" у вас по истечении срока авторские права и делая вашу собственность общественным достоянием, он не несет никаких обязательств по выплате "справедливой компенсации" за такое "изъятие". Напротив, та же Конституция, которая требует возмещения за

⁵⁴ Stallman R. Copyleft: Pragmatic Idealism. <http://www.gnu.org/philosophy/pragmatic.html> Столлман Р. Пересмотр системы авторских прав: общество должно преобладать. <http://www.gnu.org/philosophy/reevaluating-copyright.ru.html>

отнятую землю, предполагает, что вы теряете право на интеллектуальную собственность вообще безо всякой компенсации. Почему отцы-основатели, фанатичные защитники собственности, не дали интеллектуальной собственности тех же прав, что и любой другой форме собственности? Почему они потребовали перехода интеллектуальной собственности во всеобщее достояние? Потому что таким образом можно обеспечить развитие свободной культуры."⁵⁵ У. Патри критикует чрезмерную жесткость законов об авторском праве, применимых в цифровой среде. Если покупатель книги, пишет ученый, вправе дать почитать ее своим друзьям, то покупатель файла, содержащего произведение также, не может быть ограничен правообладателем в том, чтобы скопировать файл на другое устройство или распечатать текст⁵⁶. У. Патри (W. Patry) предлагает заменить схему "авторское право = контроль = деньги" схемой "авторское право = компенсация". Он поддерживает идею обществ по коллективному управлению авторскими правами. Понятно, без такого института очень сложно будет решить проблему сбора компенсации за использование произведений в Интернете, хотя, и не питает иллюзий на их счет⁵⁷. Несмотря на указанное обоснование, хочется верить, что авторское право России, Германии, Франции, не готово отказаться от идеологии исключительных прав, заменив ее концепцией компенсации за использование произведений, даже если речь идет об исключительных правах только в Интернете.

В то же время не могу не согласиться об оправданности утилитаристского (позитивистского) обоснования применительно к объектам патентного права и средствам индивидуализации, что убедительно доказывает А.С. Ворожевич на страницах своей диссертации. Применительно к сфере патентного права, пишет ученый, в ситуации объективной невозможности исключения всех иных лиц от использования разработки, производства на основе нее конкурирующих товаров, у инноваторов теряются стимулы к инновационной деятельности. Если компания не может возместить расходы на изобретения потому, что информация, относящаяся к такому изобретению, открыта и доступна для всех, уровень инноваций будет снижен до критического уровня. Законодатель должен преодолеть данный «провал рынка», предоставив изобретателю и инвесторам «гарантии» по возмещению их затрат. Данная задача и решается посредством предоставления патента. Патенты служат снижению

⁵⁵ Лессиг Л. Свободная культура. М.: Прагматика культуры, 2007. С. 130. <https://docviewer.yandex.ru/veiw/49029504/?page=1>

⁵⁶ Patry W. How to fix copyright. New York: Oxford University press, 2011. P.45.

⁵⁷ Patry W. Указ. соч. P.179.

затрат на поддержание контроля над технологией и повышению коэффициента рентабельности инноваций, обеспечивая унифицированную систему стимулов⁵⁸.

Укажем, в связи с этим, что смена парадигмы в отношении объектов авторского права и исполнений как объекта смежных прав с естественно – правового обоснования на позитивистское вряд ли оправданна. Причинами возникновения существующих дисфункций между философско – правовыми обоснованиями является то, что в их основе лежат различные базовые принципы. С одной стороны, интенсивность, «глубина» авторско – правовой охраны, включая, в том числе и прикладные инструменты, и так называемый запрет копирования, характерный для позитивистской демаркации. Также следует обратить внимание на чрезвычайную устойчивость взаимосвязи между кругом охраноспособных объектов и интенсивностью их охраны. Если в рамках естественно – правового обоснования по разным причинам не удастся привести перечень объектов в соответствие с традициями «глубокой» охраны, правовая система и так реагирует снижением ее интенсивности, в результате чего происходит сближение с позитивистской демаркацией. В частности, в европейских правовых порядках находит широкое признание возможности распоряжения личными немущественными правами автора, что, по сути, приводит к размыванию их личного характера.

Основные методологические подходы к исследованию развития концепции интеллектуальных прав

Происхождение понятия «интеллектуальная собственность» (*intellectual property*), как правило, связывается с французским законодательством XVIII в.⁵⁹, для которого был свойственен проприетарный подход как к авторскому, так и патентному праву. Проприетарная теория опиралась на теорию естественного права, которая получила свое развитие в трудах французских философов-просветителей. Кратко напомним, что, согласно этой теории, право создателя любого творческого результата является его неотъемлемым правом, возникает из самой природы творческой деятельности и существует независимо от его признания государственной властью. Иными словами, право творца на созданный результат аналогично

⁵⁸ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты. Диссертация на соискание ученой степени д.ю.н. М., 2021. С. 65.

⁵⁹ Справедливости ради необходимо отметить, что идея об интеллектуальном праве как о самом священном виде собственности была воплощена еще раньше в законах некоторых штатов США. Так, в законе штата Массачусетс от 17 марта 1789 г. отмечалось, что «нет собственности, принадлежащей человеку более, чем та, которая является результатом умственного труда».

праву собственности, которое обеспечивает исключительную возможность распоряжаться этим результатом по своему усмотрению с устранением всех третьих лиц. Любой труд создает собственность, в том числе собственность на изобретения и на другие нематериальные (бестелесные) объекты. Эта теория нашла широкое применение в законодательстве и судебной практике стран романской правовой семьи⁶⁰. В XIX в. развитие авторского и патентного права в странах континентальной Европы значительно усилилось за счет исследований, проведенных в Германии⁶¹, доктрина которой была направлена против приравнивания авторского права к праву собственности. С экономической точки зрения проприетарная концепция приравнивает объекты авторских и патентных прав к праву собственности. С юридической точки зрения указанная концепция обосновывает общие черты в правовом регулировании отношений собственности на материальные и нематериальные объекты. По этой причине, обосновывается общность права собственности и института интеллектуальной собственности. Безусловно, можно говорить о степени общности, но это будет иметь смысл только для целей законодательного распространения тех или иных норм о праве собственности как более совершенной и исторически более сложившейся системы к результатам интеллектуальной деятельности. Например, в США, где проприетарная концепция признана на доктринальном уровне, законодатель распространил на оборот исключительных прав нормы об обороте движимого имущества. В этом случае общие нормы лишь восполняют пробелы в правовом регулировании, а специальные нормы имеют приоритет. Сторонники указанного подхода отмечают, что наличие норм применяемых субсидиарно, позволяет сделать разрешение разного рода конфликтных ситуаций более предсказуемым, а значит повысить степень определенности прав и обязанностей участников оборота.

Понимание теории исключительных прав как раз строится не на выявлении общих черт между правом собственности и интеллектуальной собственностью, а на их различии с точки зрения:

- свойств объектов, по поводу которых возникают права;

⁶⁰ Этот подход нашел отражение во вводной части французского Патентного закона от 7 января 1791 г.: «Всякая новая идея, провозглашение и осуществление которой могут быть полезны для общества, принадлежит тому, кто ее создал, и было бы ограничением прав человека не рассматривать новое промышленное изобретение как собственность его творца». См. более подробно: *Дюма Р.* Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. М.: Междунар. отношения, 1989 ; *Липчик Д.* Авторское право и смежные права. М., 2002.

⁶¹ О понятии и видах морального обоснования (легитимации) авторского права, с подробным критическим анализом различных теорий см.: *Stallberg C. G.* Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Duncker & Humblot, 2006. См. более подробно: *Кашанин А. В.* О применимости юридической конструкции уровня творческого характера произведения в авторском праве // СПС «КонсультантПлюс».

- оснований их возникновения;
- содержания;
- способов защиты вещных и исключительных прав.

Согласно теории исключительных прав такие понятия, как «исключительные права», «интеллектуальные права», «промышленные права» понимаются как права «*особого рода*» (*sui generis*). Теория исключительности интеллектуальных прав часто упоминается в российской дореволюционной литературе.⁶² В современной науке гражданского права теория исключительных прав получила свое дальнейшее развитие. Ее содержание состоит в том, что принадлежащие создателю объекта права препятствуют другим лицам его использовать, иными словами, обеспечивают их носителям правомочия на совершение различных действий с одновременным запрещением всем другим лицам совершать указанные действия. Закрепление исключительных прав означает, что никто не вправе без разрешения правообладателя использовать охраняемый такими правами объект. Вместе с тем сам правообладатель может разрешить использование своих исключительных прав третьим лицам. Чтобы результаты интеллектуальной деятельности могли участвовать в гражданском обороте, необходимо закрепить право, аналогичное по функционалу абсолютному праву собственности. Но поскольку объекты интеллектуальной деятельности рассматриваются в качестве нематериальных благ, то на них нельзя распространять правовой режим, установленный для вещей. Например, изобретение нельзя отождествлять с машиной, в которой оно воплощено, литературное произведение — с рукописью или книгой, ошибочно отождествлять идеи с объектами, в которых они воплощены. Очень точно природу исключительных прав определил В. А. Дозорцев: во-первых, исключительные права выполняют в отношении нематериальных объектов ту же функцию, что и право собственности в отношении материальных; во-вторых, исключительное право и есть абсолютное право на нематериальные объекты, только использующее в соответствии с натуральными свойствами объекта другие правовые средства, чем право собственности⁶³. Таким образом, на протяжении всей истории своего становления идея самостоятельности исключительного права и принципиальной невозможности рассмотрения его как особой собственности являлась основным направлением правовой мысли представителей указанной теории.

⁶² Рассматривая общее понятие исключительных прав, Г. Ф. Шершеневич утверждал, что «исключительное право предоставляет юридическую возможность совершения известного рода действий с устранением всех прочих от подражания. Пассивными субъектами исключительных прав являются все сограждане» (Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 72).

⁶³ См.: Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации : сб. ст. / Исслед. центр частного права. М., 2005. С. 112—115.

Мнения специалистов разделились лишь в отношении того, следует ли рассматривать это право в категориях имущественного права как права на нематериальные ценности или, наоборот, поместить его в категорию личных прав. Сторонники промежуточного направления — теории лично-имущественного права — придерживались мнения, что нельзя включать право создателя творческого результата в какую-либо из этих двух категорий по причине защиты им как имущественных, так и личных неимущественных прав. Различие позиций, касающихся природы понятия «интеллектуальная собственность», привело к тому, что в теории произошло разделение на две группы.

Сторонники дуалистического подхода (*droit double*) подразделяли совокупность прав, возникающих у творца с фактом создания объекта интеллектуальной собственности, на две категории: моральные права, которые отражают интересы автора как творческой личности и получившие название моральных прав (*droit moral*), и имущественные права, которые позволяют извлекать выгоду от использования и распоряжения правом на объект интеллектуальной собственности.

Сторонники монистического подхода считают⁶⁴, что это разделение искусственное и необоснованное, поскольку права, признаваемые за творческим работником, следует понимать как два аспекта единого и целостного права. Представителем монистического подхода является О. Ульмер (E. Ulmer), который в качестве монистического рассматривает авторское право Германии, а в качестве дуалистического такое право, где моральные и имущественные права четко разграничены: Франция, Россия. При этом способ охраны неимущественных интересов автора, будь то институт моральных прав или общий институт прав личности для идентификации дуализма значения не имеет.

Дуалистическая концепция впоследствии стала считаться одной из основополагающих и получила широкое закрепление в законодательстве стран континентальной школы права. Разделение интеллектуальных прав на личные неимущественные и имущественные права признается романской доктриной авторского и патентного права, которая и была положена в основу российского законодательства об интеллектуальной собственности⁶⁵. Однако и здесь все не так просто, как кажется на первый взгляд. В юридической науке не пришли к единому

⁶⁴ В странах англо-американского права система права интеллектуальной собственности основывается на безусловном доминировании имущественных прав. До конца XX в. здесь моральные права создателя не признавались. Такое положение вещей во многом обусловлено позитивистскими обоснованиями права интеллектуальной собственности, господствовавшими в Великобритании и США и сохраняющими свое влияние в этих странах и в настоящее время. См.: Матвеев А. Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 141—142.

⁶⁵ См.: Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.1991, Закон РФ от 09.07.1993 № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» и др.

знаменателю по поводу того, что выступает в качестве критерия деления авторских прав на имущественные и личные неимущественные. А.В. Кашанин полагает, что принципиальное различие достигается благодаря неотчуждаемости личных прав автора и характера защищаемого субъективным правом интереса. Таким образом, при общих начальных посылах (необходимость обоснования запрета перепечатки произведений) Франция и Германия пришли во многом к различным результатам с точки зрения модели охраны личных неимущественных интересов автора. Если во Франции имущественная и неимущественная составляющие авторских прав существуют во многом независимо друг от друга, что позволяет охарактеризовать закрепленную там модель как дуалистическую, то в Германии реализована монистическая модель, полагающая авторское право единым правом, где личные и имущественные правомочия остаются неразрывно связанными. В действительности разница в подходах серьезнейшим образом повлияла на общие модели авторского права, реализованные в указанных правовых порядках.⁶⁶

Необходимость охраны личного неимущественного интереса во Франции утвердилась достаточно поздно. Например, впервые вопрос о праве на неприкосновенность произведения как личном праве был поставлен во французской судебной практике в 1814 г. Лишь с принятием Закона об авторском праве 1957 г. классический набор личных неимущественных прав автора был закреплен во французском правовом порядке. Иными словами, во французском правовом порядке авторское право первоначально представляло собой институт, предназначенный исключительно для опосредования имущественного оборота произведений, и лишь впоследствии в него были интегрированы механизмы охраны личного неимущественного интереса автора. Как представляется, это существенным образом повлияло на то, что институт личных неимущественных прав до настоящего времени остается существующим на ощутимой дистанции от имущественных прав автора, предполагающим четкое разграничение личных и имущественных прав автора.

Каковы практические последствия признания дуалистического характера соотношения личных имущественных прав во французском праве:

- четкое разграничение указанных категорий прав позволяет закрепить возможность уступки имущественных прав в порядке транслятивного правопреемства, т.е. с окончательной утратой их автором. При этом дуалистическая модель логически допускает квалификацию перечисленных в законе конкретных авторских прав в

⁶⁶ Кашанин А.В. О проблеме распоряжения личными неимущественными правами автора // Вестник гражданского права №4, 2009.

качестве самостоятельных. Соответственно отнесение модели авторского права к монистической либо дуалистической может быть одним из аргументов в споре о возможности транслативной передачи отдельных исключительных прав.

- Последовательное разграничение личных и имущественных прав создает юридико-технические предпосылки для дифференциации правового режима объектов с разным уровнем творческого характера и, соответственно, логически позволяет снизить требования к минимальному уровню творческого характера объектов авторского права. Кроме того, дифференциация личной и имущественной составляющей позволяет более последовательно проводить принцип неотчуждаемости личных неимущественных прав. Наконец, дуалистический характер модели авторского права предполагает вполне определенные ответы на вопросы о сроке действия личных прав (принцип бессрочного существования), о возможности их наследования, а также о возможности включения авторских прав в состав общего имущества супругов.

Существенным препятствием для признания права на произведения субъективным гражданским правом представляла собой германская пандектистика, которая ограничила круг объектов абсолютных прав вещами, а также имела тенденцию к отождествлению вещного и абсолютного права. В этих условиях одним из представимых способов для расширения системы гражданского права за счет включения в число объектов гражданских прав результатов интеллектуальной деятельности являлось обоснование юридической конструкции личного права (права на личность, личную сферу), сопровождаемое квалификацией интеллектуальных продуктов в качестве проявлений личности (личной сферы).

Савиньи и его последователи приводили следующие аргументы против существования личных прав: право на собственную личность является противоречивой и логически невозможной конструкцией. Понятие субъективного права основано на четком разграничении между субъектом права (носителем воли) и объектом права, соответственно, объектом господства индивидуальной воли может быть внешний по отношению к личности мир. В случае с личными неимущественными правами субъект и объект права сливаются, что логически невозможно; многие так называемые права на собственную личность, в отличие от имущественных прав, невозможно нарушить как, например, "право" на свободное мышление; против конструкции личных неимущественных прав свидетельствуют невозможность их

сведения к денежным обязательствам и, соответственно, невозможность исполнения обязательства в натуре⁶⁷.

Интересно, что при этом Савиньи не отвергал саму возможность охраны интересов авторов и издателей произведений и не полемизировал с принятым в 1837 г. Прусским законом об авторском праве. Однако он не признавал за ним статус субъективного гражданского права, полагая, что в основе данного механизма охраны лежит публично-правовой запрет перепечатки произведений. Таким образом, авторское право не могло считаться частноправовым институтом. Впоследствии данные тезисы легли в основание так называемой теории рефлекса (Reflextheorie), исходящей из того, что авторские права есть не что иное, как отражение запретов уголовно-правового характера.

Рассмотренная концепция оказала мощное влияние на логику дальнейшего развития взглядов на природу авторского права, высказанных в германской доктрине. И дело даже не в строгости теории Савиньи о субъективном гражданском праве, ограничивающей круг объектов права, что, входя в противоречие с потребностями оборота, стимулировало активную полемику и попытки расширения системы за счет обоснования возможности существования личных неимущественных прав. По-видимому, более значимым оказался тот угол зрения, под которым рассматривалось авторское право. Речь идет о заложенной Савиньи традиции отождествления прав на нематериальные объекты с личным правом (правом на личность) и, соответственно, определения личного неимущественного права через признак объекта (личности). Признанная в пандектистике систематика субъективных гражданских прав, с учетом необходимости редукции проблемы к римским текстам, препятствовала квалификации произведений как самостоятельных объектов внешнего мира, отличных от личности правообладателя. Тенденция к отождествлению абсолютного и вещного права (как прав господства) не оставляла места для конструкции абсолютного права на нематериальные объекты. Для немецкой доктрины понятие собственности было жестко связано с идеей господства над материальными объектами, поэтому понятие "интеллектуальная собственность" имело явные вещно-правовые коннотации, предполагавшие применение к нематериальным объектам конструкций вещного права. Это стало непреодолимым догматическим препятствием для утверждения теории интеллектуальной собственности и,

⁶⁷ Savigny F. System des heutigen Römischen Rechts. Berlin, 1840-1849. Цит. по Кашанин А.В. Развитие взглядов на соотношение личных неимущественных и имущественных прав автора в континентальной доктрине авторского права// Законы России: опыт, анализ, практика, 2010, N 7

соответственно, парадигмы рассмотрения произведений в качестве объектов имущественных прав⁶⁸.

О. Гирке, обосновывал существование исключительных прав указанием на тесную связь результата творческой деятельности с личностью (личной сферой) автора. Гирке постулировал существование права на личность, заключающегося в возможности признаваться субъектом права. Данное право он считал "единым базовым субъективным правом", представляющим собой основание для всех отдельных субъективных гражданских прав. При этом Гирке критически относился к формализму пандектистской традиции и считал возможным формировать систематику прав исходя из сложившегося на практике положения вещей. Он отмечал, что в современном ему праве многие сферы личности приобретают самостоятельное значение и, соответственно, становятся объектами личных прав, к которым он относил и объекты авторского права. Соответственно авторско-правовая охрана произведений рассматривалась, прежде всего, как охрана личности, личной сферы автора, его интересов личного характера, а субъективные права автора - как права личного характера.

В целом, Гирке исходил из того, что авторское право является отчуждаемым. И все же определенная степень неразрывности прав на произведение с личностью автора существует. Автор обосновывал некую "субстанцию" авторского права, которая проявляется в том, что после прекращения переданных третьим лицам прав на произведение авторское право восстанавливается у автора в полном объеме. Как видим, пишет, А.В. Кашанин обоснование личной природы авторского права в германской доктрине XIX в. имело в качестве своей главной задачи не столько легитимацию авторского права самого по себе (хотя в условиях территориальной раздробленности земель и невозможности опереться на текст закона ее не следует сбрасывать со счетов), сколько обоснование его частноправового характера (и как следствие - возможности использования частноправовых средств защиты права) и решение связанных с этим проблем из области систематики гражданских прав⁶⁹. Итогом "борьбы за личное право" явилось сосуществование в немецкой доктрине двух во многом противоречащих друг другу тезисов, которые, тем не менее, считались одинаково авторитетными.

С одной стороны, на понятие личного права распространялись связанные с категорией правоспособности признаки, и, прежде всего, фундированные естественно-правовыми

⁶⁸ Кашанин А.В. Развитие взглядов на соотношение личных неимущественных и имущественных прав автора в континентальной доктрине авторского права//Законы России: опыт, анализ, практика, 2010, N 7.

⁶⁹ Кашанин А.В. Указ. соч.

аргументами свойства неотчуждаемости и непередаваемости. В качестве другого основания для признания неотчуждаемости личных прав рассматривалась непосредственная связь личных благ с личностью их обладателя (т.е. в современной терминологии - наличие личного неимущественного интереса), что предполагало распространение на личные права охранительной парадигмы.

С другой стороны, содержание личного права явным образом формировалось по принципу "остаточной категории" и, включая в себя права на все нематериальные объекты, фактически определялось не на основании критерия неразрывности связи с личностью, а по признаку нематериальности объекта. Соответственно конструкцией личных прав охватывались вовлеченные в имущественный оборот результаты интеллектуальной деятельности, а также некоторые другие блага (право на имя и изображение). При этом конструкция личного права была достаточно жесткой и не позволяла реагировать на вовлечение в имущественный оборот нематериальных благ, ранее рассматривавшихся как личные неимущественные. Все это требовало признания в определенной степени отчуждаемости личных прав.

В 1879 г. бельгийский ученый Э. Пикар предложил использовать в юриспруденции термин «интеллектуальные права», он посчитал необходимым дополнить римскую триаду прав (личные права (*jura in persona ipsa*), обязательственные права (*jura in persona aliena*) и реальные права (*jura in re materiali*) четвертой категорией, а именно интеллектуальными правами (*jura in re intellectuali*). Новый термин позволяет, как лаконично указал его автор, «избежать слова “собственность” для обозначения всей полноты права на продукты разума». Это обусловило появление теории интеллектуальных прав. Согласно этому подходу, интеллектуальные права находятся вне классической триады вещных, обязательственных и личных прав. Они существенно отличаются от права собственности на вещь, например по времени, территории действия, объему охраны, особенностям использования. Следовательно, права авторов, изобретателей, патентообладателей и других должны быть признаны правами «*sui generis*», правами особого рода, которые находятся вне традиционного деления⁷⁰. Интеллектуальные права противопоставляются традиционной категории вещных прав, т. е. создается новая юридическая категория с целью проведения различия между материальными и нематериальными ценностями. Э. Пикар уточнял, что интеллектуальные права состоят из двух элементов: личного или неимущественного элемента, присущего автору, и имущественного или экономического элемента.

⁷⁰ См. более подробно: Войниканис Е. А. Парадигмальный подход к исследованию интеллектуальных прав : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2015. С. 106.

Подводя своеобразный итог можно говорить о существовании двух методологических подходов к пониманию концепции права интеллектуальной собственности:

- монистический подход, который представляет собой единство моральных и имущественных прав, их тесную взаимосвязь;
- дуалистический подход представляет собой две самостоятельные, обособленные группы личных неимущественных прав и исключительных прав с разным правовым режимом, сроком действия, основанием возникновения и др.

Отражением назревшего дискурса в Российской империи стало установление в Цензурном Уставе 1828 г. исключительных прав авторов на литературные произведения. До указанного периода нельзя говорить о существовании в отечественном законодательстве института исключительных прав. В 1877 г. соответствующие положения были перенесены в Свод законов Российской империи, причем с рядом правок, коснувшихся вопросов доказывания, а также с признанием за новыми объектами (например, публичными выступлениями и частными дневниками) статуса объектов авторских прав. В 1911 г. Государственным Советом был принят Закон об авторском праве⁷¹, раскрывавший круг объектов, подлежащих охране, сроки действия авторских прав и вопросы их нарушения и защиты. Положениями было проведено разграничение административно-правовых и гражданско-правовых норм, признаны материальные и нематериальные права авторов, а также обозначено право авторов на перевод произведения, зафиксированы процессуальные особенности защиты прав авторов⁷², и наконец, применявшаяся ранее конструкция литературной и художественной собственности была заменена понятием исключительных прав. Тем самым, ознаменовав переход от проприетарной традиции к теории исключительных прав.

Принятые после Октябрьской революции Декреты ЦИК от 29 декабря 1917 г. «О государственном издательстве» и СНК от 26 ноября 1918 г. «О признании научных, литературных, музыкальных и художественных произведений государственным достоянием» отменили существовавшие ранее законы и установили для произведений статус «государственного достояния». Использувавшиеся ранее договоры с издателями были признаны

⁷¹ Закон об авторском праве: Высочайше утвержденный, одобренный Государственным Советом и Государственной Думой: Собрание Узаконений 30 марта 1911 г. Отд. I. Ст. 560 // Полн. собр. законов Российской Империи. Собрание 3-е. Т. XXXI. 1911. Отделение 1. СПб., 1914. С. 194-202.

⁷² Право интеллектуальной собственности / под ред. Л.А. Новоселовой. М.: Юрайт, 2016. С. 16-17.

недействительными⁷³, Постановлением Народного Комиссариата по просвещению от 14 февраля 1918 г. ряд произведений были национализированы. Однако, ограничение прав авторов, осуществлялось не на безвозмездной основе: за ними сохранялось право на получение гонорара, а их наследники имели право на получение содержания от государства.

При этом, важно обратить внимание на то, что начальный период становления авторских прав в советском государстве характеризовался тенденцией преобладания общественного интереса, что нашло отражение также в Декрете СНК РСФСР от 29 июля 1919 г. «Об отмене частной собственности на архивы умерших русских писателей, композиторов, художников и ученых, хранящиеся в библиотеках и музеях»⁷⁴, а также в Декрете СНК РСФСР от 10 октября 1919 г. Изменение подхода к авторским правам в указанный период связано с пересмотром методов ведения хозяйственной деятельности в целом: общий курс на национализацию и переход к плановой экономике, повышение значения государства как одного из центральных субъектов экономической деятельности.

Постановлением ЦИК СССР, СНК СССР от 30 января 1925 г. «Об основах авторского права»⁷⁵, Декретом ВЦИК, СНК РСФСР от 11 октября 1926 г. «Об авторском праве»⁷⁶, а также Постановлением ЦИК и СНК СССР от 16 мая 1928 г.⁷⁷, были изменены установленные ранее основы авторского права, и Постановлением ВЦИК и СНК РСФСР от 8 октября 1928 г. «Об авторском праве»⁷⁸ был начат, процесс восстановления и дальнейшего формирования в отечественном законодательстве монистической системы авторских прав. Так, устанавливался территориальный принцип действия авторского права, право автора на имя, исключительные права на публикацию произведения или на его публичное исполнение, равно как закреплялись

⁷³ Декрет СНК от 10 октября 1919 г. «О прекращении силы договоров на приобретение в полную собственность произведений литературы и искусства» // СУ РСФСР. 1919. № 51. Ст. 492.

⁷⁴ Декрет СНК РСФСР от 29.07.1919 «Об отмене права частной собственности на архивы умерших русских писателей, композиторов, художников и ученых, хранящиеся в библиотеках и музеях» // СУ РСФСР. 1919. № 38. 374 с.

⁷⁵ Постановление ЦИК СССР, СНК СССР от 30.01.1925 «Об основах авторского права» // СЗ СССР. 1925. № 7. Ст. 67.

⁷⁶ Декрет ВЦИК, СНК РСФСР от 11.10.1926 «Об авторском праве» // СУ РСФСР. 1926. № 72. Ст. 567.

⁷⁷ Постановление ЦИК СССР, СНК СССР от 16.05.1928 «О введении в действие основ авторского права в новой редакции» // СЗ СССР. 1928. № 27. Ст. 245.

⁷⁸ Постановление ВЦИК, СНК РСФСР от 08.10.1928 «Об авторском праве» // СУ РСФСР. 1928. № 132. Ст. 861.

права автора на получение вознаграждения (гонорара), нашли отражение вопросы соавторства, права редакторов древних произведений и т.д.

Основы гражданского законодательства СССР и союзных республик⁷⁹ 1961 г. и Гражданский кодекс РСФСР 1964 г.⁸⁰ представляли собой кодификацию законодательства, в которой отдельным разделом были выделены авторские права. В это время происходит дальнейшее ограничение прав авторов, фактически права авторов сохраняются в части личных неимущественных прав, а также получения гонорара. Советская кодификация не выделяла отдельной категории исключительных прав, речь шла о едином авторском праве, состоящем из имущественных и неимущественных правомочий. Права автора были существенно ограничены, возможности распоряжения практически исключены, по сути, обладателем прав является государство, в то время как интерес автора ограничивается получением вознаграждения за созданные результаты труда.

Строго говоря, российская правовая традиция, со времен разработки проекта Гражданского уложения Российской империи и кодификаций советского периода, основана на включение правовой регламентации «интеллектуальной собственности» в общегражданское законодательство. Значительное изменение условий регулирования интеллектуальных прав произошло с принятием шести отдельных законов, регулировавших отношения «интеллектуальной собственности» на протяжении примерно пятнадцати лет: Закон РФ от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах»⁸¹, Закон от 23 сентября 1992 г. «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных»⁸², Патентный закон от 23 сентября 1992 г., Закон «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» 1992 г., Закон «О селекционных достижениях» 1993 г., а также Федеральный Закон от 27 июля 2006 г. №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». С введением в действие части четвертой ГК РФ согласно ст. 2 Вводного закона утратили силу все шесть вышеуказанных законов. Этим были ликвидированы имевшиеся между ними многочисленные неоправданные

⁷⁹ Закон СССР от 08.12.1964 «Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик» // Ведомости ВС СССР. 1961. № 50. Ст. 525.

⁸⁰ Гражданский кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 11.06.1964) // Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

⁸¹ Закон РФ от 09.07.1993 № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» // Ведомости СНД и ВС РФ. 12.08.1993. № 32. Ст. 1242.

⁸² Закон РФ от 23.09.1992 № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 22.10.1992. № 42. Ст. 2325.

расхождения и имевшиеся противоречия, а фрагментарное регулирование было заменено на единое правовое поле.

Российская современная доктрина⁸³ единогласно признает, что авторское право и патентное право носит двойственную природу. С одной стороны, по целому ряду признаков оно совпадает с правом собственности, которое позволяет распоряжаться созданным результатом, в том числе передавать его другим лицам. С другой стороны, автор обладает рядом личных неимущественных прав, которые являются бессрочными, неотчуждаемыми и непередаваемыми в силу их природы. Термин «интеллектуальная собственность» в российском гражданском законодательстве был применен впервые в Законе СССР от 06.03.1990 № 1305-I «О собственности в СССР», а затем в Законе РСФСР от 24.12.1990 № 443-I «О собственности в РСФСР». После этого данный термин появился в Конституции РФ 1993 г., а затем и в части первой ГК РФ, несмотря на протесты ученых и специалистов. Недовольство было обусловлено не только и не столько противоречиями между позицией сторонников теории «исключительных прав» и сторонников «проприетарной теории» интеллектуальной собственности, сколько действием ряда международных соглашений, в которых участвует Россия в рамках Всемирной организации интеллектуальной собственности (далее — ВОИС). В частности, согласно Всемирной декларации по интеллектуальной собственности от 26 июня 2000 г.⁸⁴ под интеллектуальной собственностью понимается совокупность абсолютных прав человека на блага, признаваемые интеллектуальными по характеру и заслуживающие охраны. При этом термин «права интеллектуальной собственности» обозначает, по существу, права, закрепленные в ст. 27 Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 10 декабря 1948 г., гарантирующей право на свободное участие в культурной жизни общества, право наслаждаться искусством, участвовать в научном прогрессе и пользоваться его благами и право на защиту моральных и материальных интересов человека, выступающих результатом научных, литературных или художественных трудов, автором которых он является.

Согласно ст. 2 Конвенции, учреждающей ВОИС (была подписана в Стокгольме 14 июля 1967 г.) «интеллектуальная собственность» включает права, относящиеся к литературным, художественным и научным произведениям; исполнительской деятельности

⁸³ См.: Дозорцев В. А. Комментарий к схеме «Система исключительных прав» // Дело и право. 1996. № 4; Маковский А. Л. Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса // Гражданское право современной России / сост. О. М. Козырь, А. Л. Маковский. М.: Статут, 2008; Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (исключительные права): учебник для вузов. М.: Норма; ИНФРА-М, 2000.

⁸⁴ Всемирная организация интеллектуальной собственности: [официальный сайт]. URL: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip>

артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам; изобретениям во всех областях человеческой деятельности; научным открытиям; промышленным образцам; товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям; защите против недобросовестной конкуренции, а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях⁸⁵. Так, например, российское авторское право никогда не включало в содержание защиту против недобросовестной конкуренции и научные открытия не охраняло в рамках интеллектуальной собственности. Указанная Конвенция, отмечали исследователи, не должна быть для нас ориентиром в гражданско-правовом регулировании интеллектуальной собственности, так как является актом публичного права и понятие «интеллектуальная собственность» используется в ней «только в смысле настоящей Конвенции» (ст. 2), а потому никоим образом не обязывает даже государства-участники унифицировать свое национальное (частное) право под это определение.

Как представляется, в современном российском праве, нормы о правах на результаты творческой деятельности и средства индивидуализации (интеллектуальные права) образуют самостоятельную подотрасль гражданского права наряду с вещным, обязательственным и корпоративным правом. Она состоит из ряда институтов, регулирующих отношения по использованию близких с точки зрения правового режима объектов. Так, авторское право и смежные права — институты интеллектуальных прав, регулирующий отношения, связанные с созданием и использованием произведений науки, литературы и искусства, а также различных объектов смежных прав. В данный институт включаются нормы гражданского права, определяющие понятие и признаки охраноспособных произведений, а также особенности правового режима отдельных видов произведений (производные произведения, составные произведения, аудиовизуальные произведения, программы для ЭВМ и т. д.). Сюда же относятся нормы, устанавливающие виды и содержание интеллектуальных авторских прав. Смежные права входят в данный институт по признаку связанности с правами на авторские произведения. Так или иначе, объекты смежных прав служат доведению произведений до публики. Например, с помощью вещания осуществляется доведение аудиовизуальных произведений, с помощью фонограмм — песен, иных музыкальных произведений. При этом деятельность исполнителей и режиссеров носит творческий характер, а деятельность вещательных организаций и производителей фонограмм по воспроизведению объектов авторского права сама в известной

⁸⁵ //СПС «Гарант»

мере становится интеллектуальной и также нуждается в правовой охране. Поэтому права на результаты такой деятельности стали выделяться в самостоятельную категорию.

Закон расширил перечень объектов смежных прав, который включает в себя исполнения, фонограммы, вещание организаций эфирного и кабельного вещания, базы данных, а также произведения науки, литературы и искусства, обнародованные после их перехода в общественное достояние (как объекты прав публикаторов). Права, которые возникают на указанные объекты, всегда включают в себя исключительное право как возможность получать выгоду от их использования.

Промышленная собственность — институт права интеллектуальной собственности, с помощью которого получают правовую охрану изобретения, полезные модели, промышленные образцы и ноу-хау (секреты производства). Термин «промышленная собственность» — условный. Он возник в XIX в. как результат противопоставления этой части интеллектуальной собственности другой ее части — литературной и (или) художественной собственности, в качестве которой тогда воспринималось авторское право. Если последнее касалось произведений литературы, науки и искусства, то промышленная собственность имела целью предоставление правовой охраны результатам интеллектуальной деятельности, используемым в научно-технической деятельности в виде различных технических решений и подобных им результатов.

Данным институтом устанавливаются условия получения правовой охраны изобретений, полезных моделей и промышленных образцов; порядок их государственной регистрации и получения патента; содержание и виды прав, возникающих в отношении таких объектов; способы и порядок их использования.

К этому институту теперь необходимо относить и нормы о ноу-хау. Это такие производственные, технические и иные сведения, которые имеют коммерческую ценность в силу их неизвестности иным участникам, осуществляющим деятельность, в которой такие секреты производства могут быть использованы. Сведения, составляющие ноу-хау, могут быть запатентованы в качестве изобретения или полезной модели, а могут и не патентоваться их создателями (обладателями). Таким образом, по своему содержанию к секретам производства могут быть отнесены и патентоспособные сведения.

Права на средства индивидуализации — институт права интеллектуальной собственности, с помощью которого осуществляется регулирование использования обозначений юридических лиц, предприятий, товаров, работ, услуг. Нормы, входящие в данный институт, определяют соответствующие средства индивидуализации, которым предоставляется правовая охрана (фирменные наименования, товарные знаки и знаки обслуживания, наименования мест

происхождения товаров, коммерческие обозначения), порядок возникновения и прекращения такой охраны, использование средств индивидуализации и распоряжение исключительным правом на него, устанавливают защиту охраняемых обозначений от недобросовестного использования другими лицами.

Интеллектуальные права устанавливаются и в отношении некоторых и иных результатов творческой деятельности, не охваченных институтами авторского права и смежных прав, патентного права и права на средства индивидуализации. К их числу относятся права на селекционные достижения, топологии интегральных микросхем.

В российской литературе термин «интеллектуальные права» ввел в употребление В. А. Дозорцев⁸⁶. В части четвертой ГК РФ данный термин используется в значении общей категории прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации⁸⁷. С помощью новой для отечественного права категории законодатель доказывает нашу приверженность дуалистической модели. При этом считается, что для каждой ветви существует свой правовой режим (юридическая природа, срок действия, способы защиты и др.)⁸⁸ А. Л. Маковский объясняет данный шаг следующим образом: и «интеллектуальные права» в ГК РФ, и «интеллектуальная собственность» в Конвенции ВОИС 1967 г. — это субъективные права на интеллектуальный продукт. Но если в первом случае юридическое значение термина очевидно, то во втором, напротив, оно скрывается за используемым понятием собственности, во-первых, экономическим и, во-вторых, относящимся к качественно иным, нематериальным объектам⁸⁹.

В завершение необходимо сказать, что научная деятельность не стоит на месте, и появляются новые критические взгляды по фундаментальным вопросам, ставятся под сомнение принципы, которые ранее казались неоспоримыми. Е.А. Войниканис отмечает системные изменения, назревающие в правовом регулировании интеллектуальных прав. Например, рассматривая принцип дуализма, она отмечает, что "в случае использования цифровых носителей данный принцип перестает работать". Более того, в своем исследовании она приходит

⁸⁶См.: Дозорцев В. А. Система законодательства об интеллектуальных правах // Юридический мир. 2001. № 9, 11.

⁸⁷ См.: Калятин В. О. Авторское право в проекте части четвертой Гражданского кодекса РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 9.

⁸⁸ В противоположность дуалистической модели системы авторских прав, монистическая модель определяется через непротивопоставление имущественных и неимущественных интересов автора, изобретателя или иного правообладателя, через их тесную взаимосвязь, которая выражается в запрете уступки моральных прав, в установлении единого режима обеих групп прав после смерти субъекта. См. более подробно, например: Германские законы в области права интеллектуальной собственности. М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. 16 – 24.

⁸⁹ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского. М.: Статут, 2008. С. 278.

к выводу, что в практике правоприменения формируется устойчивая взаимосвязь между интеллектуальными правами и информационными правами, что обусловлено, в свою очередь, развитием информационных технологий. Автор предлагает признать уменьшение роли и значения авторского и патентного права как универсальных инструментов защиты исключительных прав, а также обращает внимание на все большую роль таких институтов как секретность и конфиденциальность в условиях цифровой формы результатов интеллектуальной деятельности. По ее мнению, кризис господствующей парадигмы интеллектуальных прав происходит с точки зрения внеправовых (глобализации и научно – технический прогресс), так и с точки зрения внутриправовых факторов (конфликта между интеллектуальными правами и правами человека), непроясненности соотношения интеллектуальных прав с другими сферами правового регулирования⁹⁰.

В. И. Еременко пишет, что термин "интеллектуальные права" нигде в мире не прижился. Он не используется в международных договорах России, отсутствует в законодательствах зарубежных стран и в настоящее время не обсуждается в зарубежной правовой литературе. Однако в отечественном законодательстве он нашел неожиданное применение. Помимо упоминавшихся ранее, не вполне удачных случаев использования термина "интеллектуальные права", он, по замыслу законодателя, призван заменить термин "интеллектуальная собственность" в случаях, когда последний использовался как категория права. Так, термин "интеллектуальная собственность", которая прежде отождествлялась с исключительными правами, заменен в ст. 17 Вводного закона термином "интеллектуальные права". Наиболее распространенной в мире является теория исключительных прав, которая органически вписалась в советскую систему выдачи авторских свидетельств на изобретения (являющуюся в СССР доминирующей), исключительные права на которые принадлежали государству и в отношении объектов авторского права⁹¹.

Вместе с тем, М.А. Рожкова обращает внимание на то, что, отказ от обозначения прав на объекты интеллектуальной собственности как "исключительных прав" в пользу "интеллектуальных прав" привел к тому, что исключительные права, выражаясь фигурально, были "понижены в ранге". Теперь обобщающая (классификационная) категория обозначается термином "интеллектуальные права", а термин "исключительные права" используется для

⁹⁰ Войниканис Е.А. Парадигмальный подход к исследованию интеллектуальных прав: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2015. С. 18-19.

⁹¹ Еременко В.И. Некоторые проблемы кодификации законодательства об интеллектуальной собственности//Законодательство и экономика", N 2, февраль 2014 г.

обозначения лишь одной из групп интеллектуальных прав (имущественных прав). Между тем, наверное, более логичной выглядела бы градация интеллектуальных прав на личные неимущественные и имущественные, что основано на использовании упомянутого критерия имущественного содержания прав, да и соответствует мировым тенденциям. Следует отметить, что упомянутое "понижение в ранге", в результате которого исключительные права из обобщающей категории превратились в одну из ее составляющих, затрудняет уяснение содержания данных прав. Это приобретает особую значимость в условиях серьезного отставания отечественных разработок в сфере интеллектуальной собственности, когда большинство умозаключений и рекомендаций строится преимущественно на трудах дореволюционных ученых, а также отечественных работах "докодексного" периода, в которых понятие "исключительные права" использовалось в принципиально ином смысле.

Во-вторых, нельзя не замечать, пишет автор, что наименование "исключительные права" гораздо в большей степени подошло бы для обозначения личных неимущественных прав - именно для этих уникальных субъективных гражданских прав исключена возможность осуществления другим лицом кроме автора (создателя, исполнителя, изобретателя и проч.). Личные неимущественные права исключают возможность отделения их от личности автора-правообладателя, и соответственно - отчуждения (распоряжения ими) и передачи (перехода) другому лицу. Именно для этих прав установлена ничтожность отказа от них, и именно эти права охраняются даже после смерти автора, что нехарактерно ни для каких иных прав. Изложенное свидетельствует о существовании особенностей, серьезно отличающих личные неимущественные права от прочих субъективных гражданских прав. В отличие от личных неимущественных имущественные права на объекты интеллектуальной собственности [допускающие отчуждение (распоряжение) и переход (передачу) от одного лица к другому] не слишком выделяются из прочих имущественных прав.

В-третьих, сама градация интеллектуальных прав, произведенная в ст. 1226 ГК РФ, на личные неимущественные и исключительные не позволяет уяснить, какие классификационные критерии были использованы при подобном разграничении. Это лишает такую классификацию признаков научности⁹².

Таким образом, по мнению И.А. Зенина, по большому счету, вся смена парадигмы свелась лишь к попытке избежать применения термина «собственность» к правам на результаты интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Однако в итоге, вконец

⁹² Рожкова М.А. Триада" интеллектуальных прав: верен ли законодательный подход //Журнал Суда по интеллектуальным правам", N 11, март 2016 г.

запутавшись с п. VIII ст.2 Стокгольмской конвенции об учреждении ВОИС, ст. 44 и 71 Конституции РФ и с теоретическими концепциями и рекомендациями проф. В.А. Дозорцева, «разработчики» проекта части четвертой ГК РФ оставили и то, и другое, обогатив мировую юриспруденцию «шедевром» в виде «интеллектуальных прав» на «интеллектуальную собственность»⁹³.

С одной стороны, возражения ученых справедливы, с другой стороны, с ними, нельзя согласиться в полной мере. В этом смысле можно говорить, что научному термину «интеллектуальные права», который призван в качестве родовой конструкции объединить видовые: личные неимущественные права, исключительное право и иные права, не место в Гражданском кодексе РФ, который призван регулировать оборот прав на результаты интеллектуальной деятельности. Более того, с указанным термином законодатель не связывает никаких правовых последствий. Интеллектуальные права были призваны объединить разные по своей природе субъективные права, принадлежащие одному автору, исполнителю или иному правообладателю. В принципе, с отведенной им ролью они справились, никаких дисфункций, связанных с их использованием в российском гражданском праве не возникает.

В этой связи в литературе было высказана Е. А. Павловой сходная позиция, согласно которой, автор не видит несоответствие там, где интеллектуальной собственностью признаются теперь сами результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, объясняя, тем самым, что, громоздкий термин "права интеллектуальной собственности" заменяется термином "интеллектуальные права" что, позволяет избежать постоянно возникающих в бытовом сознании ассоциаций с правом собственности.⁹⁴

⁹³ Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности: Учебник для вузов/И.А. Зенин. – 11-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2022. С. 25-26.

⁹⁴ Павлова Е.А. Соотношение права собственности и интеллектуальных прав // Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. М., 2008. Гл. 6.

§ 2. Проблемы международно – правовой охраны авторского права и смежных прав

По мере коммерциализации прав на объекты авторского права и смежных прав, появилась необходимость в том, чтобы интеллектуальные права признавались повсюду, где только могли бы использоваться результаты интеллектуальной деятельности. Охрана, предоставляемая в пределах одного государства явно недостаточна для развития книжных, музыкальных и иных рынков. Территориальность как принцип авторских и смежных прав означает, что существование и действие указанных прав ограничено пределами того государства, в котором результат интеллектуальной деятельности был создан. При таком подходе факт создания произведения или исполнения в одном из государств не влечет возникновения у автора статуса правообладателя и прав на произведение или исполнение в любом другом государстве. Для преодоления территориального характера, были созданы базовые международные соглашения, "смягчившие" проблему территориальности, включающей все экономически развитые государства, охватившей все части света и делегировавшей представительство интересов государств в сфере авторско-правовых отношений на международном уровне авторитетному органу - специализированному учреждению Организации Объединенных Наций - Всемирной организации интеллектуальной собственности⁹⁵.

В настоящее время, пишет О.В. Луткова, авторские права не было бы правильно называть жестко территориальными, и даже те ученые, которые уверенно говорят о территориальности как именно о принципе регулирования современных трансграничных авторско-правовых отношений, все же соглашаются с тем, что, значимость территориальности исключительных прав в аспекте международного частного права существенно преувеличена по следующим объективным причинам:

1) большинство государств мира предоставляют в целом охрану иностранным правообладателям на своей территории *ipso jure*, т.е. в силу установленных собственным национальным законодательством предпосылок;

2) в ряде случаев нормы национального авторского права действуют экстерриториально: субъективные авторские права, возникшие по праву и на территории одного государства, обретают юридическую силу на территории иностранного государства в силу существования и

⁹⁵ Луткова О.В. Трансграничные авторские отношения неисклительного характера: материально-правовое и коллизионно-правовое регулирование: монография. - Москва: "Проспект", 2017.

применения коллизионных норм международных соглашений или коллизионных норм национального авторского права принимающего государства.

Результатом создания системы международной охраны авторских прав не стало полное искоренение проблемы территориальности в сфере правового регулирования трансграничных авторских отношений, но произошло значительное "смягчение" проблемы территориальности благодаря международно – правовому регулированию.⁹⁶

Универсальной чертой законодательства об авторском праве и смежных правах является его унифицированность на уровне международно – правовых договоров. По мнению А.Л. Маковского, необходимо различать три разных способа (или метода) международно – договорной унификации права (прямой, косвенный и смешанный) и две ее формы («интегральную конвенцию» и «конвенцию – единообразный закон»)⁹⁷. Международная охрана в области авторского права и смежных прав устанавливается с помощью различных методов унификации: договоров прямого действия (*прямая унификация*) и договоров, опосредованного действия (*косвенная унификация*), и включения в национальные законы норм, охраняющих иностранные произведения и исполнения на условиях взаимности (*реторсии*).

Авторское право и смежные права как институты гражданского права представляют собой достаточно сложную и целостную систему, где основным системным признаком выступает иерархическая структурность. В соответствии с п. «о» ст. 71 Конституции РФ к исключительному ведению Российской Федерации отнесено правовое регулирование интеллектуальной собственности. Авторское право и смежные права являются институтами права интеллектуальной собственности как подотрасли гражданского права, следовательно, их правовое регулирование относится к исключительному ведению Российской Федерации.

По справедливому мнению С.Ю. Марочкина, «правовая система Российской Федерации представляется как комплекс всех явлений правовой действительности – не только внутригосударственных, но и связанных с международным правом. Что касается структуры, то нормы международного права «пополняют» нормативный массив правовой системы Российской Федерации. Это не означает, что они становятся частью права Российской Федерации. Они выполняют регулирующую функцию совместно (наряду) с нормами внутреннего права⁹⁸.

⁹⁶ Луткова О.В. Указ. соч.

⁹⁷ Маковский А.Л. Вопросы теории международно – договорной унификации права и состав международного частного права// Материалы секции права ТПП СССР. Вып. 34. М., 1983.

⁹⁸ Марочкин С.Ю. Действие нормы международного права в правовой системе Российской Федерации. Тюмень, 1998. С.31-32.

Основан этот подход на трактовке понятия «правовая система» как более объемного по отношению к понятию «система права». Понятие «правовая система» отличается от понятия «система права», означающего строение права как нормативного образования с его отраслями, институтами и др. Понятие правовой системы, в том числе применительно и к России, шире, объемнее, чем понятие собственно права как совокупности норм (позитивное право). Это сложный, спаянный жестокими экономическими связями, отличающийся многоуровневым характером и иерархическими зависимостями комплекс. Введение в национальную правовую систему новых правовых феноменов, каким является для нее международное регулирование, неизбежно, поэтому должно быть связано с новым этапом ее развития, с правовым процессом, который охватывает не только собственно национальное (внутригосударственное) право, но и все элементы правовой системы⁹⁹.

Итак, законодательство РФ об авторском праве и смежных правах, основывается на Конституции РФ и состоит из Гражданского кодекса РФ, принятых в соответствии с ГК РФ иных федеральных законов, а также указов Президента РФ, постановлений Правительства РФ, актов министерств и иных федеральных органов исполнительной власти. Международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, и если международным договором, в котором участвует Российская Федерация, установлены иные правила, то применяются правила международного договора (п.4 ст.15 Конституции РФ). В связи с развитием данного положения Конституции РФ был принят Федеральный закон от 15 июля 1995 г. "О международных договорах Российской Федерации", который конкретизировал и определил, что необходимо понимать под "международным договором".

Так, под международным договором понимается соглашение, заключаемое между Российской Федерацией и иностранным государством или международной организацией в письменной форме, и регулируемое нормами международного права.¹⁰⁰ Международные договоры, участником которых является Российская Федерация,

⁹⁹ Талалаев А.Н. Соотношение международного и внутригосударственного права и Конституции Российской Федерации//Московский журнал международного права.1994.№4. С.4.

¹⁰⁰ Ввиду того, что, оценка дефиниции международного договора, выходит за рамки данного исследования, считаю необходимым уточнить, что, Кельзен и Гугенхейм в свое время указывали на многозначность употребления термина «международный договор». С одной стороны, договор выступает в качестве правотворческого акта, принимаемого государством в соответствии с установленной международным публичным правом процедурой, а с другой – это нормы, созданные таким правотворческим актом. Кельзен утверждает, пишет А.В. Асосков, что смешение этих двух сторон приводит ко многим недоразумениям. Гугенхейм различает в каждом международном договоре его динамический характер, то есть процедуру, которая привела к появлению соглашения и его статистический характер, то есть то, что относится к результату соглашения – к правовой норме,

применяются к гражданским правоотношениям, в том числе к отношениям, связанным с распоряжением исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности и приравненным к ним средствам индивидуализации, за исключением случаев, когда из международного договора следует, что необходимо издание внутригосударственного акта (*косвенная унификация*). Суть косвенной унификации состоит в том, что государства – участники такого международного договора обязываются установить в своем национальном законодательстве правовую норму, содержание которой определено в этом договоре с большей или меньшей степени подробности. Как правило, возникает потребность в таких договорах, когда дело касается таких областей, где различия в праве государств трудно преодолимы или нецелесообразностью создавать в международном договоре нормы, столь полные и конкретные, чтобы они без изменений могли быть перенесены в сферу внутригосударственного регулирования. Например, Парижская конвенция об охране промышленной собственности 1883г. является примером косвенной унификации, для ее применения на территории РФ как правопреемницы СССР пришлось принимать закон «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименования мест происхождения товаров» 1992г. Однако, недостатком метода косвенной унификации является то, что внутригосударственные нормы, принимаемые в целях реализации положений международного договора, могут существенно различаться. В то время как нормы, созданные путем использования метода прямой унификации, часто квалифицируются как «самоисполнимые».

Кроме того, отношения в сфере интеллектуальной собственности в науке международного частного права определяются в качестве особой группы отношений, возникающих в ходе создания и использования результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации,¹⁰¹ специфика которых определяется нематериальным характером объектов таких отношений; нелокализovanностью их в пространстве, в отличие, например, от недвижимых вещей, они могут быстро распространяться по всему миру, в силу своей идеальной природы; абсолютным и срочным характером прав.

Во многом именно эти особенности объектов интеллектуальной собственности обусловили разработку международно – правовых актов, где нормы права носят в основном, не

созданной соглашением. См. более подробно: Асосков А.В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М.: Статут, 2003. С. 181.

¹⁰¹ Суспицына М.В. Коллизионное регулирование отношений интеллектуальной собственности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2013. С. 18.

коллизийный¹⁰², а, материально – правовой характер. Международные акты устанавливают общие стандарты в сфере интеллектуальной собственности, от которых государства - участники договора не должны отступать в своем национальном праве. Например, базовые конвенции в области интеллектуальной собственности определяют конкретные правила прямого действия в отношении сроков существования исключительного права на произведения, исполнения, изобретения и др.; возможные границы осуществления субъективных исключительных прав; меры защиты, которые учитывают особенности результатов интеллектуальной деятельности и т.д. В действительности, развитые государства с инновационно – ориентированной экономикой заинтересованы в том, чтобы навязать свои стандарты, свои условия (критерии) охраноспособности, свои подходы по защите интеллектуальной собственности менее развитым странам, создав тем самым своим правообладателям понятные, комфортные и эксклюзивные условия для ведения предпринимательской деятельности в большинстве стран мира. И.А. Зениным применительно к рассматриваемому вопросу было отмечена эволюция отечественного права интеллектуальной собственности через два главных вектора: 1) последовательная имплементация в российское (а ранее – в советское) право общепринятых норм зарубежного и международного права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации и 2) кодификация всего массива соответствующих норм¹⁰³.

В связи с этим необходимо учитывать, что в настоящее время Российская Федерация является участницей следующих международных договоров, регулирующих данные правоотношения:

— Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (Берн, 9 сентября 1886 г.; вступила в силу для Российской Федерации с 13 марта 1995 г., в дальнейшем неоднократно пересматривалась и на сегодняшний день действует в редакции от 1979 г.). Ее

¹⁰² Участие иностранного правообладателя в авторско-правовых отношениях предопределяет возникновение коллизионных вопросов, которые должны разрешаться на основании общего метода международного частного права, включая коллизионный способ. Соответственно участие иностранного правообладателя предопределяет также формирование особых принципов правового регулирования трансграничных авторских отношений - коллизионных принципов, на специфику которых оказывает влияние проблема территориальной ограниченности авторских прав. Поскольку многие вопросы регулирования авторских прав в трансграничных отношениях особенно связаны с правопорядком государства, предоставляющего охрану, коллизионные принципы правового регулирования опираются на привязки к праву государств, на территории которых авторские права "оказывают юридический эффект." См.: Крупко С.И. Нематериальная природа результатов интеллектуальной деятельности / средств индивидуализации в аспекте международного частного права // Хозяйство и право. 2014. N 11. С. 3.

¹⁰³ Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности: Учебник для вузов/И.А. Зенин. – 11-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2022.С. 31.

основной лейтмотив - обеспечить охрану в странах-участницах Конвенции произведений авторов-иностранцев. Благодаря Бернской Конвенции, в национальных законах по авторскому праву, которые теперь имеются практически во всех странах мира, содержатся базовые принципы охраны прав авторов-иностранцев: 1) любая страна охраняет неопубликованные иностранные произведения; 2) любая страна предоставляет авторско-правовую охрану тем иностранным произведениям, которые были впервые опубликованы в этой стране. При этом никакого дополнительного международного соглашения на этот счет не требуется; 3) если произведение иностранного автора было впервые опубликовано где-либо за рубежом, то любая страна предоставляет охрану такому произведению лишь при наличии соответствующего международного договора. Более того, при отсутствии такого договора авторское право на это иностранное произведение не действует (прекращает действовать).

Международные договоры по авторскому праву по-разному решают вопрос о том, должны ли страны-участницы договора охранять "старые" иностранные произведения, т.е. те, которые были опубликованы за рубежом до вступления в силу указанного международного договора. Некоторые международные договоры исходят из того, что страны-участницы не обязаны охранять такие произведения, поскольку они ранее, до вступления в силу этого международного договора, не охранялись, а потому их не надо ставить под охрану. Вопросу о том, действует ли Бернская конвенция "с обратной силой", посвящена ст. 18.

Э.П. Гаврилов отмечает, что ст.18, в принципе, исходит из того, что Конвенция имеет "обратную силу". Однако применение этого принципа сопровождается рядом оговорок, которые сформулированы настолько сложно, что даже многие опытные западные специалисты выражают сожаление по поводу неясности текста статьи либо отмечают, что практическое ее применение может породить определенные проблемы. Но если текст статьи сформулирован неясно, это значит, что могут существовать разные толкования этого текста, каждое из которых является юридически возможным¹⁰⁴. Согласно п.2 ст. 18 Бернской Конвенции, если произведение иностранного автора перестало охраняться вследствие истечения ранее предоставленного этому произведению срока охраны в той стране, где истребуется охрана, то в этой стране такое произведение не должно ставиться под охрану.

В этой связи, Россия истолковала эту норму следующим образом: когда иностранный автор создает свое произведение, то вначале это произведение существует в неопубликованном виде. Неопубликованное произведение иностранного автора в России всегда пользуется

¹⁰⁴ Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности. Авторское право и смежные права. XXI век. Сборник публикаций. - М.: Издательство "Юрсервитум", - 2016. //СПС «Гарант»

авторско-правовой охраной. Если произведению предоставляется правовая охрана, то это значит, что течет (исчисляется) срок его охраны. Если такое неопубликованное иностранное произведение будет затем опубликовано в России или в стране, связанной с Россией международным договором по авторскому праву, то охрана этого произведения продолжается. Если же такое произведение будет опубликовано в стране, которая не связана с Россией международным договором по авторскому праву, то охрана этого произведения прекратится до того, как истек полный срок охраны.

Во всех этих случаях срок охраны истекает ранее предоставленный срок охраны. А этой значит, что Россия не обязана охранять те иностранные произведения, которые на дату вступления России в Бернскую Конвенцию (13 марта 1995 года) были опубликованы и не охранялись в России. Таким образом, сделанное Россией при присоединении к Бернской конвенции уведомление Генеральному директору Всемирной организации интеллектуальной собственности о том, что "действие Бернской конвенции ... не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой конвенции в силу для Российской Федерации (13 марта 1995 года) уже являются на ее территории общественным достоянием".

Как справедливо отмечает Э.П. Гаврилов, сделанное Россией уведомление не является оговоркой Бернской конвенции. Ведь оговорка означает нераспространение определенных положений Конвенции, чего в данном случае не было. Это уведомление имело своей целью освободить российских читателей, зрителей, пользователей от платы за использование многих тысяч иностранных произведений, которые еще вчера были неохраняемыми, а 13 марта 1995 года должны были сразу стать охраняемыми. Благодаря этому уведомлению России удалось избежать огромных выплат за рубеж сумм авторских гонораров за использование иностранных книг, песен, кинофильмов и т.п.¹⁰⁵

— Всемирной конвенции об авторском праве (Женева, 6 сентября 1952 г.; пересмотрена в Париже 24 июля 1971 г.; вступила в силу для Российской Федерации с 9 марта 1995 г.)

В рассматриваемом аспекте Всемирная конвенция требует указывать при использовании произведения как объекта не только на авторов, но и других носителей авторского права как субъектов охраны. Это обусловлено следующим: во - первых, само понятие автора может различаться в различных странах. В частности, в некоторых странах в качестве авторов могут признаваться не только физические, но и юридические лица, например, в случае создания аудиовизуальных произведений (например, фильмов) в качестве авторов во многих странах

¹⁰⁵ Э.П. Гаврилов Указ. Соч.

признаются юридические лица – киностудии; во – вторых, исключительные права, изначально принадлежавшие автору, могут переходить другим лицам, права которых должны быть защищены; в – третьих, произведения, выпущенные в свет гражданами любого договаривающегося государства, и произведения, впервые выпущенные в свет в таком государстве, пользуются в любом другом договаривающемся государстве такой же охраной, как и охрана, предоставляемая этим государством произведениям его граждан, впервые выпущенным в свет на его территории, а также охраной, специально предоставляемой настоящей Конвенцией. При этом, аналогичные правила действуют и в отношении не выпущенных в свет произведений. При этом термин граждане толкуется достаточно широко и включает в себя также лиц, которые постоянно проживают в данной стране.

Особое внимание в международном акте уделено так называемым формальностям как условию предоставления охраны авторским правом. Специалисты, комментирующие авторско-правовые законодательства различных стран, выделяют в качестве предпосылок, необходимых для законодательного предоставления охраны авторских прав, внутренние и внешние условия. А. Богш к внутренним условиям относит: а) наличие произведения, обладающего совокупностью признаков, необходимых для получения охраны авторским правом; б) наличие субъектов авторских правоотношение - автора или его законного правопреемника; в) неисечение срока охраны произведения, установленного законодательством.

Под внешними условиями исследователь понимает так называемые формальности, требуемые законом для предоставления охраны произведений авторским правом. По его определению, формальности предоставляют собой "административную процедуру, установленную национальным законодательством, неисполнение которое ведет к утрате авторского права"¹⁰⁶.

Следует заметить, что не существует твердо установленного перечня этих формальностей, поскольку законодательство каждой страны устанавливает свои правила, связанные с предоставлением произведениям охраны авторским правом: депонирование экземпляров, регистрация, оговорка об оставлении за собой прав, нотариальные удостоверения, уплата сборов, производство или выпуск в свет на территории данного государства.

Согласно Конвенции условие о формальностях будет считаться выполненным, если, начиная с первого выпуска этого произведения, все его экземпляры, выпущенные с разрешения

¹⁰⁶ Международные конвенции об авторском праве. Комментарий. М., 1982. С. 207.

автора или другого лица, обладающего авторским правом, будут иметь конвенционный знак охраны авторского права.

В ст. 4 Конвенции установлен минимальный срок охраны, который равен жизни автора и 25 годам после его смерти. Конвенция предоставляет странам-участницам право увеличения срока охраны авторских прав по сравнению со сроками, установленными положениями настоящей конвенции. В связи с этим следует отметить, что практически не осталось стран, которые предоставляли бы столь короткие сроки охраны авторских прав на произведения. Вместе с тем национальное законодательство может использовать и другие точки отсчета исчисления срока охраны. Так, согласно п. 2 ст. 4 Конвенции он может исчисляться с момента первого опубликования или с момента регистрации произведения, предшествовавшей выпуску в свет.

Характерной особенностью Всемирной конвенции является отсутствие обратной силы, т.е. нормы конвенции не распространяются на произведения, которые были выпущены в свет в других странах - участницах до момента присоединения данной страны к указанному акту;

— Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (Стокгольм, 14 июля 1967 г., в редакции от 2 октября 1979 г.; вступила в силу для СССР с 26 апреля 1970 г.). ВОИС (WIPO) имеет цели:

1) содействовать охране интеллектуальной собственности во всем мире путем сотрудничества государств и, в соответствующих случаях, во взаимодействии с любой другой международной организацией;

2) обеспечивать административное сотрудничество Союзов (Союзы означают Парижский союз, специальные Союзы и специальные Соглашения, заключенные в связи с этим Союзом, Бернский союз, а также любое другое международное соглашение, призванное содействовать охране интеллектуальной собственности).

Сложно отрицать, что, именно благодаря Стокгольмской конвенции термин "интеллектуальная собственность", который эпизодически использовался в экономических и юридических трудах, получил официальное признание. В п. "viii" ст. 2 Стокгольмской конвенции определено, что "интеллектуальная собственность" включает права, относящиеся ("intellectual property" shall include the rights relating to): к литературным, художественным и научным произведениям; исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам; изобретениям во всех областях человеческой деятельности; научным открытиям; промышленным образцам; товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям; защите против недобросовестной конкуренции, все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях. Причем этот перечень носит открытый характер - он

может быть легко дополнен другими (новыми, вновь возникающими) результатами интеллектуальной деятельности и средствами индивидуализации. Интеллектуальная деятельность меняет форму, усложняется, поэтому регулярно появляются новые результаты такой деятельности, которым необходима правовая охрана, вследствие чего список объектов интеллектуальной собственности периодически пополняется и конкретизируется.

Следует специально обратить внимание на то, что под понятием "интеллектуальная собственность" подразумеваются именно права на перечисленные объекты, но не сами объекты. И.А. Зенин справедливо отмечает, что представляется дискуссионным закрепление в ст. 1225, 1226 и других ГК РФ двух различных категорий (интеллектуальной собственности и исключительных интеллектуальных прав), имеющих одни и те же объекты. Между тем по совокупному смыслу норм п. 4 ст. 129, п. 4 ст. 769 ГК РФ, ст. 2 ФЗ от 09.07.1999 г. N 160-ФЗ "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" и некоторых других интеллектуальная собственность, по существу, отождествляется с авторскими, смежными, патентными и им подобными исключительными (т.е. имущественными) правами. Это (но, лишь, в конечном счете) соответствует норме п. VIII ст. 2 Стокгольмской конвенции 1967 г. (с участием СССР), согласно которой интеллектуальная собственность - это не сами произведения, исполнения или изобретения, а права на них. Поэтому хотелось бы предложить, как минимум, изменить редакцию п. 1 ст. 1225 ГК РФ¹⁰⁷. При этом для международных договоров обычным является использование в качестве синонимов терминов "интеллектуальная собственность" (intellectual property) и "права интеллектуальной собственности" (intellectual property rights). Несмотря на участие СССР в Стокгольмской конвенции в отечественном законодательстве термин "интеллектуальная собственность" длительное время не применялся¹⁰⁸;

— Международной конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (Рим, 26 октября 1961 г.; вступила в силу для Российской Федерации с 26 мая 2003 г.)¹⁰⁹. Следует отметить, что Россия присоединилась к Римской конвенции с

¹⁰⁷ См. более подробно: Интервью с доктором юридических наук, профессором кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, заслуженным профессором МГУ им. М.В. Ломоносова И.А. Зениным //Законодательство №4, 2019.

¹⁰⁸ Рожкова М.А. Интеллектуальная собственность: к вопросу об основных понятиях//Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, N 11, ноябрь 2013 г.

¹⁰⁹ Конвенция, отразившая уровень технического развития, к настоящему времени оставленный уже далеко позади, явилась также и выражением компромисса, который позволил тогда достичь минимальной согласованности интересов различных групп и стран, занимавших разные позиции по проблеме охраны так называемых смежных прав. Есть и еще одна причина, объясняющая принятие этого документа, - соответствие

оговорками. Возможность присоединения с оговорками, несомненно, придает Римской конвенции необходимую гибкость и эластичность, поскольку дает возможность каждой присоединяющейся стране брать на себя обязательства в таком объеме, который соответствует ее политическим, экономическим и техническим условиям:

1) Конвенция предоставляет правовую охрану трем видам смежных прав, и начиная с 2003 г. полноценная охрана предоставляется в России изготовителям фонограмм, в том числе иностранным;

2) Конвенция не имеет обратной силы, так как, ни одно Договаривающееся государство не обязано применять положения Конвенции к имевшим место исполнениям или передачам в эфир, а также к фонограммам, первая запись которых была осуществлена до даты вступления Конвенции в силу для данного государства;

3) В соответствии с Римской конвенцией право, предоставляемое исполнителям, в отличие от изготовителей фонограмм и организаций вещания, не является исключительным правом. Данным субъектам предоставляется только право запрещать неправомерное использование исполнения путем его 1) передачи в эфир или для всеобщего сведения, 2) осуществления записи исполнения, 3) воспроизведения записи исполнения, если на первоначальную запись не было получено согласие, или воспроизведение осуществляется в целях, на которые не распространяется согласие, либо если первоначальная запись была осуществлена как установленное в соответствии со ст. 15 Римской конвенции исключение или ограничение права исполнителя, а воспроизведение осуществлено в иных целях (ст. 7). Вместе с тем согласие на включение исполнения в видеозапись или аудиовизуальную запись в соответствии со ст. 19 Римской конвенции влечет за собой не применение положений ст. 7, касающейся прав на такое исполнение. То есть исполнитель после согласия на видеозапись или аудиовизуальную запись не может осуществлять последующий контроль использования данного исполнения вне зависимости от цели осуществленной записи и запрещать действия по использованию, указанные в ст. 7 конвенции¹¹⁰;

условиям как развитых, так и развивающихся стран. Конвенция, разработанная в 1961 г., установила нормы охраны, вообще не существовавшие в то время во многих странах. Поэтому для присоединения к Конвенции большинству стран пришлось законодательным путем определить предусматриваемые ею права. См. более подробно об условиях принятия Римской конвенции: Гришаев С.П. Международная (Римская) конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций: анализ основных положений // "Гражданин и право", N 7, июль 2012 г. (СПС «Гарант»)

¹¹⁰ Бузова Н.В. Международная охрана аудиовизуальных исполнений: проблемы и решения // Журнал Суда по интеллектуальным правам, N 28, июнь 2020 г. (СПС «Гарант»)

— Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного производства их фонограмм (Женева, 29 октября 1971 г.; вступила в силу для Российской Федерации с 13 марта 1995 г.). Целью принятия указанной Конвенции стали обстоятельства, связанные с тем, что государства-участники, были озабочены все возрастающим распространением незаконного воспроизводства фонограмм и наносимым в результате этого ущербом интересам авторов, артистов-исполнителей и производителей фонограмм, то есть страны объединили свои усилия для борьбы с пиратством - незаконным (без согласия производителя) производством и распространением копий фонограмм, включая ввоз таких копий с целью их распространения. В Преамбуле и в ст. 3 Конвенции подчеркивается, что за национальным законодательством каждого государства-участника сохраняется право определения юридических мер, посредством которых настоящая Конвенция будет применяться и, которая, будет включать одну или более мер из числа следующих:

- охрана посредством предоставления авторского права или другого особого права;
- охрана посредством законодательства, относящегося к нечестной конкуренции, охрана посредством уголовных санкций.

Иными словами, Конвенция полностью опирается на внутренние нормы. В связи с этим, Россия справедливо выбрала механизм, который предоставляют смежные права. Так как объектами смежных прав являются интерпретации объектов авторского права (исполнения), профессионально сделанные - звуко – аудиовизуальные записи (фонограммы, фильмы), процесс вещания (передачи).

— Конвенцию о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники от 21 мая 1974 г. Положения этой конвенции направлены на запрещение противозаконного распределения программнесущих сигналов, передаваемых с помощью спутника, и устанавливают, что договаривающиеся государства вправе выбирать способ предотвращения противозаконного распространения сигналов. Из сферы ее действия исключается:

- распространение сигналов, полученных от спутников прямого вещания, позволяющих принять передачи непосредственно при помощи радиоприемников и телевизоров без использования наземной станции;
- распространение вторичных сигналов, полученных от сигналов, которые уже были распространены лицом, для которого эти сигналы предназначались.

Однако, в целях повышения образовательного уровня населения развивающихся стран Брюссельская конвенция разрешает использовать несущие программы сигналы, если сигналы

содержат сообщения о текущих событиях, предназначенные для использования в информационных целях или в качестве цитат, или передаваемая сигналами программа распространяется в развивающихся странах в образовательных или научно-исследовательских целях;

— Пекинский договор об охране аудиовизуальных исполнений (2012г.). Необходимость в присоединении России в 2015г. к данному договору связана с тем, что охрана прав исполнителей, установленная на международном уровне Римской конвенцией 1961 г., дополненная Договором ВОИС по исполнениям и фонограммам от 20 декабря 1996 г., обеспечивала преимущественно интересы исполнителей, записанных в фонограммы. Основная цель Пекинского договора адаптировать к реалиям цифровой эпохи права исполнителей на аудиовизуальные исполнения, транслируемые при помощи различных средств коммуникаций (в частности, кинематограф, телевидение, видео).

Положения о личных неимущественных правах исполнителя являлись камнем преткновения между странами общего права и странами континентальной Европы, разделение подходов усугубилось в условиях цифровой среды и виртуализации. В этой связи, необходимо отметить, что, несмотря на противоречия, моральные права регулируются ст. 5 Пекинского договора, в п.1 которого предусматривается, что независимо от имущественных прав исполнителя и даже после передачи этих прав, исполнитель в отношении своих незаписанных исполнений или исполнений, записанных в аудиовизуальных записях, имеет право: требовать быть признанным в качестве исполнителя своих исполнений, за исключением тех случаев, когда отсутствие такого признания продиктовано способом использования исполнения; возражать против всякого извращения, искажения или иного изменения своих исполнений, способного нанести ущерб его репутации, с должным учетом характера аудиовизуальных записей; сохраняют силу после его смерти по крайней мере до прекращения действия имущественных прав и осуществляются лицами или организациями, уполномоченными на то законодательством договаривающейся стороны, в которой испрашивается охрана. Однако те договаривающиеся стороны, законодательство которых на момент ратификации ими настоящего Договора или присоединения к нему не предусматривает после смерти исполнителя охрану всех прав, установленных в предыдущем пункте, могут предусмотреть, что действие некоторых из этих прав после смерти исполнителя прекращается.

При этом важное значение имеет следующее Согласованное заявление в отношении ст.5 Договора, цель которого заключается в исключении злоупотребления исполнителем своим правом на защиту репутации: с учетом характера аудиовизуальных записей и их изготовления и распространения, изменения исполнения, такие как монтаж, сжатие, дубляж или

форматирование, которые осуществляются как в процессе обычного использования исполнения на существующих или новых носителях либо в существующих или новых форматах, так и в процессе использования, разрешенного исполнителем, сами по себе не являются изменениями произведения; права в соответствии со ст. 5(1)(ii) касаются только тех изменений, которые объективно наносят ущерб репутации исполнителя существенным образом. При этом также понимается, что простое использование новых или измененных технологий или носителей как таковое не является изменением по смыслу ст. 5 Конвенции.

Далее, новеллой для российского законодателя является деление имущественных прав исполнителей на свои исполнения, которые подразделяются на имущественные права на незаписанные (то есть так называемые "живые" исполнения) и имущественные права в отношении исполнений, записанных в аудиовизуальных записях. Так, исполнители пользуются исключительным правом в отношении своих незаписанных исполнений разрешать: эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения своих незаписанных исполнений, за исключением случаев, когда исполнение уже передавалось в эфир и запись своих незаписанных исполнений.

Что касается записанных исполнений, то Пекинский договор предоставляет исполнителям пять видов имущественных прав: право на воспроизведение; право на распространение; право на прокат; право на доведение записанных исполнений до всеобщего сведения; право на эфирное вещание и сообщение до всеобщего сведения (последнее - на факультативной основе). Право на воспроизведение заключается в том, что исполнители пользуются исключительным правом разрешать прямое или косвенное воспроизведение своих исполнений, записанных в аудиовизуальных записях, любым образом и в любой форме. В соответствии с Согласованным заявлением в отношении данной статьи право на воспроизведение и исключения, допускаемые в отношении этого права посредством, полностью применяются в цифровой среде, в частности в отношении использования исполнений в цифровой форме. При этом понимается, что хранение охраняемого исполнения в цифровой форме на электронном носителе является воспроизведением по смыслу конвенции.

В соответствии с предоставляемым правом на распространение исполнители пользуются исключительным правом разрешать доведение до всеобщего сведения оригинала и экземпляров своих исполнений, записанных в аудиовизуальных записях, посредством продажи или иной передачи права собственности на экземпляр. При этом, ничто в настоящем Договоре, не ограничивает право Договаривающихся сторон самим определять или не определять условия, на которых исчерпание упомянутого выше права применяется после первой продажи или иной передачи права собственности на оригинал или экземпляр записанного исполнения с разрешения исполнителя (которые могут быть введены в обращение в виде материальных объектов). Следует

отметить, что сходные нормы об исчерпании права на распространение закреплены в других международных договорах, администрируемых ВОИС: ст. 6 (2) Договора ВОИС по авторскому праву и ст. 8(2) и 12(2) Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам.

Право на прокат представляет собой исключительное право исполнителей разрешать коммерческий прокат для публики оригинала и экземпляров своих исполнений, записанных в аудиовизуальных записях, как это определено в национальном законодательстве Договаривающихся сторон, даже после их распространения, осуществленного исполнителем или с его разрешения. При этом Договаривающиеся стороны освобождаются от упомянутого выше обязательства, если только коммерческий прокат не ведет к широкому копированию таких записей, наносящему существенный ущерб исключительному праву исполнителей на воспроизведение.

Содержание права на доведение записанных исполнений до всеобщего сведения состоит в том, что исполнители вправе разрешать доведение до всеобщего сведения своих исполнений, записанных в аудиовизуальных записях, по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, чтобы представители публики могли осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору.

Право на эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения является факультативным для целей его инкорпорации в национальные законодательства договаривающихся сторон. В п.1 ст.11 Пекинского договора декларируется, что исполнители пользуются исключительным правом разрешать эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения своих исполнений, записанных в аудиовизуальных записях. Вместе с тем п. 2 данной статьи гласит, что договаривающиеся стороны могут заявить в сданном на хранение Генеральному директору ВОИС уведомлении, что вместо права разрешать, предусмотренного в п. 1, они установят право на справедливое вознаграждение за прямое или косвенное использование исполнений, записанных в аудиовизуальных записях, для эфирного вещания или сообщения для всеобщего сведения. Договаривающиеся стороны также могут заявить, что они установят в своем законодательстве условия для осуществления права на справедливое вознаграждение.

Важное значение имеют положения ст. 12 Пекинского договора. В этой статье речь идет о передаче исполнителем своих имущественных прав. В соответствии с п.1 ст. 12 договаривающаяся сторона может предусмотреть в своем национальном законодательстве, что в случае если исполнитель выразил согласие на запись своего исполнения в аудиовизуальной записи, исключительные права на предоставление разрешения, предусмотренные ст. 7-11 настоящего Договора, принадлежат изготовителю такой аудиовизуальной записи, осуществляются им или передаются ему, если только исполнитель и изготовитель

аудиовизуальной записи не заключат договора об ином, как это определено в национальном законодательстве.

Договаривающаяся сторона может требовать в отношении аудиовизуальных записей, изготавливаемых согласно ее национальному законодательству, чтобы такое согласие или договор были выражены в письменной форме и подписаны обеими сторонами договора или их надлежащим образом уполномоченными представителями. Независимо от передачи исключительных прав, национальным законодательством или индивидуальными, коллективными или другими соглашениями исполнителю может быть предоставлено право на получение роялти или справедливого вознаграждения за любое использование исполнения, как это предусмотрено настоящим Договором. Правило п.3 ст.12 о предоставлении права на получение роялти или справедливого вознаграждения за любое использование исполнения также не является императивным для договаривающихся сторон, хотя в законодательствах многих государств такое право предусмотрено, в частности в РФ (п. 3 ст. 1263 ГК РФ). В настоящее время в этот круг включены, например, авторы сценариев, в то время как прежде только авторы музыкальных произведений (композиторы), использованных в аудиовизуальных произведениях, имели право на вознаграждение.

Как и в случаях с Договором ВОИС по авторскому праву (ст. 11) и Договором ВОИС по исполнениям и фонограммам (ст. 18), Пекинский договор (ст.15) возлагает на Договаривающиеся стороны обязательства предоставлять надлежащую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода эффективных технических мер, используемых исполнителями в связи с осуществлением своих прав по настоящему Договору и ограничивающих действия в отношении их исполнений, которые не разрешены соответствующими исполнителями или не допускаются законом. Важное значение имеет Согласованное заявление в отношении данной статьи, согласно которой ничто в настоящей статье не препятствует Договаривающейся стороне принять действенные и необходимые меры с тем, чтобы лицо могло воспользоваться ограничениями и исключениями, предусмотренными в национальном законодательстве этой Договаривающейся стороны в соответствии со ст. 13, если в отношении аудиовизуального исполнения были применены технические меры, при соблюдении следующих условий:

- это лицо имеет законный доступ к этому исполнению;
- правообладателями в отношении этого исполнения не были приняты надлежащие и действенные меры с тем, чтобы позволить такому лицу воспользоваться ограничениями и исключениями в соответствии с национальным законодательством этой договаривающейся стороны.

Необходимо учитывать в национальном праве весьма значительный по объему нормативный материал международных договоров в связи с вступлением в ВТО и, прежде всего:

— Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) (Марракеш, 15 апреля 1994 г.). Соглашение ТРИПС основывается на следующих ключевых постулатах: принцип режима наиболее благоприятствуемой нации и принцип национального режима. Помимо этого, Соглашение ТРИПС дополнено еще одним, отражающим специфику регулируемых отношений принципом, в соответствии с которым любая защита прав интеллектуальной собственности не должна препятствовать техническому прогрессу.

При этом Соглашение ТРИПС предписывает государствам выполнять обязательства, взятые ими в соответствии с Парижской конвенцией о защите промышленной собственности и Бернской конвенцией по охране литературных и художественных произведений.

В области защиты литературы и искусства используются типовые инструменты:

1) авторские права, предметом защиты которых являются оригинальные авторские работы в области литературы, науки и искусства в любой форме (при этом идея может быть не новой, но форма выражения должна являться незаимствованным творением автора);

2) смежные права, защищающие права артистов-исполнителей, продюсеров звукозаписей и ретрансляционных организаций.

3) авторские права в отношении компьютерных программ, которые рассматриваются в качестве литературных работ. Вводится в оборот понятие арендных прав на компьютерные программы, звукозаписи и кинофильмы, предоставляя авторам эксклюзивные права на разрешение или запрещение коммерческой аренды своих работ в целях предотвращения несанкционированного широкого распространения копирования авторского материала.

4) особый правовой режим в отношении топологий интегральных микросхем. Правовой механизм реализации такой защиты предусмотрен аналогичный механизму, закреплённому в положениях Вашингтонского Соглашения по правам на интеллектуальную собственность относительно интегральных схем 1989 г.

Важно при этом понимать, что Соглашение ТРИПС, инициированное и подготовленное экспертами из США, основано на позитивистском (утилитаристском) понимании интеллектуальных прав. Подтверждением этого утверждения являются следующие положения:

- члены организации не имеют прав и обязательств по ТРИПС в отношении прав, предоставляемых согласно ст. bbis Бернской конвенции, или прав, вытекающих из неё. Ст. 6 bis Бернской конвенции закрепляются личные неимущественные

права авторов, которые в понимании ТРИПС не считаются "торговыми аспектами" прав интеллектуальной собственности. С одной стороны, такое исключение не означает, что государства - участники Бернской союза освобождаются от выполнения обязательства о предоставлении авторам личных неимущественных прав, а члены ВТО нарушают ТРИПС, предоставляя охрану в отношении этих прав (п. 2 ст. 2 ТРИПС). С другой стороны, охрана личных неимущественных прав частных лиц государств, не являющихся участниками Бернской конвенции, не может предоставляться в соответствии со ст. 3-4 ТРИПС;

- ст. 7 Соглашения, согласно которой, «охрана и обеспечение соблюдения прав интеллектуальной собственности должны содействовать техническому прогрессу и передаче и распространению технологии к взаимной выгоде производителей и пользователей технических знаний, способствуя социально – экономическому благосостоянию и достижению баланса прав и обязательств».

В сфере интеллектуальной собственности и международный, и национальный обороты часто сталкиваются с конфликтом интересов, когда правообладатели безмотивно отказываются от предоставления лицензии на использование результата интеллектуальной деятельности. Как установлено в п. а ст. 31 Соглашения ТРИПС, решение о выдаче принудительной лицензии должно основываться на индивидуальных характеристиках предмета, например, наличие у спорного результата интеллектуальной деятельности особого экономического значения с позиции обеспечения научно – технического прогресса.

В преамбуле Решения Совета ЕС от 22 декабря 1994 г. о принятии обязательств, вытекающих из соглашений ВТО, закреплено: "по своей природе Соглашение об учреждении Всемирной торговой организации, включая Приложения к нему, не являются подходящими для того, чтобы непосредственно применяться в судах Сообщества и государств-членов". Как видно, отказ в непосредственном применении обосновывается природой Соглашения об учреждении ВТО. Возможность отступить от положений международного договора связана с правом государства на оговорку или сужением сферы применения договора. Когда США принимали обязательства, вытекающие из соглашений ВТО, была предпринята попытка минимизировать влияние норм ВТО на существующее право США. И соответствующий закон - The Uruguay Round Agreements Act - в п. "a" (1) ст. 102 закрепил: "Ни одно положение какого-либо из Соглашений Уругвайского раунда, ни применение такого положения к лицу или ситуации, которые не совместимы с каким-либо законом США, не должны действовать". И далее в п. "a" (2) ст. 102: "Ничто в настоящем Законе не должно толковаться как направленное на то, чтобы: (А)

внести изменения или скорректировать какой-либо закон США. Данная позиция отражается и в судебной практике США¹¹¹.

В то же время российские специалисты по международному праву не разделяют данную идею и считают, что ТРИПС представляет собой смешанное соглашение, содержащее как самоисполнимые, так и несамоисполнимые положения. Те положения ТРИПС, которые в чёткой и ясной форме устанавливают субъективные права и/или обязанности национальных физических и/или юридических лиц, предназначены для непосредственного применения в национальной правовой системе. Суды (и иные правоприменительные органы) Российской Федерации могут применять эти положения ТРИПС и соответственно толковать их при разрешении споров. Анализ судебной практики позволяет сделать вывод о том, что российские суды активно обращаются к ТРИПС при разрешении споров с участием физических и юридических лиц и непосредственно применяют отдельные положения ТРИПС.

Далее, А.В. Лелётина продолжает, что ТРИПС предоставляет членам организации возможность выбора способов и методов выполнения, закреплённых в них международно-правовых обязательств, не запрещая и не обязывая членов организации непосредственно применять положения соглашений ВТО в рамках правовых систем. Основным отличием ТРИПС от других соглашений ВТО в связи с этим является обеспечение минимального стандарта защиты интересов частных лиц. Важную роль в становлении концепции непосредственного применения положений ТРИПС в российской правовой системе должны играть судебные органы Российской Федерации, которые должны непосредственно применять отдельные положений ТРИПС¹¹².

В этой связи необходимо отметить, что проблема непосредственного применения положений международных договоров - одна из наиболее сложных во взаимодействии международного и национального права. В теории международного права ей уделяется серьёзное внимание. В течение длительного времени ведутся споры о том, какие международные договоры (их отдельные положения) и при соблюдении каких условий могут непосредственно

¹¹¹ Uruguay Round Agreements Act (Public Law 103-465 - December 8, 1994) (текст доступен на: <http://www.gpo.gov>)

Gattinara G. The Relevance of WTO Dispute Settlement Decisions in the US Legal Order // Legal Issues of Economic Integration. Vol. 36. No 4. November 2009. P. 285-312.

¹¹² Лелётина А.В. Международно-правовая охрана интеллектуальной собственности в рамках Всемирной торговой организации и российская правовая система. - М.: "Инфотропик Медиа", 2020.

применяться в правовых системах государств судебными и иными органами при разрешении конкретных дел¹¹³.

Возможность непосредственного применения приобретает актуальность в случае наличия противоречия между положением международного договора и нормой национального нормативного акта, а также в случае необходимости применения положения международного договора при отсутствии в национальном законодательстве необходимой для применения нормы (т.е. при необходимости восполнения законодательного пробела).

Помимо общих обязательств, закреплённых в соглашениях, принятых в рамках ВТО, члены организации имеют так называемые специальные обязательства, которые согласуются в процессе переговоров о вступлении. Протокол о присоединении России к ВТО определяет эти "специальные" обязательства в отношении Российской Федерации. Протокол отсылает к ещё одному документу, выработанному в результате переговоров. Это Доклад Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации (16-17 ноября 2011 г.) имеющий важное значение для понимания того, какие обязательства приняла на себя Российская Федерация и как их возможно исполнить, учитывая особенности и механизмы национальной правовой системы¹¹⁴.

Исходя из формулировки п. 7 Доклада Рабочей группы ВТО документ представляет собой изложение итогов рассмотрения рабочей группой по присоединению Российской Федерации к ВТО экономической политики и режима внешней торговли Российской Федерации, включая сферу охраны интеллектуальной собственности, т.е. понимаемых в широком смысле, а также условий Протокола о присоединении России к ВТО. Таким образом, при присоединении к Соглашению об учреждении ВТО явно выражается согласие государства (таможенной территории) только на принятие *определённых* международно-правовых обязательств, закрепляемых в международном договоре - протоколе о присоединении, и обеспечивается это посредством подписания или иным способом в течение определённого периода времени, т.е. путём проведения специальной процедуры выражения согласия.

Итак, подытожим: принятие Соглашения ТРИПС инициировалось США. США настояли на своем видении интеллектуальной собственности в рамках ВТО, исключаящем

¹¹³ См. более подробно: Игнатенко Г.В. Взаимодействие внутригосударственного и международного права: учеб. пособие. Свердловск, 1981. С. 17-31; Карандашов И.И. Непосредственное действие норм международных договоров в правовой системе Российской Федерации: дис. _ канд. юрид. наук. СПб., 2013;

¹¹⁴ Протокол о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г. (Женева, 16 декабря 2011 г.)

международную защиту личных неимущественных прав авторов, так как в странах англосаксонской традиции разрешается отходить от соблюдения *moral rights*, если такие ограничения являются разумными и обоснованными и соответствуют обычаям и сложившейся практике. Формирование охраны произведений в указанной традиции не требовало развития представлений о личной связи автора с произведением и возникновения самой конструкции личных неимущественных прав автора. Концептуальное понимание *copyright* заключается в том, что назначение права интеллектуальной собственности состоит в стимулировании на благо общества вложений в творчество и распространение его результатов. Это так называемая теория побудительного фактора, которая ставит под сомнение любую идею, предполагающую усиление охраны прав автора в ущерб общественным интересам. Стоит также отметить, что Соглашение стало первым нормативным актом, закрепившим принцип двойного регулирования интеллектуальной собственности как специальным, так и конкурентным законодательством.

Пожалуй, ни одно другое техническое новшество не вызывало в такой короткий срок столько разговоров о необходимости изменения законодательства об авторском праве, сколько их породило распространение Интернета. Обратимся к «интернет-договорам»:

— Договор ВОИС по авторскому праву от 20 декабря 1996 г. (ДАП) и Договор ВОИС по исполнению и фонограммам от 20 декабря 1996 г. (ДИФ)¹¹⁵.

«Интернет–договоры» вводят дополняющие Бернскую конвенцию положения, учитывающие специфику охраны объектов авторского и смежных прав в цифровой среде. В Договоре ВОИС об авторском праве 1996 г. специально предусматривается, что все страны-участницы договора обязаны также соблюдать все основные положения Бернской конвенции независимо от того, являются ли они членами Бернского союза или нет.

Впервые использование технических средств защиты авторских прав, затрудняющих копирование защищаемых произведений, было предусмотрено в указанных «Интернет-договорах» ВОИС. Эти же Договоры закрепили новое авторское правомочие - "сообщение произведения для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи...". Содержание, которого заключается в том, что

- авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать доведение до всеобщего сведения оригинала и

¹¹⁵ Именно из-за экстерриториальности Интернета, в котором распространяется охраняемый контент, возникают трудности, например в деятельности организаций по коллективному управлению правами. К тому же территориальность серьезным образом затрудняет онлайнное лицензирование и приводит к крупным транзакционным расходам.

экземпляров своих произведений посредством продажи или иной передачи права собственности;

- ничто не влияет на свободу договаривающихся сторон определять или не определять условия, на которых исчерпание права, применяется после первой продажи или иной передачи права собственности на оригинал или экземпляр произведения с разрешения автора.

Следует отметить, что введение и усиление мер защиты прав правообладателей в цифровую эпоху способны сместить баланс интересов пользователей и правообладателей в пользу последних. В сфере авторского права может иметь место не только нарушение прав авторов и правообладателей, но и игнорирование интересов иных категорий лиц. Между тем, социальные прагматические цели использования объектов авторского права должны быть восприняты в качестве принципов авторского права. Именно такие установки способствуют развитию инноваций, созданию конкурентной среды, раскрытию творческого потенциала. Благодаря «Интернет-договорам» российский правообладатель и пользователь «столкнулись» с техническими средствами защиты, которые предназначены для того, чтобы затруднять создание копий защищаемых произведений и отслеживать создание таких копий, установилась возможность их применения в отношении широкого круга произведений. Так, "де факто", установление таких средств защиты возможно в отношении произведений, не охраняемых авторским правом, но контролируемых правообладателем. Кроме того, средства технической защиты могут ограничивать любое копирование, в том числе добросовестное, поскольку в настоящий момент сложно провести демаркационную линию, разграничивающую "законное" и "незаконное" копирование¹¹⁶.

Н.В. Бузова предлагает международные договоры в указанной сфере разделить на две группы. К первой группе исследователь относит международные договоры, содействующие сближению национальных законодательств и заложенных в них подходов. В таких договорах обобщается уже накопленный опыт применения положений, и международные эксперты используют наиболее распространенные и (или) наиболее удачные правовые конструкции при разработке проекта международного договора с целью гармонизировать национальные законодательные акты и создать более понятную правовую среду. Вторую группу международных договоров составляют международные акты, закладывающие основу для нового

¹¹⁶ Луткова О.В., Терентьева Л.В., Шахназаров Б.А. Основные проблемы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве: учебное пособие для магистров. - М.: Проспект, 2017.

института, который в будущем найдет отражение в национальных актах, для регулирования новых отношений как на международном, так и на национальном уровнях (применительно, например, к смежным правам можно говорить о существовании конвенций, относящихся ко второй группе, ярким примером является Римская конвенция, так как на момент ее принятия национальные институты смежных прав еще находились на стадии формирования¹¹⁷). Таким образом, разработка международных соглашений является результатом договоренности большого числа государств, имеющих одинаковые потребности. В настоящее время, в результате анализа национальных актов, невозможно создать всеобъемлющий международный акт уровня Бернской, Парижской или Мадридской конвенций, позволяющий предоставить правовую охрану, например, всем объектам смежных прав в большинстве стран мира. Поэтому международное регулирование проводится в отношении отдельных объектов.

В современном международном регулировании прав на объекты авторского права и смежных прав важное место занимает право Европейского союза. Директивы ЕС содержат общеобязательные правила, принятые в установленном порядке компетентным органом — Европейским парламентом и (или) советом, т. е. представляют собой нормативные акты, основная функция которых — создание общих начал правового регулирования в конкретных сферах общественной жизни¹¹⁸. Именно посредством директивы создается общая правовая норма, которую должны учитывать государства — члены ЕС в своем национальном законодательстве. Римский договор 1957 г., регламентируя процедуру правовой унификации, употребляет три различных термина — «гармонизация», «сближение», «координация». При этом указаний на соотношение соответствующих им понятий в договоре не содержится. В литературе были высказаны различные точки зрения по данной проблеме. Ю.М. Юмашев делает вывод, что термин «сближение» применяется для обозначения общего родового понятия и охватывает два других термина, имеющих специфический, видовой характер¹¹⁹. А.А. Маковская считает, что нецелесообразно проводить различия между указанными терминами, основываясь на выделении той или иной области отношений. Происходящие процессы сближения национальных правовых норм, которые еще далеки от завершения, требуют большой гибкости в толковании и практическом использовании различных терминов, употребляемых в международных

¹¹⁷ Бузова Н.В. Международно – правовое регулирование отношений, связанных с объектами смежных прав: современное состояние и перспективы//Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения №3, 2020. С.53 – 54.

¹¹⁸ См.: Европейское право / под ред. Л. М. Энтина. М. :Норма, 2000. С. 133.

¹¹⁹ Юмашев Ю.М. Правовое регулирование прямых иностранных капиталовложений в ЕЭС. С.55-57.

договорах¹²⁰. Классификация способов защиты должна быть основана на существенных различиях в правовой природе используемых юридических средств, однако данный критерий пока не нашел четкого закрепления и идентификации специальными терминами в международно – правовой практике, поэтому термины «унификация», «сближение», «гармонизация» права можно использовать как синонимичные¹²¹.

Таким образом, установленная директивной норма направлена на сближение (гармонизацию) законодательных актов государств — членов ЕС. Главное же состоит в том, что гармонизация не означает обязательное копирование государством предусмотренного в директиве правила, в связи с этим остается возможность для учета национальных особенностей правового регулирования в каждом государстве¹²². В законодательство ЕС входит несколько директив, гармонизирующих разные аспекты авторского права и смежных прав, которые оказали непосредственное влияние на российское законодательство:

— Директива 91/250/ЕЕС от 14.05.1991 «О правовой охране компьютерных программ», замененная директивой 2009/24/ЕС от 23.04.2009;

— Директива 92/100/ЕЕС от 19.11.1992 о праве на прокат и праве на предоставление в безвозмездное временное пользование, и некоторых правах, относящихся к авторскому праву в области интеллектуальной собственности, замененная директивой 2006/115/ЕС от 12.12.2006;

— Директива 93/98/ЕЕС от 29.10.1993 о гармонизации срока действия охраны авторского права и некоторых смежных прав, замененная директивой 2006/116/ЕС от 12.12.2006;

— Директива 96/9/ЕЕС от 11.03.1996 «О правовой охране баз данных»;

— Директива 2001/29/ЕЕС от 22.05.2001 «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе»;

— Директива 2001/84/ЕЕС от 27.09.2001 «О праве перепродажи в интересах автора оригинала произведения искусства»;

— Директива ЕС от 29 апреля 2004 г. № 2004/48/ЕС «Об обеспечении прав на интеллектуальную собственность»;

¹²⁰ Маковская А.А. Унификация международного частного права в рамках ЕЭС. Автореферат дис. на соискание ученой степени к.ю.н. С. 13-16.

¹²¹ Асосков А.В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М.: Статут, 2003. С.238.

¹²² См. более подробно: *Cohen H. J. The EC copyright directives, economics and author' right // International review of industrial property and copyright law. 1994. Vol. 25. № 6. P. 834.*

— Директива ЕС от 12 декабря 2006 г. № 2006/115/ЕС «О праве аренды, проката и об определенных правах, смежных с авторским правом, в сфере интеллектуальной собственности»;

— Директива 2012/28/EU от 25.10.2012 о некоторых случаях разрешенного использования произведений-сирот;¹²³

— Директива ЕС от 4 апреля 2014 г. о коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на музыкальные произведения, использующиеся онлайн в Интернете;

— Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2019/790 от 17 апреля 2019 г. об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке, а также об изменении Директив 96/9/ЕС и 2001/29/ЕС¹²⁴.

¹²³ Например, подобно Директиве 2012/28/EU в России были разработаны законопроекты о допущении перехода некоторых произведений в общественное достояние (проект федерального закона № 525953-6 «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации в части советского культурного наследия»; проект федерального закона № 525979-6 «О внесении изменений в статью 6 Федерального закона “О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации”» (в части перехода объекта авторских и смежных прав в общественное достояние).

¹²⁴ Одной из наиболее обсуждаемых новелл Директивы об авторском праве на едином цифровом рынке стало введение нового объекта исключительных прав в интересах издательского бизнеса, а именно "публикаций в прессе" (press publications). Положения Директивы, признающие исключительные права в отношении использования публикаций в прессе, противники реформы назвали "налогом на ссылки" (link tax).

В окончательно принятой редакции Директивы (ЕС) N 2019/790 под публикациями в прессе понимается совокупность (collection), состоящая главным образом из литературных произведений журналистского характера, но которая также может включать иные произведения или иные охраняемые объекты и которая:

- а) представляет собой отдельную статью в периодическом или регулярно обновляемом издании под одним названием, например, в газете или журнале общего или специального интереса;
- б) имеет целью предоставление широкой общественности информации, связанной с новостями или другими темами; и
- с) публикуется в любых средствах массовой информации по инициативе, под редакционной ответственностью и контролем провайдера услуг.

При этом периодические издания, которые издаются в научных или академических целях, такие как научные журналы, не считаются публикациями в прессе для целей Директивы (ЕС) N 2019/790.

С соответствии с п. 1 ст. 15 Директивы (ЕС) N 2019/790 государства - члены ЕС должны признавать за издателями печатных изданий, имеющих место нахождения в Европейском союзе, исключительное право на воспроизведение и исключительное право на доведение до всеобщего сведения в отношении онлайн использования их публикаций в прессе провайдерами услуг информационного общества. При этом указанные исключительные права не распространяются на частное или некоммерческое использование публикаций в прессе

Таким образом, весьма актуальным является приведение российского законодательства в соответствие с положениями Европейских директив в связи с заключенным Соглашением о партнерстве и сотрудничестве между Российской Федерацией и ЕС. Так, ст. 7 Директивы № 92/100/ЕЕС от 19 ноября 1992 г. о праве на прокат и праве на предоставление в безвозмездное временное пользование, а также некоторых правах, относящихся к авторскому праву, в области интеллектуальной собственности устанавливает, что государства-члены должны предусмотреть также и исключительное право разрешать или запрещать прямое или косвенное воспроизведение записей передач организаций вещания. Кроме того, государства-члены должны отразить в национальном законодательстве исключительное право разрешать или запрещать ретрансляцию своих передач средствами беспроводной связи и доведение своих передач до всеобщего сведения в случае, если это доведение осуществляется в местах, доступных публике за входную плату (п. 3 ст. 8 Директивы № 92/100/ЕС). Например, такая рецепция нашла отражение в п. 6 ст. 1330 ГК РФ.

отдельными пользователями (абз. 2 п. 1 с. 15), на акты создания гиперссылок (абз. 3 п. 1 с. 15) а также не применяется в отношении использования отдельных слов или очень коротких выдержек из публикаций в прессе (абз. 4 п. 1 с. 15).

По мнению разработчиков Директивы, повторное использование широко доступных онлайн-публикаций в прессе является основой бизнес-модели и главным источником дохода для новых онлайн-сервисов (новостные агрегаторы, службы мониторинга публикаций). Вместе с тем издатели периодических изданий испытывают затруднения при лицензировании онлайн-использования своих публикаций провайдером такого рода услуг, что затрудняет возмещение ими своих инвестиций. Признание организационного и финансового вклада издателей периодических изданий в производство публикаций в прессе будет способствовать устойчивости индустрии и дальнейшему развитию свободной и плюралистической прессы. Исключительные права в отношении онлайн-использования публикаций в прессе признаются 1) в дополнение к существующим правам в отношении произведений или иных охраняемых объектов, включенных в публикацию в прессе, и не должны использоваться против авторов и иных правообладателей (п. 2 ст. 15); 2), признается за авторами произведений, включенных в публикацию в прессе право на долю в доходе, полученной издателями периодических изданий за онлайн-использование публикаций в прессе (п. 5 ст. 15). Срок действия исключительных прав составляет два года и исчисляется с 1 января года, следующего за датой обнародования публикации в прессе.

Однако, по мнению противников этой идеи, признание прав за издателями периодических изданий необязательно принесет желаемый результат. Поэтому к рецепции этой конструкции в России пока относятся настороженно.// Текст Директивы на английском языке опубликован в Официальном Журнале N L 130, 17.05.2019 г., С. 82.

При этом следует учитывать, что надлежащее функционирование современного рынка нуждается в эффективном правовом регулировании не только на международном, но и на национальном уровнях. В различных странах существуют нормативные правовые акты, которые, однако, различаются по направленности и содержанию, отсюда и значительные отличия в правоприменительной практике по данному вопросу. Например, в Великобритании основным актом, регулирующим авторское право, является Закон «Об авторском праве, дизайне и патентах» 1988 г. (*The Copyright, Designs and Patents Act 1988*). В ст. 1 этого закона говорится о том, что авторское право представляет собой право собственности, существующее в отношении таких произведений, как оригинальные литературные, драматические, музыкальные или художественные произведения; звуковые записи, фильмы, теле- и радиопередачи или кабельные программы; типографское оформление опубликованных изданий¹²⁵. Одним из последних актов в указанной области является Закон «О цифровой экономике» (*The Digital Economy Act 2010*)¹²⁶. С его принятием в Великобритании существенно ужесточилась государственная политика регулирования авторских правоотношений в сети Интернет. Основная цель закона заключается в упрощении процедуры выявления и наказания нарушителей авторского права в глобальной сети Интернет и подачи с их стороны апелляций. Заметим, что подобная проблема существовала и в США. Основными нормативными правовыми актами США в отношении авторского права являются U. S. Code Title 17¹²⁷ и Закон «Об авторском праве в цифровую эпоху» (*Digital Millennium Copyright Act*)¹²⁸, DMCA. В действительности, четкой границы, отделяющей легальное использование контента от нелегального, в американском законодательстве не существует. Поэтому на решение суда должна влиять оценка того, какая часть оригинального объекта была использована, являлось ли ее использование коммерческим по своей природе, нанесла ли новая интерпретация произведения ущерб продажам старого и не являлась ли она пародией.

В иерархии нормативных актов, посвященных регулированию авторских отношений в РФ, главенствующая роль, безусловно, принадлежит правовым актам высших органов государственной власти. В советское время к источникам авторского права относили типовые авторские договоры и в литературе отмечали чрезвычайно важную роль в регулировании отношений между создателями произведений и организациями, занимающимися их использованием. На сегодняшний день положение кардинально изменилось. Действующее

¹²⁵ URL: www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents

¹²⁶ URL: www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf

¹²⁷ United State Code / Office of the Law Revision Counsel, 2006 Edition and Supplement IV; laws through 1/7/2011.

¹²⁸ См.: Digital Millennium Copyright Act 1998 // URL: www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf

гражданское законодательство исходит, прежде всего, из принципа свободы договора и свободы авторского договора в частности, предоставляя сторонам определять все его основные условия самостоятельно с учетом тех гарантий, которые закреплены законодательством. Следовательно, все утвержденные ранее органами государственного управления типовые авторские договоры утратили свое нормативное значение.

В Великобритании и США как представителям англосаксонской правовой традиции особая роль в системе источников права отводится судебному прецеденту. Россия как представитель европейской правовой традиции достаточно четко разделяет сферу правотворчества и сферу правоприменения. В этой связи судебные решения по конкретным авторским делам не приобретают прецедентного характера в смысле общеобязательности данных решений при рассмотрении аналогичных дел в будущем. Однако совершенно очевидно, что без обеспечения единства судебной практики, которая является реальным механизмом защиты авторских и смежных прав, соблюдения законности при рассмотрении гражданских дел, невозможны ни деятельность судов, ни сфера правотворчества, ни развитие юриспруденции¹²⁹.

Установлено, что для эффективной защиты авторских и смежных прав в зарубежных странах необходимы правовые механизмы, позволяющие защищать права иностранных правообладателей в иных правопорядках. Нематериальный характер объектов авторского права и смежных прав требует особой регламентации в национальных и международных актах и невозможен без достижения компромиссов между странами с монистическими и дуалистическими моделями. Продолжением этого вывода является то обстоятельство, что законодательство стран ЕС не содержит деление способов защиты прав на способы, применяемые в случае нарушения личных неимущественных (моральных) прав и способы, применяемые в случае нарушения исключительных прав, тогда, как в российском праве такое деление проводится. В самом деле, европейский законодатель предусмотрел возмещение

¹²⁹ Сложность гражданских дел, вытекающих из отношений, связанных с созданием и использованием объектов авторского права и смежных прав, показала, что у судов имеются затруднения в применении законодательства, регулирующего данные правоотношения, в связи с чем Президиум ВАС РФ и Пленум Верховного Суда РФ с 1993 г. неоднократно давали судам разъяснения. См.: Письмо ВАС РФ от 19.10.1993 № С-13/ОСЗ-317 «В связи с принятием Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»»; информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28.09.1999 № 47 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»»; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах»; постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 26.03.2009 № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»; Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ от 23.09.2015; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (см. более подробно «Заключительные положения» (п. 179—182) постановления от 23.04.2019 № 10, в связи с принятием которого ряд судебных актов утратили свою силу), и др.

убытков за причинение морального вреда в случае нарушения любых прав интеллектуальной собственности: моральных и исключительных, в то время, как часть IV ГК РФ предусматривает компенсацию морального вреда за нарушение только неимущественных прав. Более того, европейская доктрина не проводит различий между охраной прав и защитой прав. Поскольку это обусловлено зависимостью способов защиты от традиционно применимых способов защиты гражданских прав, предусмотренных национальным законодательством каждой отдельной страны. Такое различие приводит к появлению принципиальных несоответствий в понимании и толковании норм права и усложняет процесс унификации.

Тем не менее, стремление хотя бы к минимальной гармонизации на уровне мирового сообщества (принцип минимального объема защиты) уже положительно сказалось на преодолении принципа территориальности, срочности и станет возможным в отношении объема защиты прав иностранных авторов, исполнителей, иных правообладателей ниже которого государства в своем национальном законодательстве не могут предусмотреть соответствующую защиту.

Таким образом, следует согласиться с В.С. Савиной¹³⁰, что, направлениями унификации в сфере интеллектуальной собственности являются: унификация национального права различных государств; принятие специальных международных соглашений в сфере интеллектуальной собственности; кодификация на основе уже заключенных международных соглашений; приведение национальных норм права в соответствие с международными стандартами, в частности, интеграционных объединений, таких как ВОИС, ВТО, ЮНЕСКО, УНИДРУА; принятие коллизионных норм международного частного права, рассчитанных на регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности в современных условиях глобализации. В данных нормах могут определяться: единый перечень объектов охраны, единые сроки охраны, единые категории правообладателей и объем их прав, определенные стандарты охраны интеллектуальной собственности в сети Интернет, создание единых условий охраны интеллектуальной собственности во всех областях деятельности.

§ 3. Проблемы соотношения отраслевых, подотраслевых и институциональных принципов российского авторского права и смежных прав

¹³⁰ Савина В.С. Эволюция концепции права интеллектуальной собственности. Автореферат диссертации на соискание ученой степени д.ю.н. М., 2019. С.14-15. <http://www.rgiis.ru>

Традиционное правопонимание, ставящее во главу угла право в объективном смысле, предполагает, что основной упор в процессе исследования должно быть на институтах положительного права. Выливается это представление в следующую ситуацию: институты и конструкции изучаются преимущественно в том виде, в котором они закреплены действующим (на момент изучения) законодательством (например, гражданским), причем совокупность законодательных институтов и конструкций превращается в подобие целого (систематизируется)¹³¹.

Нормы о правах на результаты творческой деятельности и средства индивидуализации образуют (интеллектуальные права или право интеллектуальной собственности) самостоятельную подотрасль гражданского права. Согласно п. 1 ст. 2 ГК РФ к предмету гражданского законодательства отнесены основания возникновения и порядок осуществления интеллектуальных прав (прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации). Таким образом, интеллектуальные права наряду с вещными, обязательственным и корпоративными правами являются основными гражданско-правовыми формами имущественных отношений и соответственно подотраслями гражданского права¹³².

Цивилистическая наука интересовалась принципами даже в те периоды своего развития, когда основополагающие начала еще не были прямо зафиксированы в нормативно-правовых актах. Интерес к принципам права вызван не столько субъективным выбором отдельных правоведов, сколько осознанием того уникального значения, которое несут в себе принципы, определяя в конечном итоге все гражданское право, все его институты и нормы. Тем самым понимание как в целом гражданского права, его подотраслей, так и его отдельных институтов невозможно без обращения к принципам, основным началам.

В частности, Г.Ф. Шершеневич одним из первых дал определение принципам права, под которыми он понимал "общее направление, раскрываемое в ряде юридических норм ...мысль (улавливается по некоторым частным и косвенным признакам). Нередко самим творцом нормы она только чувствуется, но не сознается ясно"¹³³. Таким образом, принципы могут и не быть

¹³¹ Бабаев А.Б., Бабкин С.А., Бевзенко Р.С., Белов В.А., Тарасенко Ю.А. "Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики" (в двух томах; под общ. ред. д.ю.н. В.А. Белова; 2-е изд., стереотип.). - М.: Издательство "Юрайт", 2015. (Очерк 5 – автор Белов В.А.).

¹³² Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ/ Под ред. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2008. С. 281. (Автор комментария – А.Л. Маковский).

¹³³ Шершеневич Г.Ф. Задачи и методы гражданского правоведения. Казань, 1898. С. 12.

прямо закреплены в законе, но вытекать из его основных идей, смысла, направленности на решение конкретных задач.

Е.В. Васьковский отметил практическую значимость принципов гражданского права. Как представляется, пишет ученый, использование общих юридических положений, которые обыкновенно называются юридическими принципами, рассматриваются нами в качестве одного из способов толкования и применения гражданских законов¹³⁴.

Грандиозным для своего времени стал Проект Гражданского Уложения Российской Империи, созданный в конце XIX века, сопоставимый с европейскими кодификациями, который так и не был принят. Он закрепил идеи (принципы) гражданского права, поистине передовые для того времени. Вновь вернуться к ним российскому праву будет суждено уже только спустя столетие. Так, в ст. 23 предполагалось установить следующее правило: "Каждый признается способным иметь и приобретать гражданские права со дня его рождения и до смерти, в пределах, законом установленных". Использование слова "каждый" подразумевает предоставление равных прав всем гражданам государства, что следует рассматривать в качестве одного из фундаментальных принципов частного права - принципа равенства¹³⁵.

Предполагалось к установлению и правило применения аналогии права: "Законы гражданские должны быть применяемы по точному их разуму, а в случае их неполноты, неясности, недостатка или противоречия следует руководствоваться общим смыслом законов". Термин "общий смысл законов" разработчиками проекта раскрыт не был. Представляется, что принципы гражданского права должны были играть первостепенную роль для его определения.

Интересен факт, что общие положения по Проекту устанавливались и для отдельных подотраслей и институтов, тем самым можно предположить существование соответствующих принципов. Например, не используя термин "принципы", разработчики Проекта Уложения называют общие положения обязательственного права руководящими началами. Очевидно, что из смысла этих начал, помимо основных дефиниций (обязательство, договор) и признаков обязательственного отношения (относительность, динамичность), вытекают принципы обязательственного права.

¹³⁴ Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901. С. 153.

¹³⁵ Усачева К.А. Об истории российского договорного права: от проекта гражданского уложения Российской Империи к Гражданскому кодексу РФ//Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского (1930-2020)/Отв.ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. – Москва: Статут, 2020. С.287.

Несмотря на все существенные наработки цивилистической науки XIX - начала XX века, приходится констатировать, что в то время еще не сложилось единого понимания принципов гражданского права. Более того, сам термин "принцип" не воспринимался всеми авторами одинаково. Показательно, что один из известных трудов Анненкова К.Н. того времени носил название "Начала русского гражданского права"(1900). В нем говорилось о важнейших положениях гражданского права, но не о его принципах. Можно сказать, что ученые того периода, будучи уверенными в необходимости и актуальности фундаментальных положений права, не смогли выработать для них единый терминологический подход¹³⁶.

В 20-е годы XX века сложилось специфическое представление об основах гражданско-правового регулирования: социалистический строй "ничего частного не признает", но, частные отношения, особенно в период НЭПа, возникали, и необходимость их правового регулирования была объективной. Как следствие, принципы гражданского права существовали. Более того, они не существенно отличались от тех принципов, которые были приняты в дореволюционное время. Вместе с тем они наполнялись особым содержанием, которое формировалось под влиянием господствующей идеологии, а также тех ценностей, которые были официально признаны на государственном уровне.

Уже гораздо позже, в середине XX века, появляются монографии, непосредственно посвященные принципам гражданского права. Так, в работах таких ученых, как С.Н. Братусь,¹³⁷ В.П. Грибанов,¹³⁸ Г.А. Свердлык¹³⁹ предпринимается попытка сформулировать понятие принципов гражданского права, выявить их основные черты. О.С. Иоффе определяет их в самом общем виде как "то, на что опирается советское гражданское право, что составляет его основные начала"¹⁴⁰.

Таким образом, ими были выделены существенные признаки принципов гражданского права:

- стабильный характер;
- связь с гражданско-правовой действительностью;

¹³⁶ Цит. по Волос А.А. Принципы-методы гражданского права и их система (под редакцией д.ю.н., проф. Е.В. Вавилина). - "Юстицинформ", 2018 г.

¹³⁷ Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 135.

¹³⁸ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 216.

¹³⁹Свердлык Г.А. Принципы советского гражданского права. Красноярск, 1985. С. 17.

¹⁴⁰ Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 24.

- основа для деятельности правотворческих органов, субъектов оборота, юрисдикционных органов;
- олицетворение объективных закономерностей развития отношений, входящих в предмет гражданско-правового регулирования.

Еще одной прогрессивной идеей советского времени в области понимания принципов стала мысль о том, что они имеют самостоятельное регулирующее значение. Как утверждал С.С.Алексеев, "они как бы направляют функционирование права, определяют линию судебной и иной юридической практики"¹⁴¹. Систематизации принципов гражданского права был предпринята вышеуказанными учеными. В ее основу авторы положил саму систему права. Тем самым были выделены отраслевые, подотраслевые, межинституционные и институционные гражданско-правовые принципы¹⁴². Можно однозначно утверждать, что советская наука внесла неоценимый вклад в развитие учения о системе принципов гражданского права. Выработаны различные подходы к понятию, значимости основных начал, выявлена проблема изучения отдельных элементов системы принципов гражданского права, что можно считать прогрессивным для своего времени. Разумеется, учение о принципах в советский период развивались под влиянием особой социально-экономической, политической, идеологической ситуации в стране, что не может не учитываться при анализе работ того времени.

Основные начала или принципы это исходные (базовые) положения, отражающие существо и главные особенности правового регулирования авторского права и смежных прав. Они имеют не только доктринальное, но и практическое значение. Их прикладное значение проявляется в их толковании и применении по аналогии к отношениям, которые не предусмотрены в конкретных правовых нормах, но соответствуют общим началам и смыслу гражданского законодательства иными словами принципам авторского права и смежных прав. Начиная с 1990-х гг. в отечественном гражданском праве произошла смена ряда фундаментальных отраслевых принципов правового регулирования, в России наблюдалось возрождение частноправовых начал в гражданско-правовом регулировании. Частноправовые принципы добросовестности, недопустимости чьего-либо произвольного вмешательства

¹⁴¹ Алексеев С.С. Структура советского права // Собрание сочинений. В Ют. Т. 2. Специальные вопросы правоведения. М., 2010. С. 79.

¹⁴² Е.Г. Комиссарова, внутри существующей классификации принципов выделяет "принципы, заглавные для всей сферы отраслевого регулирования, в виде основных начал гражданского законодательства и иные гражданско-правовые принципы (субпринципы)." См.: Комиссарова Е.Г. Принципы в праве и основные начала гражданского законодательства: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 8.

в частные дела, беспрепятственного, самостоятельного осуществления гражданских прав, запрет на недобросовестное поведение и др. становятся основными отраслевыми принципами (началами) нового российского гражданского права.

Прежде всего, следует указать, что принципы являются фундаментом отрасли гражданского права, его первоосновой. В основных началах отражаются главные идеи, сущность всей отрасли, они указывают на социальное назначение и ориентиры развития гражданского права. Можно сказать, что "методологическое значение категории "начала права" в правовой теории заключается в ее исходности, "базовости" для всей конструкции теории"¹⁴³.

По мнению А.А. Волос, принципы гражданского права с теоретической точки зрения могут выполнять следующие функции:

- а) системоформирующую (принципы гражданского права выступают первоосновой, фундаментом всей отрасли права);
- б) герменевтическую (принципы гражданского права используются при толковании правовых норм, позволяют правильно понять их смысл);
- в) гносеологическую (принципы гражданского права используются в процессе познания права, выступают критерием истинности таких знаний);
- г) коммуникативную (принципы гражданского права выступают критерием справедливого, а также соответствующего общепризнанным рамкам общения между субъектами);
- д) индивидуалистическую (принципы гражданского права закрепляют и обеспечивают реализацию основных прав и свобод человека и гражданина, выступают гарантом личностного развития индивида);
- е) этическую (принципы гражданского права формируют представления о морали и нравственности, совместном общежитии индивидуумов).

И, безусловно, практический аспект аксиологии принципов гражданского права раскрывается в значимости основных начал для правоприменителя, конкретных участников гражданского оборота, правотворца, в возможности решения с их помощью определенных задач, связанных с деятельностью названных лиц и органов¹⁴⁴.

Гражданское право представляет собой систему норм, которые находятся в определенной взаимосвязи. Принципы являются руководящими началами всей системы норм, подотраслей,

¹⁴³ Асланян Н.П. Основные начала российского частного права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 21.

¹⁴⁴ Волос А.А. Принципы-методы гражданского права и их система (под редакцией д.ю.н., проф. Е.В. Вавилина). - М.: "Юстицинформ", 2018.

институтов, помогают избежать противоречий в правовых положениях, определяют наиболее общие направления развития гражданского права. Таким образом, принципы гражданского права реализуются во всех частноправовых институтах. Разумеется, в авторском праве и смежных правах как в самостоятельных институтах интеллектуальных прав (права интеллектуальной собственности) как подотрасли гражданского права присутствуют эти фундаментальные отраслевые гражданско – правовые принципы (начала) и есть своя подотраслевая (права интеллектуальной собственности) и институциональная (авторско и смежно – правовая) специфика.

Фундаментальным отраслевым принципом является принцип добросовестности. В 2012 году российский законодатель внес общее положение об объективной добросовестности в ст. 1 ГК РФ. Согласно п. 3 данной статьи при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Добросовестность в субъективном смысле всегда была известна отечественному законодателю, примером этому может служить п. 1 ст. 302 ГК РФ добросовестным приобретателем является лицо, которое не знало и не могло знать о том, что приобрело имущество у лица, которое было не вправе его отчуждать. В данной ситуации добросовестность субъекта означает его незнание об отсутствии надлежащих правомочий у отчуждателя имущества, которое он приобрел. Справедливо утверждает К.Н. Анненков, что для понимания добросовестности в субъективном смысле недобросовестность предшественников не влияла на добросовестность правопреемника, так как добросовестность - это исключительно личное незнание владельца о незаконности своего владения¹⁴⁵.

Отметим, что исторически принцип добросовестности известен давно. Первоосновой принципа добросовестности стала римская категория доброй совести (*bona fides*), которая возникла "в синкретичной форме, когда религиозные, нравственные и юридические аспекты ее характеристики составляют нечто целое". При этом единство правовых и моральных аспектов римской *bona fides* не следует рассматривать как признание ее неюридической природы. Напротив, близость категории доброй совести к нравственным требованиям привело к тому, что и под принципом добросовестности нередко понимают средство, которым нормы морали вводятся в процесс правового регулирования, или, что очень близко к сказанному, принцип гражданского права, основанный на нравственно-этических началах.

¹⁴⁵ Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. 2. Права вещные. СПб., 1895. С. 507.

Ключевая проблема в данном случае связана с тем, что нормы морали не могут рассматриваться в качестве правовых, тем самым нельзя себе представить, что включение принципа добросовестности в гражданское законодательство автоматически включило бы в закон в качестве источника права моральные принципы.

И.Б. Новицкий писал, что, введение в закон принципа добросовестности ставит право в соприкосновение с нравственностью, однако это обстоятельство не должно особенно смущать юриста: взаимодействие права и нравственности имеет место в целом ряде отношений гражданского права и не приводит к смешению этих двух областей¹⁴⁶. Иными словами, толкование принципа добросовестности в некоторой степени может и должно проводиться с учетом его близости с нормами морали и нравственности. Но, критерий добросовестности заключается в другом. Границы, в которых поведение признается добросовестным, довольно широки. Это может быть и поведение, которое заботится об интересах ближнего больше, чем о своих собственных (такое поведение максимально далеко отстоит от воображаемой границы недобросовестности), и поведение, которое преследует эгоистические цели (так бывает чаще всего), это поведение ближе к границе (недобросовестности), но еще не переходит ее, а значит, признается допустимым и не наказывается. Самое главное, что добросовестность нарушается там, где субъект переступает нижнюю границу, то есть начинает вести себя настолько эгоистично, что противопоставляет себя обществу особо вопиющим образом¹⁴⁷.

Таким образом, ГК РФ связывает добросовестное поведение не только с субъективным состоянием лица, но и в определенных случаях с его поведением, в частности с совершением действий в обход закона с противоправной целью (п. 1 ст. 10 ГК РФ), оказанием взаимного содействия сторонами обязательственного отношения (п. 3 ст. 307 ГК РФ). М.М. Агарков, писал, что "начало доброй совести, введенное в надлежащие рамки, означает не что иное, как честность в отношении между людьми... Начало доброй совести означает борьбу с прямым или косвенным обманом, с использованием чужого заблуждения или непонимания"¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права//Вестник гражданского права. 1916. N 6.

¹⁴⁷ Егоров А.В. злоупотребление корпоративными правами: виды и способы защиты.//Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского (1930-2020)/Отв.ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. – Москва: Статут, 2020. С.258.

¹⁴⁸ Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. М., 2002. С. 375-376.

Поэтому добросовестность можно рассматривать в двух смыслах: в объективном (внешнее мерило, которое принимается во внимание законом, например в силу правил ст. 10 ГК РФ) и в субъективном¹⁴⁹. При этом следует обратить внимание, что категория добросовестности реализуется в конкретных нормах гражданского законодательства, что отличает принципы гражданского права и нехарактерно для специфических черт общественных отношений, регулируемых той или иной отраслью права.

В данном случае, Россия не является пионером и одним из первых в истории и наиболее известных нормативных закреплений принципа добросовестности стали правила § 242 Германского Гражданского Уложения (BGB), согласно которым должник обязан исполнять обязанности по договору добросовестно, сообразуясь с обычаями гражданского оборота. Учитывая сложность в толковании данного положения, названного в некоторых исследованиях "каучуковым параграфом", научные круги немецкой цивилистики предприняли попытку выяснить его смысл. Так, в целях необоснованно широкого толкования правил § 242 BGB были определены типичные ситуации, когда должен соблюдаться "общий принцип добросовестности"¹⁵⁰.

Правило о добросовестности изложено и в ст. 1134 Французского гражданского кодекса, которая устанавливает, в частности, что договоры должны исполняться добросовестно. При этом суды во Франции не очень активно применяют доктрину добросовестности, так как в этой стране сильны традиции принципа свободы договора. Иногда даже отмечается, что французские цивилисты находят творческие способы навязывания добросовестных обязанностей против свободы сторон договора¹⁵¹.

Итальянский Гражданский кодекс содержит несколько общих норм, связанных с принципом добросовестности. Например, согласно ст. 1366 договор должен толковаться

¹⁴⁹ В гражданском праве, по наблюдениям И.Б. Новицкого, начало доброй совести используется в двух значениях. В одних случаях добрая совесть выступает в объективном значении как известное внешнее мерило, которое принимается во внимание законом, судом, применяющим закон, и которое рекомендуется членам гражданского оборота в их взаимных отношениях. По мнению И.Б. Новицкого, здесь перед нами как бы открывается новый источник, выступает параллельная или подсобная норма, призываемая к действию законом. В других случаях принимается во внимание добрая совесть в субъективном смысле как определенное сознание того или иного лица, как неведение некоторых обстоятельств, с которыми закон связывает те или иные юридические последствия. См.: Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 1916. N 6. С. 56.

¹⁵⁰ Шапп Я. Основы гражданского права Германии. М., 1996. С. 43.

¹⁵¹ Цит. по Musy M.A. The good faith principle in contract law and the precontractual duty to disclose: comparative analysis of new differences in legal cultures // Global Jurist Advances. 2000. Vol. 1. Issue 1. P. 3.

добросовестно, ст. 1375 - договор должен быть исполнен добросовестно, ст. 1175 - должник и кредитор должны вести себя в соответствии с правилами добросовестности и честной торговли, ст. 1337 - стороны должны вести себя добросовестно во время предконтрактных переговоров и составления соглашений¹⁵².

Напротив, в Швейцарии принцип добросовестности воспринимается не как принцип договорного права, а в ст. 3 Гражданского кодекса Швейцарии в рамках общеотраслевых положений указывает на презумпцию добросовестности. При этом никто не может ссылаться на свою добросовестность, если она несовместима с внимательностью, которую требуют конкретные обстоятельства. Далее Гражданский кодекс Швейцарии указывает: суд должен принимать решение в соответствии с принципами справедливости и равенства, если закон предоставляет ему дискреционные полномочия или ссылается на оценку обстоятельств или на уважительную причину¹⁵³.

Американцы (Samers, Barton) отмечают, что принцип добросовестности не нужен американскому праву, так как оно всегда защищало различные проявления недобросовестности (например, физическое принуждение и введение в заблуждение при заключении договора) и устанавливало многочисленные механизмы по нивелированию недобросовестных действий (здесь можно выделить концепции подразумеваемых условий договора, применения особых правил толкования соглашений, требования об уменьшении убытков и т.п.)¹⁵⁴. При этом, ряд судебных доктрин, применяемых американскими судами, используют идею доброй совести, например, в праве интеллектуальной собственности – доктрина добросовестного использования (fair use) или применительно к средствам индивидуализации – доктрина описательного использования товарного знака (fair descriptive use). Тем самым при определении добросовестного использования должен применяться экономический анализ права, с помощью которых суды смогли бы применять доктрину добросовестности при решении практических ситуаций.

¹⁵² Тузов Д. Общие положения об обязательствах Гражданского кодекса Италии (перевод и постатейный комментарий (часть 1))//<https://zakon.ru/publication/igzakon/8434>

¹⁵³ Swiss civil code of 10 December 1907 (status as of 1 January 2016). URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>

¹⁵⁴ Summers R.S. "Good Faith" in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code // Virginia Law Review. 1968. Vol. 195, 196. P. 248-252. Burton S.J. Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith // Harvard Law Review. 1980. Vol. 369, 372. P. 388.

Отметим, что, закрепленный в российском гражданском праве принцип добросовестности применительно к авторскому праву и смежным правам получает развитие и реализацию как минимум в двух аспектах:

- добровольное осуществление авторского права и смежных прав - предполагает соблюдение принципа добросовестности обладателями субъективных прав при их осуществлении, особенно, вторичными правообладателями, не являющимися создателями результатов интеллектуальной деятельности и наследниками;
- добросовестное использование произведений и объектов смежных прав – означает признание допустимости использования охраноспособных объектов в общественно – значимых целях.

В литературе отмечается третье проявление принципа добросовестности путем введения защиты добросовестного приобретателя исключительного права. Правовая ситуация с объектами интеллектуальной собственности, требующими государственной регистрации (например, программы для ЭВМ и базы данных) схожа с правовой ситуацией в отношении объектов недвижимого имущества. Однако, ГК РФ относит нормы о добросовестном приобретателе к вещному праву (ст. 302 ГК РФ), что необоснованно ограничивает сферу применения данного института, считает Л.В. Сагдеева¹⁵⁵.

Вещное право как подотрасль гражданского права характерно для романо-германских правовых систем, однако, несмотря на существующие различия между англосаксонской и континентальной правовыми системами, в праве стран общего права давно получил широкое распространение принцип защиты добросовестного приобретателя (*bona fide purchaser*), положения о добросовестном приобретателе в системе общего права применяются как в отношении собственности "традиционной", так и собственности интеллектуальной (например, институт коммерческой тайны)¹⁵⁶.

Проведя анализ, Л.В. Сагдеева, отмечает, что опыт защиты прав добросовестного приобретателя по сделкам о передаче исключительного права неоднороден в разных юрисдикциях. В Бельгии законодательно урегулированы лишь вопросы, касающиеся защиты приобретателей в случаях, когда речь идет о конкурирующих правообладателях. При этом

¹⁵⁵ Сагдеева Л.В. Виндикация интеллектуальной собственности // Журнал российского права, N 3, март 2019 г.

¹⁵⁶ C.E.E. Protection of Rights of Bona Fide Purchasers of Personal Property // Michigan Law Review, 1911, vol. 9, no. 3, pp. 239-246. URL: https://www.jstor.org/stable/1275721?seq=1#metadata_info_tab_contents

защита прав на интеллектуальную собственность во многом схожа с защитой прав на недвижимость в силу регистрационного характера прав.

В США добросовестные приобретатели интеллектуальной собственности также получают определенную защиту своих прав, однако в большинстве случаев в ситуации, когда приобретателю принадлежит приоритет в регистрации права. Но закон не предоставляет приобретателю достаточную защиту, когда право перешло к нему в результате неосмотрительности первоначального правообладателя¹⁵⁷. Тем не менее, вне зависимости от осязаемости объекта прав, добросовестный приобретатель получает защиту, что соответствует представлениям о принципе справедливости. В связи с этим господствующий в России подход, согласно которому институт добросовестного приобретателя относится исключительно к вещному праву, выглядит как минимум несправедливым.

Таким образом, третье проявление принципа добросовестности считается наиболее спорным. Противники такой аналогии, при которой ссылки приобретателя на добросовестность в принципе не применяются во внимание при рассмотрении требований правообладателей о восстановлении (признании) права, достаточно часто ограничиваются констатацией различий между правом собственности и исключительным правом. Самый сильный аргумент, который приводится в дискуссиях это ссылка на формулировку п.3 ст.1227 ГК РФ, в котором прямо указывается на такую невозможность. Как следствие, предлагается признать, что и нормы ст. 302 ГК РФ неприменимы к отношениям, объектом которых являются исключительные права. Л.А. Новоселова совсем иначе расставляет акценты и отмечает правильность не буквального, а содержательного анализа конструкции виндикации. Ввиду того, что, защита добросовестного приобретателя в той или иной степени относится к общеправовым принципам, в связи с чем приобретатель по любой сделке, а не только по сделке по передаче прав на вещи вправе быть признан добросовестным. Иной подход будет нарушать баланс интересов участников гражданского оборота. Объем защиты, предоставляемой добросовестному приобретателю, зависит от конкретного правопорядка. Поскольку в ГК РФ отсутствуют общие нормы о добросовестном приобретателе, то уместно обращение к виндикационной модели. В этих же рамках должен определяться уровень защиты добросовестного приобретателя исключительного права. Прямая аналогия не самое удачное решение, тем более в отношении авторского права и

¹⁵⁷ Saunders B.J. Imperfect Property: Defective Protection for Bona fide Purchasers of Copyrights // University of Miami Entertainment & Sports Law Journal, 1989, vol. 5, iss. 1, pp. 40-41. URL: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ru/&httpsredir=1&article=1152&context=umeslr>

смежных прав, так как факультативная регистрация в Реестре Роспатента существует только в отношении программных продуктов и баз данных. Таким образом, должны учитываться и природа нарушенного права, и характер его передачи, и иные факторы, которые могли бы создавать видимость наличия права, признаваемую гражданским оборотом.

Вариант решения, предложенный Л.А. Новоселовой, позволяет критически относиться к доводам об отсутствии препятствий для придания правилам о виндикации универсального характера¹⁵⁸. Бесспорно, что на основании проприетарной традиции добросовестные приобретатели в США получают защиту своей интеллектуальной собственности, когда приобретателю принадлежит приоритет в регистрации права. При этом приобретателю не предоставляется достаточная защита, когда право перешло к нему в результате неосмотрительности первоначального правообладателя. Более того, суды в США будут анализировать какие последствия наступают для добросовестного приобретателя в ситуации внесения недостоверных сведений о правообладателе и рассматривать их с точки зрения принципов общего права. В России в отсутствие внешних обстоятельств, основываясь на которые приобретатель может сделать достоверный вывод о наличии права у отчуждателя, все риски о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права, принимает на себя приобретатель. Изменить эту ситуацию, по мнению ученого, можно было бы введением систем достаточно надежного учета исключительных прав на коммерциализируемые объекты: произведения науки, литературы, искусства, большинство смежных прав по аналогии с системой регистрации прав на программы для ЭВМ, топологии интегральных микросхем и базы данных¹⁵⁹. В то же время, можно ли утверждать, что регистрация в Роспатенте создает видимость исключительного права для третьих лиц, как регистрация права на недвижимое имущество в Росреестре? А если нет видимости права, то нет и добросовестности. Именно это, по мнению проф. Новоселовой Л.А., создает препятствия для применения принципов, лежащих в основе ограничения виндикации, в отношениях по поводу исключительного права на объекты интеллектуальной собственности, даже подлежащие регистрации. Основные опасения, таким образом, связаны 1) с достоверностью российской системы учета объектов интеллектуальной собственности и 2) с неоперативностью отражения в ней юридически значимых фактов. Если эти опасения будут устранены, не будет и препятствий для применения в спорах о восстановлении

¹⁵⁸ Сагдеева Л.В. Виндикация интеллектуальной собственности//Журнал российского права.№3.2019.

¹⁵⁹ Новоселова Л.А. Защита добросовестного приобретателя исключительного права: постановка проблемы. С.177 – 178. //Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященных 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского (1930-2020)/Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. М.,2020.

исключительных прав тех же принципов, которые заложены в нормах об ограничении виндикации¹⁶⁰.

Например, в Германии и Швейцарии добросовестное приобретение исключительных прав не признается, поскольку государственный реестр не является публично достоверным и не создает эффекта видимости права для третьих лиц. Подобное понимание существа механизма защиты добросовестного приобретателя исключительного права в отношении объектов авторского права и смежных прав ставит целый ряд вопросов перед приобретателем, который должен убедиться в наличии прав у отчуждателя, проверить всю цепочку оснований его передачи и иные значимые обстоятельства, при этом, все риски принимая на себя. Думается, что российский правообладатель, являясь экономически слабой стороной в гражданском обороте, к такому положению вещей не готов.

Взаимодействие отраслевого принципа гражданского права и институциональных особенностей авторского права, возможно, обеспечит эффективность и гибкость указанной конструкции и ее адаптацию в современных информационно – технологических условиях.

Следующим отраслевым принципом гражданского права является запрет на недобросовестное поведение, согласно, п.1 ст.10 ГК РФ «не допускается осуществление гражданского права исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)».

Господствующая по сей день теория злоупотребления правом была разработана В.П. Грибановым, который обосновал целесообразность такой категории. По его мнению, злоупотребление правом есть особый тип гражданского правонарушения, совершаемый уполномоченным лицом при осуществлении принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения¹⁶¹. Как представляется А.В. Егорову, теория, разработанная В.П. Грибановым, изложена в канве распространенной в германском праве теории недопустимого осуществления права, воплощающей в себе ограничительную функцию принципа доброй совести¹⁶².

¹⁶⁰ Новоселова Л.А. Указ. Соч. С.179.

¹⁶¹ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С.63.

¹⁶² Егоров А.В. Злоупотребление корпоративными правами: виды и способы защиты.//Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского (1930-2020)/Отв.ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. – Москва: Статут, 2020.С.238.

Случаи злоупотребления правом весьма разнообразны. Примеры злоупотреблений можно отыскать в любой отрасли (подотрасли) или институте права. Рискнем предположить, что злоупотребление возможно везде, где наличествует хоть одно субъективное право. Иными словами, злоупотребление существует там и постольку, где и поскольку существуют субъективные права. В публикациях различных специалистов подчеркиваются разные аспекты злоупотребления правом применительно к интеллектуальной собственности и предлагаются разные критерии для описания данного явления¹⁶³.

Так, С. Sganga, S. Scalzini обосновывают необходимость закрепить доктрину злоупотребления авторскими права на нормативном уровне. При этом ими был предложен многоуровневый тест – условия, при которых действия правообладателя могут быть квалифицированы в качестве злоупотребления правом:

- осуществляется интеллектуальное право;
- данные действия причиняют вред или ограничивают правомерные интересы противоборствующей стороны;
- несоразмерно;
- в отсутствии объективного обоснования (оправдания), основанного на функции исключительного права (несоответствие требованию разумности)¹⁶⁴.

Под правомерными интересами понимаются, как частные интересы, в том числе, связанные с реализацией основных свобод, так и общественные интересы, которые в данном конкретном случае могут быть реализованы через действия ответчика. Экспертами устанавливается пропорциональный тест, в соответствии с которым суды должны искать баланс

¹⁶³ Для патентного права проблема злоупотребления правом является более насущной и принципиальной, в отличие от авторского права и смежных прав, ввиду уникальных особенностей произведений и исполнений как объектов, о которых речь пойдет далее в работе. Также в литературе активно анализируются возможные законодательные механизмы предотвращения злоупотреблений правообладателей в случае усиления их защиты на стадии государственной регистрации лекарственных препаратов. См. более подробно: Гутников О.В., Сеницын С.А., Аюрова А.А., Цомартова Ф.В. Защита исключительных прав на изобретения, используемые в лекарственных препаратах: проблемы правового регулирования и направления совершенствования законодательства (монография) (отв. ред. к.ю.н. О.В. Гутников, д.ю.н., доц. С.А. Сеницын). - М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ООО "Юридическая фирма Контракт", 2019.

¹⁶⁴ Sganga C., Scalzini S. From abuse of right to european copyright misuse: a new doctrine for EU copyright law // International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), 2017, vol. 48(4)/ <https://ssrn.com/abstract=2826240> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2826240>

между преимуществами, получаемыми правообладателем и обществом от его практики, и вредом (негативным эффектами) от его поведения. Если действия правообладателя абсолютно непропорциональны, то исследования дальнейших обстоятельств не требуется. Если соразмерность присутствует, то суды могут квалифицировать действия правообладателя как злоупотребление правом на основании последнего критерия – чем больше цель правообладателя отклоняется от функций исключительных прав, тем менее разумным и оправданным является поведение правообладателя.

А.С. Ворожевич, справедливо утверждает, что введение указанного теста (вне зависимости от того, на каком уровне – законодательном либо на уровне разъяснений высшей судебной инстанции) является оправданной мерой и для Российской Федерации. Другой вопрос какие именно действия должны признаваться злоупотреблением правом в соответствии с ним и посредством каких правовых механизмов должна пресекаться такая практика¹⁶⁵.

В общем виде европейские исследователи¹⁶⁶ рассматривают доктрину злоупотребления правом как действия правообладателя, нацеленные на расширение сферы своего контроля, в том числе и отклоняющиеся от функций исключительного права. В завершённом виде логика отраслевого принципа злоупотребления правом определяется как обеспечение справедливого баланса разнонаправленных интересов, возникающих в сфере институтов авторского права и смежных прав, пресечение действий правообладателя, противоречащих функциям исключительного права. Согласно ст. 3 Директивы Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2009 г. № 2004/48/ЕС «Об обеспечении прав на интеллектуальную собственность», государства – члены должны предусматривать меры, процедуры и средства правовой защиты, необходимые для соблюдения прав на интеллектуальную собственность. Такие меры должны быть справедливыми и не должны быть излишне сложными. При этом, меры защиты должны быть эффективными, соразмерными и сдерживающими и должны быть применены таким образом, чтобы избежать создание барьеров законной торговле, а также должны предусматривать защитные меры против злоупотребления ими.

При этом, компетентные судебные органы могут предписать выплатить денежную компенсацию вместо применения установленных Директивой мер, в том числе, запрета на дальнейшее использование, если это лицо действовало неумышленно и по небрежности, если

¹⁶⁵ Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М., 2020. С. 240.

¹⁶⁶ Sganga C., Scalzini S. Указ.соч.

такие меры причиняют ему несоразмерный вред и если денежная компенсация потерпевшей стороне представляется достаточно удовлетворительной. Существует возможность отказа в удовлетворении отдельных требований правообладателей в случае установления факта злоупотребления правом.

Отметим, что данный принцип может нарушаться:

1) при установлении доступа к объекту авторского права и смежных прав. Например, п. 2 ст. 40 Соглашения ТРИПС члену ВТО предоставляет право определять в каждом отдельном случае виды лицензионной практики и условия, которые способствуют злоупотреблению правами интеллектуальной собственности, оказывая неблагоприятное воздействие на конкуренцию на соответствующем рынке. Следует также учитывать, что в ст. 31, 31 bis Соглашения ТРИПС предусмотрена возможность принудительного лицензирования, которая должна применяться в четко сформулированных пределах и на основании выверенных критериев, чтобы с одной стороны не допускать злоупотребления исключительным правом со стороны правообладателя, а, с другой, не нарушать правомерные общественные и публичные интересы. Как указывает Конституционный Суд РФ в ряде своих решений, в силу ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Такие ограничения по смыслу ч. 3 ст. 55 Конституции РФ во взаимосвязи со ст. 8, 17, 34 и 35 должны исходя из общих принципов права отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей, носить общий и абстрактный характер, не иметь обратной силы и не затрагивать само существо конституционных прав, т.е. не ограничивать пределы и применение основного содержания соответствующих конституционных норм¹⁶⁷.

В ЕС под правомерными интересами предлагается понимать, как частные интересы, в том числе, связанные с реализацией основных свобод, так и общественные интересы, которые в

¹⁶⁷Постановление Конституционного Суда РФ от 31 января 2011 г. N 1-П "По делу о проверке конституционности положений частей первой, третьей и девятой статьи 115, пункта 2 части первой статьи 208 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и абзаца девятого пункта 1 статьи 126 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" в связи с жалобами закрытого акционерного общества "Недвижимость-М", общества с ограниченной ответственностью "Соломатинское хлебоприемное предприятие" и гражданки Л.И. Костаревой"//СПС «Гарант».

данном конкретном случае могут быть реализованы через действия ответчика. Также суды должны искать баланс между преимуществами, получаемыми правообладателем и обществом от его практики, и вредом (негативным эффектами) от его поведения. Если действия правообладателя абсолютно непропорциональны, то исследования дальнейших обстоятельств не требуется. Если соразмерность присутствует, то суды могут квалифицировать действия правообладателя как злоупотребление правом на основании последнего критерия – чем больше цель правообладателя отклоняется от функций исключительных прав, тем менее разумным и оправданным является поведение правообладателя. Так, во Франции в Кодексе об интеллектуальной собственности принудительное лицензирование может быть применено судом по иску заинтересованного лица, когда предоставляется доступ к чужому произведению, если будет установлено, что наследники автора злоупотребляют своими правами¹⁶⁸. Признавая справедливость высказанных аргументов в пользу развития практики принудительного лицензирования в отношении объектов авторского права и смежных прав, с сожалением, констатируем отсутствие подобных примеров в российском правоприменении. Такой дефицит практики можно объяснить заслуживающей уважения осторожностью, с которой судьи отнеслись к оценочной формулировке ст. 10 и ст. 1239 ГК РФ, отличающейся неопределенностью предмета доказывания и необычностью санкции.

2) на этапе защиты нарушенного исключительного права. Хороший пример подобного злоупотребления правом приводит в своей диссертации А.С. Ворожевич¹⁶⁹. Так, произведение правообладателя (незаконно используемая часть из него) представляет собой лишь незначительный элемент некоего творческого продукта. При этом, данный продукт обладает значительной ценностью (с позиции функций авторского права). В нем есть значительный общественный интерес. Интересы правообладателя могут быть обеспечены за счет выплаты компенсации. Вместо этого, он требует изъять и уничтожить такие продукты и прекратить их вводить в оборот. Например, один из соавторов монографии, представляющей значительную научную ценность, использовал абзац из чужой работы без ссылки. В таком случае возможные издержки издательства на перевыпуск монографии могут существенно превышать вред,

¹⁶⁸ (ст. L. 121 – 3)

¹⁶⁹ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты. Дис...

на соискание ученой степени д. ю. н. Москва, 2021. http://istina/msu.ru/dissertation_councils/councils/30353040/

причиненный правообладателю. Важно, при этом, подчеркнуть, что мерой воздействия на правообладателя в таком случае должно быть не лишение исключительного права защиты как таковой, а отказ в удовлетворении требований о запрете на дальнейшее использование в конкретном продукте и уничтожении контрафакта при удовлетворении требования о выплате компенсации.

В российской судебной практике встречаются нарушения интеллектуальных прав, связанные с заключением нескольких договоров об отчуждении исключительных прав на одно и то же произведение. В связи с этим возникают вопросы о последствиях таких нарушений, действительности договора, заключенного позднее, ответственности за нарушения интеллектуальных прав. Законодатель исходит из того, что автор является более слабой стороной по сравнению с его контрагентами - предпринимателями, и предоставляет автору повышенную защиту. Между тем встречаются ситуации, когда в защите нуждаются не авторы (правообладатели), а их контрагенты. Зачастую авторы (правообладатели) ведут себя недобросовестно и заключают несколько договоров об отчуждении исключительных прав или несколько исключительных лицензионных договоров на одно и то же произведение с разными лицами, в результате чего приобретатели исключительных прав (чаще всего в лице издательства) несут значительные убытки, в том числе упущенную выгоду¹⁷⁰.

Далее, следует указать на особенности реализации в сфере авторского права и смежных прав отраслевого принципа юридического равенства и подотраслевого принципа обязательственного права - свободы договора (ст. 421 ГК РФ). Формально, юридическое равенство проявляется в равенстве субъектов правоотношений. С.Н. Братусь, а затем и С.С. Алексеев трактовали равенство участников товарных отношений как эквивалентность, равенство стоимостей, применение равного масштаба, основанных на имущественной обособленности¹⁷¹.

В.Ф. Яковлев, анализирувавший понятие равенства с точки зрения складывающихся правовых отношений, беря их в "идеальном состоянии", т.е. при отсутствии между сторонами частноправового правоотношения "внеэкономической зависимости", при этом презюмируя

¹⁷⁰ Сайфутдинова В.М. Принцип добросовестности в праве интеллектуальной собственности. Диссертация на соискание ученой степени к.ю.н. М., 2020. <http://dis.rgiis.ru>

¹⁷¹ Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: ЗАО Юстицинформ, 2005. С. 54, 135; Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Теоретические проблемы гражданского права. Сборник ученых трудов Свердловского юрид. ин-та. Вып. 13. Свердловск, 1970. С. 30.

"...тождество их экономической роли, выражающееся в наличии у субъектов распорядительной самостоятельности по отношению к принадлежащему им имуществу..."¹⁷².

А.Л. Маковский, говоря о таких правоотношениях, утверждает, что "...это имущественные отношения между субъектами, степень обособления имущества каждого из которых такова, что они выступают в этих отношениях как независимые друг от друга и потому равные друг другу лица"¹⁷³.

В.А. Вайпан справедливо полагает, что для анализа равенства в частноправовых отношениях подходит концепция "баланса интересов". Под балансом интересов сторон правоотношения предлагается понимать такое состояние правоотношения, при котором стороны имеют равные возможности для реализации своих законных интересов. Баланс интересов это принцип-идея гражданского права, так как идея баланса интересов пронизывает содержание гражданско-правовых норм. При этом следует отметить, что указанная концепция вряд ли может считаться самостоятельной, имеющей обособленную от иных концепций равенства субъектов частноправовых отношений методическую основу¹⁷⁴.

Наконец, формально-юридическое равенство ценно не само по себе, а как обеспечение критически важного для гражданского оборота равенства возможностей. Нарушение равенства правовых возможностей в отдельных сферах гражданского права, может выражаться, в установлении для субъектов чрезмерных, т.е. объективно не обусловленных необходимостью реализации конституционно значимых целей, обязанностей, которые бы ставили профессиональных участников гражданского оборота в неравное положение: между собой, между индивидуальными предпринимателями и государством; между индивидуальными предпринимателями и гражданами.

Характерно, что, обеспечение реального равенства правовых возможностей в гражданском обороте достигается использованием правовых ограничений для сильных экономических субъектов и выравниванием правовых возможностей в форме льгот и преимуществ для отдельных категорий субъектов предпринимательства, использование механизма эсстопеля (п. 2 ст. 431.1, п.3 ст. 432, п.5 ст. 450.1 ГК РФ).

¹⁷² Яковлев В.Ф. Избранные труды. Том 2: Гражданское право: история и современность. Кн. 1. М.: Статут, 2012.

¹⁷³ Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1999 – 2006). М.: Статут, 2010. С. 162.

¹⁷⁴ Вайпан В.А. Реализация принципа социальной справедливости в правовом регулировании предпринимательской деятельности (монография). - М.: Юстицинформ, 2020.

В части IV Гражданского кодекса РФ содержится немало положений, направленных на защиту автора как экономически слабой стороны в договоре с профессиональными участниками оборота. Научные споры о признаках слабой стороны восходят еще к дореволюционной цивилистической науке. И.А. Покровский отмечал, что защита необходима экономически слабой стороне от эксплуатации его неопытности, нужды, легкомыслия, злоупотребления доверием и тяжелой жизненной ситуацией со стороны экономически сильной. Более того, ученый писал, что сторона должна быть слабой по своему имущественному положению. В силу вышеуказанных отягощающих обстоятельств слабая сторона заключает невыгодный для себя договор¹⁷⁵. По мнению И.Б. Новицкого, слабая сторона должна испытывать безудержный эгоизм со стороны контрагента, который может осуществляться во исполнение и поддержание интересов последнего. Контрагент может включать в договор какое угодно содержание, тем самым обеспечивая себе выгоду, и вправе "не раскрывать глаз противнику, не умеющему должным образом блюсти свой интерес"¹⁷⁶.

В советском гражданском праве не рассматривался вопрос о возможности признания субъекта гражданского правоотношения слабой стороной, отрицалась сама идея слабой стороны в гражданском правоотношении. В постсоветский период о слабой стороне писал В.В. Витрянский, который, сопоставляя кредиторов и должников, утверждал, что в силу профессионального статуса и материального положения, а также других обстоятельств, один участник договорного правоотношения не располагает возможностями по оказанию воздействия на контрагента в целях вытекающего из договора обязательства. Однако вторая сторона, имея все реальные возможности, в состоянии диктовать партнеру свою волю по договору¹⁷⁷. По справедливому мнению А.Е. Шерстобитова, такое положение потребителя "обусловлено необходимостью преодоления фактического экономического неравенства... не в отказе от фундаментального принципа метода гражданско-правового регулирования - равенства сторон, а в предоставлении потребителям дополнительных прав"¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Покровский И.А. Справедливость, усмотрение суда и судебная опека // Вестник права. N 10. 1899. С. 59-65.

¹⁷⁶ Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. N 1.

¹⁷⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. М., 2011. С. 798.

¹⁷⁸ Шерстобитов А.Е. Гражданско-правовая охрана прав потребителей: автореф. дис. _ д-ра юрид. наук. М., 1992. С. 8.

Прежде всего, целях защиты автора как слабой стороны правоотношения п.3 ст. 1233 ГК РФ устанавливает презумпцию заключения лицензионного договора: «договор, в котором прямо не указано, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации передается в полном объеме, считается лицензионным договором, за исключением договора, заключаемого в отношении права использования результата интеллектуальной деятельности, специально созданного или создаваемого для включения в сложный объект».

Далее, к таким положениям можно отнести, п. 2 ст. 1236 ГК РФ: «если лицензионным договором не предусмотрено иное, лицензия предполагается простой (неисключительной). Содержание лицензионного договора в отношении предоставленных способов использования толкуется ограничительно в абз. 2 п.1 ст. 1235 ГК РФ. Условия договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора, ограничивающее право гражданина создавать результаты интеллектуальной деятельности определенного рода или в определенной области интеллектуальной деятельности либо отчуждать исключительное право на такие результаты другим лицам, признаются ничтожными (п.4 ст. 1233 ГК РФ).

Как видим, в рамках описанной логики существуют и меры отказного характера, которые может использовать автор: при существенном нарушении лицензиатом обязанности выплатить лицензиару в установленный лицензионным договором срок вознаграждение за предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицензиар может отказаться в одностороннем порядке от лицензионного договора и потребовать возмещения убытков, причиненных его расторжением. Договор прекращается по истечении тридцатидневного срока с момента получения уведомления об отказе от договора, если в этот срок лицензиат не исполнил обязанность выплатить вознаграждение (п.4 ст. 1237 ГК РФ). Даже в том случае, если автор, уже совершил отчуждение исключительного права, но, при существенном нарушении приобретателем обязанности выплатить ему в установленный договором об отчуждении исключительного права срок вознаграждение за приобретение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности, вправе требовать в судебном порядке перевода на себя прав приобретателя исключительного права и возмещения убытков, если исключительное право перешло к его приобретателю.

Если же исключительное право не перешло к приобретателю, при существенном нарушении им обязанности выплатить в установленный договором срок вознаграждение за приобретение исключительного права автор может отказаться от договора в одностороннем

порядке и потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора (п.5 ст.1234 ГК РФ).

Для издательского лицензионного договора предусмотрена возможность одностороннего отказа от договора со стороны автора в случае, лицензиат (издатель), который был обязан начать использование произведения не позднее срока, установленного в договоре, не начнет его использовать, то автор (лицензиар) вправе отказаться от договора без возмещения лицензиату причиненных таким отказом убытков (ст. 1287 ГК РФ).

Более того, условие о вознаграждении считается одним из существенных условий и договора об отчуждении исключительного права, и лицензионного договора. По общему правилу, указанные договоры являются возмездными, если в них прямо не предусмотрено иное (п.3 ст. 1234 и п.5 ст. 1235 ГК РФ). Также усиливает положение автора, то обстоятельство, что, размер вознаграждения надо обязательно согласовать, ссылки на разумную цену (п.3 ст. 424 ГК РФ) являются недопустимыми применительно к объектам интеллектуальной собственности.

Проиллюстрировать защиту автора как более слабой в экономическом отношении стороны, можно, также, указав на ряд положений о договоре авторского заказа. Например, в случае, когда срок исполнения договора авторского заказа наступил, а автор свою творческую работу не закончил, то, при необходимости и при наличии уважительных причин для завершения создания произведения ему предоставляется дополнительный льготный срок продолжительностью в одну четвертую часть срока, установленного для исполнения договора, если соглашением сторон не предусмотрен более длительный льготный срок (п.2 ст. 1289 ГК РФ). Такой нормы нет в договоре заказа (ст. 1296 ГК РФ), которая посвящена произведениям, созданным по заказу, но, направлена на регулирование отношений между подрядчиком (исполнителем) и заказчиком, при условии, что они оба являются юридическими лицами. В п. 107 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. №10 содержится следующее разъяснение: в тех случаях, когда произведение создается по заказу, отношения сторон договора, в котором стороной является автор, регулируются ст. 1288 ГК РФ (договор авторского заказа). Положения ст. 1296 ГК РФ применяются только к случаям, когда подрядчиком (исполнителем) договора заказа на создание произведения выступает лицо, которое само не является автором заказанного произведения.

Практически, также немаловажным, выглядит следующее правило: в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора авторского заказа, за которое автор несет ответственность, автор обязан вернуть заказчику аванс, а также уплатить ему неустойку, если она предусмотрена договором. При этом общий размер указанных выплат ограничен суммой *реального ущерба*, причиненного заказчику (п.2 ст. 1290 ГК РФ).

Указанный подход законодателя, безусловно, свидетельствует о его стремлении к соблюдению баланса интересов участников гражданского оборота: автора (исполнителя) и лицензиата (издателя, иного профессионального участника оборота) через реализацию принципов, с одной стороны, юридического равенства, с другой стороны, свободы договора. Подотраслевой принцип свободы договора является одним из проявлений диспозитивного метода гражданского права как отрасли частного права. Принцип свободы договора является основополагающим для развития имущественного (гражданского) оборота. В соответствии с ним субъекты гражданского права свободны в заключении договора, т.е. в выборе контрагента и в определении условий своего соглашения, а также в выборе той или иной "модели" (формы) договорных связей (ст. 421 ГК).

Начало диспозитивности, хотя и по-разному поименованное ("свободы договора гражданских правоотношений", "автономия воли" и др.), признается фундаментальным принципом гражданского права подавляющим числом цивилистов-теоретиков¹⁷⁹.

Иными словами, существует некий набор предписаний, безусловно обязательных для соблюдения и не предполагающих инициативного выхода за их рамки. Но чем же могут (и должны) обуславливаться (объясняться) такие предписания? До каких пределов можно сужать установленные ими пресловутые границы применения принципов диспозитивности и свободы договора? С.А. Бабкин отмечает, что, во-первых, императивными являются нормы, определяющие основы взаимодействия участников оборота, в том числе нормы, закрепляющие основные гражданско-правовые категории и их соотношение, устанавливающие правовые основы статуса субъектов и режима объектов соответствующих отношений. Эти нормы очерчивают рамки самого гражданского права, его основ и основание и в этом смысле могут быть названы системообразующими. На основании установленных этими нормами "правил игры" в жизни может быть "сыграно" бесчисленное множество "партий". Далее, во-вторых, в гражданском законодательстве есть множество правил, защищающих публичные интересы во всех их многообразных проявлениях (нормы о форме сделок, и нормы о необходимости государственной регистрации фактов/состояний для достижения юридического результата, а также ряд специально-публичных предписаний. Наконец, в-третьих, огромный массив императивных правил призван минимизировать вредные социальные последствия экономического неравенства различных участников гражданского оборота, защитив одних (в экономическом отношении более слабых) от произвола других (более сильных), например,

¹⁷⁹ См. обзор точек зрения: Майфат А.В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования. М., 2006.

потребителей от профессиональных предпринимателей, добросовестных приобретателей от недобросовестных лиц и потерпевших и т.д.¹⁸⁰

Перечень договоров, в рамках которых, может быть осуществлено правомочие по распоряжению исключительным правом на произведение или создано произведение, не является исчерпывающим. Система договоров по созданию объектов авторского права и смежных прав и распоряжению исключительными правами на них может быть представлена следующим образом: договоры об отчуждении исключительным правом, лицензионные договоры и договоры о создании произведения или объекта смежных прав (договор заказа). При этом, условия названных договоров могут быть включены в иные договоры, объектом которых также могут выступать и исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, например, договор доверительного управления исключительным правом на произведение или объект смежных прав; договор залога исключительного права на произведение или объект смежных прав; договор простого товарищества, брачный договор; купля – продажа (аренда) предприятия как имущественного комплекса и др. Каждый из договоров в силу принципа свободы договора имеет определенную специфику, обусловленную особенностями объектов авторского права и смежных прав. Так в предмет договора по коллективному управлению правами может входить управление только исключительными правами на объекты авторского права и смежных прав, по которому доверительный управляющий от своего имени, но в интересах бенефициара оказывает услуги по управлению чужими имущественными правами. Перечень правомочий доверительного управляющего может быть очень широким, практически, по модели договора отчуждения, затем исключением, что исключительное право к доверительному управляющему не переходит, ему не предоставляется, или очень узким (можно не управлять правами, а только собирать вознаграждение в интересах автора (исполнителя), как стороны договорятся, так и будет, в соответствии с принципом свободы договора.

При этом приходится признать, что в доктрине авторского права долгое время не существовало однозначного ответа на вопрос об отчуждении отдельных правомочий, входящих в состав исключительного права. Так, М.А. Мирошникова считает, что исключительное право это совокупность различных исключительных правомочий, а поэтому нет препятствий для их свободного оборота. Так как становление исключительного права шло по пути закрепления не единого исключительного права как некой абстрактной категории, а *prìogì* включающей все

¹⁸⁰ Бабкин С.А., Бевзенко Р.С., Белов В.А., Блинковский К.А., Григораш И.В., Субботин М.В., Тарасенко Ю.А., Шевцов П.В. Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики (под общ. ред. д.ю.н. В.А. Белова). - М.: Издательство Юрайт, 2015. Очерк 3.

известные и неизвестные способы использования произведения, а конкретных субъективных прав на использование¹⁸¹. При таком подходе исключительное право ошибочно понимается как совокупность исчерпывающим образом перечисленных в законе автономных друг от друга правомочий. Ошибочность такого понимания объясняется тем, что в ст. 1234 ГК РФ устанавливается возможность отчуждения исключительного права в полном объеме, ограничивая, таким образом, действие принципа свободы договора, стороны не могут заключить договор о частичной уступке исключительного права, так как он не соответствует модели, избранной законодателем¹⁸². Важно подчеркнуть, что по лицензионному договору лицензиар не обязан предоставить лицензиату возможность использовать произведение в полном объеме. В лицензионной модели возможно предоставление права использования лишь конкретным способом и только на часть срока действия исключительного права, и на часть территории.

В этом отношении не может быть оправдано с позиции принципа свободы договора смешение договорных моделей или, например, передача только «исключительных правомочий» по модели договора об отчуждении исключительного права, что допускалось по закону «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г. Так, закон использовал весьма противоречивое понятие авторский договор и подразделял все договоры о распоряжении авторскими правами на влекущие передачу исключительных и неисключительных прав.¹⁸³ Однако Часть IV ГК РФ установила возможность обладателя исключительного права распорядиться им любым способом, не противоречащим закону и существу такого исключительного права, то есть практически не ограничивая свободу договора в данной сфере.

Также следует особо обратить внимание на случаи ограничения принципа свободы договора. В качестве общего ограничителя договорной свободы можно назвать договор присоединения. Исходя из анализа ст. 428 ГК РФ, суть состоит в ограничении свободы договора исходя из специфики его заключения¹⁸⁴. Договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в

¹⁸¹ Мирошникова М.А. Сингулярное правопреемство в авторских правах. СПб., 2005. С.74-75.

¹⁸² О позитивном ограничении действия принципа свободы договора путем императивного установления модели договора см. более подробно: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. С. 167.; Чупрунов И.С. Договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор как формы распоряжения исключительным правом// Вестник Гражданского права №1, 2008. Том 8. С. 120-121.

¹⁸³ //СПС «Гарант»

¹⁸⁴ Шерстобитов А.Е. Модернизация ГК РФ в сфере обязательственного права. Указ. соч. С. 346.

целом. Ведь такой вариант заключения договора с автором, исполнителем используют многие профессиональные участники творческой индустрии. Как справедливо указывает Е.А Павлова, что подобного рода договоры редко доходят до суда, а дошедшие споры редко решаются в пользу авторов (они ведь взрослые и разумные люди, должны понимать, что они подписывают ¹⁸⁵). Осознавая, складывающуюся ситуацию, в том числе и в сфере интеллектуальной собственности, законодатель под влиянием доктрины «несправедливых договорных условий» вводит п.3 ст.428 ГК РФ.

В п.2 указывается, что присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора.

Если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства, в случае изменения или расторжения договора судом по требованию присоединившейся к договору стороны договор считается действовавшим в измененной редакции либо соответственно не действовавшим с момента его заключения.

В п.3 рассматриваемой статьи указывается, что правила, предусмотренные п. 2 ст. 428 ГК РФ, подлежат применению также в случаях, если при заключении договора, не являющегося договором присоединения, условия договора определены одной из сторон, а другая сторона в силу явного неравенства переговорных возможностей поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора.

Укажем, в частности, что указанные правила, наиболее наглядно смогут проявить себя в отношении авторов, имеющих статус индивидуального предпринимателя. Если автор, который сам не занимается коммерциализацией своих произведений, все же может претендовать на то, что выступает слабым участником договорных отношений и поэтому нуждается в защите, то индивидуальный предприниматель сразу теряет подобные преимущества, так как приравнивается к юридическому лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность. Однако, специфика в этом случае состоит в том, что такое лицо одновременно создает

¹⁸⁵ Е.А. Павлова Нуждается ли автор произведения в дополнительной защите? С. 192.

произведения и создает их реализацию. То есть прежде всего это все-таки автор и только во вторую очередь – предприниматель, участник гражданского оборота¹⁸⁶.

Частным ограничителем принципа свободы договора в сфере интеллектуальной собственности является, например, договор принудительной лицензии (ст. 1239 ГК РФ)¹⁸⁷ или договоры заказа на создание произведений, программ для ЭВМ, баз данных для государственных и муниципальных нужд (ст. 1298 ГК РФ). По общему правилу исключительное право принадлежит исполнителю, являющимся автором или иным выполняющим государственный или муниципальный контракт лицом, но, договором может быть предусмотрено, что исключительное право на произведение принадлежит публично-правовому образованию в лице госзаказчика или сторонам совместно. На практике, как правило, условия договора формулируются таким образом, что исключительное право принадлежит стороне, которая финансировала создание объекта за счет соответствующего субъекта РФ. Так, если в соответствии с государственным или муниципальным контрактом исключительное право на произведение науки, литературы или искусства принадлежит Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию, исполнитель обязан путем заключения соответствующих договоров со своими работниками и третьими лицами приобрести все права или обеспечить их приобретение для передачи соответственно Российской Федерации, субъекту Российской Федерации и муниципальному образованию. При этом исполнитель имеет право на возмещение затрат, понесенных им в связи с приобретением соответствующих прав у третьих лиц.

В связи с этим, в ст. 1298 ГК РФ законодатель определяет дополнительные гарантии для участников договора, которые не становятся обладателями исключительного права: 1) права использования результата на основании неисключительной безвозмездной лицензии; 2) право работника на вознаграждение.

Реализация указанного выше подхода предполагает последовательное проведение принципа сохранения однажды уже заключенного договора (принцип эстоппель¹⁸⁸).

¹⁸⁶ Павлова Е.А. Нуждается ли автор произведения в дополнительной защите? С.195.

¹⁸⁷ Более подробно о принудительной лицензии в авторском праве во II Главе настоящей работы.

¹⁸⁸ От англ. estoppel, от англ. estop - лишать права возражения, предполагающего лишение стороны права ссылаться на какие-либо факты, оспаривать или отрицать их ввиду ранее ею же сделанного заявления об обратном в ущерб противоположной стороне в процессе судебного/арбитражного разбирательства//Black's Law Dictionary. St. Paul, 1990. P. 551.

Согласно доктрине эстоппель субъект лишается возможности отрицать или утверждать определенный факт ввиду его собственного предшествующего поведения, утверждения или отрицания, на которые полагалась и сообразно с которыми действовала другая сторона. Доктрина эстоппель может быть лучшим возражением на обвинение в трудном споре. Она подходит для разнообразных фактических обстоятельств и обеспечивает значительные возможности для отказа в иске.

В гражданском праве принцип эстоппель применительно к авторскому праву и смежным правам не получил широкого применения и обоснования, в случае необходимости, будут использоваться отраслевые подходы и наработки. В отличие, например, от патентного права, где в зарубежных правовых порядках активно разрабатываются и применяются разновидности патентного эстоппеля, признанные, прежде всего, в американском праве¹⁸⁹. В российском праве принцип эстоппель активно применяется в отношении средств индивидуализации, прежде всего, в отношении товарных знаков. В частности, 20 декабря 2018 г. президиум Суда по интеллектуальным правам вынес постановление по делу N СИП-127/2018, которым отказал истцу (ЗАО "Фирма "Гигиена") в судебной защите в силу принципа эстоппель и п. 2 ст. 10 ГК РФ. Спустя некоторое время после регистрации "старший" правообладатель (ЗАО "Фирма "Гигиена"), несмотря на выданное ранее письмо-согласие, принял решение оспорить предоставленную правовую охрану и обратился в Роспатент с возражением. В качестве его оснований податель возражения указал на сходство противопоставленных товарных знаков, которое обусловлено их полным семантическим и фонетическим совпадением, а также на введение потребителя в заблуждение относительно изготовителя товаров. Кроме того, заявитель указал, что Роспатент неправомерно учел письмо-согласие подателя возражения на регистрацию товарного знака, поскольку такая регистрация способна ввести потребителя в заблуждение. Роспатент не согласился с данным возражением и отказал в его удовлетворении.

Решением Суда по интеллектуальным правам от 6 декабря 2018 г. по делу N СИП-127/2018 указанное решение Роспатента было отменено. Суд по интеллектуальным правам посчитал его не соответствующим требованиям п. 3 и 6 ст. 1483 ГК РФ и обязал Роспатент повторно рассмотреть возражения ЗАО "Фирма "Гигиена" против предоставления правовой охраны спорному товарному знаку. Не согласившись с указанным решением, ответчик (Роспатент) и

¹⁸⁹ Chandler W. Prosecution history estoppel, the doctrine of equiequivalents and the scope of the patent // Harvard Journal of law and technology. 2000. Vol. 13. N 3. P. 466.; Ворожевич А.С. Принцип эстоппель в патентном праве: основания и практика применения//Закон, 2020, N 4.

третье лицо по делу ООО "ХайТексЛаб" (ранее ООО "Фирма "Гигиена") подали кассационные жалобы.

20 декабря 2018 г. Президиум Суда по интеллектуальным правам пришел к выводу, что требования истца не подлежат судебной защите в силу принципа эстоппель и п. 2 ст. 10 ГК РФ. Опираясь в том числе на упомянутый ранее п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. N 25, Президиум указал следующее:

- основное обстоятельство, которое не учел суд первой инстанции, состоит в том, что в соответствии с нормой абз. 5 п. 6 ст. 1483 ГК РФ согласие правообладателя "старшего" товарного знака не может быть отозвано. Возражение против предоставления правовой охраны товарному знаку, предусмотренное нормами ст. 1513 ГК РФ, по существу представляет собой несогласие лица с предоставлением правовой охраны товарному знаку. Вместе с тем, учитывая положения абзаца 5 п. 6 ст. 1483 ГК РФ, лицо не может возражать против регистрации товарного знака по основаниям п. 6 ст. 1483 Кодекса, если ранее оно само же предоставило согласие на регистрацию указанного товарного знака. Именно в этом заключается суть абз. 5 п. 6 ст. 1483 ГК РФ. Иное толкование данного положения ст. 1483 ГК РФ полностью лишает смысла данную норму в отношении безотзывности ранее выданного согласия;

- своим поведением истец лишил третье лицо возможности полагаться на сделку по выдаче самим заявителем согласия на регистрацию товарного знака и тем самым нарушил конституционные гарантии стабильности, предсказуемости и надежности гражданского оборота;

- исходя из принципа эстоппель, сторона лишается права ссылаться на возражения в отношении ранее совершенных действий и сделок, а также принятых решений, если поведение свидетельствовало о его действительности. Данное правило вытекает из общих начал гражданского законодательства и является частным случаем проявления принципа добросовестности;

- выдавая согласие на регистрацию товарного знака в отношении товаров и услуг, однородных товарам и услугам, для которых предоставлена правовая охрана старшему знаку, и заверяя, что указанное согласие не подлежит отзыву и является действительным с даты его подписания, истец в силу принципа эстоппель лишается права ссылаться на возражения в отношении этих своих действий и решений;

- такое поведение с очевидностью свидетельствует о недобросовестности истца, единственной целью которого является причинение вреда в виде лишения исключительного права ООО "ХайТексЛаб" на товарный знак.

В итоге применение данного принципа существенно упрощает доказательственный процесс в сложных спорах, сокращая издержки на разбирательство, и является эффективным

механизмом пресечения различных недобросовестных практик в сфере интеллектуальной собственности со стороны, как правообладателя, так и его оппонентов. В качестве положительного примера использования принципа эстоппель в авторском праве можно рассмотреть следующую ситуацию: автор заключил с издательством договор и пытался расторгнуть этот договор и вернуть себе исключительное право на свои произведения на том основании, что издательство нарушило свое обязательство полностью выплачивать ему вознаграждение, которое должно было перечисляться ежеквартально на основе предоставляемых отчетов. Суд отказал истцу (автору) в удовлетворении исковых требований, не найдя оснований для расторжения договора, который рассматривался судом как договор об отчуждении исключительного права. В апелляционном определении позиция суда первой инстанции была поддержана, а его решение оставлено без изменения. В судебных актах были некоторые отсылки к тексту договора, который был назван договором об отчуждении исключительного права. В частности, в этом договоре был пункт, согласно которому автор произведения имел преимущественное право отчуждения произведения по истечении пяти лет с момента подписания произведения в печать. Как было установлено судом, по истечении пятилетнего срока автор – истец направил издателю требование о расторжении договора об отчуждении исключительного права на соответствующее литературное произведение и проведении с ним полного расчета. Он считал, что договор заключен на пять лет, и выражал свое нежелание продлевать его действие. Все это выглядит со стороны, как будто автор пребывал в заблуждении относительно природы, заключенного договора, считая, что им был заключен лицензионный договор. Издательство наоборот ссылалось на то, что договор между ним и автором является договором об отчуждении исключительного права и условие о праве автора осуществить «обратное» отчуждение исключительного права по истечении определенного срока не выглядит противоречащим природе договора об отчуждении, так как позволяет гарантировать интересы автора, в случае его недовольства выполнением условий договора. Автор утверждал, что им был выбран способ расчетов по договору в виде регулярных платежей (роялти), более типичный для лицензионного договора, чем для договора об отчуждении исключительного права. Первая и апелляционные инстанции не приняли во внимание доводы истца и истолковали его поведение как противоречивое и положение договора необходимо понимать таким образом, что стороны в договоре лишь установили в нем порядок реализации преимущественного права правообладателя в случае отчуждения произведения по истечении определенного периода времени. То есть отчуждение должно было произойти по инициативе издателя, а не по желанию автора (правообладателя).

Таким образом, главная цель принципа эстоппель - не допустить, чтобы вследствие непоследовательности в своем поведении сторона получила выгоду в ущерб другой стороне, которая добросовестным образом положила на определенную юридическую ситуацию, созданную первой стороной. Принцип эстоппель можно определить как запрет ссылаться на обстоятельства, которые ранее признавались стороной бесспорными исходя из ее действий или заверений. Иными словами, участники гражданского оборота: автор, исполнитель, издатель и др. должны осуществлять последовательные, а не противоречивые действия. В противном случае суд откажет в праве на защиту.

Несмотря на высокую значимость рассмотренных выше отраслевых и подотраслевых принципов права, предлагаю перейти к рассмотрению институциональных принципов авторского права и смежных прав, потому что именно они позволяют нам понять специфические особенности рассматриваемых институтов в рамках права интеллектуальной собственности.

Авторское право и смежные права имеют самостоятельную экономическую ценность, конструкция таких прав должна предусматривать легкость вовлечения их в оборот, в связи с чем необходимо обеспечить возможность обособить их от личности создателя соответствующего объекта, однако авторские права будут все равно сохранять связь с личностью автора¹⁹⁰, так как по самой своей сути они неотделимы от своих создателей.

Именно институт авторского права определяет существенные признаки охраноспособного произведения и позволяет отграничить объект авторского права от нематериальных результатов, авторским правом не охраняемых, то есть разграничить произведения между собой и, соответственно, установить на такой объект монополию особого рода. Понятие объекта авторского права представляет, прежде всего, юридическую конструкцию и именно в отсутствие соответствующего правового режима нематериальный объект присвоен быть не может. Так, объекты авторского права охраняются в связи с их формой и возникают с момента создания этих результатов. Предпосылкой для установления исключительного права, необходимой для рыночного оборота, является индивидуализация объекта авторского права, его обособление от смежных объектов. Если объект уникален сам по себе, то этого достаточно, никаких дополнительных мер для обособления можно не предпринимать, например не требуется соблюдать какие-то формальности, будет действовать автоматическая система возникновения исключительного права, основанием закрепления права является создание произведения науки, литературы или искусства, действует созидательская система (первый институциональный

¹⁹⁰ См.: Калятин В. О. Сущность права на результаты интеллектуальной деятельности (на примере авторского права) // Журнал российского права. 1999. № 9.

принцип). А если объект хотя и является результатом творчества, но может быть независимо повторен другим лицом, то для обособления требуются действия по его особой индивидуализации, оформлению, регистрации. Когда объектом предстают объекты авторского права, основанием возникновения права является факт объективного существования произведения, его создания. Когда же объектом являются, например, изобретения, полезные модели, промышленные образцы, то им присуща регистрационная система возникновения прав¹⁹¹. Институциональный принцип авторского права о защите без формальностей поддерживается ст. 1259 ГК РФ, Соглашением ТРИПС и Договором ВОИС по авторскому праву 1996 г., в которых указывается на необходимость соблюдения положений Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений.

Второй институциональный принцип — авторское право распространяется на произведения независимо от их достоинств, от того, достаточен ли их художественный уровень. Это обусловлено тем, что сами понятия «достоинство произведения», «художественный уровень» являются достаточно субъективными категориями. Так, под «достоинствами» понимаются различные положительные качества произведения, относящиеся к форме или содержанию: актуальность темы, художественные образы, научная глубина, достоверность и т. п. Иными словами, авторским правом охраняются как высокохудожественные, глубоконаучные, ценные произведения, так и те произведения, которые слабы в научном или художественном отношении. Действующее законодательство подчеркивает охраняемость любого творческого результата. Там же, отмечает И.А. Зенин, где охрана результатов умственного труда вследствие их повторимости требует обязательной экспертизы на новизну и другие условия охраноспособности, установление творческого характера труда (как самостоятельной умственной деятельности) может достаточно успешно осуществляться в рамках действующего патентного законодательства. В соответствии с этим, ученый рекомендует, внести изменения в абз.1 п.1 ст. 1258 и в ст. 1257 ГК РФ после слова «творческим» в скобках пояснить «самостоятельным умственным», тем самым сразу же отсеять признание творческими умственными посязания любых плагиаторов¹⁹².

В отличие от советского законодательства (ГК РСФСР 1964 г.), для признания произведения объектом авторского права не требуется наличия возможности его воспроизведения. Это означает, что охраной пользуются такие уникальные объекты, которые

¹⁹¹ См.: Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации. С. 351.

¹⁹² Зенин И.А. Творческий труд как правовая категория//Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей к юбилею д.ю.н., проф. Е.А. Суханова. — М.: Статут, 2018. С.267.

вообще невозпроизводимы или невозпроизводимы в настоящее время в связи с отсутствием необходимых технических средств. Произведение считается выраженным в объективной форме и получает охрану по авторскому праву независимо от того, может ли такая объективная форма выражения произведения восприниматься непосредственно органами чувств (зрение, слух) или она воспринимается человеком лишь с помощью каких-либо технических средств (объективная форма выражения как четвертый принцип авторского права). Это обусловлено тем, что поскольку сам объект (произведение) существует нематериально, то без выражения в объективной форме произведение не может быть воспринято другими людьми и не может быть признано объективно существующим. Для того чтобы творческие замыслы автора стали доступны обществу, они должны выразиться вовне, объективироваться. Объективная форма выражения произведения, как правило, совпадает с понятием материальной формы, однако понятие объективной формы более широкое, чем понятие материальной формы. В действующем законодательстве конкретизируется понятие объективной формы и предусматривается их примерный перечень. В п. 3 ст. 1259 ГК РФ цифровая форма не упоминается, однако, свойства цифровых технологий оказывают значительное влияние на форму выражения, создавая особенности, не позволяющие рассматривать цифровую форму выражения просто в качестве разновидности письменной, поскольку их различия являются существенными. Также для некоторых объектов цифровая форма является единственной возможной формой выражения¹⁹³.

В сфере интеллектуальной собственности важно, чтобы объект охраны можно было идентифицировать, независимо от возможности его реального восприятия человеком. Следует согласиться с позициями Р.Ш. Рахматулиной, Ю.С. Харитоновой в том, что оснований для того, чтобы считать "цифровые произведения" отдельным объектом авторского права, нет. Словосочетание "цифровое произведение" означает выражение произведения цифровым способом, т.е. речь идет о форме выражения и существования произведения. Например, формами, которые позволяют идентифицировать, хранить и затем использовать произведения, являются облачные технологии. Особенностью создания объектов авторского права с использованием облачных технологий является передача цифровых произведений¹⁹⁴. Таким образом, произведения могут загружаться и храниться в облачных сервисах и также создаваться с их использованием. Созданные в цифровой форме объекты, могут легко

¹⁹³ Дементьева Е.С. Проблемы правового регулирования цифровой формы произведения// ИС. Авторское право и смежные права, N 7, 8, июль, август 2016 г.

¹⁹⁴ Договоры, обеспечивающие оборот исключительных прав/Ю.С. Харитонova, Л.В. Санникова, А.В. Минбалеев, Р.Ш. Рахматулина; отв. ред. Л.В. Санникова. - М., 2018.

фиксироваться создателями в электронном ресурсе и тем самым вводиться в широкий оборот в упрощенном порядке. Примером может служить PeerTracks - одна из первых стриминговых платформ для P2P-обмена. По инициативе PeerTracks был создан блокчейн MUSE, с помощью которого возможно создать криптовалюты, позволяющие получать доступ к имеющейся внушительной музыкальной базе. В рамках ее работы используются особые токены исполнителей, ценность которых зависит от популярности артиста.

Однако, как справедливо указывает Ю.С. Харитонова, на современном этапе развития технология блокчейн может не только способствовать фиксации созданного объекта авторских прав в цифровой форме, но и создавать токены произведений, существующих в материальной форме (все метаданные хранятся в файле произведения). Сегодня практически любое произведение, независимо от изначальной формы его выражения, можно перевести в цифровую платформу и вводить в оборот путем распространения через децентрализованную систему блокчейн-платформ¹⁹⁵. Иными словами, «объективизация во вне» произведения (исполнения) как третий институциональный принцип.

Форма объективного существования произведения может быть связана с каким-либо материальным носителем или не связана с ним. В связи с тем, что объект авторского права нематериален, а его форма в большинстве случаев имеет материальный характер, возникает проблема соотношения прав на произведение и на вещь, являющуюся его носителем. Это разные права, и субъекты этих прав могут не совпадать. Собственник вещи может и не иметь авторского права на произведение или смежных прав изготовителя на базу данных, материализованные в вещи, особенно это проявляется в отношении картин и других произведений изобразительного искусства. Коллизия права собственности и авторского права на произведение науки, литературы и искусства четко решена в ГК РФ, согласно которому интеллектуальные права, в том числе и смежные права, не зависят от права собственности на материальный носитель (вещь), в котором выражены соответствующие результат интеллектуальной деятельности. Переход права собственности на вещь не влечет перехода или предоставления интеллектуальных прав на результат интеллектуальной деятельности (четвертый принцип — дуализм права).

Следует отметить, что не учитывается то обстоятельство, было ли завершено произведение или нет. Так, авторское право охраняет не только законченное произведение, но и

¹⁹⁵ Харитонова Ю.С. Смарт-контракт в сфере интеллектуальной собственности // Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет: Ежегодник. Вып. 2 (отв. ред. Е.Г. Афанасьева). - РАН ИНИОН. Центр социал. науч.-информ.исслед. Отд. правовоедения; Кафедра предпринимательского права МГУ им. М.В. Ломоносова, 2019.

эскизы, наброски и др. Произведение признается объектом авторского права независимо от того, обнародовано оно или нет (пятый институциональный принцип авторского права).

Авторские права распространяются на часть произведения, на его название либо на персонаж произведения, если в силу своего характера они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и отвечают требованиям, установленным для объектов авторского права. Таким образом, охрана распространяется не только на произведение в целом, но и на любую оригинальную часть произведения. Под частью произведения понимается как механически выделенная из произведения часть (фрагмент картины, отрывок фильма, название произведения), так и такая часть, которая создана с помощью творчества другого лица. Для распространения, например, на название произведения правовой защиты недостаточно одного лишь творческого происхождения названия, а требуется еще и наличие у него способности к самостоятельному использованию¹⁹⁶. В каком же случае автор может рассчитывать, что название его произведения является результатом творческой деятельности, способным к самостоятельному использованию, т. е. получит правовую защиту, а в каком нет? Неопределенность таких критериев переносит решение конкретных вопросов на усмотрение судьи. Неслучайно в англосаксонской судебной практике можно заметить отход от трактовки характеристики произведения в сторону характеристики деятельности автора. Фактически в этих странах не требуется, чтобы идеи или форма выражения идей были оригинальными, но только чтобы сама работа была создана непосредственно автором, а не скопирована им¹⁹⁷.

¹⁹⁶ В информационном письме Президиума ВАС РФ от 28.09.1999 № 47 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»» ВАС РФ называет оригинальность названия произведения в качестве необходимого условия его правовой защиты.

¹⁹⁷ Barlow Burke, Burkhardt A. M., Helmholtz R. H. *Fundamentals of Property Law*. Lexis Nexis. March, 2004. P. 874—876. Традиционно в странах континентальной Европы критерий творчества предъявляется к результату, а не к деятельности (процессу). То есть деятельность может иметь признаки творческой, интеллектуальной, но результат, который создается данными качествами, может ими и не обладать. Судебная практика, вплоть до постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 26.03.2009 № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», однозначно признавала такие результаты неохраноспособными с точки зрения авторского права. В п. 28 указанного постановления разъясняется, что авторским правом охраняются только те результаты, «которые созданы творческим трудом... и 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». С принятием постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» вышеназванное постановление № 5/29 утратило силу. Тем не менее подход, как действовать судам при разрешении вопроса об отнесении конкретного результата интеллектуальной деятельности к объектам авторского права, остался прежним. В этом смысле следует отметить сильное влияние логики стран общего права на европейское и отечественное законодательство и правоприменение.

Анализ авторского права показывает, что в отношении названия произведений действует исключение из общего принципа: право на защиту возникает у автора не в момент создания произведения, а в момент обретения произведением известности под этим названием¹⁹⁸ (шестой институциональный принцип).

Гражданский кодекс РФ (п. 7 ст. 1259) признает возможность существования авторских прав на персонаж произведения и наличие особой категории объектов — сложные объекты. Принципиальная возможность охраны персонажа средствами авторского права основывается на теоретическом положении о том, что художественные образы наряду с языком произведения относятся к юридически значимым элементам. В. Я. Ионас разделял форму произведения на внешнюю и внутреннюю, включая язык произведения во внешнюю форму, а образы во внутреннюю¹⁹⁹. ГК РФ предусматривает определенные условия охраны персонажа. Авторские права распространяются на персонаж, если он может быть признан самостоятельным творческим результатом. Кроме того, персонаж должен быть выражен в объективной форме. Для использования таких персонажей необходимо будет получить согласие автора или его правопреемника²⁰⁰. Автор не может считать свои права на литературный персонаж нарушенными, если на основе этого литературного персонажа будет создан художественный или сценический персонаж, так как подобная деятельность не считается переработкой, а рассматривается как создание нового, творчески самостоятельного произведения. Здесь важно сформулировать седьмой принцип: авторское право распространяется на любые части произведения, независимо от произведения в целом, с учетом п.7 ст. 1259 ГК РФ.

Несмотря на то, что в отечественном авторском праве действует институциональный принцип автоматической охраны указанных прав, обладатель исключительных авторских прав для оповещения о своих правах вправе использовать знак охраны авторского права. Такой знак помещается на каждом экземпляре произведения и состоит из трех элементов: латинской буквы «С» в окружности; имени (наименования) обладателя исключительных авторских прав; года первого опубликования произведения. Данный знак охраны носит двойную функцию: предупредительную и информационную. Он оповещает потенциальных пользователей этого

¹⁹⁸ Межамериканская конвенция 1946 г. защищает право на такое название произведения, которое в силу своей международной известности приобрело столь отличительный характер, что придает ему особую самобытность.

¹⁹⁹ См.: Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. М. : Юрид. лит., 1972. С. 45—46.

²⁰⁰ Существует достаточно много случаев, когда сомнений в том, что тот или иной персонаж является самостоятельным творческим результатом, не возникает. Однако в отношении многих персонажей такую оценку провести не всегда просто. Можно исходить из того, что если пользователь видит реальные возможности и перспективы использовать персонаж в коммерческой деятельности, например в виде сувенирной продукции, в рекламных роликах и др., то велика вероятность, что этот персонаж будет признан охраноспособным объектом. Впрочем, многое будет зависеть от судебной практики.

произведения о том, что данное произведение охраняется в соответствии с законодательством РФ. Пользователи произведения, а также другие заинтересованные лица получают информацию о том, кто является обладателем прав на произведение, для того чтобы в случае заинтересованности обратиться к автору с предложением, например, о заключении авторского договора о передаче авторских прав.

Для возникновения, осуществления и защиты смежных прав не требуется регистрация их объекта или соблюдение каких-либо иных формальностей, как и в авторском праве. Поэтому права на объекты смежных прав не нуждаются в подтверждении их каким-либо охраняемым документом (п. 2 ст. 1304 ГК РФ). Однако изготовитель фонограммы и исполнитель, а также иной обладатель исключительного права на фонограмму или исполнение вправе для оповещения о принадлежащем ему исключительном праве использовать знак охраны смежных прав, который помещается на каждом оригинале или экземпляре фонограммы и (или) на каждом содержащем ее футляре и состоит из трех элементов: латинской буквы «P» в окружности, имени или наименования обладателя исключительного права, года первого опубликования фонограммы. При этом под экземпляром фонограммы понимается ее копия на любом материальном носителе, изготовленная непосредственно или косвенно с фонограммы и включающая все звуки или часть звуков либо их отображения, зафиксированные в этой фонограмме.

Отсутствие знака охраны не лишает обладателя авторского права и смежных прав возможности его защиты, однако в ряде случаев затрудняет процесс доказывания при его нарушении.

Кроме того, в тех случаях, когда одно из государств — участников Женевской конвенции в соответствии с национальным законодательством требует выполнения формальностей в качестве условий, при которых обеспечивается охрана интересов производителей фонограмм, эти формальности считаются выполненными, если все разрешенные копии фонограммы, распространенные среди публики, или их упаковки имеют все три элемента знака охраны. Если копия или упаковка не устанавливает производителя, его правопреемника или обладателя лицензии путем упоминания его фамилии, марки или другого соответствующего обозначения, то надпись должна также включать фамилию производителя, его правопреемника или обладателя исключительной лицензии (ст. 5 Женевской конвенции). Дело в том, что законодательством о смежных правах не предусмотрено право проставлять знак охраны смежных прав ни в титрах передач (программ) телекомпаний и студий кабельного телевидения, которые являются объектами смежных прав, ни на видеоносителях с записью таких передач. Поэтому когда в титрах проставляют только знак охраны авторских прав (копирайт), это не меняет сущности правового режима таких программ.

Восьмой принцип «охрана без соблюдения формальностей» - знак охраны авторского права или смежных прав не носит правоустанавливающего характера, а лишь свидетельствует о том, что проставившее его лицо считает себя обладателем исключительных прав.

Для признания произведения объектом авторского права на практике может возникнуть вопрос о том, является ли данное произведение творчески самостоятельным. Установление указанного факта может быть осуществлено с помощью специальной экспертизы, например лингвистической. При этом следует иметь в виду, что авторское право охраняет произведение как единое целое формы и содержания. Обособленное от формы содержание, и в частности идею, тему, сюжет произведения, оно не охраняет. Не охраняются также концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, предлагаемые решения, открытия, факты. Однако элементы содержания произведения, хотя и не получают прямой охраны на основе авторского права, пользуются вместе с тем косвенной охраной, поскольку они выражены в какой-либо оригинальной форме (девятый принцип - принцип дихотомии).

Сфера действия исключительного права на произведения науки, литературы и искусства, исполнения, фонограммы, сообщение в эфир или по кабелю радио- и телепередач и др. связана или с принципом территориальности, или с критерием гражданства. Основное правило заключается в том, что исключительное право распространяется прежде всего на результаты творческой деятельности, обнародованные на территории РФ или необнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме на территории РФ, и признается за авторами, исполнителями (их правопреемниками) независимо от их гражданства. Исключительное право распространяется также на объекты, обнародованные за пределами территории РФ или необнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме за пределами территории РФ, и признается за авторами, исполнителями являющимися гражданами Российской Федерации (их правопреемниками).

В отношении произведений, которые были обнародованы за пределами территории РФ или не обнародованы, но находятся в какой-либо объективной форме за пределами территории РФ, исключительное право признается на территории РФ за авторами (их правопреемниками) — гражданами других государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации. Главная проблема, которую следует решать при установлении международного правового режима применительно к результатам творческой деятельности, связана с исходной территориальностью прав автора (исполнителя). Это означает, что по общему правилу права автора признаются и защищаются только на территории данного конкретного государства. Если даже другое государство и предоставляет определенную защиту произведениям авторов из иных стран, то по содержанию нормы, определяющие такую защиту,

могут не совпадать с нормами об авторском праве и смежных правах на родине автора (исполнителя) и т. д. Выходом из ситуации является заключение международных договоров — как двусторонних, так и многосторонних.

Произведение также считается впервые обнародованным путем опубликования в Российской Федерации, если в течение 30 дней после даты первого опубликования за пределами территории РФ оно было опубликовано на территории РФ. Таким образом, принцип территориальности и критерий гражданства как десятый институциональный принцип.

В целом же можно сделать вывод о том, что сущность (суть) авторского права и смежных прав в достаточной мере проявляется в его принципах — основных началах, которые красной нитью пронизывают всю совокупность гражданско-правовых норм, регулирующих отношения по использованию и защите объектов авторского права и смежных прав, имеющих общеобязательный характер. Перечисленные принципы являются базовыми началами авторского права, они обладают высокой степенью абстрактности, но это в значительной мере упрощает их непосредственное применение при разрешении конкретных дел.

Практическим следствием их реализации является преобладание в правилах части четвертой ГК РФ норм диспозитивного характера, предоставляющих сторонам договора об отчуждении исключительных прав, лицензионного договора или договора авторского заказа возможность по своему соглашению исключить для себя применение такой нормы или установить условие, отличное от предусмотренного в ней. Последовательная реализация упомянутых принципов означает усиление защиты прав авторов, исполнителей, правообладателей и вообще интересов всех участников оборота прав на объекты интеллектуальной собственности, в том числе путем установления при необходимости императивных предписаний, предусматривающих возможность защиты, например, более слабой стороны — автора или исполнителя в указанных правоотношениях (ограничение ответственности суммой реального ущерба, если договором не предусмотрен меньший размер ответственности (п. 2 ст. 1290 ГК РФ)). При этом неслучайно именно императивное регулирование преобладает в регламентации статуса субъектов правоотношений и в определении содержания принадлежащих авторам и иным правообладателям интеллектуальных прав.

Таким образом, мы выяснили, что, осмысление того или иного феномена всегда требует определения его начал, основ, принципов. Невозможно изучить явление, не уяснив его первооснов. О гносеологической ценности категории "начало" говорил еще Платон, высказывая

мысль о том, что, не познав начала, не познаешь целого, поскольку все возникающее по необходимости должно возникать из некоего начал.²⁰¹ Рассмотрев принципы, предлагаю, перейти к исследованию содержания институтов: авторского права и смежных прав с точки зрения их объектов, субъектов и субъективных прав.

ГЛАВА 2.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ЭЛЕМЕНТНОГО СОСТАВА И СОДЕРЖАНИЯ СУБЪЕКТИВНОГО АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ

§1. Структура и содержание модели единого субъективного авторского права и смежных прав (гражданско-правовые вопросы)

Обращаясь к авторскому праву, хочется вспомнить одну из основных теорий²⁰² развития доктрины исключительных прав, которая нашла отражение в современном авторском праве в двух ее разновидностях: монистической и дуалистической. Странниками монистической теории являются Германия, Австрия, Нидерланды, Норвегия. В частности, согласно параграфу 11 Закона об авторском праве Германии 1965 г. автору предоставляются личные и имущественные права, совокупность которых обеспечивает получение вознаграждения за использование произведения. Реализация данной нормы указывает на нераздельный характер авторского права в целом ввиду того, что имущественные и неимущественные интересы взаимосвязаны, их разделение происходит искусственно. Из этого следует вывод о том, что исключительные права имеют одновременно имущественную и неимущественную природу. О.Ульмер придумал красивую метафору и сравнил авторское право Германии с деревом:

²⁰¹ Рассел Б. История западной философии: В 3 кн. Книга первая. 3-е изд., испр. / Подг. текста и науч. ред. проф. В.В. Целищева. Новосибирск, 2001(http://krotov.info/library/17_r/as/rass_00.html)

²⁰² Главная идея теории Й. Колера строится на признании нематериального характера объекта исключительных прав как особых прав на нематериальные блага. Колер признал также невозможность следования права собственности на вещь, в которой реализовано изобретение, авторское произведение, при отчуждении исключительных прав на изобретение или произведение. Третий элемент, которому Колер отводил значительное внимание, являются субъекты права, например, при создании служебных произведений и изобретений. От решения данного вопроса будет зависеть то, как, каким образом происходит распределение прав при воспроизводстве запатентованного изобретения или тиражировании произведения. Цит. по: *Пиленко А. А. Право изобретателя*. М. : Статут, 2001. С. 609—613.

корневая система это имущественные и неимущественные интересы автора, ствол это единое авторское право, а ветки это имущественные и неимущественные правомочия автора. Авторские правомочия не нужно противопоставлять друг другу они растут на одном стволе и берут силу то из обеих корней, то преимущественно из одного из них²⁰³. Именно в рамках данной теории достигается тесная взаимосвязь моральных и имущественных прав автора. Поэтому в Германии установлен единый срок действия, как для имущественных, так и для моральных прав автора и установлен запрет уступки авторских прав. Авторское право может быть передано только по наследству, во всех иных случаях автор может предоставить право на использование произведения, то есть при жизни автора – авторское право является непередаваемым. В пар.29 Закона «Об авторском праве и смежных правах» указано, что допускается предоставление права использования, выдача обязательственно – правовых предварительных согласий и заключение соглашения о правах на использование, а также заключение сделок (*наличие распорядительных элементов*) в отношении личных неимущественных прав автора, указанных в пар.39. То есть, заключая лицензионное соглашение и передавая права на использование произведения, обладатель права на использование, по общему правилу, не может нарушать личное неимущественное право на неприкосновенность произведения (вносить изменения в текст произведения, изменять его название или обозначение автора), если между ними не согласовано иное. В случае если даже такая возможность в соглашении сторонами не согласована, то, все равно, допускаются изменения произведения и его названия, в согласии на которые автор не может отказать в силу принципа добросовестности²⁰⁴.

Концепция единого авторского права рассматривает все права (правомочия): имущественные и неимущественные как взаимосвязанные и нераздельные части одного монолитного авторского права. Передать другому лицу все авторское право невозможно, полный отказ от авторского права ничтожен. Можно передать лишь отдельные элементы права, если мы говорим о моральных правах, и отдельные правомочия, если мы говорим о правах имущественных, тем самым защищая автора как экономически слабую сторону и создавая стимулы для творчества. Чем больше затрагивается связь между автором и его произведением, тем большими оговорками и ограничениями сопровождается «передача», чтобы через реализацию личных неимущественных элементов позволить автору сохранять контроль за

²⁰³ Цитируется по Кашанину А.В. Развитие механизма демаркации в авторском праве континентальной Европы// Вестник Гражданского права №3, 2011. Том 11. С.61-101.

²⁰⁴ Германские законы в области права интеллектуальной собственности пер. с нем.М.: Инфотропик Медиа,2017. С.33.

использованием объекта в течение всего периода такого использования. По мнению А.Г. Матвеева монистическая модель является более прогрессивной, чем дуалистическая модель. Логически монистическая модель представляет собой следующую ступень развития дуалистической.²⁰⁵

В России, во Франции воспринята дуалистическая теория, которая признает самостоятельное существование личных неимущественных и имущественных (исключительных) авторских прав. Считается, что в рамках данного подхода гораздо легче решаются вопросы отчуждаемости имущественных прав и неотчуждаемости (непередаваемости) личных неимущественных (моральных) прав.

Впервые на международном уровне регламентация личных неимущественных прав (моральных прав) нашла отражение в ст. б^{bis} Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. Так, согласно п. 1 независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав автор имеет право требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора. В п. 2 Бернской конвенции предлагается характеристика указанных прав: они сохраняют свою силу после смерти автора по крайней мере до прекращения срока действия имущественных прав и осуществляются лицами или учреждениями, уполномоченными на это законодательством страны, в которой истребуется охрана. Однако те страны, законодательство которых на момент ратификации Бернской конвенции не содержат положений, обеспечивающих охрану после смерти автора всех прав, перечисленных в п. 1, могут предусмотреть, что некоторые из этих прав не сохраняют силы после смерти автора.

Сравним сказанное с п. 1 ст. 9 Соглашения по торговым аспектам права интеллектуальной собственности, в котором установлено, что члены ВТО обязаны соблюдать ст. 1—21 Бернской конвенции (в ред. 1971 г.) и Приложения к ней. Однако в этом же п. 1 ст. 9 сказано, что члены ВТО не имеют прав или обязательства по настоящему Соглашению в отношении прав, предоставляемых согласно ст. б^{bis} Бернской конвенции, или прав, вытекающих из нее. Формулировка п. 1 ст. 9 Соглашения ТРИПС позволяет установить, что члены ВТО не имеют прав и обязательств, вытекающих также из п. 3 ст. 10 Бернской конвенции — право на указание фамилии автора при цитировании его произведения, а также при добросовестном

²⁰⁵ Матвеев А.Г. Указ. Соч. С.157.

использовании произведения в качестве иллюстрации; в том числе члены ВТО не имеют прав и обязательств, вытекающих из п. 2 ст. 11bis и п. 3 ст. IV Дополнительного раздела Бернской конвенции. Выходит, что автор, чье имя не указано при цитировании объекта интеллектуальной собственности, не сможет защитить свое личное неимущественное право согласно Соглашению ТРИПС, как не сможет защитить в рамках ВТО и признанные ст. 6bis Бернской конвенции право авторства и право на защиту репутации. Дело в том, что разработчики Соглашения ТРИПС считают, что концепция моральных прав несовместима с коммерческой сущностью международного права интеллектуальной собственности, которое рассматривается в контексте международной торговли и, соответственно, основной задачей которого является облегчение свободного перемещения информации, знаний и культурных ценностей через государственные границы в экономических целях. В этом плане, по их мнению, проблема моральных прав представляет определенное неудобство²⁰⁶. Так, согласно Вашингтонской межамериканской конвенции о правах автора на литературные, научные и художественные произведения от 22 июня 1946 г. автор обладает правом авторства и правом на неприкосновенность (целостность) своего произведения, при этом автор сохраняет свои моральные права только в том случае, если он не уступил или не отказался от них в соответствии с законодательством того государства, в котором было заключено соглашение (ст. 11)²⁰⁷. Решение проблемы осложняется еще и тем, что при размещении объекта интеллектуальной собственности в сети Интернет установить автора крайне сложно в силу разного рода причин, например, при просмотре рекламы перед загрузкой видео – контента.

На произведения науки, литературы и искусства, согласно части четвертой ГК РФ, могут существовать три вида прав: исключительное право, личные неимущественные права и иные права. Все три группы прав охватываются общим термином «интеллектуальные права».

Надо отметить, что Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г. впервые подразделил авторские права на личные неимущественные права и имущественные права. Поскольку ранее действовавшее законодательство — ст. 479 ГК РСФСР 1964 г. и ст. 135 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. — не знало такого деления авторских прав, в науке авторского права по этому вопросу шла дискуссия, а практика в некоторых случаях оказывалась противоречивой. В соответствии со ст. 150 ГК РФ одними из важнейших последствий признания права личным неимущественным, служащими также

²⁰⁶ См.: Матвеев А. Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели : дис. ... д-ра юрид. наук. С. 330—333.

²⁰⁷ Правовая система США . 3 –й выпуск. М., 2006. С.786.

признаком этого понятия, являются его неотчуждаемость и непередаваемость. Одним из явлений, активно обсуждаемых в западной литературе²⁰⁸, является отказ от безусловного применения принципа неотчуждаемости личных неимущественных прав, который был реакцией на все возрастающее значение нематериальных благ, традиционно считавшихся личными неимущественными, и, соответственно, на их вовлечение в имущественный оборот. Речь идет о возникновении новых форм творческой деятельности, о росте социального значения служебных произведений, о распространении новых видов произведений, в первую очередь аудиовизуальных, программных продуктов, эффективное использование которых в обороте невозможно без определенных ограничений принципа неотчуждаемости личных неимущественных прав. Специфика рекламы как объекта авторского права такова, что такое указание является излишним, здесь нет титров в конце рекламы и цель рекламы не в создании художественного произведения, это имеет вторичный характер, а в продвижении товара (работы, услуги) на рынке. Сегодня произведение может быть использовано и без обозначения имени автора, т. е. с сохранением анонимности автора; это делается по согласованию с ним (п. 2 ст. 1255 ГК РФ).

Что же является исходной предпосылкой обоснования личных неимущественных прав авторов, исполнителей и иных правообладателей, если принять на веру тезис о том, что, указанные права являются препятствием для коммерциализации результатов интеллектуальной собственности?²⁰⁹ Ключевым, служит положение о том, что существуют определенные явления в психической сфере, которым право придает серьезное значение. В особенности индивидуалистские теории (модели) философско-правового (морального) обоснования авторского права основывают необходимость предоставления авторской монополии и настаивают на наличии особой онтологической связи между произведением и личностью автора, именно, в произведении находит свое отражение личность автора, в силу чего они неразрывно связаны между собой.²¹⁰ То есть, можно говорить, о субъективном отношении первичного

²⁰⁸ См. более подробно: Кашанин А. В. О проблеме распоряжения личными неимущественными правами автора // Вестник гражданского права. 2009. Т. 9. № 4. С. 46—48.

²⁰⁹ Иоффе О.С. разграничивал имущественные и личные неимущественные отношения следующим образом. Действительно, пишет ученый, имущественные отношения отличаются от личных неимущественных и по занимаемому ими месту в системе общественных явлений (первые входят в базис, вторые в надстройку), и по своему содержанию (первые обладают экономической ценностью, а вторые лишены ее). См.: Иоффе О.С. Личные неимущественные права и их место в системе советского гражданского права//Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Т.IV.СПб., 2010. С.141.

²¹⁰ См. более подробно: Кашанин А. В. Признаки новизны и оригинальности произведения в авторском праве // Законодательство и экономика. 2010. № 8; Кашанин А. В. Развитие учения о форме и содержании произведения

правообладателя к результату своего труда, защищаемого правом в определенных границах, как раз, посредством системы личных неимущественных прав. Таким образом, личные неимущественные права правообладателей экономически необусловлены. Доказательством этого являются страны общего права, где IP Law до недавнего времени было представлено только имущественными правами и признание моральных прав в 90 – ые годы XX века было сопряжено со всевозможными исключениями, ограничениями и отказом от этих прав. Возможность отказа от моральных прав и их отчуждаемость являются самым обсуждаемыми в юридической литературе вопросами²¹¹. Подтверждением этому является возможность передачи моральных прав автора по европейскому акту - швейцарскому Закону об авторском праве и смежных правах от 9 октября 1992 г.²¹². В ст.16 Закона речь идет о возможности передачи авторских прав, запрет на отчуждение или иную передачу моральных прав не установлен. Более того, суды допускают сделки в отношении моральных прав, направленные на их ограничение.

Право авторства, право автора на имя, право на неприкосновенность произведения и защиту его от искажения, право на обнародование произведения и право на отзыв²¹³ по российскому праву являются личными неимущественными правами. Только авторство и имя автора охраняются бессрочно, остальные личные неимущественные права ограничены сроком жизни их носителя. Критикуя указанный подход, Е.А. Флейшиц писала, что личные права автора не должны погашаться истечением какого то ни было срока, что личные права автора представляют ту особенность по сравнению с другими личными правами, что охрана их от нарушения третьими лицами после смерти носителя этих прав была бы недостаточна. Это права, которые после смерти их носителя, как это ни своеобразно, продолжают осуществляться в определенном *положительном* содержании²¹⁴. Е.И. Каминская, соглашаясь с этим доводом, отмечает, что схема «нет права без субъекта», при всей ее внешне безупречной логике, все же игнорирует фактическое продолжение жизни автора в его произведении. Это даже не совсем фикция, потому что ядро авторско-правовой охраны скрывается не в личности автора и не в

в доктрине авторского права. Проблема охраноспособности содержания научных произведений // Вестник гражданского права. 2010. Т. 10. № 2.

²¹¹ Обзор и анализ различных точек зрения см.: Stallberg C.G. Urheberrecht und moralische Rechtfertigung. Duncker&Humbolt, 2006.

²¹² www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5223

²¹³ п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. №10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»// СПС «Гарант».

²¹⁴ Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран/ Ученые труды ВИЮН. Вып. 6. М., 1941.С.183-184.

объекте самом по себе, а в неразрывной связи и «перетекании» друг в друга автора и его творения.²¹⁵ Для товарного оборота право авторства и право на имя призваны индивидуализировать первоначального правообладателя.

Право авторства это основанное на факте создания произведения право признаваться автором произведения²¹⁶. Право авторства — право требовать от общества признания себя в качестве автора. При изложенном понимании остальные личные неимущественные права — это разные формы атрибуции (проявления) права авторства. Например, для возникновения права авторства, необходимо, прежде всего, индивидуализировать себя в качестве автора (право на имя); индивидуализировать сам объект охраны, конкретные работы (право на неприкосновенность произведения); будет ли доступен этот объект обществу или нет, может решить только автор (право на обнародование и его противоположность — право на отзыв произведения). Обратной стороной права авторства в определенной мере является право противодействовать ложной атрибуции произведения, именно данное право позволяет гражданину, которому третьими лицами публично приписывается авторство на произведение, которое он не создавал, противодействовать такой лжеатрибуции. Это деяние используется, например, с целью причинить ущерб репутации известного лица, получить материальную или нематериальную выгоду за счет популярности чужого имени. Интересно, что в Великобритании право противодействовать лжеатрибуции произведения регламентировано в рамках авторского законодательства. Согласно ст. 84 Закона об авторском праве, промышленных образцах и патентах 1988 г. лицо имеет право на то, чтобы какое-либо литературное, драматическое, музыкальное или художественное произведение не было неправомерно отнесено к нему, как к автору, или какой-либо фильм не был отнесен к нему, как режиссеру. Термин «отнесение» в отношении произведения означает утверждение, положительно выраженное или подразумеваемое, что то или иное лицо является автором или режиссером. Указанное право относится к моральным правам и действует до истечения 20 лет с момента смерти

²¹⁵ Каминская Е.И. Личные неимущественные права автора: отказ от ненужных иллюзий или утрата ценностей?// Актуальные вопросы российского частного права: Сборник статей, посвященный 80-летию со дня рождения проф. В.А. Дозорцева/Иссл. центр частного права. – М.: Статут, 2008. С. 253-254.

²¹⁶ Необходимо вместе с тем иметь в виду, что имя физического лица или его псевдоним могут быть использованы с согласия этого лица другими лицами в их творческой деятельности, предпринимательской или иной экономической деятельности способами, исключающими введение в заблуждение третьих лиц относительно тождества граждан, а также исключающими злоупотребление правом в других формах. Данные изменения были внесены в п. 5 ст. 19 ГК РФ Федеральным законом от 30.12.2012 № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

соответствующего лица²¹⁷. В Российской Федерации положение о защите от ложной атрибуции произведений представляется неопределенным, ввиду того, что самостоятельного права противодействовать такому деянию в законодательстве нет, ссылаются на п. 5 ст. 19 ГК РФ, устанавливающий, что при искажении либо использовании имени гражданина способами или в форме, которые затрагивают его честь, достоинство или деловую репутацию, применяются правила, предусмотренные ст. 152 ГК РФ.

Право на имя это возможность использовать или разрешать использование произведения под подлинным именем автора, псевдонимом или без обозначения имени. Право на имя означает, что только автор волен выбирать, как будет обозначено его имя на переплете издания, в выходных данных, титрах и т. д. По желанию автора может быть использован его псевдоним (вымышленное имя), который издатель не вправе раскрывать без согласия автора.

Произведение может быть издано по желанию автора без указания имени, анонимно, в любом случае эти условия должны быть зафиксированы в договоре. Нередко многочисленные «скачивания» приводят к потере имени автора и потере знака охраны авторским правом²¹⁸. Статья 1300 ГК РФ предусматривает право автора на информацию, которая позволяет идентифицировать произведение автора, иного правообладателя, информацию об условиях использования произведения. Согласно п. 2 ст. 1300 ГК РФ в отношении произведений не допускается удаление или изменение без разрешения автора или иного правообладателя информации об авторском праве, а также воспроизведение, распространение, публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю, доведение до всеобщего сведения произведений, в отношении которых без разрешения автора или иного правообладателя была удалена или изменена информация об авторском праве.

Считается, что авторское право на имя не совпадает с общегражданским правом на имя, принадлежащим любому физическому лицу. Е.А. Флещиц пишет, что, под объектами личных прав, т.е. нематериальными благами, понимают «проявления личных черт, способностей и стремлений, иначе говоря, проявления личных интересов в самом непосредственном смысле

²¹⁷ В Германии защита от ложной атрибуции произведений осуществляется не в рамках авторского права, а в порядке применения общих положений гражданского законодательства о защите чести, достоинства, деловой репутации личности. Так, в параграфе 12 Германского гражданского уложения указано, что если право лица на имя оспаривается другим лицом или интересы лица, имеющего право на имя, нарушаются неправомерным использованием другим лицом такого же имени, то обладающий правом на имя может потребовать от этого лица прекращения нарушения своего права.

²¹⁸ См.: Данилина И. В. Информационные отношения в сети Интернет по поводу объектов авторских прав // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 4.

слова». ²¹⁹ Иными словами, имя как таковое не отражает личных черт, способностей и стремлений человека. В этом смысле имя человека лишь служит индивидуализации человеческой личности (наравне с полом, возрастом, гражданством и т.д.). Человек может проявить свои личные черты, способности и стремления уже при перемене имени, использовании псевдонима, при наделении именем своего ребенка и т.д., т.е. при осуществлении отдельных правомочий в отношении имени. В действительности нематериальным благом является не само имя, а его неприкосновенность, а также возможность его свободного и автономного использования. Действительно, закон защищает в качестве объекта личных прав не имя *per se*, а возможность его свободного и автономного использования.

М.М. Агарков в своей фундаментальной публикации поясняет: "Какой-нибудь Шульц или Мейер не могут протестовать, если кому-нибудь вздумается именовать себя той же фамилией. Если же присвоивший себе чужое имя выдает себя за управомоченного носителя его, то для разрешения возникшего спора имеет значение не принадлежность имени тому или другому лицу, а их репутация (напр., певица с подмостков присвоила себе имя знаменитой артистки)"²²⁰.

Таким образом, в ст. 1265 ГК РФ законодатель определяет право авторства и право автора на имя: первое понимается в законе как право признаваться автором произведения, а второе - как право использовать или разрешать использование произведения под своим именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени, т.е. анонимно. И в первом, и во втором случае объектом охраны является не "голое имя", а его неприкосновенность, свободное и автономное использование этого имени.

В § 823 ГГУ германский законодатель не называет имя в числе других нематериальных благ (наравне с жизнью, здоровьем, свободой и т.д.). В то же время, в § 12 ГГУ, провозглашающем право на имя, лишь устанавливается запрет на противоправное использование имени другого лица и определяется способ защиты законным носителем имени своих прав. Иными словами, объектом правовой охраны является не само имя, а юридическая возможность его носителя свободно и автономно распоряжаться собственным именем, а также требовать от третьих лиц уважения и соблюдения неприкосновенности его имени. А.Х. Ульбашев отмечает, если согласиться с приведенными доводами, то возникает вопрос о принципиальной корректности использования категории "право на имя" (поскольку

²¹⁹ Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран // Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. Сер. "Классика российской цивилистики". В 2 т. Т. 1. М., 2015. С. 224.

²²⁰ Агарков М.М. Право на имя // Сб. статей по гражданскому и торговому праву памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 1915. Сер. "Классика российской цивилистики". В 2 т. Т. 1. М., 2012. С. 187.

в противном случае нужно говорить о субъективных гражданских "правах" на возраст, пол, семейное положение и на все прочие элементы правоспособности). Другими словами, что составляет содержание права на имя? Так, например, А.М. Эрделевский раскрывает содержание права на имя через отдельные правомочия: право на получение имени, право на пользование именем, право на неприкосновенность имени, право на перемену имени, право на защиту имени²²¹. Представляется, что в приведенном определении, пишет А.Х. Ульбашев, происходит некоторое размывание содержания права на имя. С одной стороны, в содержание права на имя включается субъективное конституционное право на присвоение имени, обеспеченное в том числе нормами международного права, которое по существу направлено на реализацию (формирование) гражданской правоспособности. С другой стороны, здесь же происходит смешение правоспособности с отдельными субъективными гражданскими правами (право на пользование именем, на неприкосновенность имени, на перемену имени, на защиту имени). В конечном счете, право на имя образует "частно-публичный правовой гибрид" (и даже не так называемый комплексный институт, как это зачастую утверждается), в котором не разграничиваются понятия правоспособности и субъективных гражданских прав. Представляется, что право на имя существует по большей мере в публично-правовой плоскости (в первую очередь, как право рожденного человека на получение имени). В то же время в области гражданско-правового регулирования следует говорить о правах из имени, т.е. о тех субъективных гражданских правах, которые порождаются наличием у человека имени как элемента гражданской правоспособности (и сюда относятся право на пользование именем, право на неприкосновенность имени, право на перемену имени, право на защиту имени). При этом, конечно же, права из имени всегда носят производный характер ("нет права на имя - нет прав из имени"), в связи с чем можно говорить и об обратном, что "права из имени следуют за правом на имя".²²²

Л.Ю. Михеева высказала компромиссную точку зрения, заключающуюся в том, что, право на имя как личное неимущественное право физического лица должно рассматриваться одновременно в качестве элемента содержания правоспособности физического лица и в качестве

²²¹ Эрделевский А.М. Право на имя и его защита // Законность. 2001. N 10. С. 15.

²²² Ульбашев А.Х. Право на имя: 100 лет спустя//Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики (сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Е.А. Суханова). - М., 2018 .

субъективного гражданского права²²³. Такого же подхода традиционно придерживается отечественная наука гражданского права²²⁴.

Проблемы осуществления личных прав породили дискуссию в советской цивилистике о характере регулятивного воздействия государства на неимущественные отношения. Бесспорно, имя как элемент правоспособности не может быть подвергнуто какому-либо нормированию. Однако, само указание (или неуказание) имени, например, автора определяется сложившейся практикой; оно может быть конкретизировано в договоре. Вместе с тем Верховный Суд РФ указал на то, что только автор может разрешить использовать свое произведение анонимно²²⁵. При отсутствии особого указания со стороны автора произведение обозначается фамилией, именем, отчеством автора либо его фамилией и инициалами. Если автор настаивает, чтобы эти обозначения были изменены (например, требует полного указания собственного имени), эти требования законны, так как являются проявлением права автора на псевдоним. В качестве псевдонима может быть использовано и любое другое имя. Произведение может быть использовано и без обозначения имени автора, т. е. с сохранением анонимности автора; это делается по согласованию с автором.

В любом случае способ указания имени автора должен устанавливаться в авторском договоре при его заключении. После этого ни автор, ни пользователь не вправе односторонне изменить способ обозначения имени автора. Если произведение используется под псевдонимом или без указания имени автора (анонимно), лица, которым известно подлинное имя автора (в их число входит пользователь, заключивший с автором авторский договор), не вправе без согласия автора раскрывать его личность.

Таким образом, в государствах – участниках Бернской конвенции сложились три модели права авторства: первая модель – характеризуется тем, что в основе права авторства лежит право на уважение или указание имени автора (французская модель)²²⁶; в основе второй модели в

²²³ Комментарий к статье 1198 // Гражданский кодекс Российской Федерации. Международное частное право. Постатейный комментарий к разделу VI /Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2014 (Автор главы - Л.Ю. Михеева).

²²⁴ См.: Флейшиц Е.А., Маковский А.Л. Теоретические вопросы кодификации республиканского гражданского законодательства // Советское государство и право. 1963. N 1. С. 89-90.

²²⁵ См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 15 декабря 2000 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 7. С. 9.

²²⁶ Во Франции возможна так называемая частичная передача права авторства. Данное положение служит для обоснования во французской судебной практике действительности договорных условий о литературном рабстве, которое помогает писателю извлекать бонусы от своей известности и издавать под своим именем произведения, в короткие сроки издаваемые молодыми или не очень удачливыми коллегами. Но, если литературный раб

содержании права авторства выделяют позитивное правомочие (быть идентифицированным в качестве автора) и негативное правомочие (противодействовать ложной атрибуции авторства) это английская модель; и российская модель, где законодательно выделяется не только право авторства, но и право автора на имя²²⁷. Выделение права автора на имя при такой модели демаркации воспринимается несамостоятельным. Ведь право авторства это право требовать признания своего авторства, заявлять о себе как об авторе: как? каким образом? Под своим именем, или анонимно, или под псевдонимом. Это воспринимается в сознании общества как составляющая права авторства, неотъемлемый элемент реализации права авторства, а не как самостоятельное право. Суть права авторства это гарантировать автору надлежащую атрибуцию его произведения, право на имя это лишь способ такой атрибуции. Право на имя имеет смысл только при гарантированности права авторства, оно развивает это первое право и защищает неимущественные интересы автора.

Право на обнародование заключается в возможности автора самому обнародовать или разрешать обнародование произведения в любой форме. Обнародовать произведение — значит обеспечить доступ к произведению любых третьих лиц. Автор может считать свое произведение недостаточно готовым, незрелым для представления его на суд публики, и потому он вправе не давать согласия на его обнародование. Как правило, автор реализует свое право на обнародование произведения при заключении договора о первом использовании необнародованного произведения или при передаче работодателю служебного произведения.

Произведение, состоящее из отдельных частей, может быть обнародовано лишь частично. Обнародование элементов содержания произведения — темы, сюжета произведения, его аннотации — не является обнародованием самого произведения. Произведение считается обнародованным, если действия по обеспечению доступа к нему широкого круга лиц осуществлены с согласия автора или самим автором и по его воле. Произведение, не

передумает и захочет в одностороннем порядке выйти из договора, то суды признают за ним такое право как возможность одностороннего отказа от реализации своего права или точнее как отказ от одного из элементов права, причем отказ только временный (L. 121). В свою очередь, передача права на опубликование третьим лицам осуществляется беспрепятственно, например, в законодательстве есть оговорка в пользу продюсеров аудиовизуальных произведений и издателей периодики, причем передача презюмируется и по умолчанию в договоре с автором//Кодекс интеллектуальной собственности Франции: литературная и художественная собственность. Новосибирск: Изд-во СО РАН, 2005.

²²⁷ См.: Петрова Ю.В. Охрана личных неимущественных прав автора в европейских странах (континентальная и англосаксонская правовые системы). Автореферат дис... на соискание ученой степени к.ю.н. Москва, 2016. С.7.

обнародованное при жизни автора, может быть обнародовано после его смерти лицом, обладающим исключительным правом на произведение, если обнародование не противоречит воле автора произведения, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и т. п.). Данное указание закона о передаваемости права на обнародование после смерти автора (ст. 1268 ГК РФ), позволяет прийти к выводу об имущественном характере права на обнародование²²⁸, которое позволяет расширить сферу применения принципа свободы договора — предметом договора могут быть действия, направленные на передачу возможности решать, достойно ли произведение быть выпущенным в свет. Это положение заставляет посмотреть свежим взглядом на классические субъективные личные неимущественные права автора и переоценить укоренившиеся в нашем сознании стереотипы на их счет: жесткой неотчуждаемости и непередаваемости. Прежде всего, в праве на обнародование речь идет только о невозможности передачи в течение жизни, ГК РФ не так бдителен в ситуациях, складывающихся после смерти автора. При этом взаимосвязь и взаимное переплетение личных неимущественных прав и имущественных прав автора – известный факт. Например, извлечение прибыли неотделимо от реализации права на обнародование, но глубоко личный аспект отторжения «детища» от своего «родителя» заставляет рассматривать право на обнародование как неимущественное, искусственно отрывая от него экономический смысл. Зарубежное право находит способы для передачи моральных прав – это происходит с многочисленными оговорками, такими ограничителями, чтобы через реализацию морального права позволить автору сохранить контроль за использованием объекта в течение всего периода использования. Автор в рамках концепции единого авторского права сохраняет за собой моральные права в целом, но субъект маневрирует доступными ему по закону способами фактической передачи отдельных элементов таких прав и всегда может вернуть их назад (поскольку передача является обратимой). В противном случае, издательское дело, работа СМИ, индустрия развлечений застопорились бы, если бы пользователи по договору не имели бы возможности адаптировать (приспосабливать) объекты интеллектуальной собственности к специфике использования. В европейском авторском праве уже давно пришли к выводу о наличии распорядительных элементов в моральных правах автора и закрепили это на законодательном уровне²²⁹, не говоря уже о системе Copyright, которая основана исключительно на прагматических ценностях: автор

²²⁸ См.: Телюкина М.В. Право на обнародование произведения — личное или имущественное? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2007. № 8. С. 6—7.

²²⁹ Dietz Adolf. The Moral Rights of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries// Columbia-VLA Journal of Law & the Arts. Vol. 19. №3-4. 1995.P. 220-221.

должен не только вернуть затраченные инвестиции в создание РИД, но и получить прибыль. Первичны здесь имущественные права, и лишь поскольку они признаются за автором, постольку закрепляются за ним и некоторые усеченные, срочные моральные права: право авторства и право на защиту репутации автора в связи с изменением и искажением произведения. Более того, в праве США как имущественные, так и моральные права подлежат законодательным ограничениям на основании доктрины Fair Use (в общественных целях)²³⁰.

При обосновании тезиса о личном неимущественном характере права на обнародование, обращают внимание на неимущественный интерес автора, иначе говоря, это решение субъекта о том, выносить произведение на суд публики или оставить его в ящике стола и никому не показывать, данное решение определяется волей субъекта, его внутренними, личными свойствами. Если автор после обнародования своего произведения не желает по каким-либо причинам его дальнейшего широкого использования, он обычно отказывается заключать авторские договоры. Тем самым использование произведения ограничивается случаями свободного использования. Право на обнародование предполагает возможность отказа автора от ранее принятого решения об обнародовании произведения и использования своего права на отзыв. Право на отзыв в ранее действовавшем законодательстве входило составной частью в право на обнародование произведения (п. 1 ст. 15 Закона об авторском праве). В зарубежном законодательстве это право именуется как право на изъятие произведения или право на выкуп; оно практикуется редко, но возможность его осуществления подразумевается при заключении любого соглашения между автором и приобретателем²³¹.

В настоящее время право на отзыв - это самостоятельное личное неимущественное право, согласно которому автор имеет право отказаться от ранее принятого решения об обнародовании произведения при условии возмещения лицу, которому отчуждено исключительное право на произведение или предоставлено право использования произведения, причиненных таким решением убытков. Если произведение уже обнародовано, автор также обязан публично оповестить о его отзыве. При этом автор вправе изъять из обращения ранее выпущенные экземпляры произведения, возместив причиненные этим убытки.

Право на отзыв это отказ от ранее принятого автором решения об обнародовании произведения, пересмотр такого решения. Автор имеет право отказаться от ранее принятого

²³⁰ Hansmann H., Santilli M. Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis// The Journal of Legal Studies. Vol. XXXVI (1). 1997. P. 125.

²³¹ Дюма Р. Литературная и художественная собственность. С. 87.

решения об обнародовании произведения при условии возмещения лицу, которому было отчуждено исключительное право на произведение или предоставлено право использования произведения, причиненных таким решением убытков. В теории различают две ситуации:

- 1) отзыв произведения до его обнародования;
- 2) отзыв произведения после его обнародования.

Первый случай происходит чаще и с наименьшими потерями для автора. Второй связан с более существенными имущественными потерями для автора, поскольку он обязан возместить убытки, причиненные изъятием из обращения ранее выпущенных экземпляров произведения.

Согласно действующему законодательству, право на отзыв может быть реализовано в любое время после того, как автор дал разрешение на обнародование своего произведения (до фактического обнародования своего произведения). Если произведение уже обнародовано, то автор обязан публично оповестить (известить третьих лиц) о своем отзыве. При этом он вправе изъять из обращения ранее изготовленные экземпляры произведения, возместив причиненные этим убытки. И.А. Зенин обратил внимание на то, что право на отзыв, как и право на обнародование, также не абсолютно и безгранично. Указанные правила не применяются к программам для ЭВМ, служебным произведениям и произведениям, вошедшим в сложный объект: кинофильм, иное аудиовизуальное произведение, театрально-зрелищное представление (например, концерт на Красной Площади в г. Москве или в Лужниках)²³². Следовательно, законодатель расширил перечень исключений из права на отзыв, так как согласно ранее действовавшему законодательству право на отзыв не предусматривалось только в отношении служебных произведений (п. 2 ст. 15 Закона об авторском праве).

В статье 1255 ГК РФ право на отзыв включено в категорию так называемых "других прав", но это не влияет на статус этого права как самостоятельного личного неимущественного права, утверждает В.И. Еременко²³³.

В российском авторском праве модель права на неприкосновенность произведения менялась неоднократно. Теперь рассматриваемое право именуется "правом на неприкосновенность произведения". Если сравнить текстуально, то, формулировка права на неприкосновенность произведения в ст. 1266 ГК РФ практически совпадает с положениями ст. 480 ГК РСФСР 1964 г. Но, в отличие от ГК РСФСР, ст. 1266 ГК РФ включает в

²³² Зенин И.А. Личные неимущественные интеллектуальные авторские права. С.152 – 153/Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды). М.: Статут, 2015.

²³³ Еременко В.И. К вопросу о личных неимущественных правах авторов произведений//Адвокат, N 7, июль 2010 г.

себя ряд положений, которые являются новеллой российского авторского права. В частности, в п. 2 ст. 1266 ГК РФ установлено правило, согласно которому извращение, искажение или иное изменение произведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию автора, равно как и посягательство на такие действия, дают автору право требовать защиты его чести, достоинства или деловой репутации в соответствии с правилами ст. 152 ГК РФ²³⁴. Право автора на неприкосновенность произведения носит личный характер и направлено на охрану произведения в его первоначальном, оригинальном виде. Его не следует смешивать с правом на переработку произведения.

Прежде чем говорить о российской модели права на неприкосновенность произведения, необходимо осветить вопрос о представленных в мире законодательных концепциях этого права. А.Г. Матвеев подчеркивает, что критериев для выделения таких моделей существует несколько, так как по своему содержанию право на неприкосновенность произведения является многогранным и достаточно сложным²³⁵.

Во Франции право на неприкосновенность произведения именуется "правом на уважение произведения" (ст. L. 121-1). В Германии § 14 Закона об авторском праве, в котором установлено рассматриваемое право, называется "искажение произведения", а само это право обозначается в немецкой юридической литературе как право на защиту произведения от искажения или иного посягательства. В концептуально едином авторско-правовом законодательстве Дании, Швеции, Норвегии право на неприкосновенность произведения не имеет названия, однако в тексте законов речь идет о том, что произведение не может быть изменено способом, который наносил бы вред литературной или художественной репутации автора или индивидуальности последнего. В Законе Китая об авторском праве закреплены и право на внесение изменений, т.е. право изменения или наделения иных лиц правом внесения изменений в произведение, и право охраны неприкосновенности произведения, т.е. право защиты произведения от искажений и изменений (ст. 10)²³⁶.

²³⁴ «Сущность права на защиту репутации автора, заключалась исключительно в том, чтобы оградить произведение от таких изменений (искажений), которые наносят ущерб чести и достоинству автора. Если внесенное (или — вносимое) в произведение изменение не наносит ущерба чести и достоинству автора, то такое изменение не нарушает рассматриваемого личного права автора» (Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах (постатейный). 4-е изд., перераб. и доп. М., 2004). Без согласия автора недопустимо внесение в произведение любых изменений, даже если они не наносят ущерба чести и достоинству автора.

²³⁵ Матвеев А.Г. Российская модель права на неприкосновенность произведения//Вестник Пермского университета. Юридические науки", выпуск 4, октябрь-декабрь 2011 г.

²³⁶ Кодекс интеллектуальной собственности Франции: литературная и художественная собственность. Новосибирск: Изд-во СО РАН, 2005; Закон ФРГ от 9 сентября 1965 г. Об авторском праве и смежных правах <http://www.unimuenster.de/Jura.itm/hoeren/material/urheberrechtsgesetz.pdf>; Акт Норвегии от 12 мая 1961 г.,

В зависимости от вида посягательств на произведение, которые автор может запретить, различаются право на неприкосновенность, дающее возможность препятствовать как прямым, так и контекстуальным посягательствам, и право на неприкосновенность, запрещающее только прямые посягательства на произведение. Под прямыми посягательствами на произведение понимаются какие бы то ни было изменения или искажения произведения, которые, так или иначе, нарушают его целостность. При контекстуальных посягательствах само произведение не изменяется и не повреждается, однако оно помещается в такую социокультурную среду, которая формирует у публики неправильное представление о произведении и наносит ущерб моральным и творческим интересам автора.

Контекстуальные посягательства обычно обозначаются в законах об авторском праве такими выражениями, как "любое другое посягательство на произведение", "иные посягательства на произведение". Подавляющее большинство современных законов об авторском праве запрещают как прямые, так и косвенные (контекстуальные) посягательства на произведение. В качестве исключения можно отметить, например, закон Китая об авторском праве, в ст. 10 которого сказано о возможности защиты произведения от искажений и изменений и ничего не говорится об иных посягательствах на произведение.

Далее, регламентация права на неприкосновенность произведения разделяется на субъективную и объективную модели на основании того, ставится ли защита данного права в зависимость от нарушения каких-либо интересов автора или причинения ущерба его репутации. Субъективной концепции следует французское авторское право, обеспечивающее высочайший в мире уровень защиты моральных прав автора, а объективной - германское. Согласно § 14 Закона Германии об авторском праве автор имеет право запретить искажение или иное нанесение ущерба его произведению, которое может угрожать его законным духовным или личным интересам в произведении. Угроза интересам автора должна быть объективно констатирована, именно поэтому германская концепция права на неприкосновенность произведения называется

относящийся к правам собственности на литературные, научные и художественные произведения // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: сб. нормативных актов: Авторское право / под ред. В.К. Пучинского, М.Н. Кузнецова. М.: Изд-во УДН, 1988. С. 124-133.; Закон Швеции N 729 1960 г. об авторском праве на литературные и художественные произведения // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: сб. нормативных актов: Авторское право / под ред. В.К. Пучинского, М.Н. Кузнецова. М.: Изд-во УДН, 1988. С. 112-121; Постановления Дании от 31 мая 1961 г. об авторском праве на литературные и художественные произведения // Веинке В. Авторское право. Регламентация, основы, будущее М.: Юрид. лит., 1979. С. 192-211; Закон КНР об авторском праве от 7 сентября 1990 г. http://chinalawinfo.ru/civil_law/law_copyright_ch2 Цит. по Матвеев А.Г. Российская модель права на неприкосновенность произведения//Вестник Пермского университета. Юридические науки", выпуск 4, октябрь-декабрь 2011 г.

объективной. Большинство действующих сегодня законов об авторском праве закрепляют более мягкую объективную концепцию, однако в них используется не германская формулировка о духовных и личных интересах автора, а выражение о нанесении ущерба чести и репутации автора, что объясняется влиянием Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений, в ст. 6 bis которой установлено, что автор имеет право противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора. Авторское право - это компромисс между интересами автора и публики, и право на неприкосновенность произведения как ключевое из моральных прав автора также должно являться определенным консенсусом в вопросе о том, в какой мере можно изменять произведение без согласия автора.

Поскольку личные неимущественные права неотчуждаемы и непередаваемы, они не могут переходить по наследству. Однако в процессе осуществления наследниками их имущественных прав у них в ряде случаев возникает потребность не только в защите имени автора или неприкосновенности произведения, но и в совершении определенных действий. В части четвертой ГК РФ впервые наследники и иные правопреемники автора наделяются правом разрешать внесение в произведение изменений, сокращений или дополнений при условии, что этим не искажается замысел автора и не нарушается целостность восприятия произведения, а также правом обнародовать произведение, не обнародованное при жизни автора, если только такие действия не противоречат воле автора, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, в письмах, дневниках и т. п.). Подобные права существуют только у лиц, обладающих исключительным правом на произведение, и их действие прекращается вместе с действием исключительного права. В этих случаях по требованию заинтересованных лиц допускается защита чести и достоинства автора и после его смерти.

Однако право авторства, право на имя и право на неприкосновенность произведения должны охраняться бессрочно: не как личные неимущественные права, а как некий общественный интерес²³⁷. Статья 1267 ГК РФ устанавливает, что охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения осуществляется пожизненно лицом, которое автор вправе указать в порядке, предусмотренном для назначения исполнителя завещания, а при отсутствии такого лица или после его смерти — наследниками автора, их правопреемниками и другими заинтересованными лицами (ст. 1268, 1361 ГК РФ).

²³⁷ См.: Павлова Е. А. Новое в разделе об авторских правах // ЭЖ-юрист. 2006. № 19.

Суммируя сказанное, приходим к выводу, что личные неимущественные права возникают только в отношении результатов интеллектуальной деятельности; они не могут возникнуть в отношении средств индивидуализации. Даже когда средство индивидуализации (товарный знак, коммерческое обозначение) является результатом чьего-либо творческого труда, личные неимущественные права в отношении средств индивидуализации появиться не могут. По существу, личные неимущественные права возникают и подлежат защите только в случаях, когда они специально поименованы и их охрана установлена положениями части четвертой ГК РФ о конкретном виде результатов интеллектуальной деятельности. А вот тезис об отсутствии возможности распорядиться указанными правами нуждается в корректировке. Фактически такая возможность существует, есть правовые механизмы (распорядительные элементы в личных неимущественных права) и на практике есть потребность в совершении указанных действий, это обусловлено экономическими интересами участников гражданского оборота. По существу, автор передает контроль за внесением изменений в своё произведение контрагенту. В определенной мере это стало возможным:

- согласно п.3 ст. 1266 ГК, когда автор на будущее дает согласие пользователю на внесение в его произведений изменений, дополнений, сокращений и др. (часто встречаются такие условия в открытых лицензиях на использование произведения науки, литературы или искусства);
- через заранее согласованные действия – так, заключая, договор об отчуждении исключительного права, например, на произведение архитектуры, автор может разрешить правообладателю перестраивать объект авторского права, менять цветовое решение без согласия автора проекта и т.п.;
- и, наконец, включение изменений в исключительное право для таких сложных объектов, как например, программное обеспечение. Очевидно, что, время изобретателей одиночек прошло. Серьезное программное обеспечение создается сотрудниками ИТ – гигантов, где штат сотрудников величина переменная. На каждом этапе что – то в программном продукте постоянно обновляется, дополняется, улучшается, то есть совершается ежедневная работа над программой для ЭВМ или базой данных, и объективно спрашивать у каждого сотрудника согласие или искать уволившихся сотрудников на совершение того или иного действия невозможно. Законодатель для программных продуктов ввел особое правило, связанное с тем, что любые изменения входят в сферу исключительного права автора, то есть являются контролируемым правом автора на переработку. Другими словами, право на переработку как бы заслоняет личное

неимущественное право на неприкосновенность произведения. Владелец исключительного права на программный продукт может вносить любые текущие изменения в объект самостоятельно, не согласовывая с разработчиками. Несмотря на то, что ГК РФ не разрешает оборот личных неимущественных прав, есть правовые механизмы (распорядительные элементы в личных неимущественных правах), которые позволяют этого достичь. Этот внутренний диссонанс подрывает веру в непередаваемость и необоротоспособность моральных прав.

Признание фактической возможности оборота моральных прав (наличие распорядительных элементов в личных неимущественных правах) является прямым следствием компромиссной позиции отечественного законодателя по этому вопросу. Только право авторства является подлинным личным неимущественным правом, в отношении права на имя гражданина в п.4 ст.19 ГК РФ закреплена возможность распоряжения посредством заключения лицензионного соглашения; правом на неприкосновенность произведения можно распорядиться на будущее через механизмы, предусмотренные в п.5 ст.1233 и п.2 ст. 1286.1 ГК РФ; в отношении права на отзыв произведения еще не сформировалась обоснованная и устойчивая позиция, так с 2008 по 2019 год в литературе обосновывали, что оно относится к категории «иных» прав и этот вывод был поддержан в совместном постановлении двух пленумов №5/29, а, с 23 апреля 2019 года в Постановлении Пленум Верховного суда №10 оно указано в личных неимущественных правах без обоснования этого утверждения. Установлено, что право авторства, по сути, единственное моральное право автора, абсолютное, бессрочное, неимущественное, необоротоспособное. Право автора на имя не стоит регламентировать отдельно, оно является элементом содержания правоспособности автора как физического лица и должно являться элементом права авторства. Отказ от права авторства ничтожен. Если другие неимущественные интересы автора (целостность произведения, обнародование и др.) нарушаются, то их охрана осуществляется внешними по отношению к авторскому праву средствами: через механизмы ст.10 ГК РФ, недействительность сделок, договорное право, и пр. механизмы. То есть гражданский оборот все активнее проявляет интерес к распоряжению моральными правами, особенно, на современном этапе, в условиях информационного общества, в условиях свободного перемещения информации, культурных ценностей, знаний и др. нематериальных активов. Например, в Германии издатель вправе вносить в произведение изменения, которые являются необходимыми для осуществления его договорных прав, в частности, в которых автор, передавший имущественные права на использование по договору «по доброй совести не мог бы отказать» (пар.39). Произошло это не посредством перехода авторского права, что не допускается, а путем распоряжения отдельными элементами моральных прав. И, надо сказать, что это не новая идея и

для российской системы координат: и В.А. Дозорцев, и В. Рассудовский в определенных случаях допускали такую возможность.²³⁸ Скорее всего, пишет проф. Дозорцев, говоря о неимущественной составляющей применительно к интеллектуальным правам, не стоит выходить за пределы права авторства. Иными словами, не вполне «кондиционным» правам следовало бы вообще отказаться в привилегии быть частью личных неимущественных прав автора²³⁹.

Исключительное авторское право

Функциональные содержательные характеристики исключительного авторского права предопределяются сферой его применения и целями, поставленными перед исключительным правом как субъективным гражданским правом. Цель исключительного права состоит в предоставлении наиболее полного господства автору над произведением как результатом интеллектуальной деятельности. Достигается эта цель, как в любом абсолютном праве при помощи юридического приема, состоящего в предоставлении автору (правообладателю) права на совершение действий с объектом с одновременным запретом третьим лицам совершать аналогичные действия с данным объектом. Согласно ст. 1270 ГК РФ автору произведения или иному правообладателю (работодатель, наследники и др.), принадлежит исключительное право использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом (как с целью извлечения прибыли, так и без таковой). Исключительность это монополия создателя или другого правообладателя, позволяющая ему в течение определенного срока коммерчески реализовывать созданный объект. Закрепление исключительных прав означает, что никто не вправе без разрешения правообладателя использовать определенными способами охраняемый такими правами объект. При этом сам правообладатель может при помощи различных гражданско-правовых способов разрешить использование принадлежащего ему исключительного права третьим лицам. Таким образом, исключительное право является имущественным правом и охватывает только право на использование произведения науки, литературы и искусства. Исключительное право на произведение, в отличие от личных неимущественных прав, носит срочный характер. Вместе с тем и исключительные права, и

²³⁸ См.: Рассудовский В. Ответственность за нарушение личных неимущественных авторских прав//Советская юстиция. – М.: Юрид. лит., 1983, №3. С. 3 - 4. Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации. М.: Статут, 2003.

²³⁹ Дозорцев В.А. Указ. соч. С.291.

личные неимущественные права автора по своему характеру являются абсолютными. Исключительные права, указывал В. А. Дозорцев²⁴⁰, не устанавливают конкретной связи между двумя лицами (как относительные), а обращены к неопределенному кругу обязанных лиц, но их особенность заключается в том, что этот круг обязанных лиц все-таки может быть ограничен. Исключительность состоит не в том, что право принадлежит исключительно одному лицу, а в том, что оно закрепляется за лицом, определенным законом. Понятие исключительного права включило в себя наряду с абсолютными и квазиабсолютные права, когда право на один и тот же объект принадлежит самостоятельно и независимо нескольким лицам.

В части четвертой ГК РФ, в отличие от ранее действовавшего Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г., в котором говорилось об исключительных правах автора на использование произведения, была воплощена концепция единого исключительного права на произведение, включающего в себя ряд полномочий (правомочий) или способов использования этого произведения. В юридической литературе традиционно выделяют два вида правомочий правообладателя, составляющих содержание исключительных прав: исключительное право на использование объектов и права по распоряжению объектом²⁴¹ (ст. 1233 ГК РФ).

«Потребление» произведения, например чтение книги, просмотр фильма, использование функционала программы, традиционно не рассматривается в качестве его использования в рамках авторского права. Соответственно, речь не может идти о наличии связи между носителем произведения и правом на его использование, аналогичной отношению главной вещи и принадлежности. То, что установление такой зависимости принципиально возможно, видно на примере п. 2 ст. 1291 ГК РФ: в случае, если исключительное право на произведение не перешло к приобретателю его оригинала, приобретатель без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты ему вознаграждения вправе демонстрировать приобретенный в собственность оригинал произведения и воспроизводить его в каталогах выставок и в изданиях, посвященных

²⁴⁰ См.: Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации. М.: Статут, 2003. С. 120; *Его же*. Понятие исключительного права // Проблемы современного гражданского права: сб. ст. М.: Городец, 2000. С. 296.

²⁴¹ В целом, А.С. Ворожевич справедливо критикует это законодательное положение и указывает, что, исключительное право в действительности более сложное явление, чем простая совокупность правомочий запрета, распоряжения, использования. Нематериальная природа объектов, неконкурирующий характер их использования, позволяет посредством данных правомочий выстраивать самые различные правореализационные модели с участием, как одного правообладателя, так и неограниченного числа иных лиц, вовлекаемых в сферы использования объекта интеллектуальной собственности лиц. Исключительное право оправдано понимать, как возможности правообладателя по ограниченному контролю за доступом иных лиц к объекту интеллектуальной собственности, коммерческому использованию, который правообладатель может осуществлять посредством различного рода запретов и дозволений обращенных к неограниченному множеству лиц, и которым может по общему правилу распорядиться посредством передачи его иному субъекту. Данный тезис хорошо иллюстрирует практика распространения программного обеспечения. См.: Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М., 2020. С. 35.

его коллекции, а также передавать оригинал произведения для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами.

Приобретатель оригинала произведения изобразительного искусства или фотографического произведения, который изображен на этом произведении, вправе без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты ему вознаграждения использовать это произведение в качестве иллюстрации при издании своих литературных произведений, а также воспроизводить, публично показывать и распространять без цели извлечения прибыли копии произведения, если иное не предусмотрено договором с автором или иным правообладателем. В этом случае можно увидеть сосуществование двух правовых режимов.

Приобретатель фотографического произведения, который изображен на этом произведении, также вправе свободно использовать его в связи с изданием произведений, посвященных биографии приобретателя, если иное не предусмотрено договором с автором или иным обладателем прав на фотографическое произведение.

Итак, использованием произведения, независимо от того, совершаются ли соответствующие действия с целью извлечения прибыли или без таковой, осуществляется в следующих формах (способах)²⁴².

Воспроизведение произведения, т. е. изготовление одного или более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме, в том числе в форме звуко- или видеозаписи, изготовление в трех измерениях одного или более экземпляров двухмерного произведения и в двух измерениях — одного или более экземпляра трехмерного произведения. При этом запись произведения в память ЭВМ также считается воспроизведением. Право на воспроизведение исторически первое и на начальном этапе развития авторского права единственное имущественное право. Бернская конвенция (в редакции от 24 июля 1971 г.) первоначально основывалась именно на этом авторском праве. И лишь постепенно развитие

²⁴² Примерный перечень правомочий, составляющих исключительное право на использование произведений, приведен в п. 2 ст.1270 ГК РФ. Он является открытым, неисчерпывающим, в нем приведены наиболее типичные способы использования произведений. Важно подчеркнуть тот факт, что в период действия Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» в специальной литературе развернулась дискуссия о том, являлся ли предусмотренный ст.16 этого закона перечень правомочий, составляющих исключительное право, исчерпывающим, поскольку с одной стороны п. 1 ст. 16 закона, так же как и ГК РФ, содержал указание на то, что автор вправе использовать свое произведение в любой форме и любым способом, а с другой стороны, в п. 2 этой статьи приводился конкретный перечень правомочий без указания на его открытый характер. Например, Э. П. Гаврилов, С. А. Судариков исходили из исчерпывающего характера соответствующего перечня правомочий, а В. А. Дозорцев и А. П. Сергеев указывали на то, что имевшийся перечень правомочий не мог носить исчерпывающего характера, поскольку автору принадлежит право использовать произведение любым способом и в любой форме, следовательно, в том числе способами и в формах, не поименованных в законе. Нетрудно заметить, что в настоящее время законодатель для устранения любых сомнений предварил имеющийся в п. 2 ст. 1270 ГК РФ перечень правомочий словами «в частности».

технических средств привело к появлению и признанию других имущественных прав, которые на первых порах пытались внести в содержание права на воспроизведение.

Распространение произведения реализуется путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров. Часть четвертая ГК РФ не дает точного определения указанного термина. Однако можно сделать вывод о том, что распространение есть введение экземпляров произведения в гражданский оборот, прежде всего путем продажи. В это понятие также включаются: предложение к продаже, бесплатное распространение (дарение), мена, сдача в прокат и другие подобные действия. Первоначально право на распространение произведения понималось как часть права на воспроизведение. Более того, во многих зарубежных странах оно и теперь не признается отдельным авторским правом. Между тем распространение произведения может не совпадать по времени совершения этого действия и по территории его совершения с воспроизведением произведения. Все это свидетельствует о целесообразности конструирования самостоятельного права на распространение, что и было сделано в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах», а затем и в части четвертой ГК РФ.

Публичный показ произведения, т. е. любая демонстрация оригинала или экземпляра произведения непосредственно или на экране с помощью пленки, диапозитива, телевизионного кадра или иных технических средств, а также демонстрация отдельных кадров аудиовизуального произведения без соблюдения их последовательности, непосредственно либо с помощью технических средств в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается ли произведение в месте его демонстрации или в другом месте одновременно с демонстрацией произведения. Публичный показ произведения необходимо отличать от публичного исполнения.

Публичное исполнение произведения, т. е. представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (теле- или радиовещания, кабельного телевидения и иных технических средств), а также показ аудиовизуального произведения (с сопровождением или без сопровождения звуком) в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается ли произведение в месте его представления или показа либо в другом месте одновременно с представлением или показом произведения.

Основное различие между показом произведения и его исполнением состоит в том, что при публичном показе произведение или какая-то его часть просто демонстрируется публике, без совершения автором или иным лицом каких-либо активных действий, а во втором случае

произведение доводится до зрителей или слушателей путем совершения действий, выражающихся в пении, танце, декламации и т. д. При показе произведения осуществляется прямой контакт произведения со зрителем (публикой), при исполнении данный контакт опосредуется деятельностью исполнителя. Публичность же при показе и исполнении произведения означает, что демонстрация произведения перед специалистами или его исполнение в кругу семьи или близких друзей не образуют публичного показа или публичного исполнения и не влекут предусмотренных законодательством правовых последствий.

Импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения. Под этим правом понимается только импорт экземпляров произведения, а не прием поступающих из-за рубежа радио- и телепередач, причем сами импортированные в Россию экземпляры предназначены для распространения. Под импортом следует понимать пересечение экземплярами произведения государственной границы РФ и возможное последующее растаможивание этого товара. Право на импорт неразрывно связано с правом на распространение и в известной мере является его детализацией²⁴³. Обладая правом на импорт, автор может пресечь нарушение своего права на распространение уже на стадии подготовки нарушения. Под распространением экземпляров произведения, упоминаемым в праве на импорт, следует понимать как распространение на территории РФ, так и распространение в зарубежных странах. Иными словами, право на импорт касается и тех экземпляров произведения, которые ввозятся на территорию РФ для последующего распространения в зарубежных странах, а не только в России.

Право на прокат принадлежит автору независимо от права собственности на экземпляры произведения. Лицо, получившее право на дальнейшее распространение экземпляров произведения, не вправе сдавать эти экземпляры в прокат без дополнительного согласия со стороны правообладателя. Указанную норму нельзя толковать как особое право проката экземпляров произведения, принадлежащее только автору и неотчуждаемое от личности автора в период его жизни. Напротив, право проката может уступаться автором другим лицам по авторскому договору, при этом оно автоматически включается в право на распространение. Тем не менее для исключения возможных споров и недоразумений можно рекомендовать сторонам, заключающим авторский договор, особо упоминать в нем право проката. Тем более что существует презумпция, согласно которой права, не указанные в авторском договоре, считаются не переданными.

²⁴³ См.: Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. С. 225.

Сообщение в эфир, т. е. сообщение произведения для всеобщего сведения (включая показ или исполнение) посредством его передачи по радио или телевидению (в том числе путем ретрансляции), за исключением кабельного телевидения. При этом под сообщением понимается любое действие, посредством которого произведение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой. При сообщении произведений в эфир через спутник под сообщением в эфир понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых произведение может быть доведено до всеобщего сведения, независимо от его фактического приема публикой. Сообщение кодированных сигналов признается сообщением в эфир, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией эфирного вещания либо с ее согласия. Дело в том, что советское законодательство (ст. 492 ГК РСФСР 1964 г.) допускало свободное бесплатное использование на радио и телевидении любых опубликованных произведений, что препятствовало вступлению СССР в Бернскую конвенцию и во Всемирную конвенцию об авторском праве (в редакции от 1971 г.), а также существенно снижало уровень охраны авторских прав в Советском Союзе. Введение права на передачу в эфир заставляет радио- и телевизионные организации по-новому строить договоры, заключаемые с отдельными авторами, а также заключать генеральные соглашения с организациями, управляющими имущественными авторскими правами на коллективной основе.

Сообщение по кабелю, т. е. сообщение произведения для всеобщего сведения посредством его передачи по телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции). Сообщение кодированных сигналов признается сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией кабельного вещания либо с ее согласия. По своему содержанию это право в основном аналогично праву передачи в эфир. В обоих правомочиях различают радиопередачи и телепередачи. В авторских договорах право на сообщение для всеобщего сведения по кабелю и право передачи в эфир часто передаются вместе и на одинаковых условиях.

При этом под переработкой произведения понимается создание производного произведения (обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и т.п.). Под переработкой (модификацией) программы для ЭВМ или базы данных понимаются любые их изменения, в том числе перевод такой программы или базы данных с одного языка на другой, за исключением адаптации, т. е. внесения изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя. Как ни трактовать

правомочие на переработку, в любом случае, правообладатель оригинального произведения может запрещать или разрешать правообладателю переработки использовать свое произведение, которое воплощено в переработке. Контроль правообладателя не может распространяться на создание производного произведения, только на его использование. В тоже время, правообладатель переработки может запрещать использовать переработку, правообладателю оригинала. Такое положение дел обусловлено тем, что в переработке присутствуют элементы, относящиеся к охраняемой форме, как оригинального произведения, так и переработки. Изложенное позволяет понять проблему разграничения элементов оригинального произведения и производного произведения. Если переработчик использует элементы внутренней формы произведения, такие как, последовательность изложения материала, концепция, структура без согласия автора оригинального произведения, то автор оригинала имеет право запрещать дальнейшее использование.

Суть права авторов на практическую реализацию соответствующих проектов заключается в том, что всякое практическое воплощение в жизнь произведений архитектурной, градостроительной, дизайнерской, садово-парковой графики может осуществляться только с согласия авторов. Авторы таких проектов обладают правом разрешить или запретить создание в натуре изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства, здания, сооружения, сада, парка. Права архитекторов и дизайнеров не ограничиваются теми чертежами, эскизами, макетами, в которых нашла воплощение творческая мысль. Они действуют и в отношении тех решений, которые нашли воплощение в конкретных строящихся или уже построенных объектах. Без согласия автора, а в случае перехода прав к правопреемнику без его согласия, нельзя повторно реализовать соответствующий проект, хотя бы он и был воплощен в конкретных объектах. Автор проекта в соответствии со ст. 1294 ГК РФ и Федеральным законом от 17.11.1995 № 169-ФЗ «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» имеет право на осуществление авторского контроля за разработкой документации для строительства и авторского надзора за строительством архитектурного объекта. При осуществлении авторского контроля за разработкой документации для строительства автор архитектурного проекта может запрещать изменять документацию для строительства по сравнению с архитектурным проектом. При осуществлении авторского надзора за строительством автор контролирует соответствие возведения архитектурного объекта архитектурному проекту и документации для строительства.

Предоставление доступа к произведению таким образом, что лицо, желающее им воспользоваться, может сделать это из любого места и в любое время по собственному выбору.

Ранее это право звучало как «право на доведение до всеобщего сведения». Оно было введено в российское законодательство под влиянием договора ВОИС по авторскому праву 1996 г.²⁴⁴, где оно определяется, как «исключительное право разрешать любое сообщение своих произведений для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи, включая доведение своих произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору». Право на доведение до всеобщего сведения было введено в действие с 1 сентября 2006 г. в соответствии со ст. 2 Федерального закона от 20.07.2004 № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации “Об авторском праве и смежных правах”». Указанное «интернет-правомочие» с принятием части четвертой ГК РФ подверглось определенным изменениям. Для Интернета не является характерным активное доведение произведения до публики. Произведение лишь открывается для доступа, а активные действия по его поиску и скачиванию предпринимают уже пользователи Сети. Это могло бы сильно осложнить защиту интересов правообладателей, сделать указанное правомочие неработоспособным²⁴⁵.

При современном уровне развития техники право на предоставление доступа к произведению означает право на размещение произведения в сети Интернет, которое включает в себя и право определять режим и условия такого использования (платный или бесплатный, общедоступный или ограниченный). Вместе с тем право на предоставление доступа к произведению свидетельствует о том, что само по себе использование произведения в сети Интернет, производимое без согласия автора (правообладателя), является незаконным, нарушает авторские права. Право предоставления доступа к произведению, т. е. использования произведения в сети Интернет, вытекает из наличия права на воспроизведение, права на публичный показ, права на публичное исполнение, права на передачу в эфир и права на сообщение до всеобщего сведения по кабелю.

Однако, закон устанавливает некоторые исключения из общего правила: во-первых, это цитирование в оригинале и в переводе в научных, полемических, критических или информационных целях правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования (подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ); во-вторых, воспроизведение или сообщение

²⁴⁴ Подписан на Дипломатической конференции ВОИС 20 декабря 1996 г. Для России вступил в силу с 5 февраля 2009 г. (см. распоряжение Правительства РФ от 21.07.2008 № 1052-р о присоединении Российской Федерации к Договору ВОИС по авторскому праву, принятому Дипломатической конференцией по некоторым вопросам авторского права и смежных прав в г. Женеве 20 декабря 1996 г.).

²⁴⁵ См.: Калятин В. О. Авторское право в проекте части четвертой Гражданского кодекса РФ. С. 12.

для всеобщего сведения в обзорах текущих событий средствами фотографии, кинематографии, путем сообщения в эфир или по кабелю произведений, которые становятся увиденными или услышанными в ходе таких событий, в объеме, оправданном информационной целью (подп. 5 п. 1 ст. 1274 ГК РФ). Тут надо сделать оговорку: данное правило действует при одновременной трансляции телевизионного вещания и потокового видео на сайтах телеканалов; в-третьих, истечение срока действия исключительного права и перехода произведения в общественное достояние. Во всех остальных случаях использование произведений в сети Интернет подчиняется общим правилам, предусмотренным ст. 1270 ГК РФ, и их несоблюдение ведет к признанию использования незаконным.

Как правило, авторское вознаграждение, как уже отмечалось выше, выплачивается в рамках договоров об использовании произведений. В силу действия принципа свободы договора стороны самостоятельно определяют размер, порядок исчисления и выплаты авторского вознаграждения за каждый вид использования произведения. Вопрос определения справедливого размера вознаграждения авторов сложен, так как требует учета интересов не только авторов, но и пользователей, и даже общества²⁴⁶. Но в силу того, что автор является более слабой стороной по договору, чем, например, издатель, утверждены минимальные ставки авторского вознаграждения за публичное исполнение драматических, музыкальных и тому подобных произведений, воспроизведение произведений путем звукозаписи, сдачу экземпляров звукозаписей и аудиовизуальных произведений (видеофильмов) в прокат, а также за воспроизведение произведений изобразительного искусства и тиражирование в промышленности произведений декоративно-прикладного искусства²⁴⁷.

²⁴⁶ В Нидерландах 1 июля 2015 г. вступил в силу новый Закон «О договорах в авторском праве», в соответствии с которым у авторов есть право на справедливое вознаграждение (справедливую компенсацию), размер которого в каждой конкретной сфере должен быть установлен Министерством образования, науки и культуры по совместному запросу представителей авторов и пользователей. Данный вид вознаграждения по сути своей представляет вознаграждение, установленное в соответствии с императивными минимальными ставками вознаграждения, которые применяются во всех случаях заключения возмездного договора о передаче прав между автором и пользователем. См. более подробно: Copyright Contract Act, Bill № 33 308,2015 [Electronic resource] // URL: <http://www.ipmc.nl/en/file/38/download?token=hKfqvTIF> (дата обращения: 03.04.2019).

²⁴⁷ См.: Постановление Правительства РФ от 21.03.1994 № 218 «О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства» и постановление Правительства РФ от 29.05.1998 № 524 «О минимальных ставках вознаграждения авторам кинематографических произведений, производство (съемка) которых осуществлено до 3 августа 1992 г.». Однако данные ставки не нашли широкого применения на практике и, более того, частично были признаны недействующими по решению Верховного Суда РФ в связи с тем, что Правительство РФ имело полномочия лишь по установлению размера вознаграждений, но не порядка их сбора и распределения. Данные положения нашли отражение в п. 6 ст. 1246 ГК РФ, в котором отмечается, что Правительство РФ вправе устанавливать минимальные ставки, порядок сбора, распределения и выплаты вознаграждения за отдельные виды использования произведений, исполнений и фонограмм в случаях, если в соответствии с законом использование таких результатов интеллектуальной деятельности осуществляется с согласия правообладателей и с выплатой им вознаграждения, либо без согласия

Помимо прочего, еще одна цель исключительного права заключается в обеспечении преимущества правообладателя над недобросовестным лицом²⁴⁸, в стимулировании справедливой конкуренции, в создании и введении в оборот новых результатов интеллектуальной деятельности, которые будут формировать конкурентоспособный рынок исключительных прав.

Иные права автора

Наряду с личными неимущественными правами и исключительным правом, автору произведения науки, литературы искусства, принадлежат также другие права, которые являются промежуточными, нормативно неопределенными и переходными правами между личными неимущественными и исключительными правами, в том числе право следования, право доступа к произведениям изобразительного искусства, право на вознаграждение за служебное произведение и др.²⁴⁹ Среди авторских прав существуют права, дать характеристику которым всегда было непростым делом. Например, трудно разрешимый вопрос, как соотносится имущественное исключительное право на получение вознаграждения и иное имущественное право на вознаграждение за служебный результат интеллектуальной деятельности? Право на обнародование как личное неимущественное право и право на отзыв как иное право (п.3 ст. 1255 ГК РФ)? Разве не неимущественный ли интерес создателя мы здесь защищаем? В части четвертой ГК РФ указанные права именуются «иными или другими правами». В Пояснительной записке к принятию части четвертой ГК РФ указывается, что эта третья группа в

правообладателей, но с выплатой им вознаграждения. Применение действующих ставок вызывает критику как в отношении сферы их использования, так и практики их применения не в качестве минимальных, а в качестве фактических.

²⁴⁸ Савина В.С. отмечает, что «сущность исключительного права состоит именно в возможности устранения любых лиц от использования результата творчества, исключения из состава пользователей». См. более подробно о «негативной концепции исключительного права»: Савина В.С. «О соотношении норм предпринимательского права и права интеллектуальной собственности» //Интеллектуальная Собственность. Авторское право и смежные права. №8, 2016. С. 45-47.

²⁴⁹ Например, право на получение патента традиционно выделяется в связи с необходимостью регистрации прав на изобретение, полезную модель, промышленный образец. Поскольку права на данные объекты первоначально возникают у автора, допускается возможность получения патента другим, помимо автора, лицом, которое регистрирует патент в силу того, что данное право перешло к нему, в том числе в порядке универсального правопреемства или по договору, в частности по трудовому договору (ст. 1357 ГК РФ). Высказывается мнение о том, что право на получение патента является особым относительным правом среди абсолютных интеллектуальных прав (вторичное право), так как право на получение патента является предпосылкой для возникновения монополии, для возникновения исключительного права.

интеллектуальных правах появилась не как результат глубокой догматической проработки, а то, что называется по остаточному принципу, когда не сложилось внутреннее понимание природы этих прав и их особенностей. Так вместо дихотомии: имущественные и неимущественные права, мы получили трихотомию²⁵⁰. Они разнородны и могут принадлежать определенной категории авторов (право следования) или касаться определенного момента возникновения прав на результат (право на получение патента) и др.

Право доступа (ст. 1292 ГК РФ) к произведению обычно в литературе относят к личным неимущественным правам. Но по своему характеру оно значительно отличается от иных личных неимущественных прав. Также право доступа имеет большую связь с материальным объектом, право доступа имеет в виду именно оригинал произведения, а не его копию. Вместе с тем право доступа не закреплено в международных договорах, однако встречается в национальных законодательствах. Так, данное право предоставляется авторам в Швейцарии²⁵¹, в Германии²⁵². По сути, необходимость существования рассматриваемого права объясняется тем, что отчуждение автором оригинала произведения искусства не влечет за собой перехода исключительного права к приобретателю материального носителя, однако при этом автор фактически лишается своего права на воспроизведение произведения, если он не озаботился созданием его копии. В этой связи следует особо отметить, что право доступа является неимущественным непередаваемым и относительным правом (субъектный состав четко определен: автор и собственник оригинала произведения), которое ограничено жизнью автора²⁵³.

Автор может требовать осуществления данного права не только от собственника оригинала произведения изобразительного искусства, но и от другого лица (государственного

²⁵⁰ //СПС «Гарант»

²⁵¹ Федеральный закон Швейцарии об авторском праве и смежных правах от 9 октября 1992 г. (Loi federal du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droit voisins).

²⁵² «Автор может требовать от обладателя оригинала или копии своего произведения обеспечения доступа к оригиналу или копии, поскольку это необходимо для изготовления копий или переработки произведения и не противоречит правомерным интересам правообладателя» См. § 25 Закона Германии об авторском праве и смежных правах от 9 сентября 1965г.// Германские законы в области права интеллектуальной собственности. М.: Инфотропик Медиа, 2017.

²⁵³ В литературе отмечается акцессорность права доступа по отношению к основному – исключительному праву, так как благодаря праву доступа автор может реализовывать свое имущественное право на воспроизведение. См. более подробно: Ефремова В.В. Авторское право на произведения изобразительного искусства в Российской Федерации: дисс. на соискание степени к.ю.н. М., 2008. С. 200.

или частного музея и т. п.). При этом от собственника произведения нельзя требовать доставки произведения автору. Законный владелец оригинала вправе требовать от автора возмещения своих расходов, связанных с предоставлением автору права доступа.

Автор произведения архитектуры вправе требовать от собственника оригинала произведения предоставления ему возможности осуществлять фото- и видеосъемку произведения, если в соглашении стороны не предусмотрели иное. Однако это право не позволяет вносить изменения в уже существующий оригинал произведения, как бы автору ни хотелось это сделать, если право собственности на материальный носитель перешло к другому лицу. Так, в авторском праве Швейцарии содержится обязанность издателя дать автору возможность внести в свое произведение желаемые изменения, прежде чем выпускать новое издание. Аналогичные правила существуют в Испании, Скандинавских странах, некоторых странах Латинской Америки и т. д. Это может достигаться путем установления условий осуществления такого права, например, законы Скандинавских стран, устанавливают, что изменения могут быть внесены в произведение в случае, если новый тираж выпускается более чем через год после предыдущего, а сами изменения не меняют характера произведения и не влекут чрезмерных расходов, или путем возложения на автора имущественных последствий своего действия¹.

Определенным своеобразием обладает также право следования, явно имеющее в виду защиту имущественных прав автора. Бесспорно, прав и С.А. Сеницын, когда утверждает, что в действительности, в регулирование права следования положены принципиально иные задачи – автор не теряет духовной связи с созданным им произведением независимо от смены субъектов исключительного права и собственников материального объекта творчества, за ним сохраняется возможность фактического доступа к произведению. Закрепление законом «права следования» имеет целью обеспечение последующего развития и воплощения авторских художественных идей и образов в новом продукте интеллектуального труда автора при продолжении им своего творческого пути. Однородных с «правом следования» ограничений не усматривается в патентном праве, которое регулирует правовое положение его объектов более как достижение или новый объективный результат научно – технического прогресса общества, а не как неотъемлемую часть индивидуального духовного мира творца – автора.. Иначе говоря, гуманистическая основа прав на результаты творческого труда личности и невозможность допущения их произвольного присвоения в условиях естественного для человеческого общежития противопоставления правонарушителя и права последовательно создало убеждение, что отношения между автором и объектом – произведением живописи, скульптуры – не прекращаются и в случае добровольного отчуждения автором исключительного права на

использование произведения третьему лицу, откуда и берет начало так называемое право следования, которое безосновательно отождествляется с существом или признаком ограниченных вещных прав²⁵⁴.

Имущественная составляющая права следования проявляется в том, что, авторы произведений изобразительного искусства, а равно авторы литературных и музыкальных произведений в отношении авторских рукописей и автографов при каждой публичной перепродаже соответствующего оригинала имеют право на получение от продавца вознаграждения в виде процентных отчислений от перепродажной цены²⁵⁵. Данное право — право следования — установлено в связи с тем, что талант многих художников не всегда может быть оценен сразу, в момент создания произведения. Приобретенные порой за бесценок полотна, впоследствии получившие признание и высокую оценку публики, перепродаются за большие деньги, от которых (при отсутствии права следования) авторам не доставалось бы ничего, что серьезно ущемляло бы их интересы. Такие ситуации могут возникать не только в отношении произведений изобразительного искусства, поэтому закон распространил данное право и на авторские рукописи (автографы) литературных и музыкальных произведений. Установленный в Российской Федерации в настоящее время расчет размера вознаграждения, выплачиваемого автору при реализации права следования, в целом соответствует принципам Директивы ЕС 2001/84/ЕС от 27 сентября 2001г. «О праве перепродажи в интересах автора оригинала произведения искусства»²⁵⁶. Согласно ст. 1 Директивы ЕС право перепродажи должно применяться ко всем действиям по перепродаже, включая продавцов, покупателей или посредников – профессионалов рынка произведений искусства, таких как залы продаж,

²⁵⁴ Сеницын С.А. Сравнительное патентное право: актуальные проблемы. М.: Инфотропик Медиа, 2022. С. 34 – 35.

²⁵⁵ 1 июня 2018 г. вступил в силу Федеральный закон от 05.12.2017 № 381-ФЗ «О внесении изменения в статью 1293 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», согласно которому автор имеет право получать вознаграждение при каждой перепродаже его произведения не только в тех случаях, когда аукционный дом или галерея являются посредником, но и когда они выступают в роли продавца или покупателя. Сведения, необходимые для обеспечения выплаты такого вознаграждения, предоставляются юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем по запросу автора оригинала произведения или организации по управлению правами на коллективной основе, представляющей его интересы. Перечень этих сведений, а также размер процентных отчислений, условия и порядок выплаты определяются Правительством РФ. См.: РИА Новости. URL: <http://ria.ru/society/20171205/1510262769.html>

²⁵⁶ Размер вознаграждения, причитающегося при реализации автором права следования в Евросоюзе, составляет 4% для части цены продажи до 50 000 евро; 3% - для части цены продажи от 50 000,01 до 200 000 евро; 1% - части цены продажи от 200 000,01 до 350 000 евро); 0,5 % - для части цены продажи от 350 000,01 до 500 000 евро; 0, 25% - для части цены продажи, превышающей 500 000 евро, но при этом общая сумма вознаграждения не может превышать 12 500 евро. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do>

художественные галереи и, вообще, любые распространители произведений искусства²⁵⁷. При этом в силу ст. 4 Директивы ЕС государства – члены Евросоюза обязаны закрепить в своих национальных законодательствах минимальную цену продажи, начиная с которой реализуется право следования, при этом минимальная цена продажи не может при любых обстоятельствах превышать 3000 евро.

В нашей стране, в соответствии со ст. 1293 ГК РФ, в случае отчуждения автором оригинала произведения изобразительного искусства при каждой публичной перепродаже соответствующего оригинала, в которой в качестве продавца, покупателя или посредника участвует галерея изобразительного искусства, художественный салон, магазин и т. д. (причем им должно быть юридическое лицо или индивидуальный предприниматель), автор имеет право на получение от продавца вознаграждения в виде процентных отчислений от перепродажной цены (право следования). Надо отметить, что размер процентных отчислений, а также условия и порядок их выплаты определяются Правительством РФ²⁵⁸.

Авторы пользуются правом следования также в отношении авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений (действует только в отношении оригиналов произведения). Право следования неотчуждаемо, но переходит к наследникам автора на срок действия исключительного права на произведение.

Право автора на вознаграждение за служебное произведение в силу абз. 4 п. 2 ст. 1295 ГК РФ можно отнести к иным правам автора. С одной стороны, это право неотчуждаемо и не переходит по наследству. С другой стороны, права автора по договору, заключенному им с работодателем, и не полученные автором доходы переходят по наследству в порядке, предусмотренном ст. 1183 ГК РФ. Так, право на получение указанных денежных сумм, принадлежит проживавшим совместно с умершим автором членам его семьи, а также нетрудоспособным иждивенцам независимо от того, проживали они совместно с умершим или нет. Требование о выплате вознаграждения за служебное произведение должно быть предъявлено обязанным лицам, например работодателю автора, в течение четырех месяцев со

²⁵⁷ Несмотря на то, что право следования предусмотрено ст. 14ter Бернской конвенции, введение права следования в национальные правовые порядки вызвало горячие дискуссии. Так, в Европе Директива Европейского парламента и Совета о праве следования 2001/84/ЕС встретила жесточайшее сопротивление, особенно со стороны тех стран, где развита аукционная деятельность. Тем не менее, страны — члены ЕС признали данное право, а его признание в других странах и обязательное применение ст. 14ter Бернской конвенции было провозглашено одной из целей Европейской комиссии.

²⁵⁸ См.: Постановление Правительства РФ от 19.04.2008 № 285 «Об утверждении Правил выплаты автору вознаграждения при перепродаже оригиналов произведений изобразительного искусства, авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений».

дня открытия наследства. В противном случае соответствующие суммы включаются в состав наследственной массы и наследуются на общих основаниях.

Наличие самостоятельного, наряду с исключительным правом, права на вознаграждение означало бы возможность требовать соответствующих выплат и после отчуждения исключительного права, что не соответствует существу последнего. В то же время в отдельных случаях законом или международным договором признается возможность для определенной категории правообладателей требовать выплаты соответствующего вознаграждения без согласия правообладателя или даже тогда, когда исключительное право отчуждено. Так, ст. 1245 ГК РФ предусмотрено, что авторам, исполнителям, изготовителям фонограмм и аудиовизуальных произведений принадлежит право на вознаграждение за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений исключительно в личных целях. Данное вознаграждение имеет компенсационный характер и выплачивается правообладателям за счет средств, которые подлежат уплате изготовителями и импортерами оборудования и материальных носителей, используемых для такого воспроизведения. Право на вознаграждение также признается за автором музыкального произведения при публичном исполнении или сообщении в эфир аудиовизуального произведения (п. 3 ст. 1263 ГК РФ).

Срок действия авторского права

Исключительное право отличается от таких бессрочных абсолютных прав как личные неимущественные права и право собственности тем, что законодатель определил срок его существования, по истечении которого объект интеллектуальной собственности переходит в общественное достояние. В какой же плоскости лежит обоснование принципа срочности правовой охраны? По мнению С.А. Бабкина, мы вряд ли обнаружим отрицательный эффект от того, что произведения художественного творчества будут охраняться бессрочно. Большинство из того, что создается сегодня, утрачивает какое – либо значение, спустя всего лишь несколько лет. То есть право автора теряет значение – просто не найдется желающих его нарушить. Если же произведение столь гениально, что находятся желающие приобрести его копию и через столетия, - разве не достойно оно вечной охраны?²⁵⁹ Исходя из позитивного регулирования, можно предложить другое обоснование срочности исключительного права, автору предоставляется необходимое и достаточное время для коммерциализации своего результата интеллектуальной деятельности, чтобы он не только вернул затраченные инвестиции, но и еще получил прибыль. Такая трактовка напрямую связана с принципом адекватности. Труд авторов и изобретателей

²⁵⁹ Бабкин С.А. Указ. Соч.С.581.

должен вознаграждаться адекватно затраченным ими усилиям, приток инвестиций в сферу нематериального производства должен быть адекватен ее значению. Главными факторами, способствующими раскрытию данного принципа, являются такие рыночные механизмы, как свобода договора и свободное ценообразование. В любом случае бессрочность охраны как, например, в личных неимущественных правах поставила бы под угрозу реализацию принципа адекватности. Противники увеличения сроков действия исключительного права, ссылаются на несправедливую ситуацию с наследниками, препятствующую научному и техническому прогрессу. Наследники автора или лица, приобретшие у него исключительное право, пожинают лавры чужого труда, иногда, будучи близкими лишь по крови, а не по духу с автором и паразитируют на этом. Специалисты считают, что при таких длинных сроках авторского права, режим общественного достояния (public domain) не достигает своей цели, так как по статистике большая часть произведений представляет интерес для публики именно в период действия авторского права²⁶⁰.

Поэтому на законодательном уровне следует различать две ситуации, первая, когда исключительное право принадлежит творцам (создателям произведений) и вторая, когда исключительное право принадлежит всем остальным правообладателям (например, когда исключительное право перешло к наследникам приобретателя по договору об отчуждении исключительного права). Собственно говоря, хочется спросить, чей и какой интерес мы защищаем во второй ситуации, предоставляя такие сроки действия исключительного права на произведение как некое воплощение личности автора? Все аргументы, приведенные выше, не срабатывают в рассматриваемой ситуации. Представители утилитаристского подхода к легитимации авторского права считают существующие сроки чрезмерными, так как сроки надо рассчитывать таким образом, чтобы произведение перешло в общественное достояние, когда у общества сохраняется заинтересованность в его использовании.

Согласно российскому законодательству, исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора и 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора²⁶¹. Личные неимущественные права автора: авторство, право на имя и неприкосновенность произведения охраняются бессрочно. Автор вправе в порядке,

²⁶⁰ Posner R. Do patent and copyright law restrict competition and creativity excessively?//www.becker-posnerblog.com/2012/09/do-patent-and-copyright-law-restrict-competition-and-creativity-excessivelyposner.html.

²⁶¹ Следует обратить внимание на то обстоятельство, что в ст. 191 ГК РФ течение срока, определенного периодом времени, начинается на следующий день после календарной даты наступления события, которым определено его начало. Статья 1281 ГК РФ предусматривает иные правила определения начала срока.

предусмотренном для назначения исполнителя завещания, указать лицо, на которое он возлагает охрану авторства, имени автора и неприкосновенности произведения после своей смерти. Это лицо осуществляет свои полномочия пожизненно. При отсутствии таких указаний или в случае отказа назначенного автором лица от исполнения соответствующих полномочий, а также после смерти этого лица охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения осуществляется наследниками автора, их правопреемниками и другими заинтересованными лицами. В том случае, если произведение было создано в соавторстве, исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора, пережившего других соавторов, и 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом его смерти.

Представляет собой интерес указание, содержащееся в ч. 1 ст. 6 Федерального закона от 18.12.2006 № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», заключающееся в том, что сроки охраны прав, предусмотренные ст. 1281, 1318, 1327 и 1331 ГК РФ, применяются в случаях, когда 50-летний срок действия авторского права или смежных прав не истек к 1 января 1993 г. Поэтому если 50-летний срок действия авторского права на произведение истек после 31 декабря 1992 г., но до вступления в силу Федерального закона от 20.07.2004 № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации “Об авторском праве и смежных правах”», установившего 70-летний срок действия авторского права, и произведение перешло в общественное достояние, то с 1 января 2008 г. действие исключительного права на это произведение возобновляется и срок его действия исчисляется по правилам, предусмотренным ст. 1281 ГК РФ. Можно отметить, что действия лиц, использовавших до введения в действие части четвертой ГК РФ произведения, которые находились в общественном достоянии до 1 января 2008 г., несмотря на возобновление действия исключительного права на произведение не могут считаться нарушением. В данном случае пользователи объективно добросовестны. Вместе с тем дальнейшее использование произведения может осуществляться только с соблюдением закона²⁶². Очень хорошо рассматриваемую ситуацию иллюстрирует В.Ю. Бузанов на примере творческого наследия И. Ильфа и Е. Петрова ("12 стульев", "Золотой теленок", "Одноэтажная Америка" и др.). Известно, что судьба создателей незабвенного О. Бендера сложилась весьма драматично. И.А. Файнзильберг (творческий псевдоним - И. Ильф) скончался от туберкулеза в 1937 г., Е.П. Катаев (Е. Петров) был командирован в действующую армию в качестве военного корреспондента и погиб на фронте в 1942 г. Применяя к произведениям указанных авторов Закон 1993 г., несложно

²⁶² См.: Пункт 29 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

посчитать, что срок их охраны истекает после 1 января 1993 г. Следовательно, с 1 января 2008 г. авторское право на эти произведения восстанавливается и действует до 31 декабря 2016 г. включительно²⁶³.

В том случае, если автор пожелал обнародовать произведение анонимно или под псевдонимом, срок действия исключительного права истекает через 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом его правомерного обнародования. Если в течение указанного срока автор произведения, обнародованного анонимно или под псевдонимом, раскроет свою личность или его личность не будет далее оставлять сомнений, исключительное право будет действовать в течение 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора.

Исключительное право на произведение, обнародованное после смерти автора, действует в течение 70 лет после обнародования произведения, считая с 1 января года, следующего за годом его обнародования, при условии, что произведение было обнародовано в течение 70 лет после смерти автора.

Исключения из общего правила имеют место и в том случае, когда автор произведения был репрессирован и посмертно реабилитирован, срок действия исключительного права считается продленным и 70 лет исчисляются с 1 января года, следующего за годом реабилитации автора произведения. Если же автор работал во время Великой Отечественной войны или участвовал в ней, срок действия исключительного права, установленный ст. 1281 ГК РФ, увеличивается на четыре года, т. е. на срок самой войны. В судебной практике возник вопрос о возможности применения этого льготного срока к произведениям советского писателя-фантаста А. Беляева. Известно, что жизнь Беляева трагически оборвалась в 1942 г. (погиб на оккупированной территории). В соответствии с действовавшим в тот период времени законодательством (ст. 15 Основ авторского права 1928 г.) срок охраны его произведений истек 31 декабря 1956 г. Полагая, что с тех пор охрана этих произведений не восстанавливалась, ответчик - издательство - в 2008 г. приступил к их переизданию. Признавая действия издательства незаконными, суд исходил из того, что 50-летний срок действия авторского права А. Беляева не истек к 1 января 1993 г., так как подлежит продлению на четыре года с учетом работы автора (в должности сотрудника газеты "Большевистское слово") в годы Великой Отечественной войны. Следовательно, с 1 января

²⁶³ Бузанов В.Ю. Авторское право: сага о сроках//Журнал российского права, N 6, июнь 2014 г.

2008 г. действие исключительного права на произведения Беляева возобновляется, и новый срок их охраны исчисляется по правилам, предусмотренным ст. 1281 ГК РФ²⁶⁴.

В том случае, если срок действия авторского права на произведение науки, литературы или искусства (как на обнародованное, так и на необнародованное) истек, то оно в соответствии со ст. 1282 ГК РФ переходит в общественное достояние. Законодательное закрепление института общественного достояния в международном авторском праве начинается с Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. Так, в ст. 18 (1) закреплено правило о том, что она применяется ко всем произведениям, которые к моменту вступления ее в силу не стали еще общественным достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны. Рассматривая вопрос о переходе произведения в общественное достояние на территории определенного государства, следует помнить, что в авторском праве многих государств воплощен национально-территориальный принцип — охраняются произведения, созданные собственными гражданами или впервые опубликованные на их территории, а также произведения, страной происхождения которых является государство — участник определенного международного соглашения. В этих случаях иностранные произведения, которые не пользуются охраной на территории государства, включаются в сферу общественного достояния. Как видим, переход произведения в общественное достояние именно по этим причинам в настоящее время весьма редок в силу того, что круг государств, участвующих в базовых конвенциях по охране авторских прав, постоянно расширяется, на сегодняшний день осталось совсем немного стран, авторы которых не могут получать охрану своих произведений на других территориях²⁶⁵. Таким образом, существует гипотетическая возможность, когда одно и то же произведение в один и тот же период времени в разных государствах может выступать как охраняемое в одном и перейти в разряд общественного достояния в другом.

Произведение, перешедшее в общественное достояние, может свободно использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты авторского вознаграждения. До новелл, введенных Федеральным законом от 12.03.2014 № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», ГК РФ предусматривал лишь два основания перехода результата интеллектуальной деятельности в общественное достояние: истечение срока действия исключительного права и отсутствие у правообладателя

²⁶⁴ Бузанов В.Ю. Указ.Соч.

²⁶⁵ Всемирная организация интеллектуальной собственности : [офиц. сайт]. URL: www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip_7/cdip_7_inf_2.pdf

наследников по закону и по завещанию. Однако поправки изменили одно слово в ст. 1282 ГК РФ: «истечение срока действия исключительного права» было заменено на «прекращение действия исключительного права». Таким образом, возможно, законодателем создаются предпосылки для отказа от исключительного авторского права и введения так называемого режима добровольного общественного достояния. Хотя однозначно законодатель высказался по этому вопросу применительно к договорному праву в ст. 450.1 ГК РФ «Отказ от договора (исполнения договора) или от осуществления прав по договору». Устанавливая такое условие в договоре, важно учесть следующий нюанс. Одна из сторон договора в случае отказа несет экономические потери, а, следовательно, справедливо предоставить ей возможность защититься от этого риска. Такой защитой будет условие о том, что сторона, например пользователь, сможет отказаться от договора, только предоставив правообладателю компенсацию неполученных доходов, т. е. заплатив за свое право на отказ. С точки зрения американского авторского права существует возможность отказа как от имущественных, так и от моральных прав автора. При этом, конечно же, охраняются авторство, имя автора и неприкосновенность произведения.

Перешедшее в общественное достояние необнародованное произведение может быть обнародовано любым лицом, если только обнародование произведения не противоречит воле автора, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и т. п.). Права гражданина, который правомерно обнародовал такое произведение, определяются в соответствии с гл. 71 ГК РФ как смежные права публикатора.

Продемонстрировано, что рациональным решением является дифференцированность сроков существования исключительного права в зависимости от субъектного состава и для различных объектов. Так, для произведений *kleine Munze* установить сокращенные сроки правовой охраны, по аналогии со смежными правами публикатора, а для классических объектов авторского права (произведения науки, литературы, искусства) оставить пятидесятилетние сроки, какие были в российском авторском праве вплоть до 2004г.

Права исполнителей, производителей фонограмм, организаций эфирного и кабельного вещания, изготовителей баз данных, публикаторов произведений науки, литературы, искусства, перешедших в общественное достояние

Смежные права как институт интеллектуальных прав можно разделить на права, охраняющие творческие интересы личности и ее индивидуальность; права, целью признания которых является возврат вложенных в проект инвестиций; и права, охраняющие разнохарактерные интересы бенефициаров нетипичных смежных прав. Первую группу смежных

прав составляют права исполнителей. Их правовой режим, благодаря природе исполнения как охраняемого объекта, субъектному составу, признаваемым моральным правам, сроку действия исключительных прав, привязанному к продолжительности жизни исполнителя, - такой правовой режим позволяет рассматривать права на исполнения как самостоятельную и в своем роде уникальную категорию смежных прав.

Вторую группу смежных прав составляют все остальные классические и европейские смежные права, т.е. права изготовителей фонограмм и видеограмм, права вещательных организаций, права на инвестиционные базы данных, права публикатора, права на критические и научные публикации произведений, которые находятся в общественном достоянии, права издателей новостей на их пресс-публикации (продюсерские права)²⁶⁶. Цель установления охраны продюсерских прав лежит в сфере возврата инвестиций, постольку решение о сроках действия исключительных прав нужно принимать на основе эмпирических данных, а не абстрактных рассуждений о балансе интересов правообладателей и широкой публики и о том, что организационный и финансовый вклад соответствующих бенефициаров должен быть признан и поощрен.

Смежные права сводятся к правомочиям использования своих объектов — исполнения, фонограммы, передачи и др., а также распоряжения таковыми посредством обнародования и передачи по договорам²⁶⁷.

Исполнителю, в том числе режиссеру-постановщику и дирижеру, в отношении их исполнения или постановки принадлежат:

исключительное право на исполнение;

право авторства — право признаваться автором исполнения;

право на имя — право на указание своего имени или псевдонима на экземплярах фонограммы и в иных случаях использования исполнения, а в случае, предусмотренном

п. 1 ст. 1314 ГК РФ, право на указание наименования коллектива исполнителей, кроме

²⁶⁶ Матвеев А.Г. Идея смежных прав и их разновидности// Журнал Суда по интеллектуальным правам", N 24, июнь 2019 г.

²⁶⁷ Нелишне заметить, что параграф 106 Закона об авторском праве США (U. S. Copyright Act) содержит перечень исключительных прав, обобщенно обозначаемых термином «copyright», принадлежащих правообладателю. Он в целом совпадает с перечнем правомочий, входящих в состав исключительного права правообладателя, указанных в ГК РФ. Основное различие состоит в том, что в США перечень исключительных прав является закрытым, а в России перечень правомочий, входящих в состав исключительного права, является примерным, и могут существовать иные способы использования объектов авторского права и смежных прав, потенциально охватываемые исключительным правом правообладателя (ст. 1270, 1317, 1324, 1330, 1334, 1339 ГК РФ).

случаев, когда характер использования произведения исключает возможность указания имени исполнителя или наименования коллектива исполнителей;

право на неприкосновенность исполнения — право на защиту исполнения от всякого искажения, т. е. от внесения изменений, приводящих к извращению смысла или нарушению целостности восприятия исполнения, в его запись, в сообщении в эфир или по кабелю, а также при доведении исполнения до всеобщего сведения и при публичном исполнении постановки спектакля.

Исполнители осуществляют свои права с соблюдением прав авторов исполняемых произведений. Безусловно, права исполнителя признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав на исполняемое произведение.

Право авторства, право на имя исполнителя и право на неприкосновенность исполнения как личные неимущественные права охраняются бессрочно. Многие исполнители и исполнительские коллективы позволяют себе исполнять чужие произведения под видом своих. Так, например, в ходе выступлений исполнители иногда не указывают имен авторов исполняемых произведений, в результате чего у аудитории создается ошибочное представление о том, что исполняются произведения, созданные самими исполнителями. Разумеется, что разновидностью нарушения права авторства является перевод или переработка чужого произведения с последующим использованием производного произведения под видом оригинального. При этом нарушаются и право авторства, и право на имя. Значение указанных личных неимущественных прав трудно переоценить, поскольку их нарушение, в том числе в форме отрицания и присвоения авторства, в большинстве случаев влечет нарушение и других прав автора, как личных неимущественных, так и исключительного права. Таким образом, если исполнение используется лицом, не являющимся его исполнителем, соответственно обязательно должны соблюдаться права авторов исполняемых произведений. Исполнитель вправе в порядке, предусмотренном для назначения исполнителя завещания, указать лицо, на которое он возлагает охрану своего имени и неприкосновенности исполнения после своей смерти. Это лицо осуществляет свои полномочия пожизненно. При отсутствии таких указаний или в случае отказа назначенного исполнителем лица от осуществления соответствующих полномочий, а также после смерти этого лица охрана имени исполнителя и неприкосновенности исполнения осуществляется его наследниками, их правопреемниками и другими заинтересованными лицами.

Исполнителю принадлежит исключительное имущественное право использовать исполнение любым не противоречащим закону способом, кроме того, исполнитель может распоряжаться исключительным правом на исполнение. Под использованием исполнения понимается:

— сообщение в эфир, т. е. сообщение исполнения для всеобщего сведения посредством его передачи по радио или телевидению (в том числе путем ретрансляции), за исключением кабельного телевидения. При этом под сообщением понимается любое действие, посредством которого исполнение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой. При сообщении исполнения в эфир через спутник под сообщением в эфир понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых исполнение может быть доведено до всеобщего сведения независимо от его фактического приема публикой; сообщение по кабелю, т. е. сообщение исполнения для всеобщего сведения посредством его передачи по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции);

— запись исполнения, т. е. фиксация звуков и (или) изображения или их отображений с помощью технических средств в какой-либо материальной форме, позволяющей осуществлять их неоднократное восприятие, воспроизведение или сообщение;

— воспроизведение записи исполнения, т. е. изготовление одного и более экземпляра фонограммы либо ее части. При этом запись исполнения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением, кроме случаев, когда такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение исполнения до всеобщего сведения;

— распространение записи исполнения путем продажи или иного отчуждения ее оригинала или экземпляров, представляющих собой копии такой записи на любом материальном носителе;

— доведение записи исполнения до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к записи исполнения из любого места и в любое время по собственному выбору (право на доведение до всеобщего сведения);

— публичное исполнение записи исполнения, т. е. любое сообщение записи с помощью технических средств в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается запись в месте ее сообщения или в другом месте одновременно с ее сообщением;

— прокат оригинала или экземпляров записи исполнения (право сдачи в прокат).

Исключительное право на исполнение не распространяется на воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю и публичное исполнение записи исполнения в случаях, когда такая запись была произведена с согласия исполнителя, а ее воспроизведение, сообщение в эфир

или по кабелю либо публичное исполнение осуществляются в тех же целях, для которых было получено согласие исполнителя при записи исполнения. Данная оговорка означает, что, охраняя достаточно широко права исполнителя, законодатель одновременно в публичных интересах допускает ограничение его права на воспроизведение записи исполнения или постановки. К правам на исполнение, созданное исполнителем в порядке выполнения служебного задания, в том числе к правам на созданное в таком порядке совместное исполнение, соответственно применяются правила ст. 1295 ГК РФ о служебном произведении.

Организационные, инвестиционные и иные усилия производителей фонограмм, организаций эфирного и кабельного вещания имеют особый характер, поскольку тесно связаны с процессом творчества. В. А. Дозорцев указывал, что основанием смежных прав производителей фонограмм является «оригинальный результат совместной, скоординированной интеллектуальной деятельности коллектива, появившийся благодаря организаторской инициативе руководителя... подобное соотношение коллективного и индивидуального результатов характерно и для организаций эфирного и кабельного вещания, и для кинофильмов, традиционно охраняемых авторским, а не смежным правом...»²⁶⁸.

Так, изготовителю фонограммы принадлежат: исключительное право на фонограмму; право на указание на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке своего имени или наименования; право на защиту фонограммы от искажения при ее использовании; право на обнародование фонограммы, т. е. на осуществление действия, которое впервые делает фонограмму доступной для всеобщего сведения путем ее опубликования, публичного показа, публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо иным способом. При этом опубликованием (выпуском в свет) является выпуск в обращение экземпляров фонограммы с согласия изготовителя в количестве, достаточном для разумных потребностей публики.

Как и исполнитель, изготовитель фонограммы осуществляет свои права с соблюдением прав авторов произведений и прав исполнителей. Права изготовителя фонограммы признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав и прав исполнителей.

В силу того, что право на указание на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке своего имени или наименования и право на защиту фонограммы от искажения действуют и охраняются в течение всей жизни гражданина либо до прекращения юридического лица, являющегося изготовителем фонограммы, их можно по своей правовой природе отнести к личным неимущественным правам. Как показывает практика, обязанность производителей

²⁶⁸ Дозорцев В. А. Тенденции развития исключительных прав в Российской Федерации. Место авторского права в системе исключительных прав. С. 56.

фонограмм по соблюдению права авторства и права на имя автора состоит в том, чтобы правильно оформить аудионосители тиражируемых и распространяемых экземпляров фонограмм, их вкладыши и иную упаковку, соблюдая при этом волю автора относительно обозначения его имени при использовании его произведения. Производители фонограмм обязаны соблюдать волю автора относительно порядка указания его имени при любом использовании его произведения, независимо от того, сколько секунд звучит произведение, используется ли оно полностью или фрагментарно, в оригинальной версии, в переводе или в переработке.

Также изготовителю фонограммы принадлежит исключительное имущественное право использовать фонограмму любым не противоречащим закону способом. Кроме того, изготовитель фонограммы может распоряжаться исключительным правом на фонограмму. Под использованием фонограммы понимается:

— публичное исполнение, т. е. любое сообщение фонограммы с помощью технических средств в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается фонограмма в месте ее сообщения или в другом месте одновременно с ее сообщением;

— сообщение в эфир, т. е. сообщение фонограммы для всеобщего сведения посредством ее передачи по радио или телевидению (в том числе путем ретрансляции), за исключением сообщения по кабелю. При этом под сообщением понимается любое действие, посредством которого фонограмма становится доступной для слухового восприятия независимо от ее фактического восприятия публикой. При сообщении фонограммы в эфир через спутник под сообщением в эфир понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых фонограмма может быть доведена до всеобщего сведения независимо от ее фактического приема публикой. Сообщение кодированных сигналов признается сообщением в эфир, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией эфирного вещания или с ее согласия;

— доведение фонограммы до всеобщего сведения таким образом, что лицо может получить доступ к фонограмме из любого места и в любое время по собственному выбору (право на доведение до всеобщего сведения);

— воспроизведение, т. е. изготовление одного и более экземпляра фонограммы или части фонограммы. При этом запись фонограммы или части фонограммы на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением, кроме случая, когда такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического

процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение фонограммы до всеобщего сведения;

- распространение фонограммы путем продажи или иного отчуждения оригинала или экземпляров, представляющих собой копию фонограммы на любом материальном носителе;
- импорт оригинала или экземпляров фонограммы в целях распространения, включая экземпляры, изготовленные с разрешения правообладателя (право на импорт);
- прокат оригинала и экземпляров фонограммы;
- переработка фонограммы.

В отношении исключительного права на переработку фонограммы действует правило, согласно которому, лицо, правомерно осуществившее переработку фонограммы, приобретает смежное право на переработанную фонограмму. При использовании фонограммы лицом, не являющимся ее изготовителем, обязательно должны соблюдаться права авторов произведений и права исполнителей.

Напротив, музыкальное произведение с текстом или без текста, его исполнение артистом-исполнителем и фонограмма исполнения представляют собой самостоятельные результаты интеллектуальной деятельности, исключительные права на которые могут принадлежать разным лицам. Распоряжение осуществляется в отношении каждого права отдельно, и, естественно, что нарушение прав на каждый такой результат носит самостоятельный характер.

В настоящее время телевидение и радиовещание вносят существенный вклад в распространение и поддержание культуры общества и являются одними из основных средств массовой информации. Вещание представляет собой сложный организационно-технический процесс. Кроме того, и до непосредственного осуществления процесса трансляции проводится целый комплекс мероприятий. Во-первых, организации эфирного и кабельного вещания необходимо осуществить отбор материалов, подлежащих вещанию. Во-вторых, в процессе подготовки передачи могут быть использованы как объекты авторского права (литературные, музыкальные, аудиовизуальные и другие произведения), так и объекты смежных прав (исполнения, фонограммы, передачи других организаций вещания), а также иной информационный материал, в том числе произведения, не охраняемые авторским правом, сведения о событиях, явлениях, факты и т. д. В-третьих, помимо организационно-технических усилий, вещательная деятельность связана со значительными финансовыми вложениями, что обуславливает необходимость охраны интересов организаций вещания. Поскольку в случае отсутствия таковой третьей лица (в том числе другие организации вещания) могут без разрешения перехватывать транслируемые передачи и предлагать их своей аудитории пользователей. Это

может повлечь за собой ущемление интересов организаций вещания, так как им не будут поступать потенциальные лицензионные платежи за использование их передач, снизится объем средств, поступающих от потребителей, платящих абонентскую плату. Иными словами, если бы организации вещания в отношении ее передачи, в которой, например, использовалось авторское произведение, не предоставлялись смежные права, у организации вещания отсутствовала бы возможность контроля правомерности использования передачи третьими лицами, и она не смогла бы запретить третьим лицам осуществлять неправомерные действия, которые нарушали в том числе и права автора²⁶⁹.

Организации эфирного или кабельного вещания принадлежит исключительное право использовать правомерно осуществляемое или осуществленное ею сообщение в эфир или по кабелю передач любым не противоречащим закону способом (исключительное право на сообщение радио- или телепередачи), в том числе способами, указанными в п. 2 ст. 1330 ГК РФ. Организация эфирного или кабельного вещания может распоряжаться исключительным правом на сообщение радио- или телепередачи. Исключительное право организации вещания должно выражаться не только в возможности самостоятельного использования собственных передач, а также возможности предоставления прав на использование ее передач, в частности другими организациями вещания, но и запрета третьим лицам использовать созданные ею передачи. Возможность организации эфирного или кабельного вещания самостоятельно определять содержание радио- или телепередач подразумевает самостоятельность такой организации в выборе предлагаемых ею программ, но не предполагает права этой организации свободно использовать произведения любым способом, в том числе путем переработки, использования в составе сложного объекта и в любой форме без согласия правообладателя.

Под использованием сообщения радио- или телепередачи (вещания) понимается:

— запись сообщения радио- или телепередачи, т. е. фиксация звуков и (или) изображения или их отображений с помощью технических средств в какой-либо материальной форме, позволяющей осуществлять ее неоднократное восприятие, воспроизведение или сообщение;

— воспроизведение записи сообщения радио- или телепередачи, т. е. изготовление одного и более экземпляра записи сообщения радио- или телепередачи либо ее части в любой материальной форме. При этом запись сообщения радио- или телепередачи на электронном

²⁶⁹ До установления охраны интересов организаций вещания в рамках интеллектуальной собственности и предоставления им исключительных прав охрана результатов интеллектуальной деятельности организаций вещания осуществлялась на основе положений законодательства о защите от недобросовестной конкуренции, генеральном деликте, а также прав, приобретенных от авторов на отдельные телевизионные изображения. См. более подробно: Бузова Н. В. Исключительные права организаций вещания в российском, зарубежном и международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 19—20.

носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением, кроме случая, когда такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование сообщения радио- или телепередачи или передачу сообщения радио- или телепередачи в информационно-телекоммуникационной сети, осуществляемую информационным посредником между третьими лицами, при условии, что такая запись не имеет самостоятельного экономического значения;

— распространение сообщения радио- или телепередачи путем продажи либо иного отчуждения оригинала или экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи;

— ретрансляция, т. е. прием и одновременное сообщение в эфир (в том числе через спутник) или по кабелю полной и неизменной радио- или телепередачи или ее существенной части, сообщаемой в эфир или по кабелю организацией эфирного или кабельного вещания;

— доведение сообщения радио- или телепередачи до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к сообщению радио- или телепередачи из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения);

— публичное исполнение, т. е. любое сообщение радио- или телепередачи с помощью технических средств в местах с платным входом независимо от того, воспринимается оно в месте сообщения или в другом месте одновременно с сообщением;

— прокат оригинала и экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи.

К праву использования сообщения радио- или телепередачи применяются правила п. 3 ст. 1317 ГК РФ, согласно которым исключительное право на исполнение не распространяется на воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю и публичное исполнение записи исполнения в случаях, когда такая запись была произведена с согласия исполнителя, а ее воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю либо публичное исполнение осуществляются в тех же целях, для которых было получено согласие исполнителя при записи исполнения.

Организации эфирного и кабельного вещания могут осуществлять свои права только при условии соблюдения прав авторов произведений, прав исполнителей, а в соответствующих случаях — обладателей прав на фонограмму и прав других организаций эфирного и кабельного вещания на сообщения радио- и телепередач. Следовательно, организации вещания должны получить соответствующие разрешения посредством заключения договоров. Например, вещательные договоры — это такие договоры, по которым правообладатели разрешают организациям вещания передавать в эфир, по проводам, по кабелю, оптическому волокну или иным образом объекты авторского и смежных прав. При этом можно обязать организацию вещания представлять отчет об использовании произведений, т. е. фиксировать в сетке

трансляций название каждого произведения, используемого в передаче, имя его автора, исполнителей или продюсера группы, или руководителя оркестра, а также изготовителя аудиовизуального произведения или производителя фонограммы, если таковые используются в передачах. Копии таких отчетов посылаются организациям, управляющим на коллективной основе исключительными правами указанных правообладателей. Исходя из этих требований, достигается прозрачность в деятельности организаций вещания и, как следствие, легче отследить нарушения в указанной сфере. Права организации эфирного или кабельного вещания признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав, прав исполнителей, а также прав на фонограмму.

Исключительное право на сообщение радио- или телепередачи действует на территории РФ, если организация эфирного или кабельного вещания имеет, во-первых, место нахождения на территории РФ, во-вторых, осуществляет сообщение с помощью передатчиков, расположенных на территории РФ, а также в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации.

Признание целесообразности защиты интересов лица, организовавшего создание базы данных, поставило перед законодателем сложную правовую проблему: какова природа права, которое должно быть предоставлено такому лицу, и какую правовую конструкцию следует использовать для регулирования возникающих отношений? С точки зрения ст. 1333 ГК РФ можно говорить о том, что изготовителю базы данных принадлежат исключительное право изготовителя базы данных и право на указание на экземплярах базы данных и (или) их упаковках своего имени или наименования. Также изготовителю базы данных принадлежит исключительное право извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом (исключительное право изготовителя базы данных)²⁷⁰. Изготовитель базы данных может распоряжаться указанным исключительным правом. Исключительное право изготовителя базы данных признается и действует независимо от наличия и действия авторских и иных исключительных прав изготовителя базы данных

²⁷⁰ Ответом европейского законодательства на потребности рынка в дополнительной защите баз данных стало принятие Директивы № 96/9/ЕС от 11 марта 1996 г. «О правовой охране баз данных», закрепляющей правило, согласно которому творческий труд автора, а не качество или достоинства базы данных, является единственным критерием для подведения базы данных под авторско-правовую защиту. Право *sui generis* является самостоятельным и распространяется на произведенные изготовителем базы данных значительные качественные или количественные вложения. В конечном счете двухуровневый подход, который сохраняет преимущества авторско-правовой охраны и предусматривает дополнительные меры против недобросовестного извлечения и воспроизведения содержания базы данных возобладали и в российском праве. См.: Reichman J. H., Samuelson P. Intellectual Property Rights in Data? // *Vanderbilt Law Review*. 1997. Vol. 50. P. 70—166.

и других лиц на составляющие базу данных материалы, а также на базу данных в целом как составное произведение.

В течение срока действия исключительного права на базу данных правообладатель по своему желанию может зарегистрировать базу данных в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, который ведет Реестр баз данных²⁷¹ и выдает свидетельство о государственной регистрации (ст. 1262 ГК РФ).

Исключительное право изготовителя базы данных действует на территории РФ в случаях, когда изготовитель базы данных является гражданином Российской Федерации или российским юридическим лицом или изготовитель базы данных является иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом при условии, что законодательством соответствующего иностранного государства предоставляется на его территории охрана исключительному праву изготовителя базы данных, изготовителем которой является гражданин Российской Федерации или российское юридическое лицо, а также в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации. В том случае, когда изготовитель базы данных является лицом без гражданства, в зависимости от того, имеет это лицо место жительства на территории РФ или иностранного государства, соответственно применяются правила п. 1 ст. 1336 ГК РФ, относящиеся к гражданам Российской Федерации или иностранным гражданам.

Появление в российском законодательстве прав публикатора объясняется желанием отечественного законодателя имплементировать в часть четвертую ГК РФ правила, изложенные в Директиве ЕС 93/98/ЕС от 29 декабря 1993 г.²⁷² Права публикатора распространяются на произведения, которые независимо от времени их создания могли быть признаны объектами авторского права в силу творческого характера деятельности и объективной формы выражения. Публикатор не является автором, поэтому нормы об авторстве и об авторе неприменимы. Это означает, что без факта обнаружения произведения названные права просто не возникают, опубликовать может и другое лицо. Публикатору принадлежат исключительное право публикатора на обнаруженное им произведение и право на указание своего имени

²⁷¹ См.: Приказ Минэкономразвития России от 05.04.2016 № 210 «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации программы для электронных вычислительных машин или базы данных и выдаче свидетельств о государственной регистрации программы для электронных вычислительных машин или баз данных, их дубликатов». Так, в силу п. 13 этого Административного регламента срок предоставления государственной услуги по регистрации программы для ЭВМ или базы данных и выдачи свидетельства составляет 62 рабочих дня с даты приема заявки.

²⁷² Указанная Директива утратила силу в связи с принятием Директивы 2006/116/ЕС от 12 декабря 2006 г. «О сроке действия охраны авторского права и некоторых смежных прав», в ст. 4 которой говорится о необходимости охраны права публикатора, равноценной охране экономических прав автора.

на экземплярах обнародованного им произведения и в иных случаях его использования, в том числе при переводе или другой переработке произведения. Право на имя, будучи правом личным, является бессрочным и охраняется за публикатором даже в случае отчуждения им другому лицу (например, издательству) исключительного права на обнародование произведения.

При обнародовании произведения публикатор обязан соблюдать определенные условия, а именно обнародование не должно противоречить воле автора произведения, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и т. п.). Публикатор в течение срока действия исключительного права публикатора на произведение вправе разрешить внесение в произведение изменений, сокращений или дополнений при условии, что этим не искажается замысел автора и не нарушается целостность восприятия произведения, и это не противоречит воле автора, определенно выраженной им в завещании, письмах, дневниках или иной письменной форме. Такими же правомочиями обладает лицо, к которому перешло исключительное право публикатора на произведение.

Публикатору произведения принадлежит исключительное право использовать произведение в соответствии со ст. 1229 ГК РФ (исключительное право публикатора на произведение) способами, предусмотренными подп. 1—8 и 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. С учетом этих положений ГК РФ гражданин-публикатор наделяется исключительным смежным правом на произведение, включающим большинство правомочий по использованию произведения, которыми обладает автор. Публикатор произведения может распоряжаться указанным исключительным правом.

Исключительное право публикатора на произведение признается и в том случае, когда произведение было обнародовано публикатором в переводе или в виде иной переработки. Исключительное право публикатора на произведение признается и действует независимо от наличия и действия авторского права публикатора или других лиц на перевод или иную переработку произведения.

Исключительное право публикатора распространяется на произведение, обнародованное на территории РФ, независимо от гражданства публикатора; на произведение, обнародованное за пределами территории РФ гражданином Российской Федерации; на произведение, обнародованное за пределами территории РФ иностранным гражданином или лицом без гражданства, при условии, что законодательством иностранного государства, в котором обнародовано произведение, предоставляется на его территории охрана исключительному праву публикатора, являющегося гражданином Российской Федерации, и в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации.

При отчуждении оригинала произведения (рукописи, оригинала произведения живописи, скульптуры или другого подобного произведения) его собственником, обладающим исключительным правом публикатора на отчуждаемое произведение, это исключительное право переходит к приобретателю оригинала произведения, если договором не предусмотрено иное.

Если исключительное право публикатора на произведение не перешло к приобретателю оригинала произведения, приобретатель вправе без согласия обладателя исключительного права публикатора демонстрировать приобретенный в собственность оригинал произведения и воспроизводить его в каталогах выставок и в изданиях, посвященных его коллекции, а также передавать оригинал этого произведения для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами. В том случае, если оригинал или экземпляры произведения правомерно введены в гражданский оборот путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров допускается без согласия публикатора и без выплаты ему вознаграждения (принцип исчерпания смежного права публикатора)²⁷³.

Установлено, что логика норм Гражданского кодекса РФ о смежных правах используется в качестве серьезного аргумента за расширение сферы продюсерских прав, и как следствие, развитие рыночной концепции интеллектуальной собственности как введенной исключительно в целях оправдания стоимости вложенных средств. Таким образом, о способности объектов к правовой охране свидетельствуют особые признаки не результата, а деятельности по созданию объекта: самостоятельность, независимость, отсутствие сознательного копирования чужих объектов, разного рода вложения. Однако, использование признаков деятельности не всегда позволяет разграничивать объекты смежных прав с результатами деятельности в других сферах, например, издание печатной продукции остается затратным мероприятием, в силу чего исключительное смежное право предоставили публикатору, который впервые обнародовал или организовал обнародование произведения науки, литературы, искусства, перешедшее

²⁷³ Нормы об исчерпании прав нашли свое отражение применительно ко всем основным объектам интеллектуальной собственности, воплощенным в материальной форме (ст. 1259, 1272, 1325, 1344, 1478 ГК РФ). Рассматриваемая доктрина возникла на рубеже XIX—XX вв. Обычно в качестве ее родоначальника указывают Германию, тем не менее применительно к программным продуктам наиболее интересен опыт США. В США доктрина исчерпания прав, именуемая обычно доктриной «первой продажи» (first sale) окончательно сформировалась после решения Верховного суда США по делу *Bobbs-Merill Co. v. Straus*, рассмотренному в 1908 г. Доктрина первой продажи закреплена в ст. 109(a) U. S. Copyright Act, она предусматривает, что собственник копии произведения или фонограммы, правомерно созданной в соответствии с требованиями законодательства об авторском праве, вправе продать или иным образом совершить отчуждение такого экземпляра без согласия правообладателя. В России в отношении объектов авторского права и смежных прав нормы об исчерпании права впервые были сформулированы в Законе РФ от 23.09.1992 № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» (ст. 16). В более ранний период российское право не было знакомо с данной доктриной. См. более подробно: Пирогова В. В. Исчерпание исключительных прав и параллельный импорт. М.: Статут, 2008. С. 35—37; Савельев А. И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании права в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 3. С. 104.

в общественное достояние. Наоборот, обычный издатель подобного рода правами не наделен, хотя объектом перепечатки потенциально становятся охраноспособные произведения. С точки зрения теории транзакционных издержек, конечно, издателю нужно предоставить монополию в виде исключительного права, и то, что здесь отсутствуют творческие начала, для экономистов это не принципиальный вопрос. Задача государства и законодателя состоит в возможной минимизации этих издержек. При отсутствии транзакционных издержек обществу не требуется специально создавать институциональные и организационные условия для производства и торговли — они вполне направляются «невидимой рукой» рынка²⁷⁴. Но поскольку в реальности такие институты существуют, они могут рассматриваться как результат выбора, подчиненного ограничениям в виде транзакционных издержек. На основе теоремы Коуза (Coase Theorem) можно объяснить предоставление исключительного интеллектуального права любой деятельности, даже не создающей интеллектуальный результат. Так, в свое время ВОИС и Япония предлагали выработать особый правовой режим для IT-продуктов: компьютерных программ и баз данных. Они выполняют сугубо прагматическую функцию, представляя собой определенный набор команд и инструкций для компьютерных устройств. Основную ценность имеет «поведение» компьютерной программы, базы данных, задачи, которые они выполняют, а не текст их объектного кода²⁷⁵. После того, как в США программные продукты были признаны объектами авторского права на законодательном уровне, аналогичный подход нашел отражение в большинстве стран, включая Европу. В качестве основных аргументов в пользу выбранного подхода указывают легкость приобретения данной защиты, связанная с отсутствием необходимости выполнения каких-либо формальностей, а также отсутствие значительных издержек, связанных с такой защитой. В этой связи становится очевидным, что выбор авторско-правового или смежно-правового режимов на сегодняшний день имеет в своей основе прагматические соображения, а не тщательный научный анализ применимости данных режимов.

Срок действия смежных прав

Срок действия смежных прав не совпадает со сроком действия авторских прав, поэтому следует обратить внимание на ряд особенностей. Исключительное право на исполнение действует в течение всей жизни исполнителя, но не менее 50 лет, считая с 1 января года,

²⁷⁴ См.: Coase R. The Problem of Social Cost // Journal of Law and Economics. 1960. No. 1.

²⁷⁵ См.: Samuelson P., Davis R., Kapor M. D., Reichman J. H. A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs // Columbia Law Review. 1994. Vol. 94. С. 2316—2317.

следующего за годом, в котором осуществлены исполнение, либо запись исполнения, либо сообщение исполнения в эфир или по кабелю.

В том случае, если исполнитель был репрессирован и посмертно реабилитирован, срок действия исключительного права считается продленным, и 50 лет исчисляются с 1 января года, следующего за годом реабилитации исполнителя. Если исполнитель работал во время Великой Отечественной войны или участвовал в ней, срок действия исключительного права, установленный п. 1 ст. 1318 ГК РФ, продлевается на четыре года. По истечении срока действия исключительного права на исполнение это право переходит в общественное достояние. К исполнению, перешедшему в общественное достояние, соответственно применяются правила ст. 1282 ГК РФ: исполнение может свободно использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты авторского вознаграждения. При этом охраняются авторство, имя автора и неприкосновенность исполнения.

В связи с тем, что с 1 января 2018 г. перечень правомочий, составляющих исключительное право режиссера-постановщика на исполнение, дополнен правом на публичное исполнение постановки спектакля, то порядок исчисления срока действия исключительного права режиссера-постановщика спектакля на постановку считается с 1 января года, следующего за годом, в котором осуществлено первое публичное исполнение постановки режиссера-постановщика (абз. 2 п. 1 ст. 1318 ГК РФ в редакции Федерального закона от 28.03.2017 № 43-ФЗ), норма применяется в отношении спектаклей, первое публичное исполнение которых осуществлено после 31 декабря 2017 г.

Исключительное право на фонограмму действует в течение 50 лет, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором была осуществлена запись. В случае обнаружения фонограммы исключительное право действует в течение 50 лет, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором она была обнаружена при условии, что фонограмма была обнаружена в течение 50 лет после осуществления записи. Исключительное право на сообщение радио- или телепередачи действует также в течение 50 лет, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором имело место сообщение радио- или телепередачи в эфир или по кабелю.

Как подтверждает практика, 50-летние сроки действия различных исключительных смежных прав исчисляются с 1 января года, следующего за годом, в котором имели место первое исполнение, первое опубликование фонограммы или первая передача. Исключение составляют личные неимущественные права субъектов смежных прав (право авторства, право на имя, право на неприкосновенность объекта) — эти права охраняются бессрочно.

Что касается новых объектов смежных прав, то срок действия исключительного права изготовителя базы данных возникает в момент завершения ее создания и действует в течение 15 лет, считая с 1 января года, следующего за годом ее создания. Исключительное право изготовителя базы данных, обнародованной в указанный период, действует в течение 15 лет, считая с 1 января года, следующего за годом ее обнародования. Примечательно то, что указанные сроки действия исключительного права возобновляются при каждом обновлении базы данных. Отметим, что сроки действия смежных прав совпадают с п. 1 ст. 10 Директивы ЕС 96/9/ЕС «О правовой охране баз данных». Срок охраны базы данных по праву *sui generis* составляет 15 лет, начиная с 1 января того года, когда база данных была создана. Если до истечения этого срока база данных была каким-либо способом представлена неопределенному кругу лиц, срок охраны возобновляется с 1 января того года, когда база данных стала впервые доступна неопределенному кругу лиц (п. 2 ст. 10 Директивы). Точно такой же срок возобновляется при внесении в базу данных существенных инвестиций. Право изготовителя базы данных и право публикатора на произведение науки, литературы или искусства охраняется только в отношении базы данных, созданной или обнародованной, и только в отношении произведения, правомерно обнародованного публикатором после 31 декабря 2007 г.

Гражданин-публикатор наделяется на 25 лет исключительным смежным правом на произведение, которое возникает в момент обнародования этого произведения, считая с 1 января года, следующего за годом его обнародования. Исключительное право публикатора на произведение может быть прекращено досрочно в судебном порядке по иску заинтересованного лица, если при использовании произведения правообладатель нарушает требования ГК РФ в отношении охраны авторства, имени автора или неприкосновенности произведения.

К переходу по наследству исключительного права на исполнение, фонограмму, к сообщению радио- или телепередачи соответственно применяются правила ст. 1283 ГК РФ. К наследникам (в отношении юридических лиц — к правопреемникам) исполнителя, производителя фонограммы, организации эфирного и кабельного вещания переходит право разрешать использование исполнения, постановки, фонограммы, передавать в эфир или по кабелю и получать вознаграждение в пределах оставшейся части сроков.

По истечению указанных сроков объекты смежных прав переходят в общественное достояние. Институт общественного достояния закреплен в праве всех государств мира, участвующих в системе международной охраны авторских и смежных прав, и его действие можно считать гармонизированным, несмотря на различия в исчислении сроков перехода результатов интеллектуальной деятельности в общественное достояние и отсутствие устойчивых дефиниций в национальном праве государств. Переход произведения

в общественное достояние по национальному праву может происходить и в силу других причин: законодательных предписаний санкционного характера, добровольного отказа от исключительных прав в пользу общества. Однако независимо от обстоятельств перехода объекта под действие института общественного достояния, оно выходит из-под авторско- или смежно-правовой охраны и, соответственно, течение срока охраны исключительных прав прекращается. Также, несмотря на отсутствие специального законодательно закрепленного коллизионного регулирования, правоприменительная практика государств свидетельствует о единой тенденции - выборе для разрешения трансграничных споров исключительно собственного права (*lex loci protectionis*). В российском законодательстве отсутствует специально сформулированная коллизионная норма для выбора применимого права при решении вопроса об охраноспособности произведения. Однако если учесть, что в ГК РФ императивно установлен перечень дополнительных исключений из охраны - не охраняются авторским правом идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных и иных задач, открытия, факты, языки программирования (п. 5 ст. 1259 ГК РФ), - возможно прийти к косвенному выводу, что охраноспособность произведений предполагается определять именно в соответствии с российским правом (*lex loci protectionis*).²⁷⁶ При этом, необходимо обратить внимание на то, что многие государства, в том числе и Россия, распространяют национальный режим охраны не только на тех иностранных авторов, которые подпадают под конвенционные критерии правовой охраны в силу политико-правовой связи с государством домицилия или в силу факта публикации или выпуска в свет на территории конкретного государства своего результата интеллектуальной деятельности, но на всех без исключения иностранных авторов.

Поэтому охраноспособность результатов тех субъектов, которые не подпадают ни под какие критерии конвенционной охраны, может быть определена исключительно по праву страны "принимающего" государства - государства, где истребуется защита произведения (*lex loci protectionis*).

А.Л. Маковский отмечает, что, оба подхода - *lex loci protectionis* и *lex loci originis* - являются коллизионными принципами регулирования трансграничных авторско- и смежно-правовых отношений и представляют собой руководящие начала такого регулирования в целом, а не конкретные императивные предписания для решения узконаправленных вопросов. На основании

²⁷⁶ Дмитриева Г.К., Луткова О.В. Тенденции развития коллизионного регулирования трансграничных авторских отношений, не связанных напрямую с коммерческим использованием произведения // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). - 2019. - N 10 (62). - С. 27-38.

этих руководящих начал государства-участники системы международной охраны авторских и смежных прав вольны создавать и создают собственные внутригосударственные стандарты²⁷⁷.

Соответственно, поскольку отсутствуют императивные указания, ст. 14 bis (2) (a) Бернской конвенции 1886 г. может правомерно рассматриваться как исключение из общего правила коллизионного определения авторства по формуле *lex loci originis*, а вопрос коллизионного определения авторства может изыматься из-под регулирования п. 2 ст. 5 Бернской конвенции 1886 г. Обобщение нормативных предписаний базовых конвенций, законодательства и правоприменительной практики некоторых государств приводит к выводу о том, что для установления автора произведения как типовые используются коллизионные формулы "закон государства происхождения произведения" (*lex loci originis*) и "закон государства, где испрашивается защита" (*lex loci protectionis*).

§2. Субъектный состав в авторском праве и смежных правах с точки зрения теории преемственности в исключительных правах

Общая тенденция континентально-правовой традиции, которая нашла проявление и в части четвертой ГК РФ, это закрепление первоначальных прав на результат интеллектуальной деятельности за его автором. В тех случаях, когда ГК РФ не предполагает наличия у объекта автора или авторов, не закрепляются и нормы, регулирующие отношения автора с лицом, заказывающим создание объекта²⁷⁸. В авторском праве признание того или иного лица автором произведения не зависит от официальной регистрации, депонирования или получения правоустанавливающего документа. В авторском праве, напротив, существует презумпция авторства, которая в отечественном законодательстве сформулирована следующим образом: при отсутствии доказательств иного автором произведения считается лицо, указанное в качестве автора на оригинале или экземпляре произведения. Благодаря закреплению в законодательстве данного положения автору для доказательства своего авторства достаточно

²⁷⁷ Маковский А.Л. Американская история // Вестник гражданского права. 2007. N 1. С. 165.

²⁷⁸ Речь идет об охраняемых объектах, которые произведены компьютером или являются результатом организационной деятельности. В Великобритании считают, что передача организаций эфирного и кабельного вещания, фонограмма, типографское оформление и компьютерное произведение не могут иметь автора. Здесь автор выступает в качестве юридико-технической конструкции, фикции, полюса закрепления различных прав. Под автором понимается лицо, которое внесло решающий вклад в создание произведения или результат работы, в отличие от обычного понимания автора как создателя произведения. См.: Статья 9 (4), 178 Copyright, Designs and Patents Act 1988 (далее — Закон Великобритании «Об авторском праве, промышленных образцах и патентах» 1988 г.) [Электронный ресурс] // Всемирная организация интеллектуальной собственности : [офиц. сайт]. URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gb/gb229en.pdf>

представить экземпляр произведения, на котором указано его имя. При этом авторство будет считаться установленным до тех пор, пока не будет представлен более ранний по времени экземпляр того же произведения, содержащий упоминание о другом авторе, или иным образом доказана недобросовестность лица, претендующего на авторство²⁷⁹.

Создатели произведений науки, литературы, искусства, их правопреемники или работодатели и другие лица, приобретающие по закону или договору исключительные авторские права, являются субъектами авторского права. Автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат. Не признаются авторами граждане, не внесшие личного творческого вклада в создание такого результата, в том числе оказавшие его автору только техническое, организационное или материальное содействие или помощь, либо только способствовавшие оформлению прав на такой результат и (или) его использованию. Таким образом, первоначальным автором произведения может являться только физическое лицо. Однако обращает на себя внимание ч. 2 ст. 6 Федерального закона от 18.12.2006 № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», в соответствии с которой авторское право юридических лиц, возникшее до 3 августа 1993 г., т. е. до вступления в силу Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», прекращается по истечении 70 лет со дня правомерного обнародования произведения, а если оно не было обнародовано, — со дня создания произведения. К соответствующим правоотношениям по аналогии применяются правила части четвертой ГК РФ. Для целей их применения такие юридические лица считаются авторами произведений.

Конструкция авторства в континентальной Европе как раз и заключается в признании авторов первыми обладателями создаваемой ими литературной собственности²⁸⁰. Классическая формула авторства указывает: автор произведения является первым правообладателем в отношении созданного им произведения, так называемое первое правообладание. Однако это право может быть передано автором другому лицу по договору, а также может перейти к другим

²⁷⁹ Первое юридическое оформление защиты авторских прав в России было осуществлено в 1828 г. в виде дополнений к закону о цензуре. В Цензурный устав была включена специальная глава, которая называлась «О сочинителях и издателях книг», где и была сформулирована презумпция авторства.

²⁸⁰ Личностно-ориентированные теории авторского права, получившие развитие и признание прежде всего в Германии, заключаются в предоставлении авторской монополии. В произведении находит свое отражение личность автора, в силу чего они неразрывно связаны между собой. Личность автора проявляется в интеллектуальном продукте и отражает в себе его личность, индивидуальный подход, выразительную силу. Акцент делается на уникальном, свойственном только автору, а потому неповторимом в произведении, что, собственно, и рассматривается в качестве объекта монополии. См.: *Кашанин А. В.* Развитие механизма демаркации в авторском праве континентальной Европы // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 81.

лицам по иным основаниям, установленным законом. При этом таким лицами являются, как правило, организации, например издательства, литературные агентства, изготовители аудиовизуальных произведений, работодатели авторов служебных произведений, использующие произведение и, соответственно, приобретающие по договору с автором определенные исключительные права, государственные и муниципальные заказчики, представляющие интересы соответствующего публично-правового образования, наследники и др.²⁸¹

Нередко произведения создаются не одним автором, а совместно с другими. Такие случаи известны в литературе, изобразительном искусстве, науке, музыке и т. д. Соавторами признаются физические лица, которые создали охраняемое авторским правом произведение совместным творческим трудом. Права на результат интеллектуальной деятельности, созданный совместным творческим трудом двух или более лиц (соавторство), принадлежат соавторам совместно. Это означает, что вопрос об использовании произведения, созданного в соавторстве, решается соавторами совместно по правилам, определенным соглашением между ними²⁸².

Содержание частей произведения, созданного в соавторстве, может позволять использовать эти части как самостоятельные произведения (раздельное соавторство). Ему противопоставляется соавторство нераздельное, когда произведение соавторов образует одно неразрывное целое. Эти два вида соавторства отличаются режимом использования произведений. Так, при нераздельном соавторстве ни один из соавторов не вправе без достаточных к тому оснований запретить использование произведений. При раздельном же соавторстве каждый из соавторов вправе использовать созданную им часть произведения, имеющую самостоятельное значение, по своему усмотрению, если иное не предусмотрено соглашением между ними.

Отечественное авторское право, строго говоря, стоит на позиции расширительной концепции соавторства, согласно которой созданными в соавторстве будут считаться любые совместные произведения, если авторы, объединив свои творческие усилия, внесли каждый свой

²⁸¹ В странах англосаксонской правовой системы исключения из конструкции первого правообладания были сформулированы судебной практикой. При определенных условиях автору может быть отказано в признании его первым правообладателем в случае создания им произведения по заказу. Авторское право на произведение, созданное по договору заказа, принадлежит его автору. Тем не менее, когда есть основания полагать, что автор обманул оказанное ему доверие, права на произведение в силу подразумеваемых условий должны принадлежать лицу, чье доверие было обмануто (заказчику), а не автору. Такой подход приводит к образованию доверительной собственности применительно к объекту авторского права, где заказчик является собственником по праву справедливости. См., в частности: *Бентли Л., Шерман Б.* Право интеллектуальной собственности: авторское право / пер. с англ. В. Л. Вольфсона. СПб., 2004. С. 218.

²⁸² Соглашением между соавторами определяется порядок, способы, сроки, объемы использования совместно созданного произведения, в том числе и порядок проставления фамилий на переплете книги и в выходных данных. В противном случае по умолчанию применяется алфавитный принцип.

вклад в единое произведение, объединив свои части общим замыслом, даже в том случае, если в этом произведении можно определить вклад каждого из соавторов. Противоположная позиция изложена в ограничительной концепции соавторства, сущность которой заключается в том, что соавторство возможно только в случае, когда соавторы, работая вместе над единым произведением, создали такой объект, в котором невозможно выделить части, созданные конкретным автором. В странах общего права соавторство возникает только на произведение, вклад в создание которого каждого из авторов нельзя отличить от результата труда других авторов. Речь, конечно же, идет о нераздельном соавторстве. Это означает, что результаты труда каждого из авторов соединяются в одно неразрывное целое, не образуя самостоятельных фрагментов. Так, композитор и поэт не считаются по английскому законодательству соавторами песни, поскольку налицо объекты, созданные каждым из авторов, и неоспорима возможность их самостоятельного использования²⁸³. Если же, напротив, в созданном несколькими авторами произведении результаты труда каждого из них переплелись до такой степени, что ни один из них не в состоянии притязать на авторство какой-либо существенной части произведения, последнее следует считать созданным в соавторстве.

Соавторство всегда устанавливается по полученному результату, а не по процессу работы: лицо, которое принимало участие в работе, не становится соавтором, если творческий результат его труда не нашел отражения в произведении. Если после смерти автора наследник дает согласие на то, чтобы какое-то лицо переработало (доработало, дополнило, исправило) произведение, то возникает переработка, а не соавторство. Единственное возможное в этом вопросе исключение из правила, когда сам автор еще при жизни выразил волю на то, чтобы конкретное лицо доработало произведение, которое он по тем или иным причинам не успел завершить.

Вопросы соавторства являются одними из наиболее распространенных и сложных в спорах, вытекающих из авторских правоотношений. Ведутся дискуссии о том, можно ли и при каких условиях считать соавторами интервьюера и интервьюируемого, автора текста и автора фоторепортажа, писателя и редактора, являются ли авторы аудиовизуального произведения соавторами, может ли быть разрыв во времени между трудом соавторов? В любом случае важен факт творческого участия в создании произведения, оказание автору или соавторам лишь технической, финансовой помощи для создания произведения соавторства не порождает.

Эта ясная формула, закрепленная в части четвертой ГК РФ, является трудноразрешимой на практике. В доктрине авторского права предлагалось использовать условия (критерии)

²⁸³ См.: Статья 10 (1) Закона Великобритании «Об авторском праве, промышленных образцах и патентах» 1988 г.

соавторства. Прежде всего следует указать на то, что нельзя произведение, созданное двумя или большим количеством лиц, автоматически относить к произведениям, созданным в соавторстве. Множественность лиц на стороне автора — это необходимое, но недостаточное условие. Вклад каждого из них, а именно совместный творческий труд, должен быть направлен на создание единого произведения. Еще одним критерием является детерминированное и мотивированное желание (воля) авторов на создание совместного произведения. Можно говорить о том, что данные догматические условия соавторства подтверждены судебной практикой. Так, в п. 30 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» отмечается, что при рассмотрении споров о соавторстве на произведения, составляющие неразрывное целое, судам следует исходить из факта признания соавторства на момент обнародования произведения. Это может быть подтверждено волеизъявлением соавторов, выраженным в договорах о передаче прав, публичных заявлениях и т. п.

Э. П. Гаврилов отмечает, что признание режиссера-постановщика, сценариста и автора оригинальной музыки в качестве авторов аудиовизуального произведения, с одной стороны, основывается на том, что они внесли значительные творческие вклады в аудиовизуальное произведение, но, с другой стороны, является в значительной мере условным. И авторство на аудиовизуальное произведение — это авторство «в силу закона», а не потому, что они создали аудиовизуальное произведение.

Специфический статус аудиовизуального произведения находит свое выражение еще и в том, что до сих пор ни в теории, ни в практике не решен вопрос о том, могут ли участники его создания с точки зрения традиционного авторского права рассматриваться как соавторы. По мнению, Е. А. Флейшиц, Б. С. Антимонова²⁸⁴ одна только совместная деятельность не создает классического соавторства, которое предполагает, по крайней мере, однородную деятельность соавторов. Лица, принимающие участие в создании фильма, произведения которых вошли в него в качестве составной части, соавторами не являются. В. А. Дозорцев писал, такое «соучастие» есть сотрудничество, категория, неизвестная авторскому праву, а не соавторство²⁸⁵. Противоположную точку зрения высказывает Э. П. Гаврилов, который считает, что аудиовизуальное произведение следует считать неделимым объектом, а потому к

²⁸⁴ См.: Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право. М. : Юрид. лит., 1957. С. 70.

²⁸⁵ См.: Дозорцев В. А. Право на фильм как сложное многослойное произведение//СПС «Консультант плюс».

взаимоотношениям между авторами такого произведения применимы все нормы, касающиеся неделимого соавторства²⁸⁶.

Думается, что решение вопроса о соавторстве в отношении аудиовизуального произведения зависит от каждой конкретной ситуации, возникающей при создании этого произведения. В том числе имеются основания для вывода о соавторстве. Речь идет именно о раздельном соавторстве, которое может появиться, если авторы аудиовизуального произведения, работая над ним посредством тесного взаимодействия друг с другом, например автор сценария и режиссер-постановщик, направляют свою волю на создание единого произведения. Затем автор музыки, пишущий специально для аудиовизуального произведения, создает ее посредством общения с режиссером-постановщиком и автором сценария. Более того, авторы вполне могут сотрудничать при создании произведения, даже находясь на значительном расстоянии друг от друга, главное здесь объединенность общей идеей и целью.

Долгое время в Великобритании при определении авторства в отношении фильмов применялась та же схема, что и в отношении фонограмм. Их автором признавалось лицо, которое обеспечило необходимые условия для изготовления фильма, являвшегося результатом организационной деятельности изготовителя (продюсера). В целях приведения британского законодательства в соответствие с Европейскими директивами были внесены изменения, в соответствии с которыми авторами фильма являются его изготовитель и главный режиссер. При этом и тот, и другой выступают как соавторы созданного ими произведения, за исключением случаев совпадения изготовителя и главного режиссера фильма в одном лице²⁸⁷. Закрепление авторства главного режиссера — качественное новшество в правовом режиме фильмов по британскому авторскому праву, знаменующее переход этих объектов из разряда результатов организационной деятельности к статусу произведения²⁸⁸.

Согласно российскому авторскому праву, авторами аудиовизуального произведения, у которых появляются первоначальные авторские права на объект в целом, являются: режиссер-постановщик, автор сценария, автор музыкального произведения (с текстом или без текста), специально созданного для этого аудиовизуального произведения. Авторы других произведений, составляющих в своей совокупности аудиовизуальное произведение, обладают авторским правом только в отношении своих произведений. В их число входят: автор романа,

²⁸⁶ См.: *Гаврилов Э. П.* Комментарий к Закону РФ об авторском праве и смежных правах. С. 98—99.

²⁸⁷ См.: Статья 9 (2) (ab), 10 (1A) Закона Великобритании «Об авторском праве, промышленных образцах и патентах» 1988 г.

²⁸⁸ См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Право интеллектуальной собственности: авторское право / пер. с англ. В. Л. Вольфсона. С. 205.

положенного в основу сценария, оператор-постановщик, звукооператор, художник-постановщик, художник по костюмам, монтажер, дизайнер и др. Как видим, над аудиовизуальным произведением работает большая группа лиц. Поэтому в литературе часто указывают на то, что не совсем ясно, из чего исходил законодатель, устранив из числа авторов аудиовизуального произведения, например, оператора или художника-постановщика. Но неоспоримо, что аудиовизуальное произведение — это не сумма, а именно система творческих вкладов, и поэтому его авторство — понятие сложное.

Еще одним субъектом исключительных прав на кинематографическое произведение, считается изготовитель аудиовизуального произведения (продюсер). Продюсер фильма — это физическое или юридическое лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за финансирование, производство и прокат фильма (п. 4 ст. 1263 ГК РФ). Закон разрешает сценаристу и композитору использовать свои произведения в дальнейшем, независимо от коллективно созданного произведения. Сложнее дело обстоит с актером, художником по костюмам или оператором. Они ведь тоже являются авторами созданных ими образов. Считается, что созданным произведением имеет право распоряжаться продюсер. Но только при условии, что ему переданы по договору исключительные права на конкретный вид использования произведения. Заключение с авторами аудиовизуального произведения договоров на создание произведения означает передачу или предоставление каждым из них изготовителю аудиовизуального произведения прав на воспроизведение, распространение, публичное исполнение, предоставление доступа к произведению, сообщение в эфир или по кабелю либо любое другое публичное сообщение аудиовизуального произведения (п. 2 ст. 1270 ГК РФ), а также прав на субтитрирование и дублирование текста аудиовизуального произведения, если договором не предусмотрено иное.

Произведения науки, литературы и искусства могут создаваться авторами по трудовому договору; в порядке выполнения служебного задания. Во всех случаях авторское право принадлежит только автору и никому другому, и не имеет значения, создавалось произведение в рабочее время и на рабочем месте, по личной инициативе или по заданию работодателя. За автором всегда сохраняется право на имя, право на авторство, на защиту репутации автора, в том числе на защиту произведения от искажения, иными словами, все личные неимущественные права. Но имущественные авторские права в этом случае будут значительно ограничены, так как работодатель вправе использовать служебное произведение способами, обусловленными целью служебного задания, и в вытекающих из задания пределах, а также обнародовать такое произведение, если договором между ним и работником не предусмотрено иное.

Право автора использовать служебное произведение способом, не обусловленным целью служебного задания, а также хотя бы и способом, обусловленным целью задания, но за пределами, вытекающими из задания работодателя, не ограничивается. Также работодатель может предоставить принадлежащее ему право использования служебного произведения другому лицу. Работодатель может при осуществлении своего права использования служебного произведения указывать свое имя или наименование либо требовать такого указания.

Работнику, в свою очередь, принадлежит право на вознаграждение за создание и использование служебного произведения, размер, условия и порядок выплаты работодателем такого вознаграждения определяются договором между работодателем и работником, а в случае спора — судом. Право использования служебного произведения в качестве элемента сложного объекта (ст. 1240 ГК РФ) принадлежит работодателю в течение всего срока действия исключительного права на произведение. Положение автора укрепляет правило о том, что автор — работник, не являющийся правообладателем, имеет право на получение от работодателя вознаграждения за создание и использование служебного результата независимо от того, сам работодатель будет его использовать или это право перейдет к другому лицу.

При этом ст. 1228 ГК РФ закрепляет в качестве общего принципа, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у автора. Развитием этого принципа являются правила ст. 1295 ГК РФ, направленные на защиту интересов более слабой стороны — автора при создании служебного произведения. Если работодатель в течение трех лет не начнет осуществлять свое право использования служебного произведения или не предоставит такое право другому лицу, или не сообщит автору о сохранении произведения в тайне, то он утрачивает это право.

В зарубежных правовых порядках (преимущественно в странах общего права) такой подход логически невозможен. В США, если произведение сделано по найму, работодатель или иное лицо, для которого произведение было подготовлено, считается автором для целей настоящего титула²⁸⁹ и, если только сторонами явно не согласовано обратное в письменном документе, подписанном ими, обладает всеми правами, входящими в авторское право. При этом под произведением, сделанным по найму, понимается, во-первых, произведение, подготовленное работником в рамках своих служебных занятий (*within the scope of his or her employment*), во-вторых, произведение, специально заказанное или подготовленное как вклад в совместное произведение, фильм или иное аудиовизуальное произведение, перевод, второстепенное

²⁸⁹ См.: United States Code (U. S. C.). Title 17. Paragraph 201 (b).

произведение (предисловие, послесловие и др.), компиляция, инструкция, тест, ответ на тест, атлас, если стороны прямо согласовали в письменном документе, подписанном ими, что это произведение считается созданным по найму. Такой подход законодателя обосновывается в литературе тем, что он призван обеспечивать устойчивость коммерческого оборота результатов интеллектуальной деятельности и гарантировать права работодателя, организовавшего создание объекта и предоставившего необходимые материальные ресурсы на результаты деятельности его работников.

Критики данной конструкции утверждают, что, закрепляя за работодателем статус первого обладателя авторского права, законодатель во многом отнимает у работника мотивацию творческого труда. Кроме того, законодатель лишает работника и естественно-правовой привилегии, на которую он как автор вправе рассчитывать в отношении созданного им произведения. Тем самым подчеркивается, что указанное положение идет вразрез с конструкцией первого правообладания автора. Несмотря на всю неоднозначность вопроса о предоставлении работодателю авторских прав на произведение, созданное его работником, подход законодателя в странах англосаксонской системы остается неизменным на протяжении столетий — авторское право на любые произведения, созданные в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания, принадлежит работодателю (который является первым обладателем), если иное не предусмотрено договором между ним и работником²⁹⁰.

В отечественном правопорядке традиционно больше было сторонников закрепления первоначальных прав за автором. Первоначальные права и права, возникшие первично, чрезвычайно важно различать практически. Хронологически автор мог никогда реально не обладать правами на результат, первым субъектом, у которого они возникли, мог быть работодатель. Однако и в этом случае, утверждает В. А. Дозорцев, юридически первоначальное право возникло у автора-работника, у работодателя возникло только производное право (хотя бы и первично), поскольку оно зависимо от прав правопрédéшественника, а это основной юридический признак производного права. Во всем остальном производное право ничем не хуже и не слабее первоначального. Но в терминологии надо выразить различные хронологии и юридической сути²⁹¹. Разработчики части четвертой ГК РФ пошли в разрешении этого вопроса дальше и закрепили за автором и первоначальное, и первичное право во всех случаях, оставив работодателю лишь право использовать произведение способами, обусловленными целью

²⁹⁰ См.: Статья 11 (2) Закона Великобритании «Об авторском праве, дизайне и патентах» 1988 г.

²⁹¹ См.: Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации. С. 287.

служебного задания, в вытекающих из задания пределах, а также право обнародовать данное произведение, передать исключительное право на него другому лицу и, кроме того, право сохранить такое произведение в тайне.

Заметим, что не могут считаться служебными все без исключения произведения, созданные работником во время его пребывания в трудовых отношениях с работодателем, если, например, они выполнены не по заданию или не во исполнение служебных обязанностей, не в соответствии с трудовой функцией или если они выполнены сверх норм выработки. Некоторые работодатели превышают свои полномочия, требуя от авторов, чтобы последние в течение определенного времени после увольнения не использовали конкретные темы, наработки, разработки и т. д. Это требование является ничтожным, поскольку противоречит основополагающему принципу, закрепленному в законодательстве, согласно которому условие авторского договора, ограничивающее автора в создании в будущем произведений на данную тему или в данной области является недействительным.

Судебная практика подтверждает, что проблема служебного произведения не может решаться однозначно²⁹². В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 высшая судебная инстанция обращает внимание судов на то, что, во-первых, вопрос о признании конкретного произведения служебным должен решаться исходя из того, что понятие произведения стало более узким: в него теперь не входят произведения, созданные в порядке выполнения служебного задания работодателя, если такое задание выходит за пределы трудовых обязанностей работника. По общему правилу исключительное право на служебное произведение считается переданным работодателю с момента его создания. В отношении произведения, созданного по заданию работодателя, которое выходит за пределы трудовых обязанностей работника, это правило не действует. Работодатель должен заключать с работником отдельное соглашение, предусматривающее условия использования такого произведения, и выплачивать работнику вознаграждение.

Таким образом, вот основные вопросы, которые необходимо исследовать суду, при вынесении решения по существу: 1) входило ли это задание в пределы трудовой функции работника? (для ответа на этот вопрос, необходимо изучить условия трудового договора, формулировки должностной инструкции); 2) соответствует ли созданный объект интеллектуальной собственности профилю деятельности организации? 3) в какое время был создан результат: в личное время или в рабочее время? 4) использовались ли ресурсы (технические, финансовые и др.) работодателя? 5) осуществлял ли работодатель контроль и

²⁹² См.: Пункты 104—107 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10.

надзор за созданием объекта интеллектуальной собственности? Иными словами, суду надо будет изучить последующее и предшествующее поведение работодателя. Как правило, изучаются эти критерии в совокупности, ни один из них, сам по себе, не обладает решающим и самодавляющим значением. Пожалуй, за исключением первого. Если созданный результат интеллектуальной деятельности не соответствует трудовой функции, то он не является служебным производением, и остальные тесты проходить бессмысленно.

Далее, права работодателя в отношении служебного произведения заметно ограничены по сравнению с аналогичными правами в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах»²⁹³. Более того, ГК РФ предусматривает возможность возврата исключительного права на произведение работнику-автору. В указанном постановлении подчеркнуто, что вознаграждение во всех случаях выплачивается работнику его работодателем независимо от того, кто будет использовать служебное произведение — третье лицо по лицензионному договору, новый правообладатель или работодатель автора. В свою очередь, работник вправе по своему усмотрению использовать служебное произведение способами, не обусловленными целью служебного задания, а также способами, хотя и обусловленными такой целью, но за пределами этого задания (п. 2 ст. 1295 ГК РФ).

Характерно, что в английском правопорядке авторское право может находиться в ведении королевства в том случае, если произведение было создано государственным служащим в порядке исполнения им своих обязанностей. Авторское право королевства распространяется также на тексты всех законодательных актов британского парламента и постановлений Генерального синода церкви Англии. В случае создания литературного, драматического, музыкального произведения или произведения изобразительного искусства служащим или работником международной организации, последняя становится первым правообладателем в отношении такого произведения²⁹⁴.

В контексте вышеуказанного можно говорить о том, что догматическая конструкция авторства это основанное на факте создания произведения право признаваться автором произведения. Одно из важнейших положений Статута королевы Анны²⁹⁵ заключалось как раз в признании авторов первыми обладателями создаваемой ими литературной собственности (презумпция правообладания). Как видим, в рамках описанной конструкции первоначальные

²⁹³ См.: Статья 14 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах».

²⁹⁴ Под такой организацией понимается сообщество, членом которого является одно или более государств. См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Право интеллектуальной собственности: авторское право / пер. с англ. В. Л. Вольфсона. С. 217.

²⁹⁵ См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. СПб., 2004. С. 209.

права всегда принадлежат автору. Производные авторские права могут принадлежать и другим лицам. В зависимости от указанного критерия основания возникновения интеллектуальных авторских и смежных прав можно подразделить на две группы: первоначальные и производные.

Первоначальные, как мы выяснили, не зависят от прав предшествующего правообладателя, включают ситуации, когда права возникают в силу факта создания. Первоначальные интеллектуальные права возникают, например, у автора, изобретателя, при этом, в отношении служебных результатов интеллектуальной деятельности автоматически право переходит к работодателю. Производные, при которых право переходит к пользователю от правообладателя в порядке частичного или общего правопреемства, опираясь на титул правопреемника.

Вторичные правообладатели (наследники, организации по коллективному управлению авторскими и смежными правами)

Логика развития института интеллектуальной собственности заключается в том, что исключительные права должны быть срочными, а не бессрочными — до тех пор, пока существует в природе индивидуально-определенная вещь, как вещные права. Сначала необходимо предоставить возможность автору, изобретателю, исполнителю и другим извлечь максимальные выгоды от использования созданного результата интеллектуальной деятельности, а затем позволить пользоваться этими выгодами любым лицам. Законодательное решение о продолжительности срока действия исключительного права после смерти автора, субъектов смежных прав зависит от понимания законодателем вопроса о том, сколько поколений потомков автора имеют с ним тесную связь, являются его близкими людьми. Считается, что в отечественном правовом порядке традиционно небольшие сроки действия исключительных прав²⁹⁶, если сравнивать со странами общего права. Так, в США считают, что необходимо создать стимул для творчества и устанавливают срок действия исключительного авторского права в 95 лет для произведений, созданных в соавторстве²⁹⁷.

²⁹⁶ Срок охраны в 25 лет предполагает возможность детей автора пользоваться результатами его творческого труда, 50 лет — внуков, 70 лет — правнуков.

²⁹⁷ Благодаря европейским законам, произведения многих американских исполнителей становятся общественным достоянием (public domain), в то время как в США они еще охраняются правом copyright. Теоретически распространение таких записей должно быть ограничено территорией стран, где действует европейское законодательство об авторских и смежных правах. Но практически, в том числе и при распространении исполнений посредством сети Интернет, это сделать невозможно. Ассоциация крупнейших звукозаписывающих компаний США (RIAA) заявила, что будет считать такие записи пиратскими, постарается заблокировать их ввоз на территорию США. Одновременно ассоциация надеется убедить ЕС в необходимости увеличить срок действия имущественных прав на произведения. Что и было сделано в Директиве Совета № 2001/29/ЕС «О гармонизации

Наследники автора произведения науки, литературы и искусства рассматриваются в качестве носителей производного авторского права. Их права возникают не в силу создания произведения, а на основе иных юридических фактов: открытия наследства, принятие наследства и других (сложный юридический состав). Согласно п. 87 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» при получении несколькими наследниками по закону либо по завещанию авторского права и смежных прав наследодателя без выделения конкретных наследуемых объектов авторского права и (или) смежных прав следует иметь в виду, что в этом случае у наследников возникает аналогичный нераздельному соавторству объем правомочий в отношении наследуемых прав на совместное использование всех произведений и (или) объектов смежных прав.

Интересно, что по ранее действовавшему законодательству²⁹⁸ большую сложность на практике вызывал вопрос, связанный с соотношением прав на выморочное имущество и авторских прав умершего наследодателя. В силу ст. 1151 ГК РФ, если отсутствуют наследники как по закону, так и по завещанию, либо никто из наследников не имеет права наследовать, или все наследники отстранены от наследства, имущество наследодателя является выморочным. Выморочное имущество переходит в собственность Российской Федерации. В дореволюционной России этот вопрос решался противоположным образом. Наследство, оставшееся по каким-либо причинам без наследников, не становилось выморочным в одном случае, который как раз касался авторского права. Согласно ст. 1951 Закона «Об авторском праве» от 20 марта 1911 г.²⁹⁹, если автор не распорядился при жизни своим авторским правом и после него не осталось наследников, авторское право прекращалось со дня смерти автора, а не переходило к государству или иным союзам. В таком случае авторское право считалось общественным достоянием. Последняя кодификация — часть четвертая ГК РФ — учла опыт Российской империи в этом вопросе. Пунктом 2 ст. 1283 ГК РФ установлено, что в случаях, предусмотренных ст. 1151 ГК РФ, входящее в состав наследства исключительное право на произведение прекращается и произведение переходит в общественное достояние. Произведение, перешедшее в общественное достояние, может свободно использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты авторского вознаграждения. При этом, конечно же, охраняются авторство, имя автора и неприкосновенность произведения. Перешедшее

некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе» от 22 мая 2001 г. См.: URL: <http://cnews.ru/news/ebusiness/shtml>

²⁹⁸ См.: Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах».

²⁹⁹ Собрание узаконений и распоряжений Правительства, издаваемое при Правительствующем Сенате. СПб., 1911. 1-е полугодие. Ст. 560.

в общественное достояние необнародованное произведение может быть обнародовано любым лицом, если только обнародование произведения не противоречит воле автора, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и т. п.). Права гражданина, который правомерно обнародовал такое произведение, определяются в соответствии с гл. 71 ГК РФ как смежные права публикатора.

Как известно, на стороне правообладателей может быть множественность лиц — когда исключительное право на объект авторского права принадлежит нескольким субъектам. Эта ситуация прежде всего выступает прямым следствием перехода авторского права на результат интеллектуальной деятельности в порядке универсального правопреемства при наследовании³⁰⁰. Права, перешедшие к наследникам, составляют неразрывное целое, и ни один из наследников не вправе без достаточных к тому оснований запретить использование произведения. Когда исключительное право принадлежит одновременно нескольким наследникам, важно иметь правила разрешения коллизий, возникающих при его осуществлении. Часть четвертая ГК РФ решает эту проблему, предоставляя наследникам исключительного авторского права возможность совместно использовать объект и совместно распоряжаться исключительным правом, запрещая совершать действия, препятствующие использованию этого объекта другими наследниками. Совместное использование предполагает наличие соглашения между наследниками, поскольку свободное усмотрение делает такое использование невозможным. Вознаграждение за использование прав должно распределяться соответственно наследственным долям³⁰¹. Очевидная и трудно разрешимая проблема, которая сразу же возникает на практике после вступления в права наследования, когда один наследник хочет выдать разрешение на использование результата интеллектуальной деятельности конкретному пользователю, а второй нет. Договориться в этой ситуации не представляется возможным, единственный выход по российскому праву – обратиться с иском в суд³⁰². Еще одним примером множественности лиц на

³⁰⁰ Вместе с тем исключительное право может перейти затем по договору об отчуждении исключительного права, в котором на стороне приобретателя выступают одновременно несколько лиц.

³⁰¹ См.: Пункты 84—89 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании».

³⁰² Французский законодатель, как и российский не предусматривает выделение долей в исключительном праве на объект авторского права. В соответствии со ст. L113-3 Кодекса интеллектуальной собственности Франции (Code de la propriété intellectuelle. Dernière modification: 8 juin 2018) права на совместное произведение возникают одновременно у всех авторов произведения, которые они должны осуществлять по взаимному согласию. В случае отсутствия такого согласия вопрос осуществления прав решается судом. При этом суд только определяет условия осуществления правообладателями исключительных прав совместно, не выделяя какие – либо доли. В том случае, если правообладание раздельное, то каждый из соправообладателей может распоряжаться своим «вкладом» в таком произведении, при условии, что вклад отделим без ущерба от всего произведения в целом. <https://www.legifrance.gouv.fr>

стороне правообладателя в авторском праве и смежных правах являются инвестиционные проекты по разработке сложных программных продуктов, при создании таких затратных произведений как кинофильмы и иные аудиовизуальные произведения.

Однако представляется более очевидным для гражданского оборота подход законодателя в странах общего права, где любой из соправообладателей распоряжается всем исключительным правом в целом с последующим кондикционным обязательством в пользу оставшихся соавторов, наследников. Тем самым в американском законодательстве была решена проблема защиты оборота, а не права. Мы, устанавливая в п. 2 ст. 1229 ГК РФ совместное соправообладание направленное на защиту прав соавторов, парализовали гражданский оборот.

Для того чтобы лучше понять существо и логику рассматриваемых аргументов, необходимо обратиться к законодательству США³⁰³. В отношении объектов патентного права существует два механизма выделения долей: 1) в силу закона (по умолчанию доли презюмируются равными) и 2) на основании соглашения между патентообладателями, которые вправе предусмотреть любой размер долей, независимо от их вклада в создание самого объекта патентного права (§ 116, § 262 Title 35 U.S. Patent Act). Дело в том, что U.S. Copyright Act of 1976 (§101, § 201 Title 17 U.S.C.) в отношении объектов авторского права прямо не закрепляет совместное или долевое сооправообладание исключительным правом (*Co-Ownership*). По общему правилу, каждому из соправообладателей принадлежит равная доля в исключительном праве на произведение, независимо от размера их творческого вклада в его создание. Указанные правила являются правилами по умолчанию, между тем, соправообладатели могут изменить указанный режим, заключив письменное соглашение, в котором вправе предусмотреть любое распределение долей в исключительном праве между ними. Так, в деле *Nilsson v. Lawrence*³⁰⁴, суд подтвердил возможность отчуждения $\frac{1}{4}$ доли совместного исключительного права на фильм и, наоборот, в деле *Clifford Ross Co v. Nelvana*³⁰⁵ стороны предусмотрели в договоре невозможность распоряжения принадлежащими им долями без согласия другого правообладателя, иными словами, закрепили хорошо известное российскому обороту совместное правообладание. При этом право США содержит очень гибкий подход к распоряжению долями в исключительном праве при совместном правообладании. Даже обладатель 2% доли в патенте вправе передать по

³⁰³ U.S. Code// F.Scott Kieff., Ralph Nack International, United States, and European Intellectual Property. 2010-2011.

³⁰⁴ *Nilsson v. Lawrence*, 148 App.Div. 678, 133 N.Y.S. 293; *Arona Holding Corporation v. Fraser*, 125 Misc.333, 209 N.Y.S.756.

³⁰⁵ *Clifford Ross Co v. Nelvana*, 710 F. Supp 517,520 (S.D.N.Y. 1988), *aff'd* ,883 F. 2d 1022 (2d Cir.1989).

лицензионному договору право на использование третьему лицу без согласия других соправообладателей. В авторском праве иной механизм: каждый из соправообладателей может использовать объект авторского права в полном объеме, а также предоставить на него неисключительную лицензию без согласия других правообладателей, но, с обязанностью разделить с ними полученную прибыль. В решении по делу *Goodman v. Lee* суд указал, что каждый соправообладатель является по сути арендатором, и, доход от его одностороннего использования без согласия других правообладателей представляет собой общую прибыль, которая должна быть пропорционально разделена между всеми³⁰⁶. Позиция судов полностью согласуется с § 201 (d) согласно которому «...доля в авторском праве может быть передана любым способом в полном объеме или частично третьему лицу без согласия другого правообладателя при условии соблюдения общих требований в отношении действительности передачи доли». Иными словами, институт соправообладания исключительным правом на объект авторского права понимается в американском законодательстве как право каждого из соправообладателей осуществлять распоряжение своей долей в исключительном праве без согласия других субъектов, но с обязательной выплатой им полученной прибыли.

В 1988 году в Великобритании в законе «Об авторском праве, промышленных образцах и патентах» (CDPA)³⁰⁷ установили, что возможность выделения и распоряжения долей в исключительном праве в целом, вытекает из толкования нормы секции 19 (2) «Когда лицо приобретает исключительное право на регистрируемый промышленный образец или долю в регистрируемом промышленном образце...». Модель общего владения (*tenancy – in – common*) предполагает, что совладелец обладает долей в исключительном праве как самостоятельным и оборотоспособным объектом. Однако сопатентообладатель может передавать третьим лицам ряд прав (*interests*), не влияющих на сопатентообладателей. Например, сопатентообладатель может продать свою долю в будущей прибыли, получаемую в результате заключения лицензионного договора третьему лицу. В данном случае отсутствует необходимость получать разрешение других сопатентообладателей. Переход доли в порядке наследования, при реорганизации юридического лица осуществляется также без согласия иных соправообладателей. При этом, предоставление исключительной лицензии и передача доли в исключительном праве на произведение возможны только по взаимному согласию всех правообладателей.

³⁰⁶ *Goodman v. Lee* 78 F.3d 1007, 1012 (5th Cir.1996)

³⁰⁷ Copyright Designs and Patent Act 1988. <https://www.legislation/gov.uk/ukpga/1988/48/contents>

Таким образом, вопреки сложившейся в российской доктрине позиции, представляется допустимым выделение идеальных долей в исключительном праве в тех случаях, когда имеется несколько лиц, которые совместно обладают исключительным правом и определенно выражают свою волю на то, чтобы такие доли в этом праве были выделены. Заключение правообладателями соответствующего соглашения это наиболее типичное основание выделения долей в праве. По нашему мнению, такое соглашение должно включать условие о порядке принятия правообладателями решений о распоряжении исключительным правом; о порядке выхода правообладателя из состава обладателей исключительного права и иные условия, которые стороны посчитают необходимым согласовать. При отсутствии соглашения о выделении долей в исключительном праве, доли признаются не выделенными и продолжает действовать режим совместного соправообладания исключительным правом. В тех случаях, когда требуется государственная регистрация исключительного права, например, на программу для ЭВМ, должно быть зарегистрировано и выделение долей в таком праве, а также и действия, направленные на распоряжение такими долями. Несмотря на выделение идеальных долей при множестве соправообладателей, необходимо исключить такую возможность в праве, принадлежащем одному автору. Это связано с тем, что в авторском праве исключительное право первоначально всегда возникает у автора и не может быть разделено им с другим лицом. Разделение авторского права на доли, таким образом, допустимо только для последующих правообладателей. Вместе с тем для патентных прав и иных исключительных прав, возникающих на основании государственной регистрации, возможность получения патента совместно автором и, например, работодателем существует и сейчас.

Еще, по мнению Н. Иванова, для коммерческого оборота актуально заключение лицензионных договоров с каждым из обладателей идеальной доли в исключительном праве отдельно. Так как, очевидно, пишет автор, что потенциальному лицензиату договориться с каждым из соправообладателей в отдельности значительно проще, нежели договориться со всеми вместе. Например, с одним из двух соправообладателей договорились о предоставлении права использования на пять лет, со вторым - на три года, следовательно, право использования считается предоставленным на срок три года. Аналогичный подход возможен и при определении условий об исключительности или неисключительности лицензии, способах использования объектов, территории их использования (предоставление права использования на «совпадающих условиях»)³⁰⁸.

³⁰⁸ Иванов Н. Доля в исключительном праве//Постановление Пленума ВС №10 о применении части четвертой ГК и новый законопроект. <https://zakon.ru/Profile/Show/106733>

Решение видится во внесение изменений в п. 2 ст.1229 ГК РФ, необходимо указать, что режим «совместного правообладания» без деления исключительного права на доли и части аналогичен режиму общей совместной собственности (п.2 ст. 244 ГК РФ), то есть соправообладание осуществляется исключительным правом в целом. Доли определяются лишь в доходах этих лиц от совместного использования и распоряжения. Режим «раздельного соправообладания» аналогичен режиму общей долевой собственности. Доли в исключительном праве могут быть определены в порядке, установленном законом, на основании сделки, а в случае спора судом.

Необходимо внести изменение в абзац второй пункта 3 ст. 1229 ГК РФ, дополнив предложением следующего содержания: «В случае, если исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации принадлежит трем и более правообладателям, и согласие по распоряжению таким правом между ними не достигнуто, распоряжение исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации осуществляется большинством правообладателей одним из способов, предусмотренных пунктом первым ст. 1233 ГК РФ пропорционально таким долям (принцип *pro rata*). При этом иной порядок может быть предусмотрен законом или соглашением между правообладателями». Конструкция выделения идеальных долей в исключительном праве логично встраивается и при обращении взыскания по требованию одного из правообладателей убытков или компенсации за нарушение исключительного права в полном объеме. Такой правообладатель обязан распределить полученное среди остальных правообладателей пропорционально таким долям, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Таким образом, можно будет обращать взыскание как на исключительное право в целом, так и на долю в исключительном праве, однако это будет допускаться лишь при недостаточности любого иного имущества правообладателя для покрытия долгов.

Ближайший к нам в области гражданского права – немецкий правопорядок, не может быть нам примером, до тех пор, пока мы не воспримем монистическую модель исключительного права. Согласно § 8 Закона Германии об авторском праве и смежных правах (1965)³⁰⁹ соавторы могут использовать произведение только совместно. Отчуждение авторского права на произведение невозможно, возможно только заключение лицензионных соглашений, что осуществляется с согласия всех соавторов. Однако, соавтор вправе отказаться от своей доли в

³⁰⁹ Германские законы в области права интеллектуальной собственности / пер. с нем. В. Бергманн; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. Moscow: Infotropic Media, 2017.

исключительном праве в пользу остальных соавторов. Об отказе должно быть объявлено всем соавторам.

При этом, германское патентное право оказалось более восприимчивым к долевному соправообладанию в отношении изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. В Германии возникает доленое соправообладание, если стороны не договорились об ином³¹⁰. При такой модели соправообладания каждый правообладатель вправе использовать патент, но, распоряжение осуществляется совместно. Необходимо ли согласие остальных соправообладателей на предоставление исключительной лицензии является спорным.

Пока правки о долях в исключительном праве в законодательстве не реализованы³¹¹, в ситуации совместного правообладания нам доступны два механизма:

- 1) корпоративный, то есть создается юридическое лицо и в качестве вклада в уставный капитал вносится исключительное право на результат интеллектуальной деятельности;
- 2) договорный – то есть в соглашении можно предусмотреть иное, чем в ст. 1229 ГК РФ. По общему правилу, распоряжение исключительным правом осуществляется правообладателями совместно, если в соглашении не предусмотрен другой механизм. Конечно, это еще не доля в исключительном праве, но, уже есть возможность избежать патовой ситуации между правообладателями. Здесь важно предусмотреть, кто от имени правообладателей осуществляет субъективное исключительное право, в каком порядке и т.д.

Особенностью отечественного наследственного права является рассмотрение наследования как универсального правопреемства, т. е. в неизменном виде, как единое целое и в один и тот же момент (п. 1 ст. 1110 ГК РФ). Смерть прекращает лишь те отношения, которые обусловлены личными качествами умершего: право на имя, обязанности автора по авторскому договору заказа, а также тесно связанные с личностью умершего права и обязанности алиментного характера, по возмещению вреда, по исполнению фидуциарных сделок и ряд

³¹⁰ §6 Патентного закона в редакции от 16 декабря 1980 г. с последними изменениями, внесенными статьей 1 Закона 19 октября 2013 года.

³¹¹ Несмотря на очевидную прогрессивность идеи о выделении идеальных долей в исключительном праве, законопроект «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса РФ», направленный на совершенствование регулирования совместного обладания исключительным правом, так и не получил положительного заключения от рабочей группы по совершенствованию законодательства в области сообладания исключительными правами (образована решением Совета от 14.11.2019 года, протокол №192).

других. Большинство же имущественных прав и обязанностей умершего гражданина переходит к другим лицам³¹².

Итак, какие именно права умершего автора входят в состав наследственной массы и переходят к его наследникам по закону или по завещанию? Основной вопрос: могут ли наследники после смерти автора принимать решение об обнародовании не обнародованного при его жизни произведения или такое решение может принять только автор, руководствуясь своей волей, своими внутренними ощущениями? В литературе отмечают, что аналогом авторского права на обнародование является право на получение патента. Так, автор изобретения имеет право заключить с любым субъектом договор, в рамках которого этот субъект приобретет право на получение патента. Суть его состоит именно в передаче возможности решать, есть ли смысл делать изобретение доступным широкому кругу лиц³¹³.

Ответ на вопрос содержится в п. 3 ст. 1268 ГК РФ: «произведение, не обнародованное при жизни автора, может быть обнародовано после его смерти лицом, обладающим исключительным правом на произведение, если обнародование не противоречит воле автора произведения, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и тому подобном)». Такой подход законодателя никак не порочит правовую природу указанного права, превращая право на обнародование в имущественное право³¹⁴. Более того, с точки зрения целесообразности получается, что не обнародованное при жизни автора произведение при другом подходе опубликовать будет нельзя никогда.

Автору произведения или иному правообладателю принадлежит исключительное право использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом. Согласно п. 1 ст. 1283 ГК РФ исключительное право переходит по наследству.

Нередко бывает так, что автор умирает, не успев получить по какой-либо причине причитающиеся ему денежные суммы в качестве средств к существованию. В п. 1 ст. 1183 ГК РФ приводится их примерный перечень и закрепляется право на их получение проживающих

³¹² См.: Российское гражданское право : учебник : в 2 т. Т. 1 / под ред. Е. А. Суханова. С. 638.

³¹³ См.: Телюкина М. Право на обнародование произведения — личное или имущественное? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2007. № 8.

³¹⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 № 15 утратило силу в связи с принятием постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10. Однако подход, отраженный в нем, долгое время был господствующим и заслуживает внимания. Согласно п. 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 № 15 право авторства, право на имя, право на обнародование, право на отзыв, право на защиту репутации являются личными неимущественными правами. Поэтому в соответствии со ст. 208 ГК РФ на требования о защите этих прав исковая давность не распространяется. Однако в литературе высказывается и противоположная точка зрения об имущественном характере права на обнародование. См.: Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой / под ред. П. В. Крашенинникова. М., 2011. С. 181—182.

совместно с автором членов его семьи, а также его нетрудоспособных иждивенцев независимо от того, проживали они совместно с умершим или нет. Наследники автора не наследуют перечисленные суммы, а приобретают возможность как бы заместить умершего автора, обладавшего правом на получение этих сумм при жизни, но не реализовавшего его³¹⁵. ГК РФ устанавливает четырехмесячный срок на предъявление требований о выплате соответствующих сумм. Данный срок начинает течь со дня открытия наследства. В случае пропуска этого срока, а также при отсутствии лиц, имеющих право на получение перечисленных сумм, они включаются в состав наследства и наследуются на общих основаниях (п. 2 ст. 1183 ГК РФ).

Автору произведения науки, литературы искусства наряду с личными неимущественными и исключительными правами принадлежат также другие (иные) права, в том числе право следования, право доступа к произведениям изобразительного искусства. Статья 1226 ГК РФ предусматривает также возможность существования и других правомочий данного вида. Право доступа (ст. 1292 ГК РФ) к произведению не наследуется, а право следования хоть и неотчуждаемо, но переходит к наследникам автора на срок действия исключительного права на произведение. Логика, положенная в основу права следования, заключается в том, что произведение, проданное при жизни автора за обычную для него сумму, через некоторое время, в том числе и после смерти автора, может стоить на несколько порядков дороже. В этом случае наследники автора могут получить выгоду от этих уже раз отчужденных произведений.

Следует обратить внимание на различные сложности, которые возникают на практике при наличии в составе наследственной массы авторского права. В свидетельстве о праве на наследство указывается лишь то, что предметом наследования является именно авторское право в целом. В том случае, если на стороне наследников выступает множественность лиц, то проставляется их доля в праве, но не перечисляются конкретные результаты интеллектуальной деятельности³¹⁶. Такое возможно только при наследовании по завещанию, в котором наследодатель указал, кому из наследников передаются исключительные права на конкретные

³¹⁵ Гражданское право : в 4 т. Т. 2 / отв. ред. Е. А. Суханов. М. : Волтерс Клувер, 2005. С. 204.

³¹⁶ Проиллюстрируем на примере: нотариусы при ведении наследственных дел требуют от наследников представления справки, подтверждающей тот факт, что наследодатель являлся автором. Более того, в справке должны перечисляться все произведения, созданные автором в течение жизни. Наследники вынуждены собирать указанные документы в издательствах, где публиковался автор, или в организациях по коллективному управлению авторским правом и смежными правами, если автор был их членом. Данная тенденция не основана на законе. Как известно, авторские права возникают по автоматической системе, с момента создания произведения в объективной форме и не зависят от соблюдения каких-либо формальностей. Поэтому наследники умершего автора, который по разным причинам не публиковался при жизни, имеют право на получение в составе наследственной массы авторского права и на получение свидетельства о праве на наследство после истечения шестимесячного срока со дня открытия наследства.

произведения. С одной стороны, получение свидетельства о праве на наследство — это право, а не обязанность наследников автора, но, с другой стороны, впоследствии именно данный документ будет являться основанием для того, чтобы желающие использовать произведения наследодателя пользователи точно знали, кто является правопреемником автора и, соответственно, с кем необходимо заключать лицензионные соглашения или договоры об отчуждении исключительных прав.

Логическое объяснение существования института коллективного управления обусловлено невозможностью и затруднительностью осуществления прав в индивидуальном порядке, а причина такой невозможности в свою очередь обусловлена характером объекта и способом его использования³¹⁷. В прежнем законодательстве регламентации данного института были посвящены всего несколько статей Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах». Анализ положений этих статей не позволял выяснить сущность и особенности института коллективного управления. Не секрет, что некоторые авторские общества создавались исключительно в целях обогащения своих учредителей, которые и не предполагали выплачивать вознаграждение авторам. Возможность таких действий во многом связана с тем, что Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» разрешал любым ОКУП заключать договоры в отношении произведений любых авторов, даже тех, которые не заключили с этим обществом договор. Часть четвертая Гражданского Кодекса РФ предоставляет возможность заключения договоров от имени любых авторов, но только официальным аккредитованным обществам по коллективному управлению авторскими правами (система расширенного коллективного управления).

Российская Федерация 16 декабря 2011 г. подписала Протокол о присоединении к Марракешскому соглашению об учреждении ВТО. В соответствии с данным актом Россия,

³¹⁷ Первые организации по коллективному управлению появились во Франции. Первое общество по защите интересов авторов было создано в 1777 г. и именовалось «Бюро правовой защиты драматургов». Бюро изучало имущественное положение французских драматургов и актеров и выступало в защиту их интересов. Под влиянием активной деятельности Бюро и был принят первый закон Франции по авторскому праву (Декрет от 13—19 января 1791 г.), которым авторам драматических произведений было предоставлено исключительное право на театральную постановку произведения. Бюро, в свою очередь, было преобразовано в Генеральное агентство по защите авторских прав. В России первая организация по коллективному управлению имущественными правами была создана 21 октября 1874 г. для управления правами драматургов. Позднее, в 1875 г., организация стала заниматься также управлением делами композиторов. В то время она называлась Обществом русских драматургических писателей и оперных композиторов. Общество заключало договоры с театрами и собирало вознаграждение авторам.

присоединяясь к Соглашению ВТО, становится членом ВТО. Среди обязательств, принятых на себя Россией при вступлении в ВТО, имеется обязанность по истечении пяти лет после вступления в силу части четвертой ГК РФ отменить недоговорное управление правами (срок истек 1 января 2013 г.). Однако срок отмены системы расширенного коллективного управления — вопрос спорный. Так, для переноса сроков отмены бездоговорного управления решили использовать двойственность соглашений по присоединению к ВТО: Россия обязана выполнить данное обязательство в течение пяти лет после принятия части четвертой ГК РФ (2008 г.) или после ратификации Протокола о присоединении к ВТО (2012 г.). Вопрос о необходимости отмены расширенного коллективного управления стал главным предметом рассмотрения на заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам, которое состоялось 28 ноября 2014 г.³¹⁸ Несмотря на давление со стороны представителей ВТО, система расширенного представительства существует в России и по настоящий момент, хотя именно, в отношении этой системы больше всего нареканий и у правообладателей, и у пользователей.

Ярким примером злоупотребления системой расширенного представительства стало судебное дело, возбужденное IFPI против музыкального сайта allofmp3.com. Этот сайт продавал музыку по очень низкой, особенно в сравнении с конкурентами (iTunes) цене. Так как услугами сайта пользовались не только российские пользователи, но и западные, а его популярность достигла действительно больших масштабов, сайт привлек внимание правообладателей, которые не получали никаких отчислений от сайта. Действия владельцев сайта были признаны правомерными на том основании, что у сайта была лицензия от российской организации по коллективному управлению авторскими и смежными правами — РОМС (Российское общество по мультимедиа и цифровым сетям). Несмотря на сомнительную репутацию РОМС (организация была исключена из членов Международной конфедерации обществ авторов и композиторов — CISAC) и действия противников сайта (в суд с исками обратились крупнейшие звукозаписывающие компании, и сумма иска превысила 1 млрд дол. США), суд признал законность деятельности сайта и законность распространения музыки через Интернет, благодаря наличию лицензии РОМС, которая работала по системе расширенного представительства.

Каким образом работает институт коллективного управления? В рассматриваемом случае, авторы, исполнители, изготовители фонограмм (видеозаписей) и иные обладатели авторских и смежных прав, в случаях когда осуществление их прав в индивидуальном порядке

³¹⁸ См. более подробно: Бездоговорная защита останется в судебной практике [Электронный ресурс] // Право.ru. 2014, 2 дек. URL: http://pravo.ru/court_report/view/113022/

затруднено³¹⁹ либо когда действующее законодательство допускает использование объектов авторских и смежных прав без их согласия, но с выплатой им вознаграждения, могут создавать некоммерческие организации, на которые в соответствии с полномочиями, предоставленными им правообладателями, возлагается управление соответствующими правами на коллективной основе (организации по управлению правами на коллективной основе). Коллективное управление правами осуществляется организацией, которая должна быть юридическим лицом, данное юридическое лицо может быть только некоммерческой организацией, также организация может совершать как юридические, так и фактические действия в интересах своих правообладателей. Следует отметить, что создание таких организаций не препятствует осуществлению представительства обладателей авторских и смежных прав другими юридическими лицами и гражданами.

Организации по управлению правами на коллективной основе могут создаваться для управления правами, относящимися к одному или нескольким видам объектов авторских и смежных прав, для управления одним или несколькими видами таких прав в отношении определенных способов использования соответствующих объектов либо для управления любыми авторскими и смежными правами. Иными словами, в каждой из сфер деятельности, указанных в Гражданском Кодексе РФ, будет действовать лишь одна такая аккредитованная организация. Совсем отказываться от возможности хотя бы для каких-то организаций заключать договоры от имени любых авторов было бы неверно. Для компаний, активно использующих произведения, необходимость поиска представителей правообладателя в отношении каждого объекта (особенно в условиях, когда ОКУП очень много) может серьезно затруднить их деятельность или же сделать ее невозможной. Допустим, создается аудиовизуальное произведение и для того, чтобы усилить впечатление от игры актеров, режиссер – постановщик хочет использовать песню, написанную в 1941 году. В отсутствие регистрационной системы в отношении объектов авторского права и смежных прав, продюсеру картины необходимо установить правообладателей в отношении музыкального произведения, чтобы заключить с ними лицензионное соглашение, но, ни авторы, ни их наследники никак не проявляются, хотя срок действия авторского права еще не истек. В этом случае, можно обратиться в ОКУП, которая

³¹⁹ Указанный перечень не является исчерпывающим, вместе с тем представляется, что в любом случае надо исходить из интересов самих правообладателей. Вопрос о том, является ли затруднительным осуществление имущественных прав, должен решать сам правообладатель. Например, администрация ночного заведения, в котором музыкальные произведения используются лишь одним способом — путем публичного исполнения, должна обратиться в одно авторско-правовое общество, действующее на данной территории и управляющее правами абсолютно всех авторов, и заключить с ним соответствующее соглашение, предметом которого является репертуар определенного автора.

аккредитована уполномоченным государственным органом и может без договора с правообладателями выдавать разрешение, собирать вознаграждение и распределять его, в условиях коммерциализации прав на результаты интеллектуальной деятельности, это выход в сложившихся обстоятельствах.

Как представляется, все остальные организации по управлению правами на коллективной основе могут представлять лишь тех авторов, с которыми они заключили соответствующие договоры, только в отношении своих членов (концепция общества коллективного управления «агентского типа»). Основанием полномочий ОКУП является только договор о передаче полномочий по управлению правами, заключаемый такой организацией с правообладателями в письменной форме. Указанный договор может быть заключен с правообладателями, как являющимися членами такой организации, так и не являющимися ее членами. Основанием полномочий организации по управлению правами на коллективной основе может быть также договор с другой организацией, в том числе иностранной, управляющей правами на коллективной основе. Такие договоры не являются лицензионными договорами, но являются публичными договорами (ст. 426 ГК РФ). Данная концепция предполагает наличие множества функционирующих на территории одного государства авторско-правовых обществ, каждое из которых представляет интересы строго ограниченного числа правообладателей, передавших ему соответствующие полномочия по договору.

Важной процессуальной новеллой ГК РФ является положение, согласно которому организации по управлению правами на коллективной основе вправе от имени правообладателей либо от своего имени предъявлять требования в суде, а также совершать иные юридические действия, необходимые для защиты прав, переданных им в управление на коллективной основе, без доверенности. Более того, организациям по коллективному управлению в отличие от обществ защиты прав потребителей разрешено заявлять иски о присуждении в отношении неопределенного круга лиц.

Каким образом можно интерпретировать содержание коллективного управления? В рассматриваемой схеме организация по управлению правами на коллективной основе заключает с пользователями договоры о предоставлении прав, переданных ей в управление правообладателями, на соответствующие способы использования объектов авторских и смежных прав, являющиеся лицензионными договорами, и собирает с пользователей средства на выплату вознаграждения за использование этих объектов. В случаях, когда объекты авторских и смежных прав в соответствии с ГК РФ могут быть использованы без согласия правообладателя, но с выплатой ему вознаграждения, ОКУП заключает с пользователями

договоры о выплате вознаграждения и собирает средства на эти цели. Указанная организация не вправе отказать пользователю в заключении договора без достаточных оснований.

Если лицензионный договор с пользователем заключает непосредственно правообладатель, ОКУП может собирать средства на выплату вознаграждения за использование объектов авторских и смежных прав только при условии, что это прямо предусмотрено указанным договором. Пользователи обязаны по требованию ОКУП представлять ей отчеты об использовании объектов авторских и смежных прав, а также иные сведения и документы, необходимые для сбора и распределения средств на выплату вознаграждения, перечень и сроки представления которых определяются в договоре.

Далее, организация по управлению правами на коллективной основе производит распределение средств, собранных на выплату вознаграждения за использование объектов авторских и смежных прав, между правообладателями, а также осуществляет выплату им указанного вознаграждения. При этом, организация вправе удерживать из собранных на выплату вознаграждения средств суммы на покрытие необходимых расходов по сбору, распределению и выплате такого вознаграждения, а также суммы, которые направляются в специальные фонды, создаваемые этой организацией с согласия и в интересах представляемых ею правообладателей, в размерах и порядке, предусмотренных уставом организации.

Распределение средств, собранных на выплату вознаграждения, и выплата вознаграждения должны производиться регулярно, в сроки, предусмотренные уставом организации, и пропорционально фактическому использованию соответствующих объектов авторских и смежных прав, определяемому на основе сведений и документов, получаемых от пользователей, а также других данных об использовании объектов авторских и смежных прав, в том числе сведений статистического характера. Одновременно с выплатой вознаграждения организация обязана представить правообладателю отчет, содержащий сведения об использовании его прав, в том числе о размере средств, собранных на выплату вознаграждения, и удержанных из этих средств сумм.

Таким образом, в целях осуществления права на использование организация, осуществляющая управление, выдает пользователям разрешение на использование прав. Выдача разрешения, в свою очередь, порождает обязательственное правоотношение, содержание которого составляет обязанность пользователя выплатить вознаграждение. Право на получение вознаграждения возникает либо у всех правообладателей, которые являются членами общества (а в странах, где предусмотрена возможность расширенного коллективного управления, и у тех правообладателей, которые не являются членами общества), или у общества в зависимости от отношений между обществами и членами (общество является представителем авторов или

получает у них права и само становится правообладателем. Соответственно, возникает необходимость собрать вознаграждение и распределить его между правообладателями. При этом вознаграждение распределяется только тем правообладателям, чьи права использовались. Следовательно, вознаграждение выплачивается не за получение или разрешение, а за использование прав³²⁰.

Принцип публичности, хорошо известный гражданскому праву, проявляется в том, что ОКУП формирует реестры, содержащие сведения о правообладателях, правах, переданных ей в управление, а также об объектах авторских и смежных прав. Сведения, содержащиеся в таких реестрах, предоставляются всем заинтересованным лицам в порядке, установленном организацией, за исключением сведений, которые в соответствии с законом не могут разглашаться без согласия правообладателя. Более того, ОКУП размещают в общедоступном информационном ресурсе информацию о правах, переданных им в управление, включая наименование объекта авторских или смежных прав, имя автора или иного правообладателя.

Попытаемся реконструировать логику законодателя. В первой сфере аккредитацию получило Российское авторское общество (РАО), которое оказывает посреднические услуги в отношении депонирования и регистрации произведений. Как следует из Положения о порядке учета правообладателей, регистрации произведений и прав на них³²¹, автор должен представить в общество оригинал и копию произведения, а также подать заявление. В заявлении автор подтверждает, что он извещен о том, что данное депонирование и регистрация не являются основанием для РАО на отслеживание исполнения произведения и выплату гонорара. Прием материалов и документов проводится по явочной системе, поэтому заявитель несет полную ответственность за предоставленный материал и достоверность сведений, о чем автор также указывает в заявлении. После формальной проверки представленных документов и при наличии их полного комплекта, а также при отсутствии оснований для отказа в депонировании произведений автор (представитель) получает извещение-счет для оплаты услуги по депонированию в соответствии с тарифами, утвержденными Генеральным директором РАО. Выдача охранного документа (свидетельства) осуществляется в течение 20 рабочих дней с даты

³²⁰ Как ни парадоксально, но данные правила легко нарушаются аккредитованными ОКУП, достаточно вспомнить нашумевшее дело в конце 2016 года с экс - руководителем Российского авторского общества Сергеем Федотовым, когда до авторов не дошло более десяти миллиардов рублей (сборы с концертов, теле и радиоэфиров, трансляций в ресторанах, караоке - клубов и т.д.) Претензии к обществу высказывались давно, интересно, что даже представители Авторского совета РАО не обладали информацией о том, как распределяются роялти, сколько доходит до авторов, а сколько не доходит. См. более подробно:// «Коммерсантъ Деньги» №1 от 14.01.2017г.

³²¹ Утверждено приказом Генерального директора РАО от 26.12.2012 № 26 // Российское авторское общество : [офиц. сайт]. URL: www.rao.ru/documents/polozhenie-o-porydke-ucheta-pravoobladatalej/

оплаты, указанной в извещении-счете. После представления оплаченного извещения-счета делается запись в журнале депонирования с указанием регистрационного номера свидетельства и даты поступления материалов в РАО для депонирования. Данные об авторе, о результатах интеллектуальной деятельности заносятся в базу данных РАО и реестр РАО. Зарегистрированный оригинал возвращается автору вместе с охранным документом (свидетельством) о депонировании и регистрации произведения, а копии произведения и свидетельства хранятся в архиве РАО³²². Несмотря на соблюдение указанных формальностей:

- регистрация произведения в РАО не обеспечивает презумпцию авторства;
- свидетельство о регистрации не является прямым доказательством авторства заявителя (так как проводится только формальная экспертиза, при всех возможностях регистрирующей организации она не способна провести поиск среди всех существующих произведений и выявить аналогичные);
- регистрация лишь подтверждает дату обращения в РАО для регистрации и сведения о лице, представившем произведение и назвавшем себя в качестве автора, а также сам юридический факт создания произведения и его характеристики при депонировании оригинала. Более того, некоммерческие организации не несут юридической ответственности за внесение недостоверной или заведомо ложной информации в свои реестры — данное положение является совершенно неприемлемым и должно быть учтено судом.

Также, наличие аккредитованной организации не препятствует созданию других организаций по управлению правами на коллективной основе, в том числе в аналогичных сферах коллективного управления, указанных в гражданском законодательстве. Такие организации вправе заключать договоры с пользователями только в интересах правообладателей, предоставивших им полномочия по управлению их правами. Если правообладатель не пожелал заключить с аккредитованной организацией договор о передаче полномочий по управлению правами, то он вправе в любой момент полностью или частично отказаться от ее услуг по управлению правами. В этом случае правообладатель должен в письменной форме уведомить о своем решении аккредитованную организацию. В случае если правообладатель намеревается отказаться от услуг аккредитованной организации только в отношении части авторских или

³²² В июне 2018 года РАО передало полномочия по предоставлению услуги депонирования необнародованных произведений своим официальным партнерам – сервисам, специализирующимся на онлайн – регистрации авторского права. Для депонирования необнародованных произведений РАО рекомендует обращаться в следующие организации, АО «Национальный реестр интеллектуальной собственности (n`RIS) или ООО «Айрег» (Интеллектуальный регистратор авторских прав IREG). В дальнейшем РАО будет обновлять список рекомендуемых организаций.

смежных прав либо объектов этих прав, он должен представить ей перечень таких исключаемых прав или объектов.

Соответственно, организация по управлению правами на коллективной основе может осуществлять деятельность в следующих сферах коллективного управления:

- управление авторскими правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом или без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю посредством передачи по радио или телевидению (сообщение в эфир или по кабелю), в том числе путем ретрансляции (подп. 6—8 п. 2 ст. 1270 ГК РФ);
- управление авторскими правами на обнародованные отрывки из драматических произведений, а также на малообъемные литературные и драматические произведения (конференции, скетчи, репризы, фельетоны и т. д.) в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции (подп. 6—8 п. 2 ст. 1270 ГК РФ);
- осуществление прав авторов музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение такого аудиовизуального произведения (п. 5 ст. 1263 ГК РФ);
- управление правами изготовителей аудиовизуальных произведений (видеозаписей) в отношении их использования путем ретрансляции;
- управление авторскими правами на произведения изобразительного искусства, а также на рукописи литературных и музыкальных произведений в отношении права следования (ст. 1293 ГК РФ);
- управление авторскими правами на обнародованные произведения в отношении их воспроизведения путем репродуцирования (п. 2 ст. 1275 ГК РФ);
- осуществление прав авторов, исполнителей, изготовителей фонограмм и видеозаписей на получение вознаграждения за воспроизведение фонограмм и видеозаписей в личных целях (ст. 1245 ГК РФ);
- осуществление прав исполнителей на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм и видеозаписей, опубликованных в коммерческих целях (ст. 1326 ГК РФ);
- осуществление прав изготовителей фонограмм и видеозаписей на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм и видеозаписей, опубликованных в коммерческих целях (ст. 1326 ГК РФ).

Управление имущественными правами в указанных сферах коллективного управления возможно только в отношении обнародованных произведений, поскольку использование необнародованных произведений представляет собой способ реализации не только имущественных прав, но и неимущественного права — права на обнародование. Иными

словами, коллективное управление должно быть построено таким образом, чтобы в меньшей степени затрагивать неимущественные права авторов.

Необходимо подчеркнуть, что государственная аккредитация на осуществление деятельности в каждой из перечисленных сфер коллективного управления может быть получена только одной ОКУП. Однако в соответствии с гражданским законодательством в определенных случаях такая организация может получить государственную аккредитацию на осуществление деятельности в одной, двух и более сферах коллективного управления. В 2014 г. был разработан проект федерального закона, предусматривавший введение глобальной лицензии. В законопроекте предлагалось ввести механизм осуществления авторских прав в информационно-телекоммуникационных сетях посредством деятельности аккредитованной в данной сфере организации по коллективному управлению. Допустимость института коллективного управления в информационно-телекоммуникационной среде признана в ЕС, рассматривающем данный институт как альтернативу индивидуальному осуществлению исключительного права на произведения. Этот подход получил прямое закрепление в преамбуле Директивы 2014/26/EU Европейского парламента и Совета от 26 февраля 2014 г. о коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на музыкальные произведения в целях онлайн-использования на внутреннем рынке. Можно отметить, что введение обязательного, не допускающего осуществления прав в индивидуальном порядке, коллективного управления авторскими правами в информационно-телекоммуникационной среде недопустимо, так как приводит к необоснованному ограничению исключительного права на произведение, которое возможно только при его соответствии трехступенчатому тесту, закреплённому как в международных договорах, так и в национальном законодательстве (п. 5 ст. 1229 ГК РФ). Если это учитывать, то необходимо сохранить в российском законодательстве возможность осуществления прав в индивидуальном порядке наряду с коллективным управлением, что создает условия для сдерживания злоупотреблений со стороны ОКУП.

Традиционно в европейском праве существует принцип членства правообладателей в ОКУП, который доказал свою эффективность. Примечательно, что чтобы присоединиться к некоторым европейским ОКУП, правообладатель должен доказать, что имеет на это право, т. е. что он действительно является автором используемого произведения или обладает правами на управление достаточным количеством произведений. Так, немецкая GEMA требует прилагать к заявлению композитора пять написанных им музыкальных произведений, а авторам текстов, соответственно, пять текстов. Также заявители должны предоставить доказательства того, что их

произведения публично исполняются, транслируются или воспроизводятся и распространяются на студийных носителях³²³.

Государственная аккредитация в сфере коллективного управления авторскими и смежными правами для отечественного законодательства и правоприменения — явление незнакомое. Хотя еще задолго до принятия части четвертой ГК РФ в литературе указывали на необходимость государственного контроля при создании организаций по коллективному управлению и осуществлении ими своей деятельности³²⁴, также ВОИС в своих рекомендациях подчеркивает необходимость существования подобного контроля³²⁵ со стороны государства за деятельностью таких организаций. В соответствии с гражданским законодательством ОКУП, получившие государственную аккредитацию (аккредитованные организации), осуществляют свою деятельность под контролем уполномоченного федерального органа исполнительной власти, также они обязаны ежегодно представлять в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти отчет о своей деятельности и публиковать его в общероссийском СМИ. Форма отчета устанавливается уполномоченным федеральным органом исполнительной власти. Аккредитованные организации действуют на основании типового устава, который утверждается в порядке, определяемом Правительством РФ.

Однако наличие аккредитованной организации не препятствует созданию других организаций по управлению правами на коллективной основе, в том числе в аналогичных сферах коллективного управления, указанных в гражданском законодательстве. Такие организации, как уже отмечалось, вправе заключать договоры с пользователями только в интересах правообладателей, предоставивших им полномочия по управлению их правами. Если правообладатель не пожелал заключить с аккредитованной организацией договор о передаче полномочий по управлению правами, то он вправе в любой момент полностью или частично отказаться от ее услуг по управлению правами. В этом случае правообладатель должен в

³²³ URL: <http://www.gema.de/en/members/becoming-a-member/applications-for-membership/>

³²⁴ Так обстоит дело во многих странах: в Германии (Закон Германии 1965 г. № 1294 «Об управлении авторскими и смежными правами») общества по коллективному управлению занимают монопольное положение, в Законе Испании об интеллектуальной собственности подчеркивается необходимость избежания конкуренции в одном секторе. В специальных положениях законодательства о коллективном управлении авторскими и смежными правами предусматривается необходимость одобрения создания организации по коллективному управлению со стороны компетентных государственных органов. В качестве таковых выступают министерство культуры, министерство юстиции, патентное ведомство и др.

³²⁵ Основными формами такого контроля, например, в Германии и во Франции, являются законодательное закрепление особого порядка создания (ликвидации) организаций по коллективному управлению авторским правами и контроль за ключевыми моментами деятельности организаций со стороны государства (внесение изменений в устав, формирование тарифов и т. д.). Помимо этого, в странах ЕС применяются положения антимонопольного законодательства ЕС по отношению к деятельности организаций по коллективному управлению авторскими правами.

письменной форме уведомить о своем решении аккредитованную организацию. В случае если правообладатель намеревается отказаться от услуг аккредитованной организации только в отношении части авторских или смежных прав либо объектов этих прав, он должен представить ей перечень таких исключаемых прав или объектов.

По истечении трех месяцев со дня получения от правообладателя соответствующего уведомления аккредитованная организация обязана исключить указанные им права и (или) объекты из договоров со всеми пользователями и разместить информацию об этом в общедоступном информационном ресурсе. Более того, аккредитованная организация обязана уплатить правообладателю причитающееся ему вознаграждение, полученное от пользователей по ранее заключенным договорам, и представить отчет, содержащий сведения об использовании его прав.

В самом деле, механизм осуществления исключительных авторских и смежных прав на коллективной основе должен строиться с учетом правового статуса участников отношений, задействованных в процессе по использованию произведений в информационно – телекоммуникационной среде. Организация по коллективному управлению наделена полномочиями по выдаче разрешений на использование произведений, а обладать правом на использование должно лицо, которое инициирует осуществление действий, обеспечивающих доступ произведения публике в информационно – телекоммуникационных сетях посредством сообщения его до всеобщего сведения, посредством воспроизведения, за исключением воспроизведения в личных целях и воспроизведения, являющегося необходимым технологическим процессом в рамках других способов использования произведения.

Применительно к смежным правам можно пояснить следующее. Большинство субъектов смежных прав в своей деятельности используют произведения, охраняемые авторским правом, поэтому исполнителям, производителям фонограмм, организациям эфирного и кабельного вещания необходимо или приобретать исключительные права путем заключения договоров непосредственно с авторами, их наследниками, иными правообладателями, или получать разрешение на использование произведений путем заключения соответствующих договоров с организациями по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе. Так, радиовещательные организации используют достаточно большое количество музыкальных произведений различных авторов: как отечественных, так и иностранных. При этом большинство организаций эфирного и кабельного вещания не имеют возможности заключить соответствующие договоры с авторами всех музыкальных произведений, используемых радиовещательными организациями. Таким образом, для большинства субъектов смежных прав единственной возможностью соблюдения исключительных авторских и смежных прав является

заключение договоров с ОКУП. Например, публичное исполнение произведения требует получения согласия ОКУП независимо от того, осуществляется ли такое исполнение за плату или бесплатно, а также от того, является ли предоставление произведения или организация его предоставления основным видом деятельности или же предоставляет собой звуковое сопровождение иной деятельности — в кафе, торговых центрах, на территории спортивных объектов и др.

Организации по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе осуществляют свою деятельность путем заключения договоров с правообладателями и пользователями. При необоснованном уклонении организации от заключения договора спор подлежит разрешению по правилам заключения договора в обязательном порядке (ст. 445 ГК РФ).

Договоры с правообладателями это важнейший элемент, на котором строится коллективное управление. В правоприменительной практике долгое время оставался не до конца решенным вопрос о соотношении договоров коллективного управления правами на произведения и объекты смежных прав, договоров доверительного управления такими правами и договоров о распоряжении исключительным правом (договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор)³²⁶. Среди основных отличий доверительного управления исключительными правами от управления исключительными правами на коллективной основе, в частности, называли следующие: коллективное управление имущественными правами осуществляется некоммерческими организациями, тогда как доверительное управление осуществляется профессиональными участниками оборота; объектом коллективного управления являются исключительные авторские и смежные права, а в число объектов доверительного управления входят исключительные права на любые результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 (п. 48) подтверждены ранее названные Судом по интеллектуальным правам отличия и указано, что доверительный управляющий действует в интересах выгодоприобретателя и осуществляет правомочия обладателя исключительного права в пределах, установленных законом и договором, и может распоряжаться исключительным правом, если иное не предусмотрено договором. Договор о предоставлении полномочий по управлению правами на коллективной основе не может содержать условие по использованию управляющим объектов

³²⁶См. более подробно: Протокол № 64 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 23 мая 2014 г. на тему: «Проблемы применения положений части четвертой ГК РФ в судебно-арбитражной практике. Компенсация как способ защиты исключительных прав».

авторских и смежных прав. Предоставление таких правомочий может составлять предмет только лицензионного договора. При этом учредитель доверительного управления, передавший исключительное право в доверительное управление, самостоятельно пользоваться предусмотренными ГК РФ мерами защиты не вправе. Противоположный вывод следует из заключения договора о передаче полномочий по управлению правами.

В этом случае на стороне лицензиара выступает организация по управлению правами на коллективной основе, которая заключает с пользователями лицензионные договоры о предоставлении им прав, переданных ей в управление правообладателями, на соответствующие способы использования объектов авторских и смежных прав на условиях простой (неисключительной) лицензии и собирает с пользователей вознаграждение за использование этих объектов (п. 1 ст. 1243 ГК РФ). Действующее законодательство прямо исключает возможность применения норм о лицензионных договорах или договорах об отчуждении исключительных прав к договору о передаче полномочий. Договор о передаче полномочий является публичным договором, так как согласно п. 3 ст. 1242 ГК РФ организация по коллективному управлению обязана принять на себя управление правами, если управление такой категорией прав относится к уставной деятельности этой организации. Далее, это договор присоединения. Как правило, правообладатель может определить только объем полномочий и перечень произведений, передаваемых организацией по коллективному управлению, остальные условия договора уже сформулированы³²⁷. Часть четвертая ГК РФ прямо не называет существенных условий договора о передаче полномочий, более того, во многом регулирует отношения между автором и ОКУП императивными нормами, обеспечивая защиту прав авторов и устанавливая основные механизмы исполнения организациями по управлению правами своих обязанностей.

В тех же случаях, когда объекты авторских и смежных прав могут быть использованы без согласия правообладателя, но с выплатой ему вознаграждения, ОКУП заключает с пользователями договоры о выплате вознаграждения и собирает средства на эти цели (ст. 1244 ГК РФ). Таких случаев три:

³²⁷ Так, 19 июля 2017 года РАО заключило Агентский договор №1907/2017 с ООО «Театральный агент», на основании которого ООО «Театральный агент» стал официальным представителем РАО по лицензированию прав использования объектов интеллектуальной собственности, входящих в каталог (реестр) РАО, пользователями – театрами, антрепренерами и иными физическими/юридическими лицами, взявшими на себя инициативу и ответственность за постановку спектакля, музыкально – драматической постановки, мюзиклов и/или организующими его публичное исполнение. При этом все права и обязанности по договорам, заключенным ООО «Театральный агент» от имени РАО, возникают непосредственно у РАО. Вознаграждение, причитающееся правообладателям, перечисляется пользователями по банковским реквизитам РАО, а РАО, в свою очередь, распределяет его и выплачивает правообладателям. См.: www.teatral-agent.ru

— воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях (ст. 1245 ГК РФ);

— продажа произведений изобразительного искусства, а также авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений;

— публичное исполнение, а также сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (ст. 1326 ГК РФ).

Особое место занимает публичное исполнение или сообщение в эфир или по кабелю аудиовизуального произведения, которое может осуществляться на основании лицензионного договора, но при этом собирается вознаграждение композиторам, являющимся авторами музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в таком аудиовизуальном произведении (п. 3 ст. 1263 ГК РФ).

Организации по коллективному управлению предоставляют пользователю лицензии на использование прав, управлением которых занимается такая организация. ОКУП не вправе отказать пользователю или иным лицам, на которых возлагается обязанность по уплате средств для выплаты вознаграждения, в заключении договора без достаточных оснований. Такими основаниями можно признать выход требований лица за пределы компетенции ОКУП, иные объективные причины, например техническая невозможность увеличения числа обслуживаемых пользователей, и др. Разрешение, полученное от управляющей организации по лицензионному договору, не может быть уступлено третьим лицам. Условия таких лицензий должны быть одинаковыми для всех пользователей одной категории, что отвечает признакам публичного договора (ст. 426 ГК РФ).

Одновременно с выплатой вознаграждения ОКУП обязана представить правообладателю отчет, содержащий сведения об использовании его прав, в том числе о размере собранного вознаграждения и об удержанных из него суммах (абз. 4 п. 4 ст. 1243 ГК РФ). В случае если организация имеет аккредитацию³²⁸, то в целях предоставления правообладателю посредством сети Интернет сведений об использовании его прав, переданных в управление (включая

³²⁸ Аккредитация проводится на основе приказа Минкультуры России от 27.05.2013 № 567 «Об утверждении Положения об аккредитационной комиссии». Аккредитацию получили Общероссийская общественная организация «Российское Авторское Общество» (РАО); Ассоциация правообладателей по защите и управлению авторскими правами в сфере искусства «УПРАВИС»; Общероссийская общественная организация «Общество по коллективному управлению смежными правами “Всероссийская Организация Интеллектуальной Собственности”» (ВОИС); Общероссийская общественная организация «Российский Союз Правообладателей» (РСП). Организации, не являющиеся аккредитованными, действуют в обороте без доверенности, но для подтверждения, например, права на обращение в суд за защитой прав конкретного правообладателя представляют свой устав, договор с соответствующим правообладателем или договор с другой организацией, в том числе иностранной, управляющей правами такого правообладателя на коллективной основе.

наименование объекта авторских или смежных прав, имя автора или иного правообладателя), такая организация должна обеспечить функционирование информационной системы «Личный кабинет правообладателя» и предоставить правообладателю авторизованный доступ к ней. Несмотря на позитивное регулирование института коллективного управления в ГК РФ, на контроль со стороны отраслевого министерства, авторы и иные правообладатели постоянно жалуются на нарушение их прав, указанными организациями. Российские СМИ писали, как композитор Игорь Матвиенко, работавший над музыкальным оформлением олимпиады в Сочи, получил от РАО 72 руб., при том, что его музыка публично воспроизводилась по всему миру³²⁹. Но, в очевидных случаях отсутствия нарушения со стороны пользователей, РАО проявляло невероятную активность, пытаясь взыскать денежные средства с филармоний за исполнение произведений Моцарта и Баха, которые уже перешли в разряд общественного достояния.

В связи с этим предлагается ввести механизм осуществления авторского права и смежных прав в информационно – телекоммуникационных сетях посредством деятельности аккредитованной в данной сфере организации по коллективному управлению. Подтверждением данной тенденции является закрепленный в Директиве 2014/26/EU Европейского Парламента и Совета от 26.02.2014 г. «О коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на музыкальные произведения в целях онлайн-использования на внутреннем рынке» институт коллективного управления в информационно – телекоммуникационной среде как альтернатива индивидуальному осуществлению исключительных прав на произведения.

При этом, введение обязательного, не допускающего осуществления прав в индивидуальном порядке коллективного управления авторскими правами в информационно – телекоммуникационной среде недопустимо, так как приведет к необоснованному ограничению исключительного права на произведение. Доказано, что возможность осуществления прав в индивидуальном порядке наряду с коллективным управлением создает условия для сдерживания возможных злоупотреблений со стороны организаций, а также выработки наиболее эффективных механизмов коллективного управления авторскими и смежными правами.

Механизм осуществления исключительных авторских и смежных прав на коллективной основе должен строиться с учетом правового статуса участников отношений, задействованных в процессе по использованию произведений в информационно – телекоммуникационной среде. Организация по коллективному управлению наделена полномочиями по выдаче разрешений на

³²⁹ <http://bfm.ru/news/326749>

использование произведений, а обладать правом на использование должно лицо, которое инициирует осуществление действий, обеспечивающих доступ произведения публике в информационно – телекоммуникационных сетях посредством сообщения его до всеобщего сведения, посредством воспроизведения, за исключением воспроизведения в личных целях и воспроизведения, являющегося необходимым технологическим процессом в рамках других способов использования произведения.

В этой связи доказано, что целесообразно использование модели счетов эскроу организациями по коллективному управлению для сбора вознаграждения за использование произведений как в сети Интернет, так и в реальной действительности. Телеология правоотношения по коллективному управлению правами представляет собой конструкцию «банковского» депозита до востребования, и ни при каких обстоятельствах денежные средства на счетах, собранные в интересах правообладателей не могут перейти к организациям по коллективному управлению правами, так как срок начнет течь только с момента заявления правообладателем соответствующего требования. Для обеспечения транспарентности в отношении собранных организациями по коллективному управлению правами денежных средств (по получению и перечислению правообладателям лицензионного вознаграждения) необходимо использовать специальные счета эскроу. В соответствии с которым, эскроу – агент открывает счет для учета и блокирования денежных средств, полученных им от депонента (ОКУП) в целях их передачи бенефициару (автору или иному правообладателю) при возникновении оснований, предусмотренных договором счета эскроу между эскроу – агентом и депонентом. Тем самым это позволило бы организациям по коллективному управлению авторскими и смежными правами не проявлять инициативы в распоряжении денежными средствами правообладателей. Это довольно важная новелла, но только для института коллективного управления правами, в то время как она реализована законодателем для защиты интересов лиц, заключающих договоры участия в долевом строительстве жилья и иных объектов недвижимости.³³⁰

Несмотря на злоупотребление правами, со стороны организаций по коллективному управлению во взаимоотношениях с правообладателями, отказ от их участия в сфере управления авторскими и смежными правами представляется нецелесообразным. Еще одним аргументом в пользу закрепления такого положения является ситуация с так называемыми «орфанными» или

³³⁰ Ст. 15.5 ФЗ от 30.12.2004 №214 – ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты РФ (с изменениями и дополнениями)// СПС «Гарант»

сиротскими произведениями (orphan works). Обратим внимание на то, что существуют произведения науки, литературы, фотографии, фонограммы которые еще не потеряли свою культурную или коммерческую привлекательность, но не могут использоваться только по той причине, что невозможно установить правообладателя. Следовательно, при возникновении такой ситуации у пользователя появляется возможность использовать «сиротские» произведения без согласия правообладателя, то есть без заключения договора с ним. Внешне такое использование напоминает использование произведения посредством американской доктрины «*faire use*» или использование произведения, перешедшего в общественное достояние, или случаи свободного использования, которые законодательно урегулированы в РФ. Но, по сути, это разные правовые институты. Одним из самых «мощных» оснований для появления произведений – сирот служит отсутствие сведений об авторе, правообладателе в силу каких-то объективных причин. Только в том случае, если автор (правообладатель) совсем не может быть найден, можно ставить вопрос о признании произведения сиротой. Такое положение вещей возможно из-за множества причин: обнаружение картины кисти неизвестного художника, анонимная публикация литературных текстов и аудиовизуальных произведений посредством современных интернет технологий, археологическая находка античной статуи и др. И возникает нетривиальный вопрос о том, как легально ввести в гражданский оборот такого рода произведения? Отечественное законодательство не представляет подобным произведениям правовой охраны. И здесь, нелишним будет проанализировать опыт Евросоюза и Директиву от 25.10.2012 г. № 20/12/28EU об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений (Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works)³³¹. В пп.13-16 Директивы определяется правовой режим признания произведения сиротским лишь на основе обязательного предварительного поиска его автора. Минимальный набор подходящих источников для должного поиска приводится в Приложении к Директиве, но может быть расширен национальным законодательством³³². Пределы разрешенного использования сиротских произведений четко определены в ст.6 Директивы: в публичных целях, находящихся в коллекциях музеев, библиотек и пр. путем сообщения сиротских произведений для всеобщего сведения; путем действий по

³³¹ <http://lexdigital.ru/2012/070/>

³³² Аналогичный подход используется в английских правилах «по должному поиску» правообладателя. См. U.K. IPO, Orphan works diligent search guidance: Literary works. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/474401/orphan-works-literary-works.pdf.

воспроизведению, в целях оцифровки, сообщения, индексирования, каталогизации, сохранения или реставрации. Для реализации указанных целей, например, в Скандинавских странах вопрос об использовании сиротских произведений решается через ОКУП, которые работают по системе расширенного представительства. В США для использования сиротских произведений в музыкальной сфере, был создан специально уполномоченный орган, который и выдает разрешения на их использование. Россия могла бы учесть указанный опыт и поручить ОКУП, которые прошли аккредитацию и работают по системе расширенного представительства, осуществлять должный поиск правообладателей, взимать плату за проведение должного поиска, вести записи и предоставлять информацию о результатах произведенного ими должного поиска, давшего основание признать произведение или фонограмму сиротским произведением; предоставлять информацию об использовании сиротских произведений, о любых изменениях в правовом статусе сиротских произведений и фонограмм, используемых организацией. В ЕС для фиксации результатов должных поисков Ведомством по гармонизации внутреннего рынка была создана единая общедоступная онлайн – база данных. Правообладатели в отношении произведений, признанных сиротскими имеют возможность в любое время прекратить статус сиротского произведения, если заявят о своих правах в такую организацию и получить справедливое вознаграждение, установленное государством – членом ЕС, в котором учреждена организация, использующая сиротское произведение.

Бытует мнение, что проблема «орфанных» произведений не будет решена в ближайшее время, так как такие информационные гиганты как Google, Yandex и др., которые хотят использовать указанные объекты без согласия и, не выплачивая вознаграждения, заинтересованы в ее замалчивании и не решении в РФ. Поэтому, уже почти десять лет, в России этот опыт не приживается. Справедливости ради необходимо отметить, что в рамках Министерства культуры РФ был разработан проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс РФ», подготовленный в соответствии с п.12 Плана мероприятий («дорожной карты») реализации механизма управления системными изменениями нормативно – правового регулирования предпринимательской деятельности «Трансформация делового климата» «Интеллектуальная собственность»,³³³ направленный на установление порядка правомерного использования отдельных видов произведений и объектов смежных прав в тех случаях, когда их авторов или иных правообладателей затруднительно установить в целях получения разрешения на использование таких результатов интеллектуальной деятельности. Для решения указанной

³³³ План мероприятий был утвержден распоряжением Правительства РФ от 03.08.2020г. №2027 – р.

задачи в Проекте предусмотрено право заинтересованных лиц использовать такие произведения и объекты смежных прав без согласия правообладателей при условии уплаты компенсационного вознаграждения на основании решения уполномоченной организации. Положенная в основу проекта концепция передачи функций по сбору вознаграждения за использование таких объектов уполномоченной организацией, которой может быть и ОКУП не вызывает возражений. В то же время Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ не поддержал указанный проект и дал отрицательное заключение:

- основной критике подверглось положение о введении нового института «компенсационного вознаграждения». Так, принятое от пользователей орфанных произведений компенсационное вознаграждение вносится уполномоченной организацией на номинальный счет. В соответствии с п.1 ст. 860.1 ГК РФ номинальный счет может открываться для совершения операций с денежными средствами, права на которые принадлежат как одному, так и нескольким лицам – бенефициарам. При этом следует отметить, что наличие множественности бенефициаров номинального счета может создать определенные затруднения при определении доли конкретного бенефициара при поступлении на счет денежных средств. Указанная проблема будет более остро проявляться в ситуации, когда потенциальными бенефициарами выступают правообладатели, информация о которых отсутствует на момент поступления денежных средств. Более того, уполномоченная организация вправе инвестировать находящиеся на ее номинальном счете денежные средства в интересах правообладателей на принципах возвратности, прибыльности и ликвидности приобретаемых ею активов (объектов инвестирования). У экспертов вызвала сомнение не только предложенная модель аккумуляции и использования средств, но и сама возможность таких действий со стороны субъекта, который не является профессиональным участником финансового рынка и может инвестировать в активы с недостаточной ликвидностью или из-за падения стоимости таких активов.
- В качестве альтернативы было предложено наделить соответствующими полномочиями вместо ОКУП государственную организацию. Наоборот, отношения с пользователями и авторами (правообладателями) должны быть лишены публично – правового содержания и осуществляться скорее путем заключения специальных договоров, которые могли бы рассматриваться как разновидность принудительных лицензий в авторском праве и смежных правах. Сферу действия проекта составляли только некоторые объекты: правомерно опубликованное произведение с текстом

или без текста, произведение изобразительного искусства, фотографическое произведение (но не произведения, полученные способами, аналогичными фотографии), также фонограммы, в отношении которых правообладатель не установлен.

К сожалению, список юридико – технических недостатков можно продолжать. Соответственно, инициативу министерства в решении создавшейся правовой проблемы с орфанными произведениями следует поддержать. Но, механизмы ее воплощения требуют более детальной проработки, так как предложенные варианты приведут к неизбежным ограничениям исключительных авторских и смежных прав правообладателей и в каждом случае обосновать их необходимость.

Акцентируем внимание на то, что локализация отношений в интернет-пространстве обуславливает вовлечение в них особых субъектов. Все их многообразие можно разделить на несколько групп: первичные правообладатели (авторы и исполнители); вторичные правообладатели (наследники, лицензиаты, владельцы сайтов и др.); технические специалисты Интернета и потребители, т. е. конечные пользователи. В традиционный круг вторичных правообладателей входят наследники авторов и прочие лица, к которым авторские права перешли на законных основаниях: агенты, выступающие в интересах авторов как принципалов, организации коллективного управления, а также те физические и юридические лица, с которыми первичные правообладатели вступают в правоотношения относительно реализации своих прав: публикации, экранизации, аранжировки и прочего; распоряжения правами с целью извлечения выгоды.

К **субъектам смежных прав** относятся: исполнители, изготовители фонограмм, организации эфирного и кабельного вещания, изготовители базы данных и публикаторы произведений науки, литературы и искусства. Исполнителем или автором исполнения признается гражданин, творческим трудом которого создано исполнение. Права исполнителя возникают у артиста-исполнителя — это актеры, певцы, музыканты, танцоры или другие лица, которые играют роль, читают, декламируют, поют, играют на музыкальном инструменте или иным образом участвуют в исполнении произведения литературы, искусства или народного творчества, в том числе эстрадного, циркового или кукольного номера, а также режиссер-постановщик спектакля (лицо, осуществившее постановку театрального, циркового,

кукольного, эстрадного или иного театрально-зрелищного представления)³³⁴ и дирижер. Из данного положения видно, что к исполнителям гл. 71 ГК РФ относит не только лиц, которые исполняют произведения, но и лиц, которые могут и не исполнять произведения, но выполняют артистическую работу. В п. 1 ст. 5 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам от 20 декабря 1996 г. четко сказано, что исполнитель в отношении своих незаписанных устных исполнений или исполнений, записанных на фонограммы, имеет право требовать быть признанным в качестве исполнителя своих исполнений. Например, в § 73 Закона Германии об авторском праве и смежных правах от 9 сентября 1965 г. указано, что исполнителем является лицо, которое исполняет, поет, играет или иным образом представляет какое-либо авторское произведение или произведение народного искусства в различных формах, или в художественной форме принимает участие в таком исполнении³³⁵. Такое регулирование представляется обоснованным, так как охрана исполнений - это охрана проявлений любой личности, исполняющей произведения, независимо от степени оригинальности или мастерства осуществленного исполнения.

Вопрос об охране прав на результаты творческой деятельности исполнителей стал предметом дискуссий отечественных специалистов еще в 1950-е гг. Представляется, что деятельность исполнителей действительно во многом схожа с творческой деятельностью авторов, и в особенности авторов составных и производных произведений, включая переводчиков, поэтому объем смежных прав исполнителя в отношении его исполнения не должен быть значительно меньшим по сравнению с объемом авторских прав составителей, переработчиков и переводчиков.

В качестве исполнителей могут выступать только физические лица. При этом законодательство не устанавливает каких-либо ограничений относительно возраста

³³⁴ Следует отметить, что включение законодателем режиссера театральной постановки в число исполнителей и предоставление режиссеру-постановщику аудиовизуального произведения, хореографу и балетмейстеру статуса авторов, всегда вызывало оживленные дискуссии среди отечественных и зарубежных исследователей. Б. С. Антимонов и Е. А. Флейшиц указывали на то, что результат творческого труда театрального режиссера не является объектом авторского права и не только не облечен в объективную форму, но и «обречен умереть в акте творчества» (См.: Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право. М.: Юрид. лит., 1957. С. 93). С. П. Гришаев пишет: «...Деятельность режиссера театральной постановки является достаточно творческой, поэтому можно было бы говорить об охране осуществляемой им деятельности авторским правом. Тем более что режиссеры аудиовизуальных произведений рассматриваются в качестве авторов этих произведений. Нередки случаи, когда театральные спектакли снимаются на пленку, в результате чего они автоматически становятся аудиовизуальными произведениями и, соответственно, режиссеры этих спектаклей — субъектами авторского права» (Гришаев С. П. Интеллектуальная собственность: учеб. пособие. М.: Юристъ, 2004).

³³⁵ Закон Федеративной Республики Германия об авторском праве и смежных правах от 9 сентября 1965 года. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=239044

и дееспособности исполнителя. Во многих случаях исполнение осуществляется не единоличным исполнителем, а коллективом исполнителей (оркестром, ансамблем, танцевальной труппой и т. д.). Задача определения лиц, являющихся исполнителями, как считает А.Г. Матвеев, решена в ГК РФ недостаточно четко и корректно. Нет сомнений, что дирижер, солисты, музыканты и актеры второго плана являются исполнителями, так как исполнение произведения выражается непосредственно в их деятельности. Однако в ст. 1313 ГК РФ указано также, что исполнителем может быть и другое лицо, которое иным образом участвует в исполнении произведения литературы, искусства или народного творчества. Включаются ли в круг таких лиц статисты (артисты массовки), исполнители второстепенных ролей без слов, аккомпаниаторы, артисты кордебалета? Для толкования ст. 1313 ГК РФ профессор предлагает использовать постановление Правительства Российской Федерации от 17 мая 1996 г. "О ставках вознаграждения исполнителям за некоторые виды использования исполнения (постановки)", которое, однако, утратило силу с 1 марта 2019 г.³³⁶ В п. 2 приложения N 1 к Постановлению указано, что статист - это участник массовых сцен в аудиовизуальных произведениях, спектаклях, и что артисты хора, оркестра, кордебалета не могут быть отнесены к статистам. В связи с этим, следует отметить, что лица, занятые в массовках (статисты) и другие артисты, занятые во вспомогательных ролях, исполнителями не являются, а, следовательно, смежных прав не имеют. К исполнителям в Постановлении также отнесены аккомпаниаторы, что обоснованно и справедливо, поскольку солист и аккомпаниатор являются членами единого музыкального организма и поскольку на плечи последнего ложится нагрузка по достижению художественной целостности всех элементов исполняемого произведения (мелодии, гармонии и ритма). Возвращаясь к условиям охраны исполнений, приходится констатировать, что, юридического определения *коллектива* не существует, что создает на практике определенные сложности. Так, непонятно, можно ли считать коллективом дуэт исполнителей. Следует иметь в виду, что постановлением Правительства РФ от 17.05.1996 № 614 помимо коллектива выделяется также понятие ансамбля, под которым понимается небольшой состав исполнителей (до 16 человек) и в котором все исполнители равноправны. Возможны ситуации, когда в уже сложившиеся коллективы исполнителей приглашают солистов со стороны для одного или нескольких исполнений. Такие солисты должны иметь равные права с другими членами коллектива в отношении исполнений, созданных с их участием. Однако не следует забывать о том, что когда мы приходим послушать музыку в исполнении оркестра или посмотреть

³³⁶ Матвеев А.Г. Условия охраноспособности исполнений как объектов смежных прав//ИС. Авторское право и смежные права", N 4, апрель 2020 г.

спектакль, может иметь место несколько исполнений. Таким образом, если мы хотим записать спектакль или исполняемую музыку, необходимо получить разрешение на каждое исполнение. Например, в случае выступления оркестра с популярным пианистом в качестве солиста будет иметь место исполнение оркестра, исполнение солиста-пианиста, исполнение дирижера. Следовательно, для записи выступления необходимо получить разрешение у руководителя оркестра, дирижера и солиста. При показе спектакля будут иметь место постановка и исполнение актеров. Чтобы сделать запись спектакля, необходимо получить разрешение как у режиссера-постановщика, так и у руководителя творческого коллектива актеров. Соответственно, смежные права на совместное исполнение принадлежат совместно принимавшим участие в его создании членам коллектива исполнителей (актерам, занятым в спектакле, оркестрантам и другим членам коллектива исполнителей) независимо от того, образует такое исполнение неразрывное целое или состоит из элементов, каждый из которых имеет самостоятельное значение.

Смежные права на совместное исполнение осуществляются руководителем коллектива исполнителей, а при его отсутствии — членами коллектива исполнителей совместно, если соглашением между ними не предусмотрено иное. Если совместное исполнение образует неразрывное целое, ни один из членов коллектива исполнителей не вправе без достаточных оснований запретить его использование. Элемент совместного исполнения, использование которого возможно независимо от других элементов, т. е. элемент, имеющий самостоятельное значение, может быть использован создавшим его исполнителем по своему усмотрению, если соглашением между членами коллектива исполнителей не предусмотрено иное. Каждый из членов коллектива исполнителей вправе самостоятельно принимать меры по защите своих смежных прав на совместное исполнение, в том числе в случае, когда такое исполнение образует неразрывное целое.

Если обратиться к зарубежному регулированию, то, в Кодексе интеллектуальной собственности Франции установлено, что к исполнителям не относятся артисты вспомогательного состава, который признается таковым в силу профессиональных обычаев (ст. L. 212-1)³³⁷. В силу, которых, не считается исполнителем выступающий, произносящий менее тринадцати строк в пьесе или кинофильме. Права участников исполнения, которые не квалифицируются как исполнители, охраняются только в рамках трудового права. В ст. 82 Закона Италии о защите авторского права и смежных прав к числу артистов-исполнителей

³³⁷ Кодекс интеллектуальной собственности Франции от 1 июля 1992 г.
<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14082>

отнесены: 1) лица, которые при исполнении произведения играют существенную художественную роль, даже если эта роль является вспомогательной; 2) дирижеры оркестра или хора; 3) оркестр и хор как таковые при условии, что их исполнение само по себе имеет художественное значение, а не является простым сопровождением.³³⁸

Таким образом, резюмирует А.Г. Матвеев, для определения того, является ли участник исполнения исполнителем, можно использовать качественные и количественные параметры его деятельности. К качественным параметрам относится художественная значимость роли или функции артиста в конкретном исполнении, а к количественным - доля или объем его вклада в исполнение. Такой подход является функциональным, а не сущностным или субстанциональным³³⁹.

В Рекомендации ЮНЕСКО "О положении творческих работников" к таковым отнесены авторы и артисты-исполнители, а также зафиксировано, что под "творческим работником" подразумевается любое лицо, которое создает или интерпретирует произведения искусства и которое считает свою творческую деятельность неотъемлемой частью собственной жизни. Иными словами, значение имеет выступление артиста в контексте исполнения произведения в целом, а не то, творчески или нет исполнитель создает исполнение и, напротив, участие в качестве статиста признанного актера, одаренного разнообразными способностями, не превращает его деятельность в исполнение. Однако еще раз необходимо подчеркнуть, что признание деятельности артистов в качестве творческой деятельности и признак творчества как условие охраноспособности исполнения - это разные концепты³⁴⁰.

Изготовителем фонограммы признается лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков. При этом следует подчеркнуть, что изготовителями фонограмм являются физические или юридические лица, которые осуществили или заказали первую звуковую запись какого-либо материала. В этом смысле их следует отличать от тех лиц, которые просто изготовили копию звуковой записи. При отсутствии доказательств иного изготовителем фонограммы признается лицо, имя или наименование которого указано обычным образом на экземпляре фонограммы и (или) его упаковке. Право на указание на экземплярах фонограммы

³³⁸ Закон Италии о защите авторского права и смежных прав от 22 апреля 1941 г. <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/13133>

³³⁹ Матвеев А.Г. Условия охраноспособности исполнений как объектов смежных прав//Ис. Авторское право и смежные права", N 4, апрель 2020 г.

³⁴⁰ Матвеев А.Г. Указ. соч.

и (или) их упаковке своего имени или наименования и право на защиту фонограммы от искажения действуют и охраняются в течение всей жизни гражданина либо до прекращения юридического лица, являющегося изготовителем фонограммы. Обязательно изготовитель фонограммы осуществляет свои права с соблюдением прав авторов произведений и прав исполнителей. Права изготовителя фонограммы признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав и прав исполнителей. Таким образом, в качестве изготовителя фонограммы выступает не лицо, осуществившее звуковую запись, а лицо, которое заказало и оплатило осуществление этой записи. Законодатель для облегчения доказывания в судебном процессе закрепил презумпцию изготовителя фонограммы, согласно которой при отсутствии доказательств иного изготовителем фонограммы признается физическое или юридическое лицо, имя или наименование которого обозначено на этой фонограмме и (или) на содержащем ее футляре обычным образом или иным образом в соответствии со ст. 1310 ГК РФ.

Организациями эфирного и кабельного вещания являются радио- и телевизионные станции, которые осуществляют трансляцию передач по воздуху или по проводам. Европейское сообщество предлагает не разделять вещание на эфирное и кабельное и считает необходимым, чтобы термин «вещание» (broadcasting) включал в себя не только передачи беспроводными средствами, но и передачи через спутник³⁴¹. Организацией эфирного и кабельного вещания признается юридическое лицо, осуществляющее в качестве своей основной деятельности передачу в эфир или по кабелю радио- или телевизионных сигналов, посредством которых радио- или телевизионные программы доводятся до неопределенного круга лиц. Это могут быть государственные или частные организации, которые не только используют охраняемые авторским правом произведения, но и являются субъектами смежных прав на созданные ими передачи. Сами по себе передачи в отрыве от произведений, звукозаписей и исполнений, в них содержащихся, не являются результатом творческого труда. Тем не менее законодатель решил распространить на организации, их создающие, законодательство о смежных правах. Они самостоятельно определяют содержание радио- и телепередач (совокупности звуков и (или) изображений или их отображений), осуществляют их сообщение в эфир или по кабелю самостоятельно или с помощью третьих лиц.

Для обозначения смежных прав производителей фонограмм, а также прав организаций эфирного и кабельного вещания нередко используется термин «промышленные смежные

³⁴¹ Документ ВОИС SCCR/10/3.

права»³⁴². В. А. Дозорцев называл такие права «фонографическими» и «эфирными». «Фонографические» и «эфирные» права отличаются и от авторского права, и от «исполнительских» прав, и друг от друга. Это отличие проявляется в первую очередь в том, что в то время, как первоначальным носителем исполнительских прав всегда является человек, первоначальным носителем фонографических и эфирных прав чаще всего является юридическое лицо³⁴³. Смежные права производителей фонограмм и организаций эфирного и кабельного вещания защищают в основном организационные, финансовые, технические усилия и затраты, связанные с подготовкой фонограммы или программы вещания. С точки зрения критерия творчества данные объекты гораздо менее близки произведениям как объектам авторского права, чем, например, объекты промышленной собственности. Тем не менее очевидно, что правовой режим объектов авторских и смежных прав построен на одних и тех же принципах, в отличие от результатов технического творчества. Организационные усилия производителей фонограмм и организаций эфирного вещания имеют особый характер, поскольку тесно связаны с творческой деятельностью. Однако прежде всего указанные законодательные предписания (ст. 1322, 1329 ГК РФ) служат интересам общества. Производители фонограмм сами по себе не создают творческие произведения, но без их участия исполнение не стало бы достоянием публики. Аналогичная роль у организаций вещания, они передают в эфир или по кабелю то или иное произведение, в живом исполнении или в записи. Следовательно, им принадлежат права на передачу сигнала, а не на содержание произведения, если, конечно, организация не создала его собственными силами.

Две существенные новеллы части четвертой ГК РФ это изготовитель базы данных и публикатор произведения науки, литературы и искусства. Впервые специальное право изготовителя базы данных на составляющие базу материалы, существующее независимо от авторских прав, на саму базу и отдельные ее элементы было введено Директивой Европейского парламента и Совета ЕС № 96/9/ЕС от 11 марта 1996 г. «О правовой охране баз данных». Не вызывает сомнений, что введение подобного регулирования назрело и в России, где уже не первый год процветает практика извлечения материалов из чужих баз данных с целью создания

³⁴² См.: Строуэл А. Права производителей фонограмм и видеопрограмм организаций телевидения и радиовещания // Авторское и смежное право в Европейском союзе и Российской Федерации : сб. докладов и дискуссий (май — ноябрь 1996 г.). Вып. 1. М., 1997. С. 161.

³⁴³ См.: Дозорцев В. А. Тенденции развития исключительных прав в Российской Федерации. Место авторского права в системе исключительных прав // Авторское и смежное право в Европейском союзе и Российской Федерации : сб. докладов и дискуссий (май — ноябрь 1996 г.). М., 1997. С. 56.

на основе этих материалов других аналогичных баз³⁴⁴. Авторские права составителей баз данных такими действиями, как правило, не нарушаются, поскольку не происходит прямого копирования базы. Сами же извлекаемые материалы во многих случаях и вовсе не защищены авторским правом. От подобной деятельности страдают в первую очередь имущественные интересы изготовителей базы данных.

Изготовителем базы данных признается лицо, организовавшее создание базы данных и работу по сбору, обработке и расположению составляющих ее материалов. При отсутствии доказательств иного изготовителем базы данных признается гражданин или юридическое лицо, имя или наименование которых указано обычным образом на экземпляре базы данных и (или) его упаковке. Это исключительное право признается и действует независимо от наличия и действия авторских и иных исключительных прав изготовителя базы данных и других лиц на составляющие базу данных материалы, а также на базу данных в целом как составное произведение. Следует обратить внимание на то, что таким лицом может быть заказчик, который поручает разработку базы данных, а может быть генеральный подрядчик, например, если заказ выполняется в рамках более широкого задания, и конкретных действий по организации создания базы данных заказчик не осуществлял. В этой связи становится очень важным четкое определение в договоре на создание базы данных того, кто будет рассматриваться в качестве «изготовителя баз данных», с тем чтобы исключить возможность возникновения в дальнейшем споров по этому вопросу³⁴⁵. В связи с этим изготовителем базы данных признается лицо, организовавшее создание базы данных, в том числе работу по сбору, обработке и расположению составляющих ее материалов. При этом только технические аспекты создания базы данных не имеют правового значения, также наполнение базы данных возможно как изготовителем, так и третьими лицами³⁴⁶.

³⁴⁴ Благодаря Авилову Г.Е. в российское законодательство была введена опровержимая презумпция существенности инвестиций (затрат) в базу данных, содержащую не менее 10 000 самостоятельных информационных элементов (материалов), составляющих содержание базы данных. Такой подход существенно облегчает положение изготовителей баз данных в России, в отличие от европейских стран в которых существенные затраты каждый раз необходимо доказывать. Более того, бремя доказывания возлагается на ответчика как на сторону спора, опровергающую установленную законом презумпцию. См.: Авилов Г. Е. Новые объекты интеллектуальных прав. Кодификация законодательства об интеллектуальной собственности // ЭЖ-Юрист. 2006. № 19. С. 6—7.

³⁴⁵ См.: Войниканис Е. А., Калятин В. О. Базы данных как объект правового регулирования. М. : Статут, 2011. С. 76.

³⁴⁶ Создание третьим лицам соответствующих условий для наполнения базы данных с осуществлением последующей обработки и расположения, получаемых от этих лиц материалов также квалифицируется действующим законом в качестве действий, образующих правовой статус изготовителя базы данных (ст.1333 и ст.1334 ГК РФ).

Лицо, правомерно пользующееся базой данных, вправе без разрешения правообладателя извлекать из такой базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в личных, научных, образовательных и иных некоммерческих целях в объеме, оправданном указанными целями, и в той мере, в которой такие действия не нарушают авторские права изготовителя базы данных и других лиц.

Нормы части четвертой ГК РФ о смежном праве публикатора произведения науки, литературы и искусства основаны на положениях ст. 4 Директивы Совета ЕС № 93/98/ЕЕС о гармонизации срока действия охраны авторского права и некоторых смежных прав. В соответствии со ст. 1337 ГК РФ смежное право на произведение науки, литературы и искусства может распространяться на произведения, перешедшие в общественное достояние в связи с истечением срока действия авторско-правовой охраны или находящиеся в общественном достоянии в силу того, что во времена, когда произведение было создано, авторско-правовой охраны попросту не существовало. Гражданин, который правомерно обнаружил или организовал обнаружение произведения науки, литературы или искусства, ранее не обнаруженного и перешедшего в общественное достояние (ст. 1282 ГК РФ) либо находящегося в общественном достоянии в силу того, что оно не охранялось авторским правом, признается публикатором и наделяется исключительным смежным правом на произведение, включающим большинство правомочий по использованию произведения, которыми обладает автор. Права публикатора распространяются на произведения, которые независимо от времени их создания могли быть признаны объектами авторского права в соответствии с правилами ст. 1259 ГК РФ. Однако указанные положения не распространяются на произведения, находящиеся в государственных и муниципальных архивах. Смысл данной нормы состоит в том, чтобы определенным образом вознаградить того, кто смог вернуть к жизни давно забытые или неизвестные произведения и тем самым пополнить культурное наследие.

§3. Проблемы критериев (условий) охраноспособности объектов авторского права и смежных прав и особенности их гражданско – правового режима

Хотя общее понятие интеллектуальной собственности законодательно не закреплено, интеллектуальная собственность в ст. 1225 ГК РФ определяется через закрытый перечень объектов гражданских прав, которые принципиально отличаются от иных нематериальных благ своей сущностной природой. Под интеллектуальной собственностью понимаются разнообразные результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана, — это произведения науки, литературы и искусства, изобретения, полезные модели и промышленные образцы, селекционные достижения, фонограммы, исполнения, программы для ЭВМ, секреты производства (ноу-хау), товарные знаки, коммерческие обозначения, фирменные наименования и другие объекты. Главным отличием объектов интеллектуальной собственности от иных объектов гражданских прав (ст. 128 ГК РФ) является их идеальная природа, отсутствие материального характера, что роднит их с нематериальными благами — честью, достоинством, деловой репутацией. Так же, как и нематериальные блага, объекты интеллектуальной собственности являются оборотоспособными, неотчуждаемыми, они не могут иными способами переходить от одного лица к другому, но права на такие результаты и средства, а также материальные носители, в которых они выражены, могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому в случаях и порядке, установленных ГК РФ.

Опыт использования указанных объектов и осуществления прав на них позволяет прийти к выводу о том, что перечень объектов интеллектуальной собственности постоянно находится "в движении", отдельные результаты, утрачивая свою актуальность, исключаются из перечня охраняемых, новые, наоборот, пополняют его, вынуждая законодателя его пересматривать и дополнять. Н.А. Новикова пишет, что законодательно закрепленный перечень объектов интеллектуальных прав не находится в застывшем состоянии, а, наоборот, постоянно уточняется и конкретизируется³⁴⁷. Этот процесс является логичным и закономерным, соответствующим общемировым тенденциям развития права интеллектуальной собственности. Наблюдается

³⁴⁷ Право интеллектуальной собственности: учебник / под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2017. Т. 1: Общие положения. С. 58.

тенденция по расширению круга объектов интеллектуальной собственности, особенно, в начале XXI в. под влиянием Четвертой промышленной революции и других факторов.

А.Г. Матвеев и В.Н. Синельникова отмечают, что, если рассматривать развитие интеллектуальных прав (права интеллектуальной собственности), то, можно обнаружить влияние на этот процесс промышленных революций. Первую промышленную революцию олицетворяет изобретение парового двигателя и железных дорог. Именно во время этой революции в Британии, во Франции и Соединенных Штатах произошло становление авторского и патентного права. Хотя изобретательство и художественное творчество существовали задолго до XVIII в. в разных цивилизациях, сами по себе они не стали факторами, обусловившими появление права интеллектуальной собственности. Вторая промышленная революция, произошедшая на рубеже XIX-XX вв., связана с распространением электричества, внедрением конвейера, возникновением массового производства. В это время в качестве объектов авторского права были признаны фотографии и кинофильмы. Изобретение звукозаписи и радиовещания к середине XX в. привело к признанию смежных прав на исполнения, фонограммы и передачи вещания. Третья промышленная революция началась в 1960-х годах. Ее символами являются полупроводники, персональные компьютеры и Интернет. В право интеллектуальной собственности были включены такие объекты, как топологии интегральных микросхем, компьютерные программы, базы данных. В настоящее время человечество стоит на пороге Четвертой промышленной революции, которая началась на рубеже XX-XXI столетий, все новые достижения данной промышленной революции имеют одну общую особенность: они эффективно используют силу цифровых и информационных технологий. Тремя основными мегатрендами этой революции выступают физический, цифровой, биологический. Элементами физического мегатренда являются беспилотные транспортные средства, 3D-печать, робототехника, новые материалы; цифровой блок включает в себя Интернет вещей, технологию блокчейн, искусственный интеллект; биологический блок - секвенирование генома, синтетическую биологию. Все эти проявления четвертой промышленной революции непосредственно связаны с интеллектуальной собственностью³⁴⁸.

М. Соарес и М. Кауфман (M. Soares, M. Kauffman) связывают это с тем, что внедрение четвертой промышленной революции бросает вызов современному пониманию защиты интеллектуальной собственности и что фокус права интеллектуальной собственности смещается

³⁴⁸ Матвеев А.Г., Синельникова В.Н. Объекты интеллектуальной собственности, получающие охрану в XXI веке //Вестник Пермского университета. Юридические науки, выпуск 2, апрель-июнь 2019 г.

на охрану таких нематериальных "вещей", как методологии, конфигурации виртуальных систем, собственность на данные, алгоритмы обработки, узнаваемость брендов³⁴⁹.

Вместе с тем было бы ошибочно считать, что все технологические прорывы влекут за собой трансформацию авторского права или смежных прав. Одни творческие и технические достижения влекут трансформацию привычных правовых институтов, а другие - нет. Например, для охраны микросхем был создан новый правовой институт, а компьютерные программы было решено вписать в классическое авторское право. Федеральным законом от 18 марта 2019 г. №34-ФЗ в качестве самостоятельного объекта гражданского оборота были признаны цифровые права (ст. 141.1 ГК РФ), не создав при этом, какого – либо содержательного регулирования этого вида объекта.³⁵⁰ Е.А. Суханов справедливо указывает, что, главный и практически единственный квалифицирующий признак этих новых объектов гражданских прав составляет необходимость прямого указания в каком-либо федеральном законе на их «цифровой» характер, из чего следует возможность законодателя объявить «цифровым» любое гражданское право: и корпоративное, и вещное, и интеллектуальное. Но придание объекту гражданских прав какой-либо новой формы, хотя бы и цифровой, само по себе не способно определить или изменить его юридическую природу. При этом содержательная сторона этого нового гражданско-правового режима, в особенности его защитная функция, остается *terra incognita* и нуждается в более глубоком и тщательном изучении. Можно лишь констатировать, пишет ученый, что вытекающая из п.1 ст. 141.1 ГК РФ невозможность использования «цифровых прав» третьими лицами, за рамками информационной системы, в которой эти права возникли и существуют, во всяком случае, исключают их признание вещными или интеллектуальными правами (абсолютными по своей юридической природе, т.е. неизбежно распространяющими свое действие на «всех третьих лиц»)³⁵¹.

По мимо технологической и исторической предпосылок, И.А. Зенин называет еще четыре объективные предпосылки для возникновения прав на идеальные результаты умственного труда: это экономическая предпосылка, которая обусловлена широким вовлечением исключительных

³⁴⁹ Soares Marcelo, Kauffman Marcos. Industry 4.0: Horizontal Integration and Intellectual Property Law Strategies In England. https://www.researchgate.net/publication/326237676_Industry_40_Horizontal_Integration_and_Intellectual_Property_Law_Strategies_In_England

³⁵⁰// СПС «Гарант»

³⁵¹ Суханов Е.А. Социальное лицо гражданского права (к постановке вопроса)./ Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященный 90-летию со дня профессора А.Л. Маковского (1930-2020). М., 2020. С.27-28.

прав на идеальные результаты умственного труда в сферу квази-товарно-денежных отношений, их внешней «товаризацией», ростом их коммерческой ценности. А поскольку согласно их экономическим представлениям о товарно-денежном обмене продукт труда лишь тогда приобретает в процессе обмена свойства товара, когда его участники противостоят друг другу как собственники, то и участники «купли-продажи» исключительных прав стали восприниматься как их интеллектуальные собственники; психологическая предпосылка – это сформировавшееся в течение столетий психологическое восприятие права собственности как священного и неприкосновенного, а также интуитивно способствует выработке стремления творческой интеллигенции иметь на свои произведения модель права аналогичного характера; юридическая предпосылка – исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности по своей природе являются, как и вещные права, и в первую очередь право собственности, абсолютными. Однако при этом нередко забывают о принципиальном различии в природе объектов рассматриваемых двух видов абсолютных прав. И, наконец, юридико-техническая предпосылка, которая состоит в удобстве обозначения двумя-тремя словами большого числа результатов интеллектуальной деятельности, в частности тех, которые перечислены в ст. 2(VIII) Стокгольмской конвенции об учреждении ВОИС³⁵².

Обратим внимание, что законодатель последовательно разграничивает понятие объектов интеллектуальной собственности и объектов вещных прав (предметов материального мира), в которых воплощены нематериальные объекты интеллектуальных прав. Так, например, приобретая программный продукт на диске в магазине, мы осознаем, что становимся собственниками материального носителя, соответственно, можем его продать, подарить, сломать, но мы не приобретаем интеллектуальные права на программный продукт, выраженный на диске. Так, согласно абз. 1 п. 1 ст. 1291 ГК РФ при отчуждении автором оригинала произведения (рукописи, оригинала произведения живописи, скульптуры и т. п.), в том числе при отчуждении оригинала произведения по договору авторского заказа, исключительное право на произведение сохраняется за автором, если договором не предусмотрено иное. Однако абз. 2 п. 1 ст. 1291 ГК РФ основан на предположении, что если собственник оригинала произведения, когда-то приобретший и исключительное право, отчуждает право собственности на оригинал, то это свидетельствует и об утрате интереса к использованию произведения. Поэтому устанавливается, что при отчуждении оригинала произведения его собственником, обладающим исключительным правом на произведение, но не являющимся автором произведения,

³⁵² Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности: Учебник для вузов/И.А. Зенин. – 11-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2022. С.50-52.

исключительное право на произведение переходит к приобретателю оригинала произведения, если договором не предусмотрено иное. Указанные правила, относящиеся к автору произведения, распространяются также на наследников автора, их наследников и так далее в пределах срока действия исключительного права на произведение.

Такой подход вполне понятен: существующая концепция интеллектуальной собственности допускает независимое использование самого произведения и его носителя, например продажа картины не должна влиять на исключительное право на произведение. В связи с этим мы можем интерпретировать, что интеллектуальные права независимы от соответствующих вещных прав, а право собственности на носитель не зависит от интеллектуальных прав на произведение, соответственно, права могут отчуждаться независимо друг от друга. В литературе встречаются тезисы о применении к объектам интеллектуальной собственности определенных правил по аналогии, так предлагают дополнить ГК РФ положениями, о применении ст.8.1. ГК РФ к результатам интеллектуальной деятельности, подлежащим государственной регистрации, если иное не вытекает из существа отношений и содержания или характера исключительного права. Предусмотреть правила восстановления контроля над исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности, применение норм о приобретательной давности к объектам интеллектуальной собственности, с учетом специфики правового режима последних; распространить принцип неприкосновенности собственности на исключительное право и др. По мнению Л.В. Сагдеевой, настало время для переосмысления того, насколько близость права собственности и исключительного права на уровне общеродовой категории абсолютных имущественных прав может послужить поводом для определенных заимствований в правовом регулировании³⁵³.

В науке гражданского права, в качестве аксиомы, выделяют следующие признаки объектов авторского права:

- нематериальный характер объекта;
- действительная или потенциальная коммерческая ценность;
- возможность многократного использования³⁵⁴ (неисчерпаемость при потреблении);
- эстетическое или информационное содержание;

³⁵³ Сагдеева Л.В. Исключительное право и право собственности: единство и дифференциация в осуществлении и защите. Автореферат дис...на соискание ученой степени к.ю.н. М.,2020. С.3 - 5.

³⁵⁴ В частности, как указывал В. А. Дозорцев, данные объекты в отличие от вещей не изнашиваются при использовании, т. е. не имеют физической амортизации, а их «моральная амортизация» непредсказуема, «более того, их ценность может быть утрачена в любой момент». См. более подробно: Дозорцев В. А. О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов // Законодательство и экономика. 1998. № 7. С. 4.

- способность к сохранению, накапливанию, интегрированию³⁵⁵;
- обособленность от смежных объектов.

Именно благодаря научно-техническому прогрессу стало возможным «отделение», обособление интеллектуального продукта от его материального носителя с последующим самостоятельным массовым использованием в качестве особого товара (книгопечатание — для литературных произведений, фотография и другие технические средства репродуцирования — для произведений изобразительного искусства и т. д.)³⁵⁶. При этом объекты авторского права, смежных прав, для которых приоритетное значение имеет форма, охраняются законодателем на основе факта создания и выражения его в объективной форме, предусмотренной для данного вида объектов законодателем (фактологическая или созидательская система охраны). Напротив, объекты промышленной собственности — изобретения, полезные модели, промышленные образцы — принципиально повторимы. Так, можно, работая параллельно и независимо друг от друга, прийти к одному и тому же результату. Для того чтобы получить комплекс прав на них, недостаточно одного факта создания результатов научно-технического творчества, необходимо соблюсти установленные законом формальности: подать заявку, пройти экспертизу, оплатить пошлины, получить патент (регистрационная система охраны). При несоблюдении этих формальностей, но создав объекты промышленной собственности, создатель не становится автором, носителем комплекса патентных прав (правообладателем), не пройдя установленную законом процедуру (ст. 1353 ГК РФ)³⁵⁷.

Объекты авторского права весьма разнообразны, перечень их открыт, в отличие от иных результатов интеллектуальной деятельности, где правовая охрана предоставляется не всем, а только таким, которые прямо указаны в законе в качестве охраноспособных. Приведем примеры произведений, охраняемых авторским правом, входящих в открытый перечень:

- литературные произведения;
- программы для ЭВМ;
- драматические и музыкально-драматические произведения, сценарные произведения;
- хореографические произведения и пантомимы;
- музыкальные произведения с текстом или без текста;

³⁵⁵ См.: Смирнов Г. И. Тесно под одной крышей // Вопросы изобретательства. 1991. № 1. С. 45—48.

³⁵⁶ См.: Маковский А. Л. Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса // Гражданское право современной России / сост. О. М. Козырь, А. Л. Маковский. С. 107 — 108.

³⁵⁷ Законодатель предусмотрел исключение из ст. 1353 ГК РФ, указав, что лицу, создавшему объект, но не выполнившему все требования законодателя по приобретению прав, предоставляется особое (иное) право преждепользования. Содержание права преждепользования, согласно п. 1 ст. 1361 ГК РФ, это возможность безвозмездного дальнейшего использования тождественного решения без расширения объема такого использования.

- аудиовизуальные произведения (кино-, теле- и видеофильмы, слайд-фильмы, диафильмы и другие кино- и телепроизведения);
- произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и другие произведения изобразительного искусства;
- произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства;
- произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства, в том числе в виде проектов, чертежей и макетов;
- фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии;
- географические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии и к другим наукам;
- другие произведения.

Правовая охрана результатов интеллектуальной деятельности и прежде всего объектов авторского права выполняет ряд функций. В ряде исследований³⁵⁸ выделяются следующие основополагающие функции, обосновывающие гражданско-правовую охрану объектов интеллектуальной собственности. Связано это с функцией естественной справедливости, в соответствии с которой автор имеет право на плоды своего труда. С одной стороны, наличие у создателя, абсолютного интеллектуального права на объекты интеллектуальной собственности, безусловно, справедливо, но, с другой стороны, это влечет серьезнейшие ограничения в использовании результата интеллектуальной деятельности всеми третьими лицами. И общество должно знать и понимать, зачем ему нужна такая монополия. Между юридической монополией на результат интеллектуальной деятельности и интересом публики в доступе к такому результату должен быть определенный гибкий баланс. Важно подчеркнуть, что с массовым использованием цифровых и интернет-технологий произошли столь существенные изменения в общественных отношениях по поводу обращения интеллектуальных продуктов, что они должны порождать адекватные изменения в праве. В данном случае государство должно выступить арбитром и определить, чьи и в какой степени интересы следует защищать, чтобы способствовать экономическому росту и общественному развитию³⁵⁹. Реализация указанной функции может осуществляться различными способами: через ограничение срока охраны

³⁵⁸ См. более подробно: Piotraut J.-L. An Authors rights — based copyright law: the fairness and morality of French and American Law [Electronic resource] // URL: <http://www.cardozoelj.net/issues/07/Piotraut.pdf> (дата обращения: 30.03.2019); Fisher W. Theories of Intellectual Property [Electronic resource] // URL: <http://www.cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>

³⁵⁹ См.: Дмитриева А. В., Савельев Д. А. Российское законодательство и баланс интересов правообладателей, пользователей и провайдеров в цифровую эпоху. СПб, 2011. С. 23.

объектов интеллектуальной собственности, через случаи свободного использования результатов интеллектуальной деятельности, т. е. правомерно введенный в гражданский оборот объект можно использовать определенным образом без согласия создателя и без выплаты ему вознаграждения; через лицензии Creative Commons и др.

С этой функцией связана и экономическая функция — обосновывающая гражданско-правовую охрану объектов авторского права через возврат вложений в творческие труды, а при возможности, и получение прибыли от коммерциализации объекта. Автор, который обеспечен соответствующим вознаграждением за свой труд, имеет стимул к созданию новых продуктов творчества. Также, обладая правом на свой результат, автор может распорядиться этим правом, в том числе на возмездной основе, отчуждая его другому лицу или предоставив разрешение третьим лицам на использование своего результата интеллектуальной деятельности и создавая тем самым нормальный гражданский оборот результатов интеллектуальной деятельности; более того, создаются целые отрасли индустрии, связанные с их использованием³⁶⁰.

Не менее важной функцией является культурная, в соответствии с которой общественный интерес может стимулировать творчество с целью развития национальной культуры. Однако оборот результатов интеллектуальной деятельности имеет международный характер, так как художественное и научно-техническое творчество интернационально, а его результаты свободно перемещаются через границы. Отсюда — задача охраны прав и интересов отечественных авторов и правообладателей при учете законных интересов других участников международного обмена. И, наконец, социальная функция, которая утверждает, что авторское право, патентное право, смежные права увеличивают социальную сплоченность общества благодаря распространению идей.

Таким образом, актуальность авторского права и, прежде всего, объектов авторского права, их роль и значение в мире настоятельно требуют подробного исследования критериев охраноспособности произведений науки, литературы, искусства, программ для ЭВМ и баз

³⁶⁰ В качестве примера можно привести Закон США 1980 г. «О патентных процедурах для университетов и малого бизнеса», который чаще называют по имени выдвинувших его сенаторов — Закон Бэй — Доула. Особое внимание закон уделяет участию в исследованиях, финансируемых государством, малого бизнеса, а также сотрудничеству между коммерческими и некоммерческими организациями, включая университеты. Хотя государство и сохраняет контроль над использованием изобретения, все средства, полученные от лицензиатов, за исключением небольшой части, которая выплачивается автору изобретения, поступает в доход университета или иной организации, которая получала государственное финансирование. При научно-исследовательских организациях стали учреждаться специальные подразделения по передаче технологий (technology transfer offices). Успех инновационного развития экономики в США в значительной степени был обусловлен избранной системой распределения прав. См.: Loewenberg S. The Bayh — Dole Act: A model for promoting research translation? // *Molecular oncology*. 2009. No 3. P. 91—93.

данных, ранее обсуждавшихся в юридической литературе преимущественно в теоретическом аспекте. Исследование критериев охраноспособности приобретает огромное прикладное значение. В этой связи представляется интересной позиция ряда французских авторов³⁶¹, которые, анализируя развитие авторского права в эпоху высоких технологий, предложили считать произведение творческим в случае, если оно создано в результате индивидуализированного интеллектуального усилия.

Области человеческой деятельности, в которых возможно творчество, чрезвычайно разнообразны. Основой творчества является база знаний и достижений, созданная всеми предшествующими поколениями. В определенной степени учитывая имеющуюся в отечественном законодательстве презумпцию творческого характера произведения, лицо, оспаривающее авторское право автора, должно будет доказать, что произведение создано интеллектом, разумом другого лица или что при создании данного произведения использовалось иное произведение, созданное разумом другого лица, причем все усилия и творческий вклад автора более позднего произведения не позволяют считать его самостоятельным. В любом случае творческий характер деятельности по созданию какого-либо произведения предполагается до тех пор, пока не будет доказано иное. Более того, творческий характер создания произведения не зависит от того, создано ли произведение автором собственноручно или с использованием технических средств. Однако очевидно, что фото- и видеосъемка камерой наблюдения, фото с искусственных спутников Земли объектами авторского права не являются.

Произведения науки, литературы и искусства как объекты авторского права это результаты творческой деятельности, отличительной чертой которых является их форма, представляющая собой совокупность их внешнего облика с внутренней организацией материала. Форма всегда уникальна, будь то литературное, музыкальное произведение или произведение изобразительного искусства. Независимо от автора оригинала она неповторима, не может быть создана самостоятельно и даже воспроизведена другим лицом. Охрана указанных объектов может быть закреплена автоматически в силу факта создания произведения и с момента такого создания³⁶². На этих постулатах строится одна из наиболее фундаментальных доктрин

³⁶¹ См.: Stanc C. La protection des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur dans les pays d'Europe continentale. Dossiers Brevets 1979 IV. Paris, 1979. P. 5. Les grands arrêts de la propriété intellectuelle / sous la direction de M. Vivant. Paris : Dalloz, 2004. P. 121—123.

³⁶² В России возможность охраны авторских прав, как правило, формально не была связана с регистрацией произведений, но во многих случаях необходимость регистрации и представления экземпляров произведения вытекала из требований цензурного законодательства, или регистрация рекомендовалась как средство, облегчающее защиту авторских прав. Так, в изданном в 1816 г. Министерством народного просвещения распоряжении отмечалось, что при предоставлении рукописей на цензуру к ним должны прилагаться доказательства прав издателя на подачу рукописи к напечатанию, а в утвержденном в 1846 г. Положении

авторского права – учение о форме и содержании произведения: авторским правом охраняется только форма произведения, в то время как его содержание авторско–правовой монополией не охватывается. Учение об охраняемой форме и неохраноспособном содержании было сформулировано И.Г. Фихте в 1791 году в работе «Обоснование неправомерности перепечатки произведений» и развитие получило в трудах Й. Колера.

Сходную аргументацию использовали и в отечественной литературе. Действующее российское законодательство, как и предшествовавшее ему, не содержит легального определения произведения. В. И. Серебровский рассматривал произведение как совокупность идей, мыслей, образов, получивших в результате творческой деятельности автора свое выражение в доступной для восприятия человеческими чувствами конкретной форме, допускающей возможность воспроизведения³⁶³. Таким образом, произведение — это результат творческой деятельности автора, выраженный в объективной форме.

Упоминания о творческом характере деятельности как одном из признаков произведения встречаются еще в российской дореволюционной литературе. А. В. Панкевич писал о таком признаке, как «...присутствие психической деятельности автора. Умственная деятельность имеет целью или обобщение мыслей, или достижение нового результата в области промышленности. Деятельность эстетическая проявляется в выражении образа, возникшего в душе артиста, образа звучащего или пространственного»³⁶⁴.

В советской доктрине авторского права представления о творчестве были следующими. Творчество представляло собой познание нового, ранее неизвестного. Творчество можно определить как деятельность, порождающую нечто качественно новое и отличающееся принципиальной неповторимостью, оригинальностью и уникальностью. При этом творческая деятельность дает результат, вследствие чего произведение выступает не как материальный, а как идеальный объект. Творчество приводит к новому, ранее неизвестному результату. Различали субъективную и объективную новизну творческого результата. Субъективная новизна это неожиданность, неизвестность полученного результата для самого создателя. Объективная новизна это неизвестность полученного творческого результата не только для лица, получившего результат, но и для остальных лиц³⁶⁵. Хотя в доктрине авторского права некоторые

об авторских правах художников «в отвращении подлогов и процессов» рекомендовалось «предъявить и записать» свое произведение у маклера или в уездном суде, взять соответствующую выписку и послать ее в Академию художеств для опубликования.

³⁶³ См.: Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 41.

³⁶⁴ Панкевич А. В. Объект авторского права // Записки Новороссийского университета. 1878. Т. 25. С. 156.

³⁶⁵ См.: Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону РФ об авторском праве и смежных правах. М.: Экзамен, 2005.

авторы³⁶⁶ выделяют помимо существенной новизны³⁶⁷ произведения, включаемую другими учеными в признак творческого характера, и его воспроизводимость, которую часть исследователей считает неотделимой от объективной формы. О воспроизводимости упоминалось и в Основах гражданского законодательства 1925 г., однако в современном законодательстве о ней не сказано. Представляется, как справедливо указывает И.А. Зенин, критерию новизны результата творчества, неоправданно придается всеобщий характер, и это прежде всего неприемлемо для авторского права и смежных прав. Недооценка данного обстоятельства более века назад привела А.А. Пиленко к смешению творчества в авторском и патентном праве. «Чем дальше заходит А.А. Пиленко в отождествлении творчества в патентном и авторском праве, тем более неубедительными и спорными становятся его выводы»³⁶⁸. Не избежал, по мнению И.А. Зенина, заблуждений и В.Я. Ионас, посвятивший себя всецело, по его же словам, изучению «проблем новизны, творчества, произведения» в авторском праве»³⁶⁹.

Долгое время непреложной аксиомой был принцип, согласно которому, авторское право, охраняет не все объективно новые творческие результаты, а лишь те из них, которые являются уникальными и не повторяющимися при параллельном творчестве. Такие неповторяющиеся творческие результаты называют оригинальными. Именно в учении Й. Коллера наметился переход от употребления формы и содержания произведения к использованию общих критериев индивидуальности и своеобразия. Понятия формы и содержания хотя и остаются в его понятийном аппарате, однако их объем явно поставлен в зависимость от взглядов на творчество. Именно принадлежность определенных элементов содержания произведения к всеобщему достоянию рассматриваются автором в качестве основания для исключения их из сферы авторско – правовой охраны³⁷⁰.

³⁶⁶См.: Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. М., 1972. С. 17—19; Никитина М. И. Авторское право на произведения науки, литературы, искусства. Казань, 1972. С. 44—61.

³⁶⁷ Абсолютная новизна произведения недостижима, поэтому вводится понятие *существенной новизны*, под которой понимается проявление творческой самостоятельности автора, использование значительного количества новых элементов в произведении. Невозможно требовать от автора, чтобы содержание произведения было совершенно новым, так как на каждого писателя большое влияние оказывают и среда, в которой он живет, и ранее созданные работы аналогичной тематики.

³⁶⁸ Пиленко А.А. Право изобретателя (по изд. 1902-1903 гг.). 2-е изд., испр. и доп. М., 2005. С. 310. (автор вступ. ст. «Истоки Российской науки патентного права» И.А. Зенин) (серия «Классика российской цивилистики»).

³⁶⁹ Зенин И.А. Творческий труд как правовая категория. //Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства и практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Е.А. Суханова. М.: Статут, 2018. С. 254-255.

³⁷⁰ Цит. по: Кашанин А.В. Развитие учения о форме и содержании произведения в доктрине авторского права. Проблема охраноспособности содержания научных произведений//Вестник Гражданского права №2,2010. Том 10. С. 82 – 83.

При этом, оригинальность в системе *copyright* совсем не подразумевает, что произведение выражает оригинальную или своеобразную мысль. Оригинальность, которую требует закон, — это оригинальность самого выражения. Речь идет о том, что объект авторского права не должен повторять ранее созданное произведение, он должен быть создан самим автором. Английские и американские суды применяют технику установления степени оригинальности. Для этого в расчет принимаются три фактора, удельный вес которых зависит от вида объекта. Так, в одних случаях судьи придают значение качеству вложенного труда. В других — обращают внимание на количественные характеристики труда, затраченного автором на создание произведения. Там же, где труд был направлен на переработку ранее созданного произведения, суды изучают степень изменений, которые претерпело исходное произведение³⁷¹. Данный тест особенно актуален в отношении производного произведения, которое предполагает создание нового (оригинального) произведения на основе уже существующего (например, к переработке относится экранизация или инсценировка литературного произведения, модификация программы для ЭВМ или базы данных).

Как правило, произведение (несамостоятельное, или производное) создается на основе уже существующих. В отличие от оригинальных произведений, в которых все охраняемые элементы создаются самим автором, производные могут включать охраняемые элементы ранее появившихся произведений. К производным произведениям относятся переводы, обработки, аннотации, рефераты, резюме, обзоры, инсценировки, аранжировки и другие результаты переработки произведений науки, литературы и искусства. Вопрос о том, производное ли это произведение, решается в зависимости от того, был ли внесен в его создание достаточный творческий вклад. Так, если обработчик не заимствует элементы формы другого самостоятельного или производного произведения, то налицо создание нового произведения, которое однозначно будет охраняться авторским правом (например, создание произведения по мотивам). Если заимствование все же произошло, то говорить о создании нового произведения можно лишь при наличии достаточного творческого начала. Таким образом, производные произведения охраняются авторским правом при условии большого творческого вклада автора и соблюдения авторских прав на оригинальное произведение.

Учение об охраняемой форме и неохраняемом содержании очень сложно применить к производным произведениям и к так называемому «параллельному творчеству». Так, по мнению

³⁷¹ См.: Bently L., Sherman B. *Intellectual Property Law*. Oxford, 2009. P. 93—98. В 1991 г. При рассмотрении дела *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co Inc.* Верховный суд США дал следующее толкование понятия «оригинальное произведение»: для того чтобы быть признанным оригинальным, произведение должно заключать в себе по крайней мере минимальное количество творческого труда.

О. Ульмера, данное учение позволяет определить объект авторского права лишь приблизительно, что делает его непригодным для целей правового регулирования. Проблема разграничения охраноспособных и неохраноспособных элементов произведения должна разрешаться каждый раз в отношении конкретного произведения при помощи общего критерия творчества индивидуальности, оригинальности³⁷². При этом, к охраноспособным элементам автор относит индивидуальные особенности произведения – «голые идеи» и их конкретное воплощение в индивидуальной форме. Критерий оригинальности представляется им весьма спорным для разграничения охраняемых и неохраняемых элементов произведения.

Дискуссия в российском праве была приведена к знаменателю Постановлением Верховного суда №10 от 23.04.2019 г.: исключительное право автора производного или составного произведения возникает в силу факта создания такого произведения, но использоваться такое произведение может только с согласия авторов (иных правообладателей) использованных произведений на переработку их произведения или на включение его в составное произведение. Использование производного или составного произведения, созданного с нарушением прав авторов (иных правообладателей) использованных произведений, является нарушением прав последних. Неправомерное использование производного или составного произведения нарушает исключительное право, как правообладателя производного или составного произведения, так и правообладателей использованных произведений (п.88).

Таким образом, получать согласие автора на осуществление переработки не надо, это личная сфера пользователя, на которую монополия правообладателя не распространяется, иначе, прочитав статью на иностранном языке, мы не могли бы ее перевести на русский. Поэтому контроль правообладателя распространяется только на использование, но, не только оригинального произведения, но и его переработки. При том, что контроль за использованием переработки есть и у ее автора. Такой вывод следует потому, что в переработке присутствуют элементы, относящиеся к охраняемой форме, как оригинального произведения, так и собственно переработки.

³⁷² Ulmer E. Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischen Rechenanlagen / in Sitzungsberichte der Bayrischen Akademie der Wissenschaften. München, 1967, S. 3, 108.

Соответственно, авторские права переводчика ³⁷³, составителя и иного автора производного или составного произведения охраняются как права на самостоятельные объекты авторских прав независимо от охраны прав авторов исходных произведений. Автор произведения, помещенного в сборнике либо ином составном произведении, вправе использовать свое произведение независимо от составного произведения, если иное не предусмотрено договором с создателем такого произведения. Авторские права на перевод, сборник, иное производное или составное произведение не препятствуют другим лицам переводить или перерабатывать то же оригинальное произведение, создавать свои составные произведения путем иного подбора или расположения тех же материалов. Издателю энциклопедий, энциклопедических словарей, периодических и продолжающихся сборников научных трудов, газет, журналов и других периодических изданий принадлежат исключительные права на использование таких изданий. Издатель вправе при любом использовании такого издания указывать свое наименование либо требовать его указания. Авторы произведений, включенных в такие издания, сохраняют исключительные права на использование своих произведений независимо от издания в целом.

Таким образом, до настоящего времени непростой задачей остается решение проблемы об отграничении объектов, охраняемых авторским правом от объектов «параллельного творчества», от результатов творческой деятельности, охраняемых иными институтами, а также от неохраноспособных интеллектуальных продуктов и продуктов, в которых присутствует минимальный творческий уровень.

Относительно стабильной является практика, сложившаяся, например, в отношении картографических произведений: к их творческому характеру суды предъявляют минимальные требования, поскольку невозможно выделить какой-либо элемент в отдельности (шрифт, масштаб, цвет), так как карта представляет собой единый объект авторского права, сочетание их всех и создает ее оригинальность ³⁷⁴.

Считается, что ситуация параллельного творчества может возникнуть только в отношении произведений с незначительным уровнем творчества. Американские суды решают такие кейсы следующим образом. Суть дела: Рон Рисман сделал снимок маяка в Нью – Гэмпшире и выложил его в социальную сеть FB. Местный телеканал с разрешения автора опубликовал фотографию,

³⁷³ «В переводе содержание произведения остается таким, каким его создал автор оригинала, а переводчику принадлежит только словесная ткань перевода» См. более подробно: Азов Л. М. Правовые вопросы литературного перевода // Советское государство и право. 1954. № 8.

³⁷⁴ См., например: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27.04.2010 № 09АП-6425/2010-ГК; постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 24.02.2011 по делу № А-56-14726/2010.

после чего его популярность резко возросла. Но, его тут же обвинили в «краже» работы другого фотографа Эрика Гендрона. Когда Рисман получил от Гендерона оригинальный RAW - файл, он увидел фотографию идентичную своей. Снимок был сделан с того же ракурса, с той же перспективой и тем же моментом в кадре. Были лишь незначительные различия в цвете воды на переднем плане и брызгах на горизонте. Суд установил, что снимки были сделаны в один момент с точностью миллисекунды. Фотографы ничего не планировали, друг друга не знали, и местоположение выбрали случайно. Оба настроили фокусное расстояние на 600 миллиметров. Глубина поля и экспозиция были почти одинаковы. Единственное отличие это то, что фотографы использовали разные камеры. Проанализировав все обстоятельства дела, суд вынес решение об авторстве обоих фотографов, каждого на свою фотографию. То есть форма произведений может оказаться практически идентичной в подобного рода объектах.

В российской судебной практике была сформулирована иная позиция, согласно которой «для признания произведения объектом авторского права оно должно отвечать следующим требованиям: содержать признак новизны и признак оригинальности... Уникальность любого произведения заключается в неповторимости в случаях параллельного творчества: два автора, работающие независимо друг от друга, не могут создать одинаковые уникальные (оригинальные) результаты даже в том случае, если изначально оба автора были поставлены в одинаковые условия (к примеру, обоим авторам было выдано одно и то же техническое задание)»³⁷⁵. По сути, если телеологически истолковать данное Постановление, то в нем используется отрицательный критерий: то есть, создание оригинального произведения не может требовать лишь технических и механических приемов, должно явно превышать данный уровень, предполагает нетривиальность деятельности по созданию произведения. На этих постулатах строится известное в западной литературе учение о произведениях с незначительным уровнем творческого характера «*kleine Munze*»³⁷⁶. Отказ от высоких стандартов охраноспособности ставит объект авторского права в один ряд с обычной коммерческой продукцией и заставляет задаться вопросом – почему и на каких основаниях создатели таких произведений, которые могут быть созданы и другими специалистами в соответствующей области, должны получить монополию на его использование, не говоря уже о моральных правах? Например, в ноябре 2011 года в музее немецкого города Дортмунд уборщица уничтожила произведение современного

³⁷⁵ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.08.2016 № 17АП-9979/2016-ГК

³⁷⁶ Кашанин А.В. Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве// Вестник Гражданского права №4. Том 7.С.45 – 46.

искусства, застрахованное на восемьсот тысяч евро. Произведение под названием «Когда начинает капать с потолка» представляло собой таз, содержащий как бы осадок от капавшего с потолка. Уборщица увидела грязный таз и тщательно вытерла его, тем самым совершив один из самых мощных актов вандализма в истории современного искусства. В феврале 2014 года история повторилась в Италии. В музее города Бари уборщица выбросила пару экспонатов из мятой бумаги, а также смела со стола крошки печенья, которые как потом выяснилось, были частью инсталляции стоимостью в десять тысяч евро. В мае 2017 года в городе Больцано уборщица музея увидела инсталляцию «Где мы будем танцевать сегодня вечером?», представляющую собой разбросанные по полу бутылки из под шампанского, окурки и конфетти. И, разумеется, выбросила это из помещения³⁷⁷. В этой связи, мы наблюдаем, широкие возможности параллельной созидательской деятельности и снижение стандарта охраноспособности (напомним, что объект авторского права не может быть полностью банальным, обычным, предсказуемым) дает высокую вероятность повторного создания произведения. Таким образом, указанная выше риторика свидетельствует о принципиальной непригодности континентальной модели авторского права и учения об охраноспособной форме и неохраноспособном содержании к охране произведений с незначительным уровнем творчества.

Между тем в п. 80 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10) дано следующее разъяснение: «...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». Квинтэссенция данной формулировки может привести к нескольким альтернативным выводам: во-первых, позицию судов можно понять так, что творчество — это и новизна, и уникальность, и оригинальность, при этом список не ограничен, и толкование критерия может быть расширено; во-вторых, возможно, суд имел в виду, что творчество — это комплексная категория, которую невозможно определить простым перечислением составляющих элементов. Только совокупность условий может свидетельствовать о творческом характере произведения, однако составляющие этой совокупности могут меняться. Правильной представляется первая позиция, хочется думать, что вышестоящие судебные инстанции стремятся дать ориентир для

³⁷⁷ <https://t.me/sarahproart>

нижестоящих судов, не исключая возможности иного толкования. Оприметчиво не учитывать и второй подход к определению творчества, однако этот подход затрудняет решение вопроса о критериях охраноспособности объекта на практике.

В этом смысле подход И.А. Зенина выглядит гораздо более целостным. Так, по мнению ученого, не признаются творческой деятельностью и, следовательно, не порождают признания субъекта данной деятельности автором результата интеллектуальной деятельности действия, не вносящие личного творческого вклада в создание такого результата³⁷⁸. Вследствие этого любую умственную деятельность можно признать творческой при отсутствии плагиата, кроме шести случаев, представляющих (по разным причинам) исключения из данного общего правила. Во-первых, отмечает профессор, нельзя признавать творческим умственный труд плагиатора. Умственный труд плагиаторов не признается и судебной практикой, установив «полное копирование ответчиком литературных материалов истца (т.е. плагиат) и не признав таким образом «умственные усилия» ответчика творческим трудом. Во-вторых, результат умственного (т.е. творческого) труда может быть признан в соответствии с законом объектом смежных прав, либо патентных прав, либо права на средство индивидуализации, оформленного соответствующим свидетельством. В-третьих, на результат умственного труда его разработчиком введен режим коммерческой тайны и он является секретом производства (ноу-хау), т.е. объектом фактической монополии. В-четвертых, этот результат вообще де-юре (в настоящее время в силу п.6 ст. 1259 и п.4 ст. 1349 ГК РФ) не является объектом интеллектуальных прав. В-пятых, данный вид умственной деятельности признан в соответствии с законом (например, абз.2 п.1 ст. 1228 ГК РФ) оказанием автору результата интеллектуальной деятельности «только технического, консультационного, организационного или материального содействия или помощи» либо только «способствованием оформлению прав на такой результат или его использованию, а также «осуществлением контроля за выполнением соответствующих работ». Наконец, в-шестых, умственный труд был направлен только на создание вещи как объекта вещных прав³⁷⁹.

Суммируя вышеизложенное, позиция российских судов заключается в том, что специального обоснования творческого характера деятельности в отношении традиционных

³⁷⁸ Зенин И.А. Субъекты и объекты интеллектуальных авторских прав. С. 135 – 136./ Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды). М.,2015.

³⁷⁹ Зенин И.А. Творческий труд как правовая категория// Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства и практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Е.А. Суханова. М.: Статут, 2018. С.265-267.

объектов авторского права (литературных, аудиовизуальных, музыкальных, произведений изобразительного искусства) не требуется. Соответствие же особому уровню творческих усилий требуется в случае наличия в произведении нетворческой составляющей, например при использовании информации производителя в рекламных буклетах, стандартном расположении материалов в театральные программы, в рекламных слоганах и названиях произведений³⁸⁰. Безусловно, как отмечают специалисты³⁸¹, предпринятые в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 26.03.2009 № 5/29 и Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 №10 шаги свидетельствуют об определенном снижении уровня требований, предъявляемых к результатам интеллектуальной деятельности, охраняемым в качестве объектов авторских прав. Однако такова общая тенденция в этой сфере, характерная для всего мира, так как на смену классическим представлениям о литературе, искусстве, науке приходит современная культура, концептуальное искусство, интерактивность, гипертекстуальность и т.д. Представители современной культуры создают новое искусство, формируют новое клиповое сознание, способное выразить новое мироощущение и менять сознание людей. Дальнейшим развитием этих постулатов является пример с Государственной Третьяковской галереей, которая в залах старой Третьяковки, где представлена историческая коллекция русского национального искусства, закрыв картину А.Иванова «Явление Христа народу (Явление Мессии)» над которой художник работал более двадцати лет с 1837 по 1857, выставила произведение современного искусства - «Ветку» А. Монастырского. Это инсталляция одноразового использования, посвященная австрийскому композитору Антону фон Веберну, но звук, как говорит сам художник, в ней присутствует как возможность. Если зритель решит потянуть ветку, чтобы услышать «музыку» - звук разматывающегося скотча, объект будет сломан.

Пониманию логики охраноспособности произведения как объекта авторского права не способствует также одно из самых спорных произведений современного искусства – инсталляция «Моя кровать» британской художницы Трейси Эмин. Инсталляция представляет собой неряшливую, неубранную постель, вокруг которой разбросан различный бытовой мусор.

³⁸⁰ При анализе отечественной судебной практики в отношении минимальных требований, предъявляемых к творческой составляющей объектов авторского права, А. В. Кашанин особо подчеркивает ее нестабильность в отношении произведений дизайна, фотографий, программ для ЭВМ, архитектурных и иных проектов технического характера. В одних случаях суды прямо предъявляют к таким произведениям требование соответствия критериям оригинальности, уникальности, неповторимости, в других — таких же доказательств не требуется. См. более подробно: Кашанин А. В. Уровень требований к творческому характеру произведения в отечественном юридическом дискурсе // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 9–10.

³⁸¹ См.: Калятин В. О., Павлова Е. А. Комментарий к постановлению Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 26.03.2009 № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». М., 2011. С. 84—85.

Художница за это произведение была номинирована на самую престижную в Великобритании награду в области современного искусства – премию Тернера, однако награду не получила, так как произведение вызвало скандал со стороны общественности о ее достоинствах. После скандала за художницу вступились английские музеи, которые выразили мнение о том, что сегодня музеи и коллекционеры определяют, что есть искусство, а не общественность. Так британский коллекционер Чарльз Саатчи, приобрел инсталляцию «Моя кровать» в 2001 году за 150 тыс. фунтов, а позже продал на аукционе «Christie's» за 2,5 млн. фунтов. Генеральный директор Государственного Эрмитажа и президент Союза музеев России Михаил Пиотровский на прошедшем 27 октября 2020 года заседании Совета по культуре и искусству при Президенте РФ заявил о необходимости защиты современного искусства от агрессии публики: «Культура показала и показывает, что она является надежным конкурентным преимуществом России и заслуживает защиты со стороны государства. Причем всякая культура, в том числе и актуальное искусство, которое в последнее время почему-то стало вызывать у части публики не очень обоснованную ненависть. Всякая культура хороша. А публика часто оказывается не готовой воспринимать современное искусство и даже пытается оказывать давление на учреждение культуры, которые демонстрируют его. С этим сталкивается Эрмитаж, когда проводит выставки современных художников. Так, музей получил массу упреков во время выставки Яна Фабра «Рыцарь отчаяния – воин красоты». Неоднозначную реакцию вызвала медная скульптура Будды весом семь тонн работы китайского художника Чжана Хуаня, установленная в Большом дворце Зимнего дворца к открытию его выставки в Эрмитаже».³⁸²

В свое время такой же переполох в общественном сознании вызвал манифест супрематизма - «Черный квадрат» (1915г.) Каземира Малевича. Искусствоведы классифицируют русское искусство на периоды «до Малевича» и «после Малевича». Художник в некотором смысле закрывает черным экраном всю предшествующую историю искусства, сохраняя традиционную форму картины, где черное поле (черное – отсутствие цвета) обрамлено белой рамой (белое – слияние цветов). На первый план здесь выходит не эстетическое переживание действительности, а ценность самой идеи.³⁸³ Можно привести пример с «Фонтаном» Марселя Дюшана (1917г.), представлявший собой фаянсовое изделие из парижского магазина сантехники. Автор был уверен, что изобрел новую форму скульптуры, подразумевающую, что художник выбирает предмет массового производства без очевидных эстетических достоинств и лишает его

³⁸² <https://tass.ru/kultura/9831521>

³⁸³ Государственная Третьяковская Галерея, Москва, 2013. С. 211–212.

функционального предназначения, - иными словами, делает бесполезным, - после чего, присвоив имя и изменив контекст и ракурс, превращает в настоящее произведение искусства. М. Дюшан считал, что только художник может решить, что является произведением искусства, а что нет. Вместе с тем, он преследовал цель спровоцировать публику. Задача художника, не в том, чтобы доставлять эстетическое удовольствие - для этого есть дизайнеры, - а в том, чтобы, немного отстранившись от мира, попытаться его осмыслить или высказаться о нем при помощи идей, единственное назначение которых - быть идеями.³⁸⁴

Но, самым странным примером служат «произведения искусства», выставленные в Нью-Йорке, в Музее невидимого искусства. На пустых белых стенах висят только таблички с названием работ и их описанием.³⁸⁵ По мнению создателей музея, речь идет о совершенно новом уровне концептуального искусства. В 2011 году невидимую картину Джеймса Франко «Свежий ветер» купили за 10 тысяч дол. США. В связи с этим, было бы интересно поучаствовать в судебном процессе, где суд анализировал творческий уровень этих невидимых картин и объективную форму выражения. Культурологи считают, что характер и выражение творчества меняются с политической ситуацией и духовным состоянием человека в то или иное время. Если в эпоху сталинизма, был тренд на соцреализм, например, вспомним картину Б. В. Иогансона «Наш мудрый вождь, учитель дорогой». И. В. Сталин среди народа в Кремле (1952 г.), то после смерти Сталина и появления большей свободы художники перешли к импрессионизму, потом постимпрессионизму, неоимпрессионизму и так далее, ведь им надоело создавать только то, что им диктовало государство. Творчество меняло свое внешнее выражение, становилось все более и более непонятным для людей за рамками художественных академий, но несло в себе определенную идею и задачу. Стоит отметить, что художники не просто создавали и создают объект, но и вносят свой творческий труд в процесс его разработки³⁸⁶. Из этого можно сделать вывод о том, что, искусство меняется вместе с нами. Оно может быть непонятным или простым. Сегодня идея в среде искусствоведов и творцов ставится выше формы, в то время как авторское право идеи не охраняет.

В этой связи ряд авторов говорят о «смерти» авторского права, выражающейся в отказе от специфического для него механизма и замещения его средствами контрактного, конкурентного

³⁸⁴ Уилл Гомперц. Непонятное искусство. От Моне до Бэнкси. М., 2016. С. 27.

³⁸⁵ <https://kulturologia.ru/blogs/300919/44289/>.

³⁸⁶ Гутов Д. Лекция о современном искусстве. См.: https://www.youtube.com/watch?v=SFIEA_sAPhc

права и др. механизмами.³⁸⁷ Л. Лессиг пишет, что авторско–правовая зарегулированность вредна для культуры и не полезна для правообладателей. По его мнению, нужно сократить сроки действия авторского права, использование и размещение объектов в Интернете должно быть свободным, вернуться к регистрации объектов авторского права, но, в специальных децентрализованных реестрах. Несоответствие идеологии авторского права современным условиям и процессам цифровизации усматривает и У. Патри. Он объясняет свой тезис большим количеством нарушений, несанкционированным использованием произведений в цифровой среде и отсутствием эффективного механизма борьбы с такими нарушениями³⁸⁸. Несмотря на то, что движение Copyleft набирает силу в Америке и в Европе, отказ от механизма авторско – правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности представляется нецелесообразным. И тому доказательством является рост аукционных продаж предметов искусства и антиквариата по всему миру. Клэр МакЭндрю подготовила пятый по счету отчет ArtBasel*UBS по состоянию арт – рынка в кризисный 2020г. Даже в этот сложный период для всего человечества, суммарные продажи артобъектов достигли 50,1 млрд. дол. США, что лишь на 22% меньше, чем в 2019году. Онлайн – продажи, при этом, выросли на 25% и достигли рекордной отметки в 12,4 млрд. Главные три рынка продажи предметов искусства и антиквариата остались прежними – это США, Великобритания и Китай. Суммарно на них приходится 82% всех аукционных продаж³⁸⁹.

Сложные объекты. Очень часто создание определенного объекта требует участия многих лиц и объединения разнородных результатов творческой деятельности, причем удаление даже одного такого результата из сложного объекта может привести к невозможности использования данного объекта в целом. Это весьма характерно для производства современной массовой продукции, программного обеспечения и т. д. В качестве примеров сложных объектов в ГК РФ указываются кинофильмы, телевизионные передачи, иные аудиовизуальные передачи, театральнo-зрелищные представления. Для таких случаев законодательство предусматривает следующее: при использовании результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта за автором такого результата сохраняется право авторства и другие личные неимущественные права на этот результат. При использовании результата интеллектуальной

³⁸⁷ Lessing L. Free Culture How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity. New York, 2004.

³⁸⁸ Patry W. How to Fix Copyright. P. 111.

³⁸⁹ The Art Market 2021. An Art Basel & UBS Report. Prepared by Dr. Clare McAndrew. Founder of Arts Economics.

деятельности в составе сложного объекта лицо, организовавшее создание этого объекта, вправе указывать свое имя или наименование либо требовать такого указания.

С этой точки зрения важно отметить, что аудиовизуальным произведением является произведение, состоящее из зафиксированной серии связанных между собой изображений (с сопровождением или без сопровождения звуком), предназначенное для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия с помощью соответствующих технических устройств. Аудиовизуальные произведения включают кинематографические произведения и все произведения, выраженные средствами, аналогичными кинематографическим (теле- и видеофильмы и другие подобные произведения), независимо от способа их первоначальной и последующей фиксации. Аудиовизуальные произведения представляют собой относительно новый, достаточно своеобразный объект, для которого многие традиционные положения авторского права, действующие с момента его возникновения, нуждаются в корректировке³⁹⁰.

На ранних этапах развития кинематографа ему нередко отказывали в творческой составляющей и, как следствие, не признавали объектом авторского права. Кинофильм не вписывался в устоявшееся к тому времени представление о художественном творении. То обстоятельство, что съемка кинофильма и его демонстрация осуществлялись при помощи технических приспособлений, давало повод отрицать творческий элемент в создании кинематографических произведений³⁹¹. Практика начала XX в. трактовала такие произведения как чисто механическое воспроизведение ранее созданных произведений литературы и искусства. Но уже в 1908 г. в Бернскую конвенцию была включена статья, устанавливающая охрану кинопроизведений, носящих оригинальный характер. Возникнув в области фотографического искусства и начав с простейшего соединения фотографических снимков, т. е. с фотографического изображения того, что в действительности существует, кинематография перешла в область творчества, создавая композиции и изображая по этим композициям то, что творит фантазия³⁹².

Традиционные объекты авторского права, если сравнивать с аудиовизуальными произведениями, достаточно просты. С развитием техники появились весьма сложные объекты, которые, как правило, не могут быть созданы одним лицом, к тому же по характеру они

³⁹⁰ См.: Дозорцев В. А. Право на фильм как сложное многослойное произведение // Вестник ВАС РФ. 2000. № 3–4.

³⁹¹ Кинофильмы создавались как аттракцион, первые фильмы в Америке в конце XIX в. показывали еще не в кинотеатрах, а в так называемых никель-одеонах и пенни-аркадах (будочках, напоминавших автоматы для продажи газированной воды). За монетку зритель мог посмотреть в щелочку небольшой фильм или кинопрограмму. Никто, естественно, не задумывался об обеспечении правовой защиты таких произведений и их не признавали результатами интеллектуального труда.

³⁹² См.: Канторович Я. А. «Кинематографическое» право // Право. 1912. № 3, 4.

составляют продукт разнородной деятельности. Их формирование является результатом многослойного процесса, когда одни лица своей творческой деятельностью создают элементы, используемые на втором этапе уже другими лицами для комплексного объекта в целом. Каждый из участников процесса творит свое произведение, на которое он имеет авторское или смежное право, но все вместе они образуют новый сложный объект³⁹³.

Аудиовизуальное произведение понимается как единое произведение, и все входящие в него результаты творческой деятельности отдельных лиц должны иметь единый правовой режим, единый срок охраны и т. п. Различный правовой режим сделал бы невозможным использование аудиовизуального произведения, его коммерческую эксплуатацию и вообще вовлечение в гражданский оборот. Такой правовой режим, установленный действующим законодательством для аудиовизуального произведения, соответствует интересам не только правообладателя, но и отвечает потребностям всех участников сложного творческого процесса. Авторы произведений, вошедших составной частью в аудиовизуальное произведение, — как существовавших ранее (автор произведения, положенного в основу сценария, и др.), так и созданных в процессе работы над ним (оператор-постановщик, художник-постановщик и др.), — сохраняют авторское право каждый на свое произведение.

В США дефиниция аудиовизуального произведения закреплена в пар.101 Title 17 U.S. Code. Для надления объекта правовой защитой необходимо, чтобы он был оригинальным, то есть воплощал в себе индивидуальность автора (минимальная степень творчества) и был записан (фиксация). Несмотря на отсутствие индивидуальности автора, американские судьи признают в качестве охраняемой *copyright* запись камер банкоматов, записи любительских съемок и др., так как оценивают угол съемки, выбор ракурса, фона, освещение, последовательность расположения кадров изображения. Есть другая крайность, например, по праву Германии записи театральных спектаклей, опер не являются кинематографическими произведениями. В немецкой доктрине разрабатывается понятие «фильмоподобные произведения» как самой широкой категории, включающей кинематографические произведения (структурированные и смонтированные фильмы), учебные и иные фильмы, не относящиеся к киноискусству и даже компьютерные игры³⁹⁴.

³⁹³ См.: Дозорцев В. А. Право на фильм как сложное многослойное произведение. М., 2003. С. 179.

³⁹⁴ Анализ немецкой литературы см.: Чумаков И.А. Понятие аудиовизуального произведения и отдельные особенности его правового режима// Вестник Гражданского права №3, 2019. Том 19. С. 112 – 113.

Не сложилось специального регулирования в позитивном праве в отношении такого нового объекта как формат аудиовизуального произведения. Исследователи³⁹⁵ под форматом понимают единый объект, который представляет собой совокупность выраженных в объективной форме устойчивых элементов, идентифицирующих аудиовизуальное произведение и придающих ему различимость среди прочих, а также позволяющих создавать, идентифицировать и соотносить похожие аудиовизуальные произведения, в том числе в иностранной юрисдикции. Можно констатировать, что в мире сложилось три основных направления правовой квалификации формата аудиовизуального произведения:

- 1) в качестве произведения как объекта авторского права;
- 2) в качестве секрета производства (ноу – хау);
- 3) объект прав, не являющихся интеллектуальными.

Близкий к нам немецкий правопорядок не допускает защиту формата аудиовизуального произведения в качестве кинематографического произведения. В одном из дел суд Германии постановил, что телевизионное шоу, созданное без использования сценария, не может быть защищено авторским правом и сам по себе формат телевизионного шоу не выражает какую – либо форму, а скорее содержит в себе идею. Германия в этом вопросе солидарна с Бернской конвенцией, в соответствии с которой, живые трансляции относятся к произведениям, выраженным способом, аналогичным кинематографии. Современное авторское право России пришло к единому пониманию аудиовизуального произведения и не стало подразделять внутри категории на кинематографические произведения, телефильмы и т.д. С одной стороны, решение данного вопроса лежит в плоскости минимального творчества, необходимого для признания какого-либо объекта произведением. С другой стороны, при квалификации, например, телевизионного шоу «Ты – супер», которое транслировалось на канале НТВ, в качестве аудиовизуального произведения следует говорить о меньшей степени правовой защиты, чем, если бы речь шла о художественном фильме «Остров» режиссера Павла Лунгина. В противном случае это привело бы к созданию монополии у правообладателей формата и больше никто не смог бы создать такое же шоу.

Содержание произведения. Таким образом, несмотря на критику учения об охраняемой форме и о неохраноспособном содержании, как в иностранной, так и в отечественной литературе, при решении вопроса о том, является ли произведение независимо от вида объектом авторского

³⁹⁵ Ананьева А.Ю. Формат аудиовизуального произведения в трансграничных частноправовых отношениях. Автореферат дис.... на соискание ученой степени к.ю.н. М., 2020. С.9.

права, необходимо выделить следующие признаки³⁹⁶: во-первых, творческий характер деятельности по созданию произведений науки, литературы и искусства; во-вторых, объективная форма выражения.

Для раскрытия содержания первого признака, важно, что в любом произведении различают структурные элементы формы произведения и элементы его содержания. Например, в произведении художественной литературы к элементам формы относят: язык, художественные образы, последовательность изложения материала, а к элементам содержания — тему, сюжет, идейные достоинства и т. п.³⁹⁷. Элементы содержания различных произведений не являются оригинальными, т. е. могут быть повторно созданы другими лицами, работающими независимо от первого автора и, соответственно, авторским правом не охраняются. Однако элементы содержания произведения, хотя и не получают прямой охраны на основе авторского права, пользуются вместе с тем косвенной охраной, поскольку они выражены в какой-либо оригинальной форме.

По ранее действовавшему законодательству использование элементов содержания чужого произведения в новой форме именовалось «созданием нового, творчески самостоятельного произведения»³⁹⁸ и могло осуществляться без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения, но с обязательным указанием фамилии автора, произведение которого было использовано, и источника заимствования. В настоящее время только по моральным соображениям автор, использовавший в своем произведении идею, метод, процесс из чужого произведения, должен дать ссылку на источник заимствования³⁹⁹.

В соответствии с п. 7 ст. 1259 ГК РФ авторские права распространяются на часть произведения, на его название, персонаж, если по своему характеру они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора. Авторское право распространяется на любые части произведения если такие части:

- 1) сохраняют свою узнаваемость как часть конкретного произведения при их использовании отдельно от всего произведения в целом и
- 2) сами по себе отдельно от всего произведения в целом могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и выражены в объективной форме.

³⁹⁶ Ранее действовавшее законодательство предусматривало ряд дополнительных условий для признания некоторых произведений объектами авторского права. Так, например, авторским правом охранялись только те произведения фотографии и произведения, полученные способом, аналогичным фотографии, на каждом экземпляре которых были указаны имя автора, место и год выпуска в свет.

³⁹⁷ Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. — М., 1972. С. 56-57.

³⁹⁸ См.: Пункт 1 ст. 492 ГК РСФСР 1964 г.//СПС «Гарант»

³⁹⁹ См.: Гаврилов Э. П. Комментарий Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах». М., 1996. С. 3.

До появления п. 7 ст. 1259 ГК РФ персонаж подпадал под понятие части произведения, указанное в п. 3 ст. 6 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» 1993г. Самостоятельная жизнь персонажа началась с введением в действие части четвертой ГК РФ. Фактически для охраны персонажа требуется отсутствие заимствования, вторичности и распространенности, т. е. важна уникальность созданного образа. Тем не менее на практике доказать уникальность созданного героя непросто. В США сложилась широкая судебная практика по делам об охране персонажей. Как следствие, существует определенная свобода судебного усмотрения в части предоставления персонажу правовой защиты. Одни судьи требуют, чтобы персонаж обязательно являлся основой произведения, другие признают персонаж объектом авторского права, если он служит особенной формой выражения идеи автора. В современной американской правоприменительной практике мультипликационные и экранизированные персонажи охраняются чаще, чем литературные; последние обычно признаются лишь частью общего замысла⁴⁰⁰. Действительно, если персонаж нераскрыт, невзрачен, то он лишается правовой защиты, если же образ формализован через характер, множество деталей, раскрывающих персонаж, то суды признают за ним охрану авторским правом. При этом есть понятие «шаблонный персонаж» (stock character) это общеизвестный персонаж, сложившийся стереотип, как, например, английский дворецкий, французская горничная, которые не получают авторско-правовую защиту. Данная позиция была сформулирована в деле *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, в котором истец — писатель, драматург, написавший пьесу, по сюжету которой еврейский мальчик женился на католической девушке против воли семьи. Ответчиком по иску были режиссеры, снявшие аналогичный фильм, в котором мальчик-католик женился на еврейской девушке. Суд при рассмотрении дела по существу установил, что эти персонажи являются шаблонными и не являются охраноспособными с точки зрения авторского права⁴⁰¹.

В российской практике под персонажем понимают часть произведения, содержащую описание или изображение того или иного действующего лица в форме, присущей произведению: письменной, устной, в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме и др. При этом согласно абз. 2 п. 82 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 суд будет учитывать, обладает ли конкретное действующее лицо достаточно индивидуализирующими его характеристиками, в частности

⁴⁰⁰ См.: Фридман В. Э. Охрана частей и структурных элементов произведения как объектов авторского права в России и США : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

⁴⁰¹ См.: *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45F. 2d 119 (2^d Cir. 1930) [Electronic resource] // URL: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/1930%20Nichols.pdf>

движения, голос, мимика, речевые или другие особенности, в силу которых лицо является узнаваемым даже при использовании его отдельно от всего произведения в целом. При наличии индивидуализирующих характеристик действующего лица его охраноспособность в качестве персонажа предполагается. Сказанное означает, что автор литературного персонажа не может считать свои права нарушенными, если на основе его литературного произведения будут созданы художественный персонаж, рисунок, картина, иллюстрация или сценический образ в спектакле либо в фильме, поскольку сферы их деятельности не совпадают. В таком случае на первый план выходит необходимость точного определения существенных и отличительных признаков персонажа, выделяющих его по сравнению с обычными персонажами (героями), которые не охраняются авторским правом.

Мы поддерживаем точку зрения Верховного Суда РФ, по мнению которого персонажем аудиовизуального произведения могут являться созданные и зафиксированные в аудиовизуальном ряде мультфильмов динамически рисованные (кукольные) образы главных героев, в отличие от других действовавших героев обладающие такой совокупностью признаков, которые делают их оригинальными, узнаваемыми и отличающимися от других героев в силу их внешнего вида, движений, голоса, мимики и иных признаков, предназначенных для зрительного и слухового восприятия (в случае сопровождения звуком)⁴⁰².

Необходимо обратить внимание еще на одно обстоятельство, отмеченное в пункте 82 Постановления Пленума № 10 от 23.04.2019г. В соответствии с разъяснениями Верховного суда, «в отношении персонажа произведения не используется понятие сходства до степени смешения. Наличие внешнего сходства между персонажем истца и образом, используемым ответчиком, является лишь одним из обстоятельств, учитываемых для установления факта воспроизведения используемого произведения (его персонажа)». Действительно, критерий сходства до степени смешения должен рассматриваться в совокупности с другими критериями: оригинальностью, творческим уровнем используемых элементов и др. Однако опрометчиво не учитывать субъективный момент, когда на суд влияет известность автора, книги которого издаются многомиллионными тиражами. Здесь может сыграть роль экономический интерес вместо юридического. Хотелось напомнить известный процесс, проходивший в Нидерландах и Великобритании, где предметом судебного разбирательства стали книги «Гарри Поттер и философский камень» и «Таня Гроттер и волшебный контрабас». В заключение эксперта по этому делу указывалось, что жанр, сюжет, персонажи сопоставляемых книг настолько схожи, что

⁴⁰² См.: Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 23 сентября 2015 г. (п. 9).

нет оснований считать книгу «Таня Гроттер и волшебный контрабас» оригинальным произведением. Как следствие экземпляры книг «Таня Гроттер...» были изъяты из оборота в ЕС.

В этой связи представляются бесперспективными попытки увеличить количество критериев для признания того или иного произведения объектом авторского права, в том числе путем внедрения в законодательство дополнительных «формальностей»⁴⁰³. Между тем динамика развития авторского права, связанная с цифровизацией, гармонизация законодательства об охране авторских прав и, как следствие, общность законодательных подходов предопределяют выработку неких общих для национальных правопорядков критериев, свидетельствующих о наличии в произведении минимальной творческой составляющей, что позволит их признать охраноспособными. Изложенное позволит понять точку зрения А.В. Кашанина о введении понятия *уровня* творческого характера объекта, то есть изменение творчества *по степеням*. При этом необходимо договориться только о минимальном уровне творческого характера охраноспособного произведения, который должен *явно* превышать средний уровень интеллектуальных продуктов, создание которых для среднего специалиста в соответствующей области носит механический характер, сводится к простой ручной и рутинной работе⁴⁰⁴. Если объект «перешагивает» эту границу, то он охраноспособен, если не может «перевалить» за условную черту, то ему отказывают в охраноспособности с точки зрения авторского права.

А.С. Ворожевич критикуя позицию А.В. Кашанина, ссылается на использование в отношении объектов авторского права уже хорошо известного условия охраноспособности, но применительно к производным произведениям – это критерий существенной части. По ее мнению, он до сих пор не получил признания и теоретического осмысления в цивилистике (не только отечественной, но и западной) в качестве полноценной доктрины. Между тем, в той или иной мере ссылки на него можно встретить, как научных публикациях, так и в судебной практике. Критерием существенной части оправдано пользоваться и в тех случаях, когда нарушитель не перерабатывает чужое произведение, а просто использует в своей деятельности отдельные его элементы, например, персонаж. Иными словами, в соответствии с данной концепцией контроль правообладателя (исключительное право) распространяется не только на

⁴⁰³ Так, в нашей стране депонирование — это факультативная платная услуга, которая предоставляется, например, Российским авторским обществом (РАО). Автору выдается именное свидетельство на его произведение за определенным номером и с указанием даты выдачи. В определенных случаях депонирование может сыграть решающую роль в разрешении судебного спора: свидетельство будет являться доказательством того, что произведение одного автора возникло ранее произведения другого.

⁴⁰⁴ Кашанин А.В. Развитие механизма демаркации в авторском праве континентальной Европы//Вестник Гражданского права №3, 2011. Том 11. С. 61-101.

случаи использования всего произведения, но и на использование существенных частей произведения. При этом, ученый отмечает, что понятие «существенной части» довольно расплывчато, и даже очень небольшая часть работы может быть признана существенной⁴⁰⁵.

При установлении «существенности» используемой части должен учитываться, как количественный аспект, так и качественный. В первом случае учитываются такие показатели, как количество знаков, слов, соотношение используемого фрагмента со всем произведением. Во втором важность значимость части для создания выразительного эффекта в оригинальной работе. Качественный и количественный параметр сообщаются между собой, отмечает исследователь. Чем выше творческий уровень, оригинальность фрагмента, тем меньшим он может быть по размеру для получения правовой охраны. В некоторых (пусть и достаточно редких) случаях правообладатель может контролировать даже использование отдельных фраз, словосочетаний. В случае с произведениями с *высоким* уровнем творчества и оригинальности для установления переработки достаточно заимствования нескольких основных черт произведения, для произведения с *низким* уровнем творчества – совпадения большинства элементов. Введение таких механизмов означало бы, строго говоря, решение вопроса об охраноспособности произведения отдавать всецело на откуп судьям и полностью зависеть от их субъективного правосознания. Критерий «уровня» творческого характера деятельности предполагает формулирование объективных требований к объектам авторского права и базам данных, таких как: 1) несводимость к простой, рутинной и ручной работе; 2) критерий явного превышения этого уровня (то есть, это не должно быть *только* проявлением профессионализма, навыков, способностей создателя).

В отличие от советского законодательства для признания произведения объектом авторского права не требуется наличия возможности его воспроизведения. Это означает, что охраной пользуются такие объекты, которые вообще невозпроизводимы или невозпроизводимы в настоящее время в связи с отсутствием необходимых технических средств. Произведение считается выраженным *в объективной форме* и получает охрану по авторскому праву независимо от того, может ли такая объективная форма выражения произведения восприниматься непосредственно органами чувств – зрение, слух или она воспринимается человеком лишь с помощью каких-либо технических средств. Это обусловлено тем, что поскольку сам объект (произведение) существует нематериально, то без выражения в объективной форме произведение не может быть воспринято другими людьми и не может быть

⁴⁰⁵ Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М., 2020. С. 154.

признано объективно существующим. Для того, чтобы творческие замыслы автора стали доступны обществу они должны выразиться во вне, объективироваться. Объективная форма, как правило, совпадает с понятием материальной формы, однако понятие объективной формы более широкое, чем понятие материальной формы. В законодательстве (ч.2 п.3. ст.1259 ГК РФ) конкретизируется понятие объективной формы и предусматривается её примерный перечень. В частности к последней относится: письменная (рукопись, машинопись, нотная запись и т.д.); устная (публичное исполнение, публичное произнесение и т.д.); звуко или видеозаписи (механическая, магнитная, цифровая, оптическая и т.д.); изображения (рисунок, эскиз, картина, план, чертеж, кино -, теле -, видео и фотокадр и т.д.); объемно-пространственная (скульптура, модель, макет, сооружение и т.д.). Форма объективного существования произведения может быть связана с каким-либо материальным носителем или не связана с ним, например, существование произведения только в устной форме. В американском законодательстве в качестве требований охраноспособности применительно к объектам авторского права выступает оригинальность и наличие вещественной формы (a work is «fixed»),⁴⁰⁶ то есть объект должен быть воплощен в материальном носителе. Долгое время в судебной практике обсуждался вопрос об охраноспособности скульптур из песка и льда, «боди арт». Вещественная форма есть, но, она недолговечна, соответствует ли это предъявляемым требованиям? Американские суды пришли к единому мнению, что вещественная форма была, пусть и непродолжительное время, следовательно, произведение охраноспособно. Безусловно, объективная форма выражения не совпадает с вещественной формой, объективная форма является более широким и правильным условием, особенно, с учетом цифровой формы современных результатов интеллектуальной деятельности. Имеются в виду, все, чаще встречающиеся в средствах массовой информации заголовки о том, что биткоин - элита тратит миллионы долларов на приобретение цифрового искусства. Правообладание на цифровые произведения искусства обеспечивается при помощи NTF – токенов. Суть его заключается в том, что, это эксклюзивный криптоактив, который невозможно поделить на несколько частей или подделать. Такой токен не является условной единицей и имеет отношение к конкретному цифровому объекту. NTF – токены привлекли к себе внимание в 2017 году, когда канадская компания Axiom Zen представила игру, которая работает на базе блокчейна Ethereum. Так, каждый участник может приобрести NTF – токен кота (изображение кота) за Ethereum, а затем скрестить его с котами других игроков. Чем старше кот, тем он дороже. Изображение «старого» кота может стоить более 130 тыс.дол.США. Но,

⁴⁰⁶ The U.S. Copyright Act of 1976 (Title 17 U.S.C. ph.101) P.289
[//www.aspenlawschool.com/kieff_nack_intellectualproperty](http://www.aspenlawschool.com/kieff_nack_intellectualproperty)

цифровые котики далеко не единственный NTF – актив. По данным сайта NonFungible.com, который профессионально исследует эту сферу, рынок цифрового искусства (права на цифровые картины и картинки) в 2020 году вырос на 300% по сравнению с 2019 годом, достигнув оборота в 250 млн. дол. США. Среди цифровых художников есть те, чьи работы продаются в разы дороже, чем аналоговое искусство. Например, американец Майк Винкельман (Beeple) недавно продал токен на свою работу за 777 млн.дол.США, а стоимость пиксельных изображений с лягушкой-мемом Рере на OpenSea доходит до 147 тыс.дол. Лет десять назад это все казалось, по крайней мере, странным. Идея оплаты за приобретение символического права на цифровые изображения, которые находятся где то в сети и которые любой желающий может загрузить на свой компьютер была ироничной. Сегодня приобретателей цифрового искусства все больше и больше. Это и криптомагнаты, которые ищут возможность инвестировать в перспективные направления свои сбережения и инвесторы, изучающие рынок криптовалют и исследующие способы входа в него, а также сами художники. Привлекают внимание и онлайн – аукционы, на которых продаются цифровые картины. Галеристы предупреждают о переходе на электронные площадки и об ускорении культурного сдвига в сторону цифровизации, отчасти вызванного закрытием музеев и галерей из-за пандемии. Цифровой мир предлагает исключительные возможности для художников, коллекционеров, музеев и галерей, но, и создает ранее неизвестные вызовы для общества. Дело в том, что обладатели цифрового искусства могут использовать фальшивые учетные записи для вмешательства в процесс торгов и искусственно увеличивать цену таких «предметов» или участвовать в аукционе с анонимной криптовалютой, в этом случае, нарушителей гораздо сложнее вычислить⁴⁰⁷.

Таким образом, одним из основных последствий цифровой формы объекта авторского права является изменение режима распространения результатов интеллектуальной деятельности. Аналоговая форма в отличие от цифровой предполагает определенные ограничения при использовании и распространении экземпляра произведения. При создании экземпляра произведения в аналоговой форме произведение записывается на материальный носитель. Пользователи получают доступ к произведению, приобретая право собственности на материальный носитель. При передаче материального носителя никакие права на произведения пользователю не передаются, так как в этом нет надобности. Хранение, ознакомление с произведением не требуют наличия исключительных прав и не считаются использованием. Кроме того, копирование объекта в аналоговой форме требует затратить определенные усилия:

⁴⁰⁷ <https://www.wired.co.uk/article/crypto-art-ntf>

время, материальные средства, исключается одновременный доступ к произведению неограниченного круга лиц, сам материальный носитель, будучи объектом реального мира, подлежит износу.

В случае с произведением в цифровой форме материальный носитель необязателен. Пользователь получает доступ к произведению в режиме on line в окне браузера, посредством загрузки данного произведения в память технического устройства. Запись произведения в память устройства в свою очередь представляет собой акт его воспроизведения (пп.2 п.1 ст.1270 ГК РФ). В силу нематериального характера предоставляемых прав и отсутствия связи произведения с материальным носителем в отношении цифровой формы произведений получили распространения лицензионные соглашения. Как отмечает А.И. Савельев, регулирование отношений по использованию объектов интеллектуальной собственности в цифровой форме осуществляется единолично правообладателем, а пользователь оказывается в менее выгодном положении, чем обладатель материального экземпляра⁴⁰⁸.

Легкость копирования объектов в цифровой форме, а также последующего их распространения в сети Интернет имеет в качестве обратной стороны последствия в виде легкости нарушения интеллектуальных авторских и смежных прав, а также сложности контроля за такими нарушениями. В целях предотвращения нарушений авторских и смежных прав правообладателями используются технические средства защиты. В.О. Калятин отмечает, что благодаря таким инструментам как: использование различных лицензионных практик и технических мер защиты, происходит расширение контроля правообладателей⁴⁰⁹. Так, правообладатель получает право фактически контролировать личное использование пользователем произведения, в противовес принципу исчерпания права, в соответствии с которым не требуется разрешение автора на чтение, просмотр или прослушивание произведения.

Проблемы правовой охраны «нетрадиционных» объектов авторского права

С развитием цифровых технологий многие результаты интеллектуальной деятельности подверглись значительным изменениям, модификации, практически полностью переместившись в информационную среду, утрачивают материальный носитель, в котором выражаются создаваемые результаты интеллектуальной деятельности, теряя свою вещественную форму. В

⁴⁰⁸ Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М., 2016. С. 222 - 224.

⁴⁰⁹ Калятин В.О. Проблема ослабления имущественных прав в цифровой среде // Вестник гражданского права. 2018. N 6. С. 30 – 40.

последнее время суды, рассматривая споры, связанные с созданием, использованием и распоряжением правами на программы для ЭВМ и базы данных неоднозначно, а порой противоречиво применяют нормы части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, а это приводит к злоупотреблениям в указанной сфере. Так, 27 ноября 2020 года Суд по интеллектуальным правам совместно с Московской государственной юридической академией им. О. Е. Кутафина (МГЮА) в рамках Московского юридического форума «Кутафинские чтения» провел заседание Научно – консультативного совета в онлайн – формате на тему «Применение норм Гражданского кодекса Российской Федерации о правовой охране программ для ЭВМ и баз данных»⁴¹⁰. Это связано с тем, что наши традиционные представления в указанной сфере оказываются неэффективными, особенно, с учетом трансформации информационных технологий, все более широким распространением Интернета среди пользователей в связи с технической простотой и дешевизной представления, обработки, передачи, доступа и распространения информации в цифровой форме. Возникновение и развитие прорывных технологий стало возможным благодаря практически повсеместному использованию «облачных» технологий, которые позволяют обеспечить вычислительные мощности. К прорывным технологиям, например, относят Интернет вещей (Internet of Things) – концепция, позволяющая подключенным к сети предметам взаимодействовать между собой, оставляя в интернет пространстве цифровой след. Облачные вычисления это способ передачи вычислительных ресурсов в виде обслуживающей сервисной программы по сети, обычно «Интернет», которая адаптируется в соответствии с требованиями пользователя. Универсальность таких систем удовлетворяет условиям среды, где спрос на ресурсы информационных технологий изменяется в пространстве и во времени в значительной степени. Облако является высокоэффективной технологией, которая позволяет проявить потенциальную производительность больших объемов данных и поддержать установку устройств мобильной связи или приложений в больших количествах.⁴¹¹

Эти процессы обуславливают необходимость глубоко анализа правового регулирования программ для ЭВМ и баз данных, изучения гражданско – правовых аспектов их охраноспособности с учетом недопущения нарушения баланса интересов правообладателей и пользователей.

⁴¹⁰ <https://ips.arbitr.ru/node/14428>

⁴¹¹ David Linthicum. Understanding the Symbiosis of Cloud Computing, Big Data and Mobile (March 13, 2013). Режим доступа: <https://gigaom.com/2013/03/13/understanding-the-symbiosis-of-cloud-computing-big-data-and-mobile/>

Для того, чтобы лучше понять существо и логику правового режима указанных объектов, необходимо обратиться к истории их возникновения. Так, первоначально программное обеспечение находилось в ведении производителей ЭВМ и передавалось пользователям в комплекте с ЭВМ. Но с появлением персональных компьютеров возник спрос на разнообразное программное обеспечение. Компьютерные программы начинают приобретать черты товара, являясь в то же время объектами нематериальными. Всеобщая компьютеризация, охватившая все сферы жизнедеятельности общества, привела к тому, что право разработало юридическую форму для программ ЭВМ и баз данных как специфических объектов комплексного правового регулирования.

Следует отметить, что впервые в мире программы для ЭВМ в качестве объекта интеллектуальной собственности были признаны в США в 1961 г., но, более полная дефиниция компьютерной программы была сформулирована уже позже в Законе США об авторском праве (U.S. Copyright Act, 1976)⁴¹². Согласно разделу 101 данного закона под компьютерной программой (computer program) понимается набор операторов и инструкций, подлежащих прямому или косвенному исполнению компьютером для достижения определенного результата. Данное определение было изначально сформулировано в Заключительном отчете Национальной комиссии по вопросам новых технических способов использования объектов авторского права (CONTU), впоследствии внесено в текст данного закона 12 декабря 1980 г. и стало своего рода стандартом определения компьютерной программы, являющимся актуальным и по сей день⁴¹³.

Международные акты, затрагивающие вопросы защиты прав интеллектуальной собственности на компьютерные программы, не содержат собственно определения компьютерной программы, ограничиваясь указанием о ее защите как литературного произведения. Не все зарубежные правовые порядки могут похвастать наличием легальной дефиниции компьютерной программы. Одним из наиболее ранних источников, где фигурирует дефиниция компьютерной программы, являются Модельные положения о защите компьютерных программ, подготовленные Всемирной организацией интеллектуальной собственности (WIPO). В соответствии с ними под компьютерной программой понимается совокупность инструкций, которые, будучи инкорпорированными на машиночитаемый носитель, обуславливают

⁴¹² International, United States, and European Intellectual Property. Aspen Publishers, 2010.

⁴¹³ Савельев А.И. Лицензирование программного обеспечения в России: законодательство и практика. - "Инфотропик Медиа", 2013 г.

отображение, совершение или достижение определенного результата либо задачи машиной, пригодной для совершения вычислительных операций (ст. 1 (i))⁴¹⁴.

На территории нашей страны первым значительным актом в сфере производства и использования программного обеспечения можно считать постановление Государственного комитета по науке и технике (ГКНТ) от 10.12.1979 № 581 «О повышении эффективности функционирования и использования Государственного фонда алгоритмов и программ». Постановление предписывало создание названного государственного фонда, который представлял собой единую систему на базе многочисленных отраслевых и территориальных фондов, куда разработчики обязаны были сдать свое программное обеспечение в течение трех месяцев после завершения его разработки и испытаний.

Можно указать, что на уровне закона программы для ЭВМ и базы данных в качестве объектов интеллектуальной собственности были упомянуты в Законе РСФСР от 24.12.1990 № 443-1 «О собственности в РСФСР» среди прочих объектов интеллектуальной собственности, однако не было определено, к какому институту права относится режим их правовой охраны. В ст. 134 разд. 4 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.1991 № 2211-1, вступивших в силу в Российской Федерации с 3 августа 1992 г., программы ЭВМ и базы данных были отнесены к объектам авторского права. С принятием Закона РФ от 23.09.1992 № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» и Закона РФ от 09.07.1993 № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» было окончательно зафиксировано, что программы для ЭВМ и базы данных являются объектами авторского права, при этом программы для ЭВМ отнесены к произведениям литературы, а базы данных — к сборникам, и их использование регулируется нормами соответствующих законов. При разработке упомянутых законов были учтены основные положения Директивы ЕС 91/250/ЕЭС от 14 мая 1991 г. «О правовой охране компьютерных программ» и нормы национальных законодательств ведущих стран в области вычислительной техники⁴¹⁵.

В рамках действующего законодательства программой для ЭВМ является представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая

⁴¹⁴ См.: WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Programs: Zweigert, K. and J. Kropholler. Sources of International Uniform Law, Volume III-A, Law of Copyright, Competition and Industrial Property, ed. by G. Kolle and H.P. Kunz-Hallstein, Alphen an den Rijn / Germantown. 1979. P. 72-73.

⁴¹⁵ Европейское право интеллектуальной собственности: основные акты Европейского союза / Под общ. Ред. Е.А. Павловой. М.: Статут, 2016.

подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения (ст. 1261 ГК РФ).

Авторские права на все виды программ для ЭВМ (в том числе на операционные системы и программные комплексы), которые могут быть выражены на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код, охраняются так же, как авторские права на произведения литературы. Конститутивными признаками произведения литературы как объекта авторского права являются творческий характер деятельности и объективная форма выражения. При этом в структуре произведения традиционно выделяются юридически значимые (форма произведения) и юридически безразличные (содержание произведения) элементы. К юридически значимым и, следовательно, обязательно оригинальным элементам произведений литературы относят художественные образы (внутренняя форма) и язык произведения (внешняя форма). Проблемы правовой охраны элементов иных видов произведений остаются малоизученными. Однако в специальной литературе в структуре программного средства выделяют такие элементы, как поставленная задача, ее решение в виде математической модели, компьютерный алгоритм и собственно компьютерная программа. Статья 1261 ГК РФ исчерпывающе определяет круг охраняемых элементов компьютерной программы. К таковым, прежде всего, относятся так называемые литеральные элементы программ для ЭВМ, под которыми понимаются исходный текст и объектный код программы. Исходный текст — это код в читаемой форме, понятный программисту, он пишется на одном из языков программирования. На деле исходный код представляет основную ценность программы. Объектный код — это код, который понятен машине, он выражается в двоичной форме, т. е. как совокупность нулей и единиц. По сути этот исполняемый код появляется в результате взаимодействия кода и компилятора — специальной программы.

Согласно действующему законодательству охране подлежат и нелитеральные компоненты программы — аудиовизуальные отображения, которые включают в себя всю последовательность, структуру и организацию программы, выводимой на экран, или другими словами, пользовательский интерфейс. Помимо исходного текста, объектного кода и аудиовизуальных отображений компьютерной программы⁴¹⁶, правовой охране подлежат

⁴¹⁶ В литературе высказывается мнение о том, что подготовительные материалы являются лишь промежуточным результатом разработки компьютерной программы, не могут быть одновременно самой программой подобно тому, как наброски, эскизы, черновые записи и т.п. еще не являются законченным произведением. Компьютерная программа порождает определенные аудиовизуальные отображения и это рассматривается как результат функционирования программы. Без этого элемента программа не может обеспечить связь и взаимодействие с

элементы, традиционно охраняемые авторским правом: название программы и подготовительные материалы, которые можно сравнить с черновиками литературного произведения. Название программы будет охраняться, если оно оригинально и отражает творческую самостоятельность автора. Название компьютерной программы также может защищаться правообладателем путем его регистрации.

Легального определения подготовительных материалов программы для ЭВМ отечественное законодательство не содержит. Для уяснения смысла этого понятия целесообразно обратиться к Типовым положениям об охране программного обеспечения вычислительных машин, принятым ВОИС в 1978 г.⁴¹⁷ В них содержится практически идентичный термин «вспомогательный материал», под которым понимается материал, созданный с целью облегчения понимания или применения программы, например описание проблемы и инструкция для пользователей.

Остальные элементы программы для ЭВМ являются неохраняемыми. Важнейший из них — это алгоритм компьютерной программы. Его можно определить как сжатым образом зафиксированную идею программы, по которой должен работать компьютер. На основе одного алгоритма можно написать несколько текстуально различных программ, основанных, тем не менее, на одной идее решения задачи. Алгоритм — основной структурный компонент программы, отражающий ее суть и содержание. Однако, согласно п. 5 ст. 1259 ГК РФ авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования (принцип дихотомии). Таким образом, алгоритм лишен правовой защиты, охраняется лишь его реализация в идее той или иной программы. Следует обратить внимание на то, что также лишены правовой охраны следующие элементы: назначение программы; процедура, избираемая для решения проблемы, которая включает в себя не только использование кибернетических ресурсов, но и разработку способа сопряжения компьютерной системы со средствами ввода и вывода данных, требующих применения процессов, отдельных от системы; стиль программирования.

пользователем — интероперабельность. См.: Яковенко Д.А. Способы передачи исключительного права на программы для ЭВМ по праву Германии и России. Автореферат дис... на соискание ученой степени к.ю.н. М., 2013.С.15.

⁴¹⁷ // Публикация ВОИС 814. Женева 1978.

Приведенные дефиниции компьютерной программы, отмечает А.С. Савельев⁴¹⁸, позволяют выделить ключевую особенность компьютерной программы как объекта авторского права: ее прикладной - технический - характер. В отличие от обычных литературных произведений целью компьютерной программы является не сообщение определенной информации другим людям, а инструктирование компьютера для достижения им определенного результата. В отрыве от компьютера компьютерная программа не имеет никакой ценности. Более того, ценность компьютерной программы заключается далеко не в ее исходном тексте, а в ее "поведении", т.е. в том результате, к которому приводит реализация инструкций, заложенных в ней. При написании исходного кода программист при выборе его формулировок руководствуется не эмоциональными или эстетическими, а сугубо утилитарными соображениями. Вопрос не в том, насколько красивее "звучит" та или иная команда, а в том, насколько она эффективно выполняет свою функцию. Если поведение компьютерной программы бесполезно для пользователя, то он никогда не купит ее, каким бы оригинальным и творческим ни был ее исходный текст⁴¹⁹.

Следует отметить, что современное российское законодательство не использует термин "компьютерная программа", как это делается в международных конвенциях и договорах, а также ряде зарубежных правовых порядков. Вместо этого используется понятие "программа для ЭВМ", для целей настоящего исследования, понятия "компьютерная программа" и "программа для ЭВМ" являются синонимами, но предпочтение отдается второму из них как соответствующему отечественному позитивному регулированию.

В рамках Научно – консультативного совета обсуждался вопрос о таком элементе компьютерной программы как дистрибутив, может ли дистрибутив программы для ЭВМ наравне с самой программой рассматриваться как самостоятельный объект авторских прав? Под дистрибутивом предлагается понимать форму распространения программного обеспечения, которая обычно содержит программы для инициализации системы, программу – установщик и набор специальных файлов, в совокупности образующих систему (ядро) программы. Можно предположить, что в том случае, если инсталлированная программа и программа в виде дистрибутива являются одной и той же компьютерной программой, поскольку в их основе лежит один и тот же исходный код, то их совместное неправомерное использование должно

⁴¹⁸ Савельев А.И. Лицензирование программного обеспечения в России: законодательство и практика. - "Инфотропик Медиа", 2013 г.

⁴¹⁹ Л. Чернейко и Е. Данилина отмечают, что "текст программы по своей структуре действительно ближе к некой инструкции, чем к литературному произведению". См.: Чернейко Л., Данилина Е. Программа для ЭВМ как литературное произведение // Российская юстиция. 2002. N 11.

образовывать один факт нарушения. В том случае, если в результате сопоставительного сравнительного анализа⁴²⁰ выяснится, что дистрибутив имеет самостоятельное использование, отдельное от программы для ЭВМ и различие между исходными кодами, то дистрибутив может рассматриваться, в качестве самостоятельного объекта, при условии соответствия критериям охраноспособности по аналогии с произведениями литературы.

Дискуссия о сходстве или совпадении целей и функций одной программы для ЭВМ с целями и функциями другой программы не может сама по себе служить основанием для выводов об их тождественности. Сходство целей и функций двух программ для ЭВМ свидетельствует лишь о том, что их работа на ЭВМ или на других компьютерных устройствах позволяет получить сходный результат и для его получения выполняются сходные команды. В качестве довода о критерии тождественности выступает установленный факт идентичности исходного текста (исходного кода) программы⁴²¹. Таким образом, по российскому праву, компьютерная программа будет признаваться объектом авторского права, если она создана творческим трудом автора. В условиях, когда оригинальность, понимаемая как уникальность и неповторимость, более не является выражением творческого начала, единственным критерием остается самостоятельность ее создания.

Чрезвычайный экономический интерес, связан в настоящее время с использованием баз данных. Базы данных, в принципе, можно рассматривать как традиционный объект авторского права, как сборники и другие составные произведения, лишь закрепленные в особой форме, так называемое составительское творчество⁴²². С точки зрения авторского права во всяком сборнике, в том числе и в базах данных, результат творческой деятельности выражается в особом подборе, расположении и организации данных. Содержание базы данных составляют информация и материалы, из которых база данных составлена. В качестве юридически значимого элемента выступает форма подбора, организации и представления этих материалов. Фактически база данных есть представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов),

⁴²⁰ Например, исследование распечаток исходных кодов (листингов) сравниваемых программ для ЭВМ может быть достаточно для вывода об использовании/неиспользовании программного кода программы для ЭВМ в составе иной программы для ЭВМ// См. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 22.01.2020 по делу № А40 – 21788/2018.

⁴²¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19.03.2020 по делу №А40-161684/2018.

⁴²² Систематизация, то есть приведение в единство разрозненных научных, литературных или иных материалов, если она самостоятельна, представляет собой вид творчества, с которым связаны определенные правовые последствия.

систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ⁴²³.

Таким образом, центральным элементом базы данных, которое выделяет определение, является совокупность материалов, в отношении которой устанавливаются соответствующие признаки (самостоятельность, систематизированность). Совокупность материалов соответственно рассматривается в целостности, как единство формы и содержания. Благодаря этому появляется возможность устанавливать регулирование как в отношении формы, в этом случае основными являются подбор и расположение материалов, т. е. действия, связанные с систематизацией, так и в отношении содержания, применительно к охране уже не базы данных в целом, а ее материалов от несанкционированного повторного использования. Когда речь идет о подборе и расположении материалов, то мы имеем дело с формой представления базы данных, в отношении которой действуют нормы авторского права о составных произведениях. С учетом сказанного, можно сформулировать ответ, что в качестве базы данных охраняется любой набор, любая совокупность самостоятельных данных существующих в электронной форме. Самостоятельность в данном контексте понимается как самостоятельная имущественная ценность материалов независимо от базы данных в целом.

Авторские права составителя и иного автора составного произведения охраняются как права на самостоятельные объекты авторских прав независимо от охраны прав авторов произведений, на которых основано составное произведение, в том числе и база данных. Также автор произведения, помещенного в сборнике или ином составном произведении, вправе использовать свое произведение независимо от составного произведения, если иное не предусмотрено договором с создателем составного произведения. Авторские права на составное произведение не препятствуют другим лицам создавать свои составные произведения путем иного подбора или расположения тех же материалов. Таким образом, исключительное право автора производного или составного произведения возникает в силу факта создания такого произведения, но использоваться такое произведение может только с согласия авторов или иных правообладателей использованных произведений на переработку их произведения или на включение его в составное произведение. Неправомерное использование производной (составной) программы для ЭВМ или базы данных нарушает исключительное

⁴²³ В странах общего права требование об обработке материалов с помощью ЭВМ не является обязательным, тем самым они распространяют указанный правовой режим на бумажные и иные базы данных.// См.: United States Code / Office of the Law Revision Counsel 2006 Edition and Supplement IV; laws through 1/7/2011.

право как правообладателя производного или составного объекта, так и правообладателей использованных произведений.

В связи с этим интерес представляет Директива № 96/9/ЕС «О правовой охране баз данных»⁴²⁴, в которой помимо традиционных аспектов авторского права, предусматривается защита баз данных правом *sui generis* (правом особого рода). Сущность этой конструкции заключается в том, чтобы признать базу данных единственным в своем роде произведением, так как она предполагает не только творческую деятельность при отборе и классификации данных, но и творчество особого характера. Статья 10 Директивы предусматривает защиту объекта на принципах самостоятельности охраны в случаях, если любое значительное изменение, накопление или удаление информации, имеющее качественную или количественную оценку, позволяет подойти к произведенным добавлениям, удалениям или изменениям в соответствующей базе данных как к объекту, вместившему в себя значительные новые вложения. Созданная таким образом база данных получит охрану на основании права «особого рода». В рамках указанной Директивы защита предоставляется не произведению как таковому, вопреки традиции авторского права, а тем инвестициям, которые были вложены в создание объекта — базы данных⁴²⁵. В завершённом виде основное отличие права *sui generis* от исключительного права автора заключено в объекте защиты: если право автора позволяет контролировать использование структуры базы данных, то право *sui generis* касается ее содержания. Иными словами, охрана базы данных с точки зрения ее содержания — это охрана от несанкционированного доступа и повторного использования материалов, включенных в базу данных, уже не средствами авторского права, а в рамках режима *sui generis*⁴²⁶. В странах общего права для этих целей (*database right*) применяют институты контрактного права, коммерческой тайны, недобросовестной конкуренции и неосновательного обогащения (см. Title 17 U. S. Code)⁴²⁷.

Таким образом, в часть четвертую ГК РФ (ст. 1333) было введено специальное, смежное право изготовителя базы данных на составляющие базу материалы, существующее независимо

⁴²⁴ См.: Законодательство Европейского Союза об авторском праве и смежных правах: сб. директив Европейского парламента и Совета в области авторского права и смежных прав / под ред. В. В. Орловой. М., 2002.

⁴²⁵ Именно, французские ученые предлагали ввести конструкцию прав *sui generis* в сферу международно-правовой охраны прав составителей баз данных. См.: Copyright and Related right in the Information Society. Brussels. 19 July 1995.

⁴²⁶ Такое положение вещей, отмечает Е. А. Войниканис, является привычным для ряда Скандинавских стран, в авторское право которых традиционно включается так называемое право каталогов. В соответствии с ним любое его воспроизведение (перечня цен, адресной книги и т. п.) требует согласия составителя, право которого действует в течение определенного срока. См.: Войниканис Е.А. Указ. Соч. С. 80—81.

⁴²⁷ United States Code / Office of the Law Revision Counsel 2006 Edition and Supplement IV; laws through 1/7/2011.

от авторских прав на саму базу и отдельные ее элементы. При извлечении материалов из чужих баз данных с целью создания на основе этих материалов других аналогичных баз авторские права составителей баз данных такими действиями, как правило, не нарушаются, поскольку не происходит прямого копирования базы. Сами же извлекаемые материалы во многих случаях и вовсе не защищены авторским правом. От подобной деятельности страдают в первую очередь имущественные интересы изготовителей баз данных.

Если обратиться к международному законодательству, то следует отметить, что в соответствии с Бернской конвенцией отсутствует прямое упоминание баз данных. Однако положения Бернской конвенции важны для понимания критерия оригинальности, используемого при оценке баз данных как составного произведения. Чтобы сборник был признан объектом авторского права, отбор материалов и их компоновка не должны быть механическими и тривиальными. Оценка данных обстоятельств осуществляется судом, который обыкновенно опирается на критерии, выработанные доктриной и подтвержденные практикой. Если авторские права на базу данных касаются только подбора и расположения материалов, значит, и критерий оригинальности может быть применен только в отношении указанных характеристик баз данных.

Само назначение современных баз данных предопределяет невозможность широкого применения к ним режима авторского права. Авторское право плохо приспособлено для защиты баз данных, только структуру базы, творческий подбор данных, составляющих ее содержание, но не сами данные. Для этих целей служит смежное право изготовителя базы данных. Смежное право на содержание базы данных возникает в отношении не всех баз, а только тех, при создании которых для подбора данных потребовались значительные инвестиции: финансовые, технические, трудовые. При этом только технические усилия, технические аспекты создания базы данных не имеют правового значения.

Собственно, исключительные права на программу ЭВМ, базу данных принадлежат как их создателям (авторам), так и их наследникам, а также другим физическим или юридическим лицам, получившим исключительное право в силу закона или договора. Использование программ ЭВМ и баз данных пользователями (третьими лицами) осуществляется, как правило, по договору с правообладателями.

В нынешних условиях сложившееся в отечественном законодательстве понимание базы данных как объекта комплексного законодательного регулирования (авторским правом и смежными правами) позволило многим авторам заявлять, что право изготовителя базы данных действует в отношении «нетворческих» баз данных. В. О. Калятин считает это мнение не вполне корректным и отмечает, что для возникновения права изготовителя базы данных наличие или

отсутствие творческого элемента с юридической точки зрения безразлично⁴²⁸. Конечно, данное право в первую очередь важно именно для «нетворческих» баз данных, так как иначе они просто вообще будут лишены правовой защиты. Но право изготовителя базы данных может существовать и в отношении «творческих» баз ввиду того, что оно касается совсем иных аспектов существования базы данных, чем авторское право, для него важна не «творческая», а «экономическая» характеристика деятельности лица. Таким образом, критерий творчества не применяется для оценки охраноспособности баз данных применительно к праву изготовителя базы данных. Вместо этого вводится другой критерий — существенные инвестиции в создание. Он учитывает тот факт, что целью самостоятельной охраны содержания базы является защита инвестиций изготовителей таких баз, поскольку такая цель лишь авторско-правовой охраной базы данных достигнута быть не может. «Право особого рода», как в ЕС, или смежное право на содержание базы данных, как в России, возникает в отношении не всех баз, а только тех, при создании которых для подбора данных потребовались значительные инвестиции: финансовые, технические, людские. Только в этом случае изготовителю базы данных принадлежит исключительное право извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом.

С точки зрения охраны рассматриваются инвестиции именно в создание базы данных. В этой связи обращает на себя внимание достаточно известная за рубежом доктрина *spin off* («побочный продукт»), предполагающая ограничение охраны баз данных, полученных как побочный продукт основной деятельности лица. Анализируя конкретные судебные дела, можно сделать вывод, что при доказательстве вложения существенных инвестиций в значении, использованном в Директиве ЕС № 96/9/ЕС «О правовой охране баз данных», ключевым оказался вопрос о первичных целях инвестирования. Между тем у этой доктрины есть как сторонники, так и противники. Сторонники доктрины *spin off* исходят из необходимости предотвращения монополизации рынка баз данных. Монополия автора ограничена формой или способом выражения, а в случае с базами данных — способом подбора и организации. Значит, одни и те же данные могут быть организованы иначе, что оставляет открытой возможность производства множества баз данных с одним содержанием. Противники стоят на позиции признания за компанией статуса изготовителя баз данных, если деятельность, побочным продуктом которой стала база данных, требовала серьезных инвестиций. Если распространить на организации доктрину *spin off*, то они лишатся возможности контролировать распространение своих нетворческих баз данных. Между тем не случайно указанная доктрина не поддерживается

⁴²⁸ См. более подробно: Войниканис Е. А., Калятин В. О. Указ. Соч. С. 68—69.

во многих странах. Следовательно, смежное право на содержание базы данных возникает в отношении не всех баз данных, а только тех, при создании которых для подбора данных (именно для подбора, а не для создания данных) потребовались значительные инвестиции (финансовые, технические, трудовые)⁴²⁹. При этом необходимо исследовать не субъективное намерение лица на инвестирование непосредственно в базу данных, а объективную необходимость существенных затрат на ее создание, иными словами, суду следует выяснить - каково было фактическое назначение затрат⁴³⁰.

По общему правилу для возникновения, осуществления и защиты авторских прав не требуется регистрации произведения или соблюдения каких-либо иных формальностей. Но в отношении программ для ЭВМ и баз данных возможна регистрация, осуществляемая по желанию правообладателя. В то же время для оповещения о своих правах правообладатель может, начиная с первого выпуска в свет программы для ЭВМ или базы данных, использовать знак охраны авторского права (ст. 1271 ГК РФ). Правообладатель в течение срока действия исключительного права на программу для ЭВМ или на базу данных может по своему желанию зарегистрировать такую программу или такую базу данных в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности⁴³¹. Программы для ЭВМ и базы данных, в которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну, государственной регистрации не подлежат. Лицо, подавшее заявку на государственную регистрацию (заявитель), несет ответственность за разглашение сведений о программах для ЭВМ и базах данных, в которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну, в соответствии с законодательством РФ.

Заявка на государственную регистрацию программы для ЭВМ или базы данных (заявка на регистрацию) должна относиться к одной программе для ЭВМ или к одной базе данных. В заявке на регистрацию должны содержаться следующие сведения:

⁴²⁹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 06.04.2015 по делу №А45-595/2014.

⁴³⁰ В п.2.2. Обзора практики Суда по интеллектуальным правам по вопросам, возникшим при применении норм Гражданского кодекса РФ о правовой охране программ для ЭВМ и баз данных справедливо критикуется довод ответчика о том, что, так как возникшая при создании социальной сети база данных пользователей являлась «побочным продуктом» деятельности истца, поэтому, не может быть признана базой данных в качестве объекта смежных прав. Иначе говоря, надо исследовать не субъективное намерение конкретного изготовителя – была ли его внутренняя воля направлена на создание базы данных, а объективные предпосылки внесения существенных затрат на ее создание.

⁴³¹ Согласно постановлению Правительства РФ от 16.06.2004 № 299 указанные функции возложены на Роспатент, в составе которого организован Федеральный институт промышленной собственности (ФИПС). Отдел регистрации программ для ЭВМ, баз данных и топологий интегральных микросхем ФИПС занимается в настоящее время приемом заявок на официальную регистрацию программ ЭВМ и баз данных.

— заявление о государственной регистрации программы для ЭВМ или базы данных с указанием правообладателя, а также автора, если он не отказался быть упомянутым в качестве такового, и места жительства или места нахождения каждого из них;

— депонируемые материалы, идентифицирующие программу для ЭВМ или базу данных, включая реферат;

— документ, подтверждающий уплату государственной пошлины в установленном размере или наличие оснований для освобождения от уплаты государственной пошлины, либо для уменьшения ее размера, либо для отсрочки ее уплаты.

Правила оформления заявки на регистрацию устанавливает федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности. На основании указанной заявки федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности проверяет наличие необходимых документов и материалов, их соответствие императивным требованиям. При положительном результате проверки указанный федеральный орган вносит программу для ЭВМ или базу данных соответственно в Реестр программ для ЭВМ или Реестр баз данных, выдает заявителю свидетельство о государственной регистрации и публикует сведения о зарегистрированных программе для ЭВМ или базе данных в официальном бюллетене этого органа.

По запросу указанного федерального органа либо по собственной инициативе автор или иной правообладатель вправе до публикации сведений в официальном бюллетене дополнять, уточнять и исправлять документы и материалы, содержащиеся в заявке на регистрацию. Порядок государственной регистрации программ для ЭВМ и баз данных, формы свидетельств о государственной регистрации, перечень указываемых в них сведений и перечень сведений, публикуемых в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Сведения об изменении обладателя исключительного права вносятся в Реестр программ для ЭВМ или в Реестр баз данных на основании зарегистрированного договора или иного правоустанавливающего документа и публикуются в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Сведения, внесенные в Реестр программ для ЭВМ или Реестр баз данных, считаются достоверными, поскольку не доказано иное. Ответственность за достоверность предоставленных для государственной регистрации сведений несет заявитель.

Таким образом, ст. 1262 ГК РФ «Государственная регистрация программ для ЭВМ и баз данных» не опровергает важнейшее положение о том, что авторское право на программы для ЭВМ или базы данных возникает в силу факта их создания, для признания и осуществления авторского права на программы ЭВМ и базы данных не требуется депонирования, регистрации или соблюдения иных формальностей. Сам факт создания программы для ЭВМ или базы данных в объективной форме является основанием возникновения авторского права на эти объекты. В п. 1.1. Обзора практики Суда по интеллектуальным правам по вопросам, возникающим при применении норм Гражданского кодекса РФ о правовой охране программ для ЭВМ и баз данных обсуждался вопрос о государственной регистрации программы для ЭВМ носит ли она правоустанавливающий характер или порожденная ею презумпция может быть опровергнута в том числе при рассмотрении дела о нарушении исключительного права? Для ответа на этот вопрос необходимо сделать некоторый комментарий о регистрации прав, но только на недвижимые объекты. Регистрация права на недвижимость является основанием или моментом возникновения права собственности? С точки зрения логики Реестра это лишь момент, с которого возникает соответствующее право. Основаниями возникновения права будут являться юридические факты, которые в соответствии с законом являются достаточными основаниями для того, чтобы орган по регистрации права внес в Реестр запись о праве на недвижимость. Этот принцип именуется принципом внесения. Ст. 8¹ ГК РФ устанавливает общее правило: во всех случаях, когда закон требует осуществления государственной регистрации права, соответствующее право возникает с момента регистрации. Однако регистрация программ для ЭВМ носит факультативный характер, это право, а не обязанность создателя программного продукта. Поэтому предусмотренная ст. 1260 ГК РФ их государственная регистрация не является правоустанавливающей, не имеет правообразующего характера, а, следовательно, порожденная ею презумпция может быть опровергнута, в том числе, при рассмотрении дела о нарушении исключительного права в состязательном процессе, например, Постановлением Суда по интеллектуальным правам принятые судебные акты были отменены, а дело направлено на новое рассмотрение на основании того, что решение суда первой инстанции не содержало выводов о том, каким образом и на основании каких имеющихся в деле доказательств судом был установлен факт принадлежности истцу исключительного права на программу для ЭВМ⁴³². Можно предположить, что, лицо, указанное в государственном реестре в качестве правообладателя, признается таковым, пока в реестр не внесена запись об ином (оспоримая

⁴³² См. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 06.08.2019 по делу №А60-46975/2016

презумпция правообладания). Аналогичное решение существует применительно к основаниям возникновения права собственности на недвижимое имущество. Тем не менее, некоторое время назад была попытка провести идею о зависимости государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество (объект незавершенного строительства) от наличия или отсутствия обязательственных отношений (действующего договора подряда). Однако судя по тому, что эта правовая позиция не была перенесена в совместное постановление Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. №10/22, ВАС признал ее ошибочной и отказался от нее⁴³³.

Действительно, благодаря международным конвенциям, директивам ЕС⁴³⁴ и отечественному законодательству (часть четвертая ГК РФ) мы позволим себе положительно ответить на вопрос о необходимости двух стандартов охраноспособности применительно к базам данных. Только используя вместе средства авторского права (охраняющие форму) и в рамках *suī generis* или смежных прав — охраноспособным становится содержание. Конкуренция двух правовых режимов призвана охранять результаты технического творчества в целом, как совокупность формы и содержания. В рамках созидательской системы невозможно обеспечить защиту содержания объекта (результата), возможна только косвенная охрана через

⁴³³ Бевзенко Р.С. Возникновение права собственности на вновь создаваемое недвижимое имущество: комментарий к ст. 219 ГК РФ // Вестник Гражданского права №3, 2019. Том 19. С. 140.

⁴³⁴ См. Директиву Европейского парламента и Совета 2019/790 «Об авторском праве и смежных правах на Едином цифровом рынке» в которую были внесены существенные поправки, касающиеся исходного текста и кода программы, применяемые в поисковых системах и не подпадающие под случаи свободного использования. Аналогичный подход сложился и в российской судебной практике, так, оценив заключение судебной экспертизы, суд первой инстанции пришел к выводу о нарушении ответчиком исключительного права истца на программу для ЭВМ путем использования идентичного программного кода в программе, зарегистрированной ответчиком в Роспатенте без согласия истца. Таким образом, в п. 1.4. Обзора делается вывод об использовании программы для ЭВМ в иной программе по результатам сопоставления исходных кодов (текстов) указанных программ. Отголоски указанного подхода хорошо зарекомендовали себя в странах Общего права. Согласно доктрине *substantial similarity* суд в расчет принимает три фактора, удельный вес которых зависит от вида разбираемого объекта. Так, в одних случаях значение суд придает качеству вложенного труда, в других суды обращают внимание на количественные характеристики труда, затраченного на создание результата. Там же, где труд был направлен на переработку ранее созданного, например, программного продукта суды изучают степень изменений, которые претерпело оригинальное произведение. Суд сравнивает и сопоставляет исследуемые произведения полностью, их существенные части, признаки, элементы, анализирует соотношение используемого фрагмента с оригинальным произведением в целом, изучает ценность используемой части с позиций принципов авторского права. Задается вопросом о том, а был ли программный продукт новаторским? См.: L. Bently, B. Sherman Intellectual Property Law. Oxford. 2001. С.98-111.

элементы формы. Охрана таких объектов, как программы для ЭВМ и баз данных потребовала бы обязательного введения регистрационной системы, однако это означало бы формирование системы охраны, построенной по иной логике, нежели авторско-правовая (созидательская). Авторское право просто не позволяет эффективно охранять такие программные продукты, а попытки сделать это приводят к сбоям в его механизме. Предоставление правовой охраны цифровым объектам через комплексный правовой режим, которые могут создаваться разными субъектами при параллельном творчестве, позволяет защищать существенные инвестиции при осуществлении механических действий программистами по их созданию. Такое сосуществование прав стало возможным и эффективным в отношении принципиально повторяемых программных продуктов.

Объекты, не охраняемые авторским правом: понятие и значение

В настоящее время можно констатировать усиление публичных начал в авторском праве и смежных правах и, как следствие, предоставление публичным интересам охраны гражданско-правовыми средствами. Показателем этой тенденции является увеличение количества ограничений и исключений в указанной сфере, причем не только на национальном и региональном (в рамках ЕС)⁴³⁵, но и на международном уровне⁴³⁶.

При решении вопроса о признании конкретного произведения объектом авторского права может потребоваться выяснить, является ли данное произведение творчески самостоятельным. Для этого прибегают к специальной экспертизе, например лингвистической, филологической, искусствоведческой (в отношении произведений изобразительного искусства). Напомним, что авторское право охраняет произведение как единое целое, совокупность формы и содержания. Обособленное от формы содержание, а также идею, тему, сюжет произведения оно не охраняет. Не охраняются также концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, предлагаемые решения, открытия, факты (п. 5. ст. 1259 ГК РФ). Такой подход считается господствующим и в отечественном законодательстве⁴³⁷, и в литературе⁴³⁸, и в судебной практике⁴³⁹.

⁴³⁵ См.: URL: http://europa.eu/rapid/press-realease_IP-15-4919_en.htm

⁴³⁶ См.: Пекинский договор по аудиовизуальным исполнениям // Всемирная организация интеллектуальной собственности : [официальный сайт]. URL: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/beijing/>

⁴³⁷ Данный подход унаследован нами из Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г., которая охраняет содержание (идею) произведения только через форму его выражения (см.: ВОИС № 287 (R). Женева, 1990).

⁴³⁸ Г. Фихте обосновывает, что форма определяет не только принадлежность произведения определенному автору, но и степень усвоения содержания авторского произведения. Законом мышления можно считать то, что любая идея рождается всегда уже оформленной, и это оформление неизменно несет на себе печать личности автора, когда речь идет о произведении, или читателя, если он так или иначе пропустил содержание книги через

Повод к данному ограничению авторского права обусловлен не публичными интересами, а неспособностью самого авторского права обеспечить надлежащую охрану перечисленных объектов. Это опасное положение заключается в том, что прямая, непосредственная охрана идей, методов, принципов, языков программирования, способов и иных подобных результатов возможна лишь в рамках формализации данных объектов (проведения формальных экспертиз, экспертиз по существу и выдачи патентов), что не согласуется с функциями авторского права как института гражданского права. Анализируя различия норм российского авторского права и зарубежных актов⁴⁴⁰, можно констатировать, что отсутствие охраны идеи произведения не совсем соответствует современным потребностям развития общества. Английский законодатель подчеркивает, что идею, имеющую общий характер, т. е. понятную и традиционно сложившуюся, не требующую доказательств в силу своей общеизвестности, законодатель не охраняет. В то же время оригинальная конкретная авторская идея, высказанная в произведении, правом *copyright* строго защищается. В качестве примера можно привести спор о плагиате между Д. Брауном (автор романа «Код да Винчи», ответчик) и Л. Пердью (автор романов «Дочь Бога» и «Наследие да Винчи», истец). Окружной суд Нью-Йорка в соответствии со стандартной процедурой определения существенного сходства (*substantial similarity*) установил, что оба романа имеют много общего в теме, последовательности событий и персонажах, однако обнаруженное сходство не может считаться существенным, так как в большинстве случаев выходит за рамки авторского права и относится к области общих идей, исторических фактов и сюжетов, которые не были придуманы Л. Пердью. Вышестоящая инстанция подтвердила решение окружного суда⁴⁴¹.

С одной стороны очевидная, а с другой стороны трудноразрешимая проблема возникает с охраноспособностью научных произведений. Доминирует тезис о неохраноспособности научных теорий, концепций, научного знания. В качестве его обоснования выдвигается

свое сознание. Именно поэтому покупается не содержание романа, а возможность его постижения, тот опыт и те переживания, которые сможет получить читатель, приложив больше или меньше усилий. Цит. по: Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М. : Юриспруденция, 2014. С. 236.

⁴³⁹ Суд пришел к выводу о том, что наличие в книге широко распространенных фраз, явно схожих по содержанию с имеющимися в общедоступных источниках, которые использовались Г. при написании его произведений, само по себе не может свидетельствовать о заимствовании Ш. и С. Формулировок именно из диссертации и статьи Г. фрагменты произведений истца и выводы, изложенные в его работах, по мнению суда, являются общеизвестными фактами, которые встречаются в той или иной форме в разных источниках. См.: Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 23 сентября 2015 г. (п. 3).

⁴⁴⁰ См.: United States Code. Title 17. Office of the Law Revision Counsel 2006 Edition and Supplement IV [Electronic resource] // URL: http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/gb/gb019en.pdf; Copyright, Designs and Patents Act // *Ibid.*

⁴⁴¹ См.: *Brown v. Perdue*, 2005 U. S. Dist. LEXIS 15995 (S. D. N. Y. 2005).

положение о необходимости обеспечения научного прогресса и целесообразности свободного использования научных идей, концепций и др. Отметим при этом, что в ряде случаев встречается и индивидуальный стиль ученого, интересные способы аргументации, неформальный набор примеров, специальным образом подобранные аргументы, логическая взаимосвязь положений и последовательности выводов. По существу такое научное произведение является охраноспособным, но не решенным остается вопрос о том, к чему относятся указанные элементы к внутренней форме как отмечал В.Я. Ионас или к неохраноспособному содержанию? Вышесказанное позволяет отграничить охраноспособные элементы научных произведений от абстрактных идей, концепций и теорий. Соответственно, в той мере, в какой такая теория относится к предсказуемым, ее содержание не может считаться охраноспособным. Этот подход выбрал Э.П. Гаврилов. Если и вводить охрану идей авторском правом, то это следовало бы сделать на основе «индекса научного цитирования», а также так называемого «диссертационного права» и т.п.⁴⁴² И.А. Зенин отмечает, что прямая охрана идей, способов и тому подобных результатов возможна лишь в рамках жесткой формализации данных результатов, проведения экспертизы и выдачи охранных документов (по патентно – правовой модели), что не входит в функции авторского права. Иногда, отмечает ученый, путаницу в умы вносит требование о необходимости подтверждения научной новизны результатов диссертационного исследования. Разумеется, диссертация как таковая, будучи научным произведением, является объектом авторского права и в этом смысле не нуждается в экспертизе на новизну. Однако поскольку диссертация одновременно является научно-квалификационным трудом, она по правилам так называемого «диссертационного права» требует проведения и содержательной экспертизы⁴⁴³.

Параллельно с существующими правилами (п.5 ст. 1229 ГК РФ) законодатель перечисляет произведения, которые не являются объектами авторских прав:

— официальные документы государственных органов и органов местного самоуправления муниципальных образований, в том числе законы, другие правовые акты, решения судов, иные материалы законодательного, административного и судебного характера, официальные документы международных организаций, а также их официальные переводы;

— государственные символы и знаки (флаги, гербы, ордена, денежные знаки и т. п.), а также символы и знаки муниципальных образований;

⁴⁴² См. более подробно: Гаврилов Э.П. В Российском авторском праве идеи не охраняются//Хозяйство и право №3, 2021. С. 47-48.

⁴⁴³ Зенин И.А. Творческий труд как правовая категория. С. 264.

- произведения народного творчества;
- сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер (сообщения о новостях дня, программы телепередач, расписания движения транспортных средств и т. п.) (п. 6 ст. 1259 ГК РФ).

Назначение перечисленных произведений, которые не являются объектами авторского права, предопределяет их использование: во-первых, неопределенным кругом лиц; во-вторых, в неопределенно большом количестве случаев; в-третьих, в публичном интересе. Испрашивать согласия создателя на каждый акт такого использования объективно невозможно. Например, к числу произведений народного творчества относятся такие, автора которых установить невозможно (сказки, сказания, поговорки, народные песни, былины и др.).

С 2008 г. законодатель проводит четкое различие официальных документов, законов и других правовых актов, в том числе международных, которые не являются объектами авторского права, и проектов официальных документов, символов и знаков. Право авторства на проект официального документа, в том числе на проект официального перевода такого документа, а также на проект официального символа или знака принадлежит лицу, создавшему проект (разработчику). Разработчик проекта официального документа, символа или знака вправе опубликовать такой проект, если это не запрещено государственным органом, органом местного самоуправления муниципального образования или международной организацией, по заказу которых разработан проект. При опубликовании проекта разработчик вправе указать свое имя. Проект официального документа, символа или знака может быть использован государственным органом, органом местного самоуправления муниципального образования или международной организацией для подготовки соответствующего официального документа, разработки символа или знака без согласия разработчика, если проект обнародован разработчиком для использования этими органом или организацией либо направлен разработчиком соответствующим органу или организации.

При подготовке официального документа, разработке официального символа или знака на основе соответствующего проекта в него могут вноситься дополнения и изменения по усмотрению государственного органа, органа местного самоуправления муниципального образования или международной организации, осуществляющих подготовку официального документа, разработку официального символа или знака. Принципиально важно, что после официального принятия к рассмотрению проекта государственным органом, органом местного самоуправления муниципального образования или международной организацией проект может использоваться от имени этих органа или организации без указания имени разработчика (автора).

Компании, для которых новостные сообщения являются единственной возможностью привлечения инвестиций (крупнейшие информационные агентства и новостные порталы: ИТАР-ТАСС, РИА Новости, РБК, The Associated Press), в настоящее время стараются максимально защитить свою информацию, публикуемую в новостных лентах, хотя указанные сведения в силу п. 6 ст. 1259 ГК РФ не являются охраноспособными. Важно подчеркнуть, что беспристрастное изложение тех или иных фактов является лишь точным отражением действительности и не включает в себя элементы творческой деятельности; на первый план здесь выходят точность, оперативность сведений. Автор такой информации может претендовать лишь на указание другими лицами, сообщающими данную информацию позднее, на источник ее первоначального обнародования (опубликования)⁴⁴⁴. Однако если изложение фактов сопровождается авторским комментарием, оценками, анализом и т. д., то информация приобретает режим другого произведения и охраняется авторским правом. Дословное воспроизведение таких сведений допускается с обязательным указанием имени автора и с его согласия.

Невозможно игнорировать то обстоятельство, что современное авторское право знает немало произведений, которые в силу закона не являются охраноспособными, и эта тенденция нарастает с учетом продолжающейся гармонизации и унификации европейского авторского права посредством принятия Европейского регламента по авторскому праву, который заменит соответствующее национально-правовое регулирование. Унификация авторского права в ЕС⁴⁴⁵ представляется среднесрочным или долгосрочным проектом, однако, учитывая потенциально позитивное влияние на творческую индустрию, работу над таким проектом следует начать как можно быстрее, считают члены Европейского авторского правового общества (European Copyright Society)⁴⁴⁶. Однако все чаще и отечественный правоприменитель⁴⁴⁷, и Суд

⁴⁴⁴ См.: Статья 23 Закона РФ от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации».

⁴⁴⁵ См.: White Paper A Copyright Policy for Creativity and Innovation in the European Union and accompanying Impact Assessment on the review of the EU copyright framework [Electronic resource] // URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do>

⁴⁴⁶ URL: <http://nexa.polito.it/nexacenterfiles/european-copyright>

⁴⁴⁷ См.: Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 23 сентября 2015 г. (п. 11).

Так, суд первой инстанции, разрешая дело по существу и отказывая в иске, сослался на то, что частичное использование опубликованного произведения (курса лекций) имело место в профессиональной преподавательской деятельности ответчика, а именно для чтения лекций, т. е. в целях удовлетворения собственных профессиональных потребностей, что является воспроизведением в личных целях. Виновных действий, повлекших нарушение прав истца, ответчиком совершено не было. Воспроизведение правомерно опубликованного произведения для удовлетворения профессиональных потребностей без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения законом не предусмотрено.

справедливости ЕС (European Court of Justice)⁴⁴⁸ мотивируют свои решения, опираясь на защиту фундаментальной гарантии — свободы выражения в ущерб интересам автора.

Особенности гражданско – правового режима объектов смежных прав

Некоторые объекты интеллектуальной собственности, чтобы стать доступными обществу, нуждаются в посредниках. Они становятся доступными публике посредством работы актеров, музыкантов, дирижеров, солистов, танцоров и других лиц, которые исполняют эти произведения. В ходе исполнения указанные лица интерпретируют произведения. Интерпретировать же исполнение невозможно, в этом и состоит различие между объектами авторского права и смежных прав. Исполнители, дирижеры, режиссеры-постановщики, производители фонограммы, продюсеры и другие имеют монополию на указанные объекты, они обладают исключительным правом на них.

Так, объектами смежных прав являются:

- фонограммы, т. е. любые исключительно звуковые записи исполнений или иных звуков либо их отображений, за исключением звуковой записи, включенной в аудиовизуальное произведение;
- исполнения артистов-исполнителей и дирижеров, постановки режиссеров-постановщиков спектаклей (исполнения), если эти исполнения выражаются в форме, допускающей их воспроизведение и распространение с помощью технических средств;
- сообщения передач организаций эфирного или кабельного вещания, в том числе передач, созданных самой организацией эфирного или кабельного вещания либо по ее заказу за счет ее средств другой организацией;
- базы данных в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования составляющих их содержание материалов;
- произведения науки, литературы и искусства, обнародованные после их перехода в общественное достояние, в части охраны прав публикаторов таких произведений.

Фонограмма — это любая, но исключительно звуковая запись исполнения или иных звуков: песен, музыки, голосов людей, птиц или животных, природных шорохов, шумов и скрипов: деревьев, трав, ветра или морского прибоя. Таким образом, «звуковые дорожки» в кинофильмах не являются звуковой записью. На основании звуковой записи тиражируют компакт-диски, аудиокассеты, которые являются экземплярами фонограммы. При создании

⁴⁴⁸ См.: Case C-145/10, Painer [2011] ECR I-12533.

фонограммы ее производитель нередко сталкивается с необходимостью внесения изменений или непосредственно в исполняемое произведение, или в запись произведения, что влечет необходимость получения от авторов соответствующих произведений права на переработку⁴⁴⁹.

Несколько сложнее определение понятия «исполнение», под которым понимается представление произведений, фонограмм, а также других исполнений посредством игры, декламации, пения, танца в контакте с аудиторией (так сказать, «в живом виде», «живьем») или с помощью технических средств (теле- и радиовещания, кабельного телевидения и т. п.). Кроме того, исполнением признается показ кадров аудиовизуального произведения в их последовательности (с сопровождением или без сопровождения звуком). Исполнение — это одноразовое действие. Отмечая, что в этот раз актер играл хорошо, мы понимаем, что речь идет о конкретном исполнении, последующее исполнение той же роли будет уже другим исполнением. Поскольку каждое исполнение одного и того же произведения, осуществленное одним и тем же исполнителем, несколько отличается от предыдущего исполнения, независимого от того, желает ли этого сам исполнитель, и в силу этого является новым исполнением, а не повтором старого. Так, пародия на исполнение не является его интерпретацией, пародисты копируют лишь манеру исполнения, на которую не может быть установлено исключительное право⁴⁵⁰. Чтобы исполнение стало объектом смежного права, в него не обязательно должен быть внесен творческий вклад⁴⁵¹.

Таким образом, в доктрине и в законодательстве господствует позиция, согласно которой исполнение и произведение являются разными объектами. Конечно, между исполнениями и производными произведениями имеется немало общего, например, степень мастерства, которая требуется от переводчика или автора производного произведения, по мнению С. Рикетсона, несильно отличается от того, что требуется от исполнителя, так как каждый применяет свое

⁴⁴⁹ По мнению Н. Иванова, от переработки произведения следует отличать заимствование фрагмента из него, это так называемое сэмплирование как разновидность цитирования. Заимствование фрагмента из одного произведения в целях создания другого произведения (сэмплирование) является воспроизведением, а не переработкой произведения, представляется достаточно спорным. См. более подробно: Иванов Н. Актуальные проблемы авторского права на музыкальные произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2003. № 5. С. 22.

⁴⁵⁰ См.: Моргунова Е. А. Введение в авторское право и смежные права // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2004. № 9. С. 58.

⁴⁵¹ В отличие от континентальной концепции авторского права, рассматривающей творческую деятельность в качестве необходимого условия для предоставления авторско-правовой охраны и на основании этого расценивающей фонограммы и передачи вещательных организаций как объекты смежного, а не авторского права, англо-американская концепция нацелена не на защиту акта творчества, а на защиту обладателя авторского права от копирования материального носителя, что позволяет в рамках англо-американской традиции рассматривать звукозаписи (фонограммы) и передачи вещательных организаций в качестве объекта авторско-правовой охраны. См.: The Copyright, Designs and Patent Act, 1988. Art. 5 (2), (3); 6 (1).

творчество к ранее существовавшему литературному или художественному произведению⁴⁵². Однако разница между производным произведением и исполнением все же существует. Первое может стать основой для создания последующего производного произведения (например, переделка кинофильма, снятого на основе романа, в пьесу), а второе - нет. Даже если исполнение является более выдающимся, чем исполняемое произведение, оно, являясь способом представления произведения публике, само по себе не образует комплекс образов и идей и не может стать основой для создания дальнейших его переработок⁴⁵³. Охраняемость оригинальных или производных произведений влечет как ограничение свободного их использования, в том числе путем исполнения, так и ограничение использования произведений, являющихся переработками этих произведений. Охраняемость исполнений, напротив, не препятствует третьим лицам создавать и использовать другие исполнения тех же произведений.

Постановкой признается одна из форм исполнения. Поэтому понятием «исполнение» охватывается также и постановка определенных произведений. При этом важно подчеркнуть, что смежные права исполнителей начинают действовать, только если «живое» исполнение записывается либо передается по каналам эфирного или кабельного вещания. Причина этого заключается в том, что деятельность театрального режиссера-постановщика существенно отличается от деятельности актеров, певцов, музыкантов, танцоров, дирижеров и иных исполнителей, и более сходна с деятельностью хореографа и режиссера-постановщика фильма, поскольку результат деятельности театрального режиссера-постановщика теоретически может восприниматься зрителями даже после смерти постановщика, и для этого нет необходимости в наличии записи постановки, ее передачи в эфир или сообщения для всеобщего сведения по кабелю. Другой режиссер-постановщик может заимствовать все или отдельные элементы постановки, в том числе использовать тот же состав актеров, приобрести права на те же декорации и то же музыкальное оформление. Подобная ситуация, скорее всего, подтверждает тот факт, что театральная постановка является произведением, больше тяготеет к объектам авторского права, чем к исполнениям как объектам смежных прав, несмотря на то, что театральный режиссер-постановщик приравнен по своему статусу к исполнителю.

Сообщения передач организаций эфирного и кабельного вещания это набор звуковых и изобразительных сигналов, посылаемых в эфир непосредственно или через спутник Земли либо

⁴⁵² Ricketson S., Ginsburg Jane C. International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond. 2 ed. New York; Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 1206.

⁴⁵³ Матвеев А.Г. Условия охраноспособности исполнений как объектов смежных прав//Ис. Авторское право и смежные права", N 4, апрель 2020 г.

иным образом, в том числе при кабельном вещании — посредством кабеля, провода, оптического волокна и т. п. Под передачей организации эфирного или кабельного вещания как объектом смежных прав понимается передача, созданная самой организацией или по ее заказу за счет ее средств другой организацией. Таким образом, охраняется не какая-то конечная сущность в виде передачи как интеллектуального продукта, а передаваемые сигналы. В отличие от игры артистов-исполнителей, звукозаписи и передачи организаций эфирного и кабельного вещания, будучи плодом не только и не столько умственного, сколько физического труда, не отражают особой творческой оригинальности их создателей. Тем не менее мировая практика показала, что дополнительное поощрение и создателям фонограмм, и вещательным организациям вполне оправдано. Оно способствует повышению качества данных продуктов человеческого труда. Эфирное вещание может осуществляться не только путем радио- и телепередач, но и другими способами, такими как телетекст, причем с помощью как цифровой, так и аналоговой связи. От кабельной программы передача эфирного вещания отличается главным образом способом передачи данных: кабельное вещание осуществляется посредством проволочной связи, а эфирное через радиоволны. При этом безразлично, ведется эфирное вещание с помощью наземной или спутниковой связи. Таким образом, использование фонограмм и ретрансляция программ вещательных организаций расширяют аудиторию, воспринимающую исполнителей. Одновременно усиливается эффект воздействия на аудиторию: мастерски сделанные фонограммы позволяют, к примеру, певцам вести себя на сцене более раскованно, танцевать, изящно передвигаться по зрительному залу, вовлекая в «соисполнение» слушателей, создавая у них праздничное настроение и превращая заурядный концерт в подлинный спектакль (шоу)⁴⁵⁴.

Объектами смежных прав являются не любые базы данных, а только такие, в которых содержится не менее 10 тыс. самостоятельных информационных элементов (материалов). Данный критерий предоставления правовой охраны не совпадает с предусмотренным Директивой Европейского парламента и Совета ЕС № 96/9/ЕС от 11 марта 1996 г. «О правовой охране баз данных», которая оперирует оценочными категориями: произведенные изготовителем базы данных значительные качественные и количественные вложения (инвестиционные базы данных как результат деятельности по их организации), за творческими базами данных сохраняется их авторско-правовая охрана как литературных произведений, тогда как любые базы данных, включая и нетворческие (инвестиционные) при определенных условиях получают защиту уже в форме так называемого права *suī generis* (права своего рода).

⁴⁵⁴ Костькова О. В., Тимошенко В. А. Постатейный комментарий к Федеральному Закону от 9 июля 1993 года №5351-1 «Об авторском праве и смежных правах». Материал подготовлен с использованием правовых актов по состоянию на 1 июня 2005 года// СПС «КонсультантПлюс».

Разработчики части четвертой ГК РФ посчитали, что критерий, предложенный Директивой № 96/9/ЕС, будет в условиях отечественного правового порядка абсолютно неработоспособным, и поэтому отдали предпочтение гораздо более четкому правилу. Под данную категорию могут подводиться любые затраты независимо от того, выражаются они в денежной форме или нет. Это дает определенную гибкость в признании наличия существенных инвестиций. Согласно ст. 1334 ГК РФ такие затраты могут быть финансовыми, материальными, организационными или иными.

Таким образом, базы данных — это результаты организационной, координационной деятельности по созданию продукта, объединяющего в составе различные объекты, как относящиеся к интеллектуальной деятельности, так и не подпадающие под это понятие. Основываясь на данной статье, можно сказать, что учет ценности материалов, включенных в базу данных, не означает распространение на них исключительного права изготовителя базы данных. Исключительное право изготовителя базы данных касается только совокупности этих материалов в целом. Соответственно признание права изготовителя базы данных никак не влияет на охраноспособность отдельных объектов, содержащихся в базе данных. База данных — это совокупность материалов, однако точный состав не определен. В базу данных могут постоянно включаться новые материалы, старые материалы могут изменяться, дополняться, исключаться как утратившие актуальность. Дело в том, что исключительное право как субъективное право имеет своим объектом не один конкретный объект, а целый ряд решений. Это свойство было названо А. А. Пиленко генеричностью⁴⁵⁵.

Итак, на определенных этапах развития авторского права под влиянием философско – правовых легитимаций и научно – технических предпосылок, сформировались пять основных доктрин охраноспособности произведения как объекта интеллектуальной собственности:

- 1) в странах континентальной Европы (естественно - правовые концепции) получило развитие учение об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения;
- 2) в рамках вышеуказанной парадигмы развитие получило учение о применении условия *творчества* к результату интеллектуальной деятельности через обоснование объективной новизны, оригинальности, уникальности (концепция неповторимости при параллельном творчестве). Оригинальность как проявление индивидуальности автора в созданном произведении;
- 3) творчество как критерий деятельности по созданию произведения. В рамках указанного подхода сформировалась доктрина выделения *уровней* творческой деятельности

⁴⁵⁵ См.: Пиленко А. А. Право изобретателя. М.: Статут, 2001. С. 648.

применительно к произведениям с незначительным творческим уровнем. Критерий «уровня» творческого характера деятельности предполагает формулирование объективных требований к объектам авторского права и базам данных, таких как: несводимость к простой, рутинной и ручной работе; критерий явного превышения этого уровня (то есть, это не должно быть только проявлением профессионализма, навыков, способностей создателя) (концепция независимого творчества может возникнуть только в отношении произведений с незначительным уровнем творчества);

- 4) доктрина существенной части произведения – контроль правообладателя распространяется на использование не только всего произведения в целом, но и его существенной части (элементов), чем выше творческий уровень, тем меньшим он может быть по размеру для получения правовой охраны (активно используется для разграничения производного и оригинального произведений);
- 5) в тех странах, где целесообразность авторского права обосновывается ссылками на экономические соображения (утилитаристские обоснования): создание стимулов для создания и распространения результатов интеллектуальной деятельности, защита инвестиций и т.п. в качестве критерия используется так называемый принцип *sweat of the brow*. Суть его заключается в том, что авторско-правовая защита представляется лицу, который создал произведение своими силами, "в поте лица своего". Таким образом, приложив определенное количество усилий для создания произведения является достаточным для признания такого лица автором, особого порыва гениальной творческой мысли при этом не требуется. Указанного подхода «тонкой охраны» придерживаются в первую очередь страны англо-американского права: Великобритания, Канада, Австралия, США (*low authorship*). "Тонкая" охрана, проявляется, в частности, в тенденции к признанию охраноспособными максимально возможного числа объектов, при том что большая часть элементов таких произведений остаются неохраноспособными либо могут свободно использоваться при условии внесения незначительных изменений), в отличающихся пределах признания параллельных прав на созданные независимо идентичные произведения, различной роли личных неимущественных прав и др. С появлением цифровизации и виртуализации результатов интеллектуальной деятельности в этих странах предлагают отказаться от теоретических доктрин как устаревших рудиментов неспособных выполнять возложенные на них функции и заменить их механизмами договорного права, недобросовестной конкуренции, *Creative Commons* и др.

Несомненно, в настоящее время смежные права являются самым динамично развивающимся институтом в праве интеллектуальной собственности с точки зрения того, что круг объектов этих прав постоянно расширяется.

Становление международной охраны смежных прав началось раньше, чем национальное признание этих прав в подавляющем большинстве стран мира. И для конвенций в этой сфере интеллектуальной собственности характерно то, что их нормы носят во многом пионерский характер по отношению к национальным законодательствам. В то же время круг смежных прав в международном праве остается неизменным начиная с Римской конвенции 1961 г. Он включает в себя так называемые классические смежные права: права исполнителей, производителей фонограмм и права вещательных организаций.

Несмотря на международные стандарты охраны смежных прав, национальная регламентация последних характеризуется существенным разнообразием. Первую крайне немногочисленную группу национальных правовых систем образуют те, в которых вообще не охраняются права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций. Вторая группа характеризуется тем, что здесь смежные права как таковые не признаются, а интересы соответствующих бенефициаров охраняются авторским правом и внешними по отношению к нему разрозненными правовыми институтами (например, США). В третью группу правовых систем включаются преимущественно государства англо-американского права, где в отношении одних объектов, как и в США, действуют авторские права, а в отношении других - права, которые признаются в рамках законов об авторском праве. При этом эти права обособляются от авторских прав, но они, как правило, не обозначаются как смежные права. В четвертую группу следует отнести государства континентального права и большинство государств со смешанными правовыми системами. Здесь все так называемые классические смежные права институционально обособляются от авторского права.

Россия, как и многие другие страны, установила охрану смежных прав под влиянием международного и европейского права, а не собственных национальных традиций права интеллектуальной собственности. Признание классических смежных прав состоялось здесь с целью присоединения государства к Римской конвенции 1961 г. При подготовке ч. 4 ГК РФ частично был заимствован опыт Европейского Союза, и в результате классическая триада смежных прав была дополнена правами изготовителей нетворческих баз данных и правами публикатора.

Подход законодателя к смежным правам, заложенный в ГК РФ является достаточно прогрессивным и будущее интеллектуальных прав (права интеллектуальной собственности) как подотрасли гражданского права видится именно за смежными правами. Потому что благодаря

механизму, заложенному в смежные права информация и объекты с незначительным уровнем творчества, приобретающие высокую стоимостную оценку в современной экономике, получают охраноспособность. Тогда как в охраноспособности авторским правом им было бы отказано. Также, специальные сроки действия смежных прав в 15, 25 лет являются довольно органичными, способствуют развитию массовой культуры и соответствуют общественным потребностям соответствующего государства. В целях гармонизации национальных норм и разработки международных договоров в области смежных прав Постоянный комитет ВОИС рассматривает проекты международных договоров и периодически возвращается к обсуждению спорных вопросов и проблем международно – правовой охраны, например, баз данных, процесса вещания, театральной постановки, о возникновении прав режиссера – постановщика спектакля. В некоторых случаях Постоянный комитет ВОИС использует элементы «мягкого права», создает рекомендации по развитию национального законодательства, разрабатывает цели и принципы построения охраны в отношении новых объектов, что позволяет государствам - членам ВОИС при совершенствовании своего законодательства руководствоваться современными международными направлениями и тенденциями. Создание эффективного международного механизма невозможно без политических компромиссов между странами с монистическими и дуалистическими системами права.⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ См. более подробно: Бузова Н.В. Международно – правовое регулирование отношений, связанных с объектами смежных прав: современное состояние и перспективы//Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения №3, 2020. С.66.

ГЛАВА 3. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ СУБЪЕКТИВНЫХ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ

§1. Способы осуществления субъективных авторских и смежных прав.

Проблемы свободного использования объектов авторского права и смежных прав

Осуществление субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав происходит путем совершения правообладателем (автором, исполнителем и др.) определенных волевых и, как правило, осознанных действий. Хотя, гражданин, признанный судом недееспособным, может писать романы, рисовать картины, исполнять романсы, но, в большинстве случаев осуществление субъективных авторских и смежных прав совершается в результате осознанных действий, преследующих различные экономические, юридические, социальные и др. цели. Получается, что это некая предметная деятельность правообладателя, в результате которой он на основе имеющихся у него юридических возможностей удовлетворяет свои потребности.

Субъективные авторские и смежные интеллектуальные права могут осуществляться посредством фактических действий, например, создавая объекты авторского права субъект совершает юридический поступок, а потом передает произведение для депонирования в РАО. Совершая действия, обладающие признаками сделок, а также иных юридически значимых действий, не являющихся сделками правообладатель осуществляет свои субъективные права юридическими способами (например, изготовитель фонограммы предъявляет иск в суд о защите фонограммы от искажения). То есть, речь идет об осуществлении таких субъективных прав как:

- исключительное право;
- право авторства;
- право на имя;
- право на неприкосновенность произведения (исполнения, в том числе постановки) ;
- право на обнародование;
- право на отзыв;
- право доступа;
- право следования;

- право автора произведения архитектуры, градостроительства или садово – паркового искусства на осуществление авторского надзора и контроля и право на участие в реализации своего проекта;
- право автора музыкального произведения, использованного в аудиовизуальном произведении, на вознаграждение;
- право автора на вознаграждение за служебное произведение;
- право авторов аудиовизуальных произведений и фонограмм на вознаграждение, за свободное воспроизведение этих объектов исключительно в личных целях;
- право автора на вознаграждение, предусмотренные п.4 ст.1296, п.3 ст. 1297, п. 5 ст.1298 ГК РФ;
- право разрешать внесение в произведение изменений, сокращений и дополнений, а также, в случаях, предусмотренных п.5 ст.1233 и п.2 ст. 1286.1. ГК РФ автор может распорядиться указанными правом на будущее, при условии, что этим не искажается замысел автора и не нарушается целостность восприятия произведения;
- право на защиту фонограммы от искажения при ее использовании;
- право на охрану личных неимущественных прав после смерти их носителя;
- право на обнародование произведения не обнародованного при жизни автора;
- право, лица, организовавшего создание сложного объекта, указывать свое имя или наименование или требовать такого указания (ст.1240 ГК РФ);
- право издателя периодических изданий на использование таких изданий;
- право издателя периодических изданий указывать свое наименование или требовать его указания при любом использовании такого издания;
- право работодателя указывать свое имя или наименование или требовать его указания при использовании служебного произведения и др.

Как видно из указанного перечня, набор возможностей, которыми обладает правообладатель субъективных авторских и смежных прав весьма разнообразен и обширен. Главной гарантией осуществления субъективных прав является реализация принципа беспрепятственного осуществления указанных прав и устранение необоснованных помех в гражданском обороте, и всемерная защита имущественных и неимущественных интересов субъектов.

Основополагающие содержательные характеристики субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав проявляются именно в исключительном праве, которое должно

обеспечить присвоенность объекта определенному субъекту, предоставить ему наиболее полное господство над ним и коммерциализацию в экономическом обороте. Особый вклад в понимание исключительного права как предмета гражданского оборота в современной российской литературе принадлежит И.А. Зенину. Применительно к обороту исключительного права на указанные результаты и средства, пишет автор, используется не классический механизм производства и обмена товаров как вещей, а лишь сугубо товарно-денежная форма. В силу идеального характера и оригинальности (либо неочевидности) данных результатов и средств плата за приобретение исключительного права на них либо за предоставление права на использование определяется не сопоставлением индивидуальных трудовых и иных затрат автора либо иного правообладателя с общественно необходимыми затратами на их создание, поскольку таковых не существует и по определению не может существовать, а соотношением спроса и предложения на указанные результаты и средства⁴⁵⁷.

На сегодняшний день существуют несколько юридических моделей исключительного права. Сущность первой модели заключается в понимании исключительного права как права на совершение собственных активных действий: управомоченный субъект имеет право совершать те действия, которые составляют содержание его права. При этом обеспечивается оно через запреты, которые адресованы неопределенному кругу третьих лиц. То есть *в первой модели* исключительное право представлено как право правообладателя на совершение им определенных действий (*право на действия*). Первой модели придерживался Г.Ф. Шершеневич, в учебнике русского гражданского права ученый писал, что исключительное право представляет юридическую возможность совершения известного рода действий с устранением всех прочих от подражания. Пассивными субъектами исключительных прав являются все сограждане. Право возникает независимо от воли пассивных субъектов. Нарушителем права может быть каждый, позволивший себе подобные же действия⁴⁵⁸.

Вторая модель более полно и развернуто была обоснована в фундаментальной работе Пиленко А.А. «Право изобретателя» и выражена в формуле «право изобретателя есть право запрещения обращенное ко всем третьим лицам»⁴⁵⁹. То есть, действия с нематериальным результатом являются дозволенными или недозволенными в силу тех или иных норм

⁴⁵⁷ Зенин И.А. Исключительное интеллектуальное право (право интеллектуальной собственности) как предмет гражданского оборота. С.38/Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды). М.: Статут, 2015.

⁴⁵⁸ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.,1996. С. 254.

⁴⁵⁹ Пиленко А.А. Право изобретателя. М., 2001. С. 651 – 658.

законодательства, находящимися за рамками права интеллектуальной собственности. Исключительное право, в свою очередь, создает запрет на совершение этих действий всеми и каждым, за исключением правообладателя, который может их совершать не в силу наличия у него специального права, а в силу общего дозволения, если, отсутствуют специальные запреты. Иными словами, суть *второй модели* заключается в том, что исключительное право это право запрещать совершение определенных действий всем и каждому (*право запрещения*). Эта конструкция реализована в отношении патентоохраняемых объектов, практически, во всех странах мира.

Третья модель является *«компромиссной»*, она старается примирить первые две модели. Сформулировать ее можно следующим образом: безусловно, исключительное право подразумевает наличие запрета, однако, не как составного элемента этого права, а как обеспечивающего его правового веления, исходящего от законодателя и адресованного всем и каждому. Право запрещать те или иные действия принадлежит только законодателю. Субъективное право и запрет являются фундаментальными юридическими категориями, но их соотношение может быть различным и ни при каких обстоятельствах недопустимо их объединение.

Попробуем представить себе практическую реализацию права запрещения, пишет С.А. Бабкин, в чем состоят действия управомоченного лица? Оно направляет письменные и устные объявления о запрете в отношении всех потенциальных пользователей? Оно публикует соответствующие сообщения или издает властные веления? Вряд ли. Как бы мы не представляли себе право воспрещения на теоретическом уровне, на практике его реализация сведется к тому же, к чему сводится реализация права на действия: все, за исключением одного лица (субъекта исключительного права), воздерживаются от совершения охватываемых содержанием исключительного права действий; сам субъект исключительного права может как совершать, так и не совершать действия, составляющих содержание его права, поскольку каждое лицо пользуется гражданскими правами по собственному усмотрению⁴⁶⁰. Единственным исключением является ситуация, в которой может оказаться правообладатель, когда он отказывается от практического применения технического решения и предоставления права на его использование, это может стать основанием для предъявления иска о выдаче принудительной лицензии. Принудительная лицензия не отменяет и не заменяет исключительного права, а является

⁴⁶⁰ Бабкин С.А. Очерк 15. Понятие и содержание исключительных прав//Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики/Под общ. ред. В.А. Белова. – М.: Юрайт–Издат, 2007. С. 605 - 606.

механизмом, ограничивающим свободу его осуществления в общественных интересах (ст. 1362 ГК РФ).

В зарубежном законодательстве континентальной Европы и США, применительно к авторскому праву и смежным правам, исключительное право определяется через первую модель «право разрешения». Автору или иному правообладателю предоставляется возможность использовать объекты авторского права и смежных прав, перечисленными в законе способами. Например, исключительное авторское право представляет собой имущественное право, которое возникает на объекты авторского права и, позволяет правообладателю совершать в отношении произведения действия, охватываемые авторским правом. Перечень таких действий является *numerus clauses* как в английском законе, так и в американском⁴⁶¹.

В современной российской доктрине не наблюдается достижения консенсуса по исследуемому вопросу. Через модель права дозволения раскрывает сущность исключительного права В.А. Дозорцев, В.А. Белов, С.Т. Котиа.

А.Л. Маковский, И.А. Зенин, А.С. Ворожевич, В.С. Савина придерживаются второй модели трактовки исключительного права, как права запрещения. Так, А.С. Ворожевич утверждает⁴⁶², что исключительное право основывается на стратегии исключения. Базовым правомочием в его составе является возможность запрещать иным лицам использовать его объект. Позитивные правомочия – возможность использовать объект самому и распоряжаться исключительным правом также входят в структуру исключительного права, но носят второстепенный неуниверсальный характер. Сама по себе указанная конструкция не выглядит безупречной, крайне сложно здесь определить содержание права запрета – в чем состоит его реализация со стороны управомоченного лица, да еще в отношении неопределенного круга лиц, так как исключительное право носит абсолютный характер. На теоретическом уровне истоки модели права запрещения заложены в традиционном для американского права понимании права собственности как права на совершение действий с объектом и на отстранение других от соответствующего объекта. Затем в процессе становления и развития патентного права такое понимание права собственности было перенесено на патентное право, которое рассматривается как разновидность права интеллектуальной собственности (*intellectual property law*), а право интеллектуальной собственности как разновидность права собственности (проприетарная

⁴⁶¹ См. ст.1 – 2, ст. 16 Закона «О копирайте, промышленных образцах и патентах» 1988г., ст.106 Title 17 U.S. Code// F.Scott Kieff., Ralph Nack International, United States, and European Intellectual Property. 2010-2011.

⁴⁶² Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты. Дис... на соискание ученой степени д.ю.н. М., 2021. С. 89 – 90 (Выводы к первой главе).

традиция). Поэтому модель права запрещения нельзя делать универсальной для понимания исключительного права на все объекты интеллектуальной собственности, это работает только в отношении патентоохраняемых объектов, но не произведений науки, литературы и искусства, а также объектов смежных прав (исполнений). Исключительное право дает лицу возможность контролировать использование результата интеллектуальной деятельности. Запрет использования результата интеллектуальной деятельности всем третьим лицам внес бы в общественные отношения дисбаланс и поставил бы под угрозу развитие науки, культуры, образования.

Компромиссной модели придерживаются С.А. Бабкин, М.А. Коломейцева⁴⁶³, М.В. Лабзин.

Фундаментальные содержательные характеристики исключительного права предопределяются средой его применения и целями, поставленными исключительному праву как конструкции. Исключительное право должно обеспечивать:

- 1) господство субъекта над нематериальным объектом наиболее полно и безраздельно
- 2) с устранением третьих лиц от подражания или иного несогласованного действия с правообладателем, за исключением разрешенных случаев использования.

Достигнуть этого возможно при помощи предоставления правообладателю права на совершение определенных действий с объектом авторского права или смежных прав с одновременным запретом всем третьим лицам совершать такие действия с данным объектом. Что представляют собой указанные действия, то есть какова содержательная сторона исключительных авторских и смежных прав?

Наиболее распространенной является позиция В. А. Дозорцева, согласно которой в исключительном праве выделяются два правомочия — использование и распоряжение. Но объектом использования является сам результат, а объектом распоряжения — право на него, право его использования.

В. А. Белов пишет о том, что это взаимоисключающие утверждения: если верно первое предположение, то не может быть верно второе, и наоборот, ибо понятие объекта какого-либо действия должно быть чем-то внешним по отношению к этому действию. Право распоряжения

⁴⁶³ Коломейцева М.А. приводит два основных аргумента в обосновании своей позиции: 1) модель «права на действие» создает предпосылки к игнорированию и нарушению прав авторов; 2) право запрета чаще используется в международных конвенциях и договорах по вопросам интеллектуальной собственности (Римская конвенция 1961г., Соглашение TRIPS). См.: Коломейцева М.А. Охрана прав интеллектуальной собственности в РФ: Автореф. Дис....канд.юрид.наук. М.,2000. С. 13 – 14.

исключительным правом является элементом гражданской правоспособности. С. В. Третьяков подчеркивал, что результатом такого рода трансформации понятия правоспособности станет ослабление принципа формального равенства субъектов гражданского права. Такой подход растворяет возможность распоряжения в понятии правоспособности. А. Г. Матвеев отмечает, что по своей природе возможность распоряжения исключительным правом ближе всего стоит к секундарным правам, если последние рассматривать как особый вид правовых возможностей, которые не сводятся ни к субъективным правам, ни к проявлениям правоспособности. Однако секундарные права осуществляются посредством одностороннего волеизъявления, тогда как распоряжение исключительным правом зачастую реализуется через договоры. Таким образом, дискуссия о структуре исключительного авторского права не имеет единого решения, она лежит в нескольких плоскостях, которые пересекаются между собой⁴⁶⁴.

В отличие от обязательственного права, где может иметь место правопреемство как на активной, так и на пассивной стороне обязательства, в отношении исключительного права в силу его абсолютного характера отсутствует определенность обязанного субъекта, возможность правопреемства на пассивной стороне исключена⁴⁶⁵.

Законодатель не устанавливает закрытого перечня способов распоряжения исключительным правом. Существующие способы распоряжения исключительным правом в зависимости от наличия или отсутствия договора в основании распоряжения исключительным правом в отечественной доктрине подразделяют на две большие группы: договорные и бездоговорные, которые в свою очередь могут быть классифицированы по различным основаниям на виды и подвиды. Наиболее распространенным способом распоряжения исключительным правом является договорный способ. Бездоговорный способ распоряжения реализуется при помощи совершения правообладателем разного рода односторонних сделок.

Ключевой смысл выделения конструкции распорядительной сделки применительно к исключительным правам заключается в защите управомоченного субъекта (конечного приобретателя) от необоснованного вмешательства третьих лиц в его правовое положение. Так как без обладания распорядительной властью перенос исключительного права *ipso iure*

⁴⁶⁴ См.: Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации. С. 121; Белов В. А. Гражданское право : учебник : в 4 т. Т. III : Особенная часть : Абсолютные гражданско-правовые формы. М. : Издательство Юрайт, 2012. С. 458; Третьяков С. В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» // Основные проблемы частного права : сб. ст. к юбилею А. Л. Маковского. М. : Статут, 2010; Матвеев А. Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 228—229.

⁴⁶⁵ См.: Черепяхин Б. Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 358.

становится невозможным. В немецком праве⁴⁶⁶ подход к распорядительной сделке исходит из того, что последняя не ограничивается только передачей права собственности, но и передачей права требования (например, цессия, заявление о зачете лицензиата к лицензиару, прощение долга). Она может также выражаться в обременении исключительного права (например, правом залога, публичной лицензией, правом преждепользования и послепользования в отношении патентоохраняемых объектов и др.). Абстрактность распорядительной сделки имеет фундаментальное значение, которое выражается в том, что, действует независимо от вида правового основания и имеет действие в отношении распоряжения правом собственности как на движимые, так и недвижимые вещи, а равным образом и на обязательственные и исключительные права. При этом правоприобретение остается порочным, поскольку для него отсутствует правовое основание, что для отчуждателя означает возможность предъявления к приобретателю кондикционного иска. Иск из неосновательного обогащения может быть предъявлен только к тому лицу, в пользу которого была совершена передача права. Н.Б. Щербаков, критикуя указанный способ защиты, отмечает, что введение иска из неосновательного обогащения исключает действие абстрактной модели применительно к отношениям продавца и первого приобретателя, отсюда принцип абстракции актуален только в отношении последующих возможных приобретателей⁴⁶⁷.

В швейцарском и австрийском правопорядках⁴⁶⁸ модель распорядительных сделок, в противоположность германскому принципу абстрактности, построена на так называемом принципе каузальности. В соответствии с которым, недействительность первого договора влечет за собой недействительность всех последующих заключенных договоров. В Великобритании и США момент и способ перехода права отнесены на уровень свободного волеизъявления контрагентов и, в случае отсутствия последнего, индивидуализируются в императивной форме⁴⁶⁹.

Вышесказанное позволяет лучше понять отечественное гражданское право, которому свойственен принцип каузальности. По мнению Д.И. Мейера «законное основание передачи

⁴⁶⁶ Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т.1. Общая часть. Спб.,1874.С.153.; Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т./Пер. с нем. М., 2000. Т.1. С.225.

⁴⁶⁷ http://m-logos.ru/img/Tezissy_Sherbakov_09.10.13.pdf.

⁴⁶⁸ Коциоль Х. Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право – пример для Европы?//Вестник гражданского права №6, 2012.С. 240 - 242.

⁴⁶⁹ Bently L., Sherman B. Intellectual Property Law. Third Edition. Oxford. University press. P. 262 – 263.

существенно для ее действительности: недостаточно намерения одного лица передать право собственности, а другого приобрести его; недостаточно также и перехода самого владения. Необходимо еще и законное основание...».⁴⁷⁰ Отрицая необходимость рецепции абстрактной модели распоряжения (в частности, Е.А. Суханов, М.А. Церковников), отмечают, что в целях защиты конечного приобретателя от неправомерного отчуждателя в российском праве имеются свои правовые институты: доктрина защиты добросовестного приобретателя; правила о последующем одобрении сделок. Однако ст.302 ГК РФ распространяется только на вещи и не распространяется на деньги, на ценные бумаги на предъявителя, на бездокументные ценные бумаги, исключительные права. В связи с этим, каким образом нам защитить добросовестных приобретателей (лицензиатов и др. носителей исключительного права)? В литературе предлагают несколько вариантов решения проблемы:

- распространить действие ст. 302 ГК РФ не только на вещи и ввести понятие добросовестных приобретателей исключительного права.⁴⁷¹ Однако применительно к объектам авторского права и смежных прав невозможно найти внешнюю видимость права, в отсутствие реестра, без чего невозможно конструирование фигуры добросовестного приобретателя;
- введение принципа генеральной абстрактности – не только в отношении вещей, но и исключительных прав. По сути, это означает фактическое упразднение фигуры добросовестного приобретателя, так как абстрактность распоряжения должна приводить всякий раз в возникновению права у приобретателя, что приведет к

⁴⁷⁰ Мейер Д.И. Русское гражданское права. Ч.2 С. 62.

⁴⁷¹ Так, Сайфутдинова В.М. предлагает установить в нормах части IV ГК РФ категорию «добросовестный приобретатель результата интеллектуальной деятельности». Это позволит, по ее мнению, исключить необоснованное привлечение к ответственности за нарушение интеллектуальных прав лиц, использующих результаты интеллектуальной деятельности в соответствии с заключенными ими договорами. Между тем на практике встречаются нарушения интеллектуальных прав, связанные с заключением правообладателем нескольких договоров об отчуждении исключительных прав или выдачи исключительных лицензий в отношении одного и того же РИД, в результате чего приобретатели и пользователи исключительных прав (чаще всего, издательства) несут значительные убытки, в том числе упущенную выгоду. См. Принцип добросовестности в праве интеллектуальной собственности. Автореферат дис... на соискание ученой степени к.ю.н. М., 2021. С. 13. Кирсанова Е.Е. предлагает трансформацию теории владения объектами интеллектуальной собственности в условиях зарождающейся цифровой экономики. В результате чего автором предложено считать традиционное понимание владения узкой трактовкой, в то время как в цифровую эпоху следует говорить о широком понимании владения, которое включает в том числе психологическое отношение лица к принадлежащему объекту. См. Правовое регулирование оборота прав на результаты интеллектуальной деятельности в цифровой экономике. Автореферат на соискание дис... на соискание степени к.ю.н. М., 2021. С.21-23.

нарушению баланса между интересами соправообладателей и гражданского оборота в целом.

Несмотря на дискуссионность вопроса о возможности использования в отечественном гражданском праве идеи распорядительной сделки применительно к исключительным правам, в практической плоскости можно проследить полезные эффекты относительно данной конструкции.

Так, представляется возможным рецепировать конструкцию распорядительной сделки из германского права в ее широком значении как сделки, опосредующей распоряжение исключительным правом. В этом случае секундарные права это особый вид правовых возможностей (права на изменение, а иногда и на создание правоотношений односторонними действиями), которые нельзя свести ни к субъективным правам, ни к проявлению динамической правоспособности правообладателя. Секундарное исключительное право осуществляется посредством одностороннего волеизъявления правообладателя. Так, правообладатель может сделать публично заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащее ему произведение науки, литературы, искусства или объект смежных прав на определенных правообладателем условиях и в течение указанного им срока. В течение срока действия секундарное право не может быть отозвано и предусмотренные условия использования не могут быть ограничены. Установлено, что односторонняя сделка, состоящая в отказе от права и влекущая его прекращение, возможна для обладателей любого исключительного права, поскольку такая возможность вытекает из общих норм гражданского законодательства (ст. 1, 2, 9 ГК РФ).

Принятие четвертой части ГК РФ привело к единому знаменателю научную дискуссию по вопросам о структуре и содержании исключительного права. Из п. 1 ст. 1229 ГК РФ можно сделать вывод о том, что содержание исключительного права на результат творческой деятельности и приравненные к таким результатам средства индивидуализации составляют: во-первых, возможность использовать этот результат по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом; во-вторых, возможность распоряжаться исключительным правом, если законом не предусмотрено иное; в-третьих, возможность по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, при условии, что отсутствие запрета не считается разрешением. Следовательно, другие лица не могут использовать соответствующий результат интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ. Таким образом, наиболее логичным является понимание субъективного исключительного права как абсолютного имущественного права

на соответствующий результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, позволяющего извлекать материальные выгоды из использования данного объекта.

А.Г. Матвеев критикует существующее законодательное регулирование, а именно модель единого исключительного права, которое состоит из разного рода правомочий, и предлагает закрепить модель отдельных исключительных прав, каждому из которых будет соответствовать определенный признанный в п. 2 ст. 1270 ГК РФ способ использования произведения. В частности, по его мнению, модель отдельных исключительных прав позволит передавать (отчуждать) права на конкретные способы использования произведения. Далее, исследователь, отмечает необходимость установления закрытого перечня способов использования произведения, составляющих содержание исключительных прав. Установленный законодателем, открытый перечень несет в себе угрозу абсурдного привлечения к ответственности третьих лиц, например, за непубличное исполнение произведения. Против такого подхода можно высказать некоторые критические соображения. Смысл открытого перечня правомочий, составляющих содержание исключительного права, состоит в том, чтобы не вносить изменения в законодательство каждый раз, как только технический прогресс подскажет человечеству новый способ использования результата интеллектуальной деятельности. Так, в 2004 году пришлось вносить изменения, тогда еще в закон «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г. когда появилось правомочие «на доведение до всеобщего сведения» (Интернет – правомочие), именно потому, что перечень способов использования был закрыт законом. Также следует указать на то, что, одним из ограничений исключительного права является личная сфера субъекта, точнее это та область, где исключительное право не действует, поэтому в частной сфере нам доступны все способы использования объекта и нет никакой опасности привлечения к ответственности за нарушение прав правообладателя. Если речь идет о любом (поименованном в законе или нет) использовании в публичной сфере, где есть неограниченный доступ третьих лиц, в коммерческих целях, то любой не согласованный способ использования должен считаться нарушением независимо от вины.

Похожие возражения в отношении содержания исключительного права выдвигает и А.С. Ворожевич⁴⁷². Так, автор считает, что право на вознаграждение является самостоятельным интеллектуальным имущественным правом правообладателя, не входящим в структуру (в качестве правомочия) исключительного права. Если стоять на позиции утилитаристского (экономического) подхода, то данный вывод является разумным. Согласно утилитаристскому

⁴⁷² Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты. Дис... на соискание ученой степени д.ю.н. М., 2021. С. 89.(Выводы к первой главе).

подходу к легитимации исключительных прав, их назначение заключается в том, что они побуждают авторов рискнуть в самом начале своей творческой деятельности в расчете на получение прибыли в дальнейшем. Как отмечают американские исследователи, главная цель в предоставлении исключительного права заключается в том, чтобы автор не только вернул затраченные инвестиции в процессе создания, но и получил прибыль⁴⁷³. Но, сказанное, не выдерживает критики с точки зрения естественно – правового подхода к легитимации исключительных прав, который получил распространение в Германии и во Франции. Не имеет смысла спорить с тем, что цель исключительного права состоит в обеспечении возможности экономически полезного присвоения нематериального объекта, придании ему статуса товара, а правообладателю статус самостоятельного и независимого товаровладельца (коммерциализация результата интеллектуальной деятельности).

Особое внимание обращают на себя п. 1 ст. 1229, п. 1 ст. 1270, п. 1 ст. 1317, п. 1 ст. 1324, п. 1 ст. 1330, п. 1 ст. 1339, п. 1 ст. 1358, п. 1 ст. 1421 ГК РФ, в которых раскрывается содержание исключительного права как права на использование объекта: произведения, исполнения, фонограммы и иного результата творческой деятельности. Законодатель предлагает открытый перечень способов использования. Все эти способы включаются в содержание исключительного права независимо от того, совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без таковой.

Так, предлагая характеристику по способам использования, указанным в ст. 1270 ГК РФ, их можно разделить на три группы⁴⁷⁴:

- 1) использование произведения, непосредственно связанное с его материальным носителем;
- 2) использование, непосредственно не связанное с материальными носителями произведения;
- 3) иные (зависимые) способы использования произведения.

К так называемым вещественным способам использования произведения относятся: воспроизведение, распространение, импорт, прокат, практическая реализация архитектурного проекта. К неимущественным способам использования произведения относятся: публичное исполнение, сообщение в эфир, сообщение по кабелю, ретрансляция, доведение до всеобщего

⁴⁷³ Llewellyn H., Rockwell Jr. The right to exclude//Spintech.1999.sep.12.

⁴⁷⁴ См.: Матвеев А. Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели: дис. ... д-ра юрид. наук. С. 240.

сведения⁴⁷⁵. Специфика зависимых способов использования нацелена на создание производных объектов, например переводов и других видов переработок произведения — это обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки, оркестровки и т. д. (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Они всегда связаны с каким-то базовым способом, как то: воспроизведение, передача в эфир, доведение до всеобщего сведения. Обращает на себя внимание также то, что сами по себе действия по переводу и переработке произведения не подконтрольны правообладателю, однако публичное использование перевода и переработки включается в содержание исключительного авторского права.

Если сравнить с использованием патентообладателями патентоспособных объектов — изобретений, полезных моделей и промышленных образцов, то исключительное право включает в себя, в частности: ввоз на территорию РФ, изготовление, применение, предложение о продаже, продажу, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец, либо совершение перечисленных действий в отношении продукта, полученного непосредственно запатентованным способом, либо в отношении устройства, при функционировании (эксплуатации) которого в соответствии с его назначением автоматически осуществляется запатентованный способ, либо применение способа, в котором используется изобретение (п. 2 ст. 1358 ГК РФ).

Заслуживает внимание, на наш взгляд, еще одна классификация способов использования произведения, в основе которой, лежит четкая граница между правомочием и способом использования. Правомочие это правовое действие, которое правообладатель может осуществлять с произведением. Способы использования это фактические действия, которые вправе совершать правообладатель. Итак, первая группа способов использования, связана с непосредственным восприятием произведения, например, публичный показ, публичное исполнение музыкального, литературного произведения и др. Вторая группа устанавливается в целях расширения охвата аудитории, воспринимающей произведение, например, воспроизведение, распространение, прокат и др. Третья группа, это так называемые технические способы доведения произведения до публики, например, сообщение в эфир, по кабелю, доведение произведения до всеобщего сведения (посредством Интернет). Первые две группы способов использования (базовые) предполагают активное поведение правообладателя, третья

⁴⁷⁵ Например, использование произведения в Интернете охватывается понятием «доведение произведения до всеобщего сведения» — это использование произведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору (подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

группа способов использования сопряжена с пассивной ролью правообладателя и активной ролью пользователя.

Таким образом, право на использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности или составляет содержание исключительного права правообладателя (автора, исполнителя и др.), или возникает у третьего лица в результате распоряжения правообладателя своим исключительным правом по относительной модели (без его отчуждения). Авторское право и смежные права контролируют только публичное использование, личное использование находится за пределами контроля правообладателя.

Результаты интеллектуальной деятельности могут создаваться не одним автором, а совместно с другими. Под совместным использованием понимается как собственно совместное использование, так и использование результата интеллектуальной деятельности каждым в отдельности (абз. 1 п. 3 ст. 1229 ГК РФ). Иными словами, правообладатели вправе не только самостоятельно использовать результаты интеллектуальной деятельности, но и распоряжаться исключительным правом на них. Взаимоотношения лиц, которым исключительное право принадлежит совместно, определяются соглашением между ними. В соглашении между правообладателями может быть также предусмотрен механизм выхода из числа обладателей исключительного права, выделения долей в целях отчуждения или безвозмездной передачи своей доли другим правообладателям или третьим лицам.

Соответственно, правомочие использование в составе исключительного права это любое применение произведения за двумя исключениями: 1) применение охватывает только внешнюю форму произведения и никогда не связано с его содержанием⁴⁷⁶. Использование содержания не контролируется авторским правом; 2) существование определенных изъятий, например, предусмотренные законом случаи свободного использования результатов интеллектуальной деятельности. Каждый способ использования произведения представляет собой самостоятельное правомочие, входящее в состав исключительного права, принадлежащее автору или иному правообладателю. А незаконное использование произведения каждым из упомянутых в п.2

⁴⁷⁶ Под внешней формой следует понимать внешнюю последовательность слов, звуков. Иными словами, речь идет про произведение в том виде, в каком оно предстает читателю, слушателю. Под внутренней формой произведения понимается внутренняя структура, внутренний порядок произведения, т.е. определенная последовательность и взаимосвязь идей, ритмов, определенным образом упорядоченное идейное содержание произведения, последовательность аргументов и выводов, примеров и иллюстраций, индивидуальный ход рассуждений, стиль аргументации, образное содержание, особенности чередования образов, построение, внутренний ритм произведения и т.п.

ст.1270 ГК РФ способов представляет собой самостоятельное нарушение исключительного права.

Таким образом, любой объект авторских и смежных прав интересен не сам по себе, а лишь в силу того, в какой мере, он может быть, во-первых, полезен обществу, во-вторых, какие возможности в отношении него могут быть реализованы субъектом права. Долгое время, а именно на протяжении существования советского и постсоветского авторского права, нельзя было говорить о распоряжении исключительным правом на объекты интеллектуальной собственности ввиду отсутствия полноценного коммерческого оборота исключительных прав. Но с принятием части четвертой ГК РФ, с появлением в нем ст. 1229, 1233, 1235, 1270, 1286, 1286.1, регулирующих оборот исключительных прав, ситуация должна измениться в лучшую сторону.

Часть четвертая ГК РФ в ст. 1233 структурировала содержание исключительного права, определив, что в него наряду с иными правомочиями входит правомочие распоряжения исключительным правом. В юридической литературе обоснованы иные подходы к определению места правомочия распоряжения в составе субъективного права и исключительного права в частности⁴⁷⁷.

Итак, автор (правообладатель) может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу или предоставления другому лицу права использования соответствующего результата интеллектуальной деятельности в установленных договором пределах. Закон позволяет правообладателю самому решать, что именно и в какой степени он будет передавать, единственное условие — законность действий и отсутствие противоречия существу исключительного права. Данное понимание сущности исключительного права приводит к тому, что правообладатель имеет возможность распорядиться принадлежащим

⁴⁷⁷ Например, предлагают распоряжение рассматривать как самостоятельное субъективное право, а не как элемент (правомочие) исключительного права. Исследователи отмечают некое логическое противоречие, с одной стороны, распоряжение это элемент содержания исключительного права, с другой стороны, исключительное право это объект права (правомочия) распоряжения. См.: Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею А.Л. Маковского. М., 2010. (СПС «Консультант плюс»). В.О. Калятин Способы использования объектов авторских прав. <http://lfacademy.ru/c/course/1876160/1878157>

ему исключительным правом путем составления завещания, внесения вклада в уставный (складочный) капитал юридического лица⁴⁷⁸, залога исключительного права, отказа от исключительного права и т. д.

Законодатель исходит из того, что субъекты гражданских прав свободны в реализации и осуществлении подобных действий, поэтому не устанавливает закрытого перечня способов распоряжения исключительным правом. Так, правила ст. 1234 и 1235 ГК РФ не исключают возможности заключения договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора, предусматривающих переход исключительного права или предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, которые будут созданы (возникнут) в будущем. Как было отмечено в доктрине, все возможные способы распоряжения исключительными авторскими правами могут быть подведены под полную передачу исключительных прав (договор об отчуждении исключительного права) и частичную передачу исключительных прав (лицензионный договор)⁴⁷⁹.

Таким образом, правомочие распоряжения не может быть реализовано без взаимодействия с другими лицами, для этого требуется заключение различных

⁴⁷⁸ В случае внесения подлежащего оценке исключительного права, иного интеллектуального права или права по лицензионному договору в качестве вклада в уставный (складочный) капитал хозяйственного товарищества или общества при наличии указания об этом в решении о создании (решении о внесении имущества в уставный (складочный) капитал или договоре об учреждении (создании) товарищества или общества, а также при наличии в таком решении всех существенных условий, подлежащих включению соответственно в договор об отчуждении исключительного права или лицензионный договор, заключение отдельного договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора не требуется (п. 46 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Уместно отметить, что важным на практике является правильное оформление стоимостных документов, в которых отражается стоимость приобретения (создания) объекта исключительного права и величина затрат, необходимых для приведения объекта исключительных прав в состояние, пригодное для его использования в хозяйственной деятельности. Расчет обоснованной рыночной стоимости исключительных прав одновременно производится по нескольким методам, которые позволяют наиболее полно учесть все ценообразующие факторы, влияющие на рыночную стоимость конкретного объекта, в частности учитывающие прошлые затраты на создание и приобретение объекта, рыночную конъюнктуру и возможности данных исключительных прав приносить доход юридическому лицу. Л. И. Петражицкий считал преувеличение оценки неденежных взносов учредителями акционерных компаний одной из «безобразнейших болезней акционерного дела» (см.: *Петражицкий Л. И. Акционерная компания. Акционерные злоупотребления и роль акционерных компаний в народном хозяйстве.* СПб., 1899. С. 109—110). На сегодняшний день в качестве основного критерия закреплена обязанность участников осуществлять оценку стоимости вносимых прав с привлечением квалифицированного оценщика, осуществляющего оценочную деятельность на профессиональной основе, во всех случаях внесения вклада (оплаты акций) хозяйственного общества, вне зависимости от каких-либо факторов, включая размер вклада (ст. 66.1 ГК РФ).

⁴⁷⁹ Выдающийся правовед В. Д. Спасович утверждал: «Все возможные виды уступки права авторского по договору могут быть подведены под два главных случая: когда авторское право уступается владельцем этого права другому лицу в целом его объеме или когда владелец авторского права уступает другому не само право, но пользование им в известных пределах» (см.: Спасович В. Д. *Права авторские и контрафакция.* СПб.: Изд-е М. О. Вольфа, 1865. С. 49).

гражданско-правовых договоров, совершение односторонних сделок и иных действий юридического характера, т. е. правомочие распоряжения исключительным правом обеспечивает совершение действий, которые предполагают юридические последствия в виде прекращения, обременения или ограничения права, а также переход права в порядке универсального правопреемства. При этом правообладатель может осуществить распоряжение исключительным правом одновременно в отношении широкого круга лиц и в разных местах⁴⁸⁰. Правила ст. 1234 и 1235 ГК РФ не исключают возможности заключения договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора, предусматривающих переход исключительного права или предоставление права использования объекта авторского права и смежных прав, которые будут созданы или возникнут в будущем.

Проблемы свободного использования объектов авторского права и смежных прав

Сфера действия исключительного права предусматривает определенные изъятия из абсолютной монополии (господства) правообладателя, законодатель использует термин «ограничения исключительных прав»:

- исключительное право возникает в отношении только тех объектов, перечень которых содержится в ст. 1225 ГК РФ;
- ГК РФ предъявляет ряд требований к носителям первичного субъективного исключительного права (исключительное использование лицом (лицами) за которыми данное право устанавливается непосредственно законом);
- по общему правилу исключительное право ограничено по сроку действия и по территории (временные и территориальные ограничения). То есть действие права ограничивается пределами того государства, на территории которого возник объект авторского права или смежных прав. Внутренний список стран – участниц международных конвенций является доказательством стремления международного сообщества к унификации правового регулирования и гармонизации международных правил и своего национального права. Однако, в отношении сложных программных продуктов (программ для ЭВМ и баз данных), предполагающих их использование в сети Интернет все чаще мы сталкиваемся с принципом экстерриториальности;

⁴⁸⁰ См.: Скворцов А. А. Договоры о передаче прав на результаты интеллектуальной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 7.

- использование результатов интеллектуальной деятельности лицами, иными чем правообладатель, без его согласия допускаются законом в строго определенных случаях;
- считается, что закрытый перечень случаев свободного использования гарантирует большую степень правовой определенности.

Цель подобного рода законодательных предписаний состоит в установлении границы монополии автора, исполнителя, изготовителя базы данных др. В каком-то смысле речь идет о признании приоритета прав пользователя над правами автора, что имеет непосредственное отношение к установлению баланса интересов между данными субъектами права.

Дело в том, что в отечественной теории институт пределов, границ осуществления исключительного права и исключений не получил глубоко и всестороннего исследования. Высказано в литературе мнение, что посредством перечисления случаев свободного использования объектов интеллектуальной собственности законодатель устанавливает не пределы осуществления прав субъекта, а содержательные границы непосредственно самого субъективного права. Так, к содержательным границам необходимо отнести и право преждепользования, в то же время, институт исчерпания прав нельзя отнести к пределам осуществления субъективного исключительного права. Такое право, распространяясь на объект интеллектуальной собственности, не охватывает оборот овеществленных продуктов, в которых с согласия на то правообладателя нашел отражение результат интеллектуальной деятельности. В основе обозначенного смещения разнопорядковых явлений как в российской, так и зарубежных правовых системах находится проблема непроработанности правового инструментария, позволяющих квалифицировать сопряженные с исключительным правом явления⁴⁸¹. Среди исследователей права интеллектуальной собственности не существует единства по поводу разграничения указанных институтов⁴⁸². Но, пожалуй, точку зрения А.С. Ворожевич можно признать наиболее убедительной. Применительно к исключительным правам (равно, как и иным субъективных гражданским правам), пишет автор, необходимо говорить о трех институтах, ограничивающих сферу контроля правообладателя объекта интеллектуальной собственности, доступные ему правореализационные модели: границы исключительного права, пределы осуществления права и обременения. Понятие «границы» является более точным. Термин

⁴⁸¹ Ворожевич А.С. Вызовы современным патентным системам и правовые ответы на них// Вестник гражданского права №2, 2014г. Том 14. С. 57 – 60.

⁴⁸² Анализ позиций по указанному вопросу см.: Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели. Дис.... на соискание степени д.ю.н. М., 2016. С.255 – 282.

«ограничение» указывает на сужение составляющих его содержание субъективного права правомочий. Иными словами, речь идет о ситуациях, когда само субъективное право сохраняется, но совокупность возможностей правообладателя становится меньше. При этом, подразумевается, что есть некое абстрактное полное исключительное право, по отношению к которому устанавливаются ограничения.

Границы исключительного права не указывают на процесс сужения некоего изначально более широкого права. Они определяют изначально объективные «параметры» такого права, «координаты» сферы контроля правообладателя.

Границы исключительного права представляют собой правовой институт, разделяющий сферу контроля правообладателя за использованием объекта и сферу свободного использования объекта всеми иными лицами. «Внутри» подобных границ правообладатель опирается на право, его действия представляют собой осуществление права. Он может запрещать всем иным лицам использовать объект. «Снаружи» любое иное лицо может использовать объект интеллектуальной собственности без согласия на то правообладателя⁴⁸³.

В качестве критического замечания можно отметить, что поскольку субъективные исключительные авторские и смежные права это приобретенные права, независимо от того сторонником позиции естественного или утилитаристского обоснования авторского права мы являемся, то они не возникают у всех субъектов одновременно, подобно правоспособности, а их возникновение, изменение и прекращение зависит от конкретных юридических фактов, то есть от активных действий самих правообладателей. Поэтому ограничения исключительных прав это определённые уступки, которые делаются автором или исполнителем, или др. субъектом обществу с целью развития общества и научно – технического прогресса в целом (общественный интерес). Более того, ограничения (стеснения) исключительных авторских и смежных прав сужают их объем (содержание), но, не прекращают само право. В то время как за пределами территориальных, временных границ субъективное право отсутствует.

По прежнему большинство государств в вопросе о свободном использовании ориентируются на трехступенчатый тест, который был включен в Бернскую конвенцию стокгольмскими поправками в 1967 г. Государства, присоединившиеся к Бернской конвенции, могут в своих законодательствах предусматривать ограничения исключительного права при соблюдении трех условий:

- 1) исключения должны касаться только определенных и особых случаев;

⁴⁸³ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты. Дис... на соискание ученой степени д.ю.н. М., 2021. С. 96-97.(параграф 1.3.).

- 2) исключения не должны наносить ущерба нормальному использованию объекта;
- 3) исключения не должны ущемлять необоснованным образом законные интересы автора.

В дальнейшем трехступенчатый тест нашел отражение в основных международных актах в области интеллектуальной собственности, например в Договоре ВОИС по авторскому праву (ст. 10), Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам (п. 2 ст. 16), Соглашении ТРИПС (ст. 17, п. 2 ст. 26, ст. 30). Указанное правило также воспроизведено в п. 5 ст. 1229 ГК РФ. При этом названное использование может быть связано с выплатой вознаграждения правообладателю или осуществляться без выплаты соответствующего вознаграждения. В качестве примера можно привести публичное исполнение фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, а также ее сообщение в эфир или по кабелю без разрешения обладателя исключительного права на фонограмму (и обладателя исключительного права на зафиксированное в этой фонограмме исполнение), но с выплатой вознаграждения (п. 1 ст. 1326 ГК РФ). Полномочиями на сбор вознаграждения наделяется аккредитованная для данной цели организация по управлению правами на коллективной основе⁴⁸⁴. Перечень оборудования и материальных носителей, размер и порядок сбора вознаграждения утверждены Правительством РФ⁴⁸⁵.

Также надо иметь в виду, что случаи свободного использования не затрагивают личных неимущественных прав авторов, которые продолжают действовать без каких-либо изъятий.

Суд по интеллектуальным правам совместно с Российской школой частного права 16 июля 2020 года провел Научно – консультативный совет в онлайн – формате обсуждения модельных дел, основанных на практике Суда по интеллектуальным правам⁴⁸⁶. Это связано с тем, что во многих случаях классических подходы в указанной сфере оказываются неэффективными, особенно, с учетом цифровизации результатов интеллектуальной

⁴⁸⁴ См.: Постановление Правительства РФ от 29.12.2007 № 992 «Об утверждении Положения о государственной аккредитации организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами, а также об установлении предельного (максимального) размера сумм, удерживаемых аккредитованной организацией на покрытие необходимых расходов по сбору, распределению и выплате вознаграждения, а также сумм, которые направляются в специальные фонды». В соответствии с данным постановлением была создана аккредитационная комиссия, на основании рекомендаций которой Минкультуры России принимает решение о государственной аккредитации соответствующей организации в определенных ГК РФ сферах коллективного управления правами.

⁴⁸⁵ В российский перечень оборудования и материальных носителей, используемых для свободного воспроизведения фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях, Правительство РФ включило все без исключения виды ЭВМ, все виды телефонов (как сотовые, так и стационарные). Примечательно, что в США вознаграждение не собирается ни с персональных компьютеров, ни с сотовых телефонов. Оно собирается только с чистых дисков, специально предназначенных для записи музыки, а также с цифровых магнитофонов, но только в том случае, если они не являются встроенными в компьютер. См. более подробно: Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: Юриспруденция, 2013. С. 252.

⁴⁸⁶ <http://privlaw.ru/video-share/video-share-2020/video2020-7/>

деятельности. Все это требует серьезного гражданско – правового переосмысления вопросов доступа к результату интеллектуальной деятельности, его воспроизведению, распространению его копий (введению в гражданский оборот), модификации в поисках баланса интересов между правообладателями и пользователями с точки зрения объективной добросовестности, запрета злоупотребления субъективным исключительным правом, запрета на извлечение преимуществ из своего незаконного или недобросовестного положения и др.

Ключевую роль к пониманию указанных ограничений выполняет правило, согласно которому использование произведения без разрешения автора и выплаты ему вознаграждения не допускается. В качестве исключения в некоторых случаях допускается свободное использование произведений науки, литературы и искусства в личных, информационных, научных, учебных, культурных целях без намерения извлечь выгоду, при условии, что данное произведение правомерно опубликовано, т. е. введено в гражданский оборот с разрешения автора.

Попробуем сформулировать базовые параметры данного подхода: указанные исключения не применяются в отношении воспроизведения произведений архитектуры в форме зданий и аналогичных сооружений; воспроизведения баз данных или их существенных частей; воспроизведения программ для ЭВМ (кроме случаев, предусмотренных ст. 1280 ГК РФ); репродуцирования книг (полностью) и нотных текстов; видеозаписи аудиовизуального произведения при его публичном исполнении в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, и воспроизведения аудиовизуального произведения с помощью профессионального оборудования, не предназначенного для использования в домашних условиях⁴⁸⁷.

В соответствии с разъяснениями, содержащимися в п. 97 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10, «Допускается без согласия автора или иного правообладателя воспроизведение, осуществляемое только гражданином и только в личных целях, под которыми по смыслу статьи 1273 ГК РФ понимается последующее некоммерческое использование соответствующего экземпляра для удовлетворения собственных потребностей или потребностей обычного круга семьи этого гражданина (который определяется судом с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела)». При этом под использованием произведения при необходимости понимается использование в единичных экземплярах или ограниченном количестве, количество которых оправданно и необходимо для удовлетворения названных потребностей.

⁴⁸⁷ Указанное правило было, по сути, продублировано в абз. 3 п. 97 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.04.2019 № 10.

В ст. 1274 ГК РФ перечислены наиболее распространенные случаи свободного использования произведений без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования:

— цитирование в оригинале и в переводе в научных, полемических, критических или информационных целях правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования;

— использование правомерно обнародованных произведений и отрывков из них в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телепередачах, звуко- и видеозаписях учебного характера в объеме, оправданном поставленной целью;

— воспроизведение в прессе, сообщение в эфир или по кабелю правомерно опубликованных в газетах или журналах статей по текущим экономическим, политическим, социальным и религиозным вопросам или переданных в эфир произведений такого же характера в случаях, когда такое воспроизведение или сообщение не было специально запрещено автором или иным правообладателем;

— воспроизведение в прессе, сообщение в эфир или по кабелю публично произнесенных политических речей, обращений, докладов и других аналогичных произведений в объеме, оправданном информационной целью.

При этом за авторами таких произведений сохраняется право на их опубликование в сборниках, на воспроизведение или сообщение для всеобщего сведения в обзорах текущих событий средствами фотографии, кинематографии, путем сообщения в эфир или по кабелю произведений, которые становятся увиденными или услышанными в ходе таких событий, в объеме, оправданном информационной целью; на воспроизведение без извлечения прибыли рельефно-точечным шрифтом или другими специальными способами для слепых (кроме произведений, специально созданных для воспроизведения такими способами).

В том случае, когда библиотека предоставляет экземпляры произведений, правомерно введенные в гражданский оборот, во временное безвозмездное пользование, такое пользование допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения. При этом выраженные в цифровой форме экземпляры произведений, предоставляемые библиотеками во временное безвозмездное пользование, в том числе в порядке взаимного использования библиотечных ресурсов, могут предоставляться только в помещениях библиотек при условии исключения возможности создать копии этих произведений в цифровой форме. Общее правило состоит в том, что библиотеки вправе на основании предусмотренного для них ограничения исключительного права на произведение предоставлять имеющиеся в наличии экземпляры

произведений в пользование, но не вправе создавать новые экземпляры (за исключением случаев, специально предусмотренных ст. 1275 ГК РФ) или содействовать созданию таких новых экземпляров, причем особый порядок установлен в отношении экземпляров произведений в цифровой форме, которые вообще не должны покидать помещения библиотек и доступ к которым должен контролироваться библиотеками с целью недопущения несанкционированного копирования.

Для того чтобы лучше понять смысл и содержание этого исключения, необходимо иметь в виду следующее: библиотеки в ЕС извлекают выгоду из сформулированного на уровне ЕС исключения для права на воспроизведение для определенных видов копирования, как, например, для целей сохранения. Единственная цель сохранения и архивирования может заключаться в создании копий для замены произведения, если оригинал поврежден, утерян или уничтожен; когда оригинал должен быть восстановлен или необходим новый формат произведения взамен вышедшего из употребления (изменение формата); или чтобы избежать дальнейшего износа носителя произведения. Большинство государств – участников ясно указывают на использование технологий цифрового копирования и копирования на цифровые носители, но некоторые государства – участники ограничили исключение письменными текстами, так как если бы библиотеки предоставляли неограниченный онлайн – доступ к электронным книгам, то такая практика заменила бы собой обычные продажи⁴⁸⁸. В национальных законодательствах государства – участники ЕС в обязательном порядке ввели согласованные исключения. В дополнение к этому, в целях поддержания массовой оцифровки культурного фонда было поддержано на уровне ЕС заключение в частном порядке соглашений, делающих доступными не находящиеся в продаже книги.

Установленные правила не дают библиотекам никаких прав на использование произведений каким-либо иным способом, отличным от предоставления имеющихся экземпляров во временное безвозмездное пользование. В частности, библиотеки не вправе без согласия правообладателей размещать произведения в цифровых сетях или предоставлять к ним удаленный доступ. На сегодняшний день существует и в России тенденция к переводу фондов библиотек в электронную форму для последующего хранения и иного использования, и с учетом важности развития библиотечного дела очень важно найти решение, которое отвечало бы интересам и правообладателей, и граждан. Воспринятый ст. 1275 ГК РФ подход запрещает

⁴⁸⁸ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (Директива о защите интеллектуальной собственности.)
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>

возможность открытого доступа не из стен библиотек, кроме случаев создания копий небольших статей в научных целях.

Создание произведения в жанре литературной, музыкальной или иной пародии либо в жанре карикатуры на основе другого (оригинального) правомерно обнародованного произведения и использование этой пародии либо карикатуры допускаются без согласия автора или иного обладателя исключительного права на оригинальное произведение и без выплаты ему вознаграждения. Пародия обладает иммунитетом против обвинений в плагиате, потому что никогда не смешивается с основным произведением. Но обязательно должна быть сохранена дистанция между обоими произведениями. Институт пародирования появился в результате заимствования подхода, закрепленного в Директиве 2001/29/Европейского парламента и Совета от 22 мая 2001 г. Однако данное ограничение авторских прав не рассматривается в качестве обязательного, каждому из государств — членов ЕС дана возможность самостоятельно решать вопрос о том, насколько допустимо закрепление подобной нормы в национальном законодательстве. Например, в законодательство об авторском праве Великобритании только 1 октября 2014 года были внесены изменения, предусматривающие исключения из авторского права для целей карикатуры, пародии или попури, при условии, что такое использование должно быть добросовестным⁴⁸⁹. При этом дефиниции пародии, карикатуры и попури не закреплены законодательно, так как толкование этих терминов возложено на усмотрение суда. Однако, U.K. Copyright office опубликовал у себя на сайте разъяснение, согласно которому, слова карикатура, пародия или попури имеют обычный смысл, используемый в повседневном языке, но также необходимо принимать во внимание контекст и цели исключений из авторского права. В широком смысле пародия имитирует работу для юмористического или сатирического эффекта, она происходит из существующей работы, но в то же время заметно отличается от нее. При этом отмечается, что пародия действительно подразумевает выражение юмора или насмешек, но она не должна комментировать оригинальное произведение или его автора, но может быть использована для комментирования любой темы или цели⁴⁹⁰.

Многие континентальные законодательства рассматривают цитату как легитимный способ использования чужого произведения без согласия автора. Обычно цитирование осуществляется в отношении литературных произведений, однако в музыковедческой

⁴⁸⁹ Copyright, Designs and Patents Act 1988//<http://www.legislation.gov.uk>

⁴⁹⁰ Exceptions to copyright: Guidance for creators and copyright owners//<http://www.gov.uk/government/publications/changes-to-copyright-law>.

литературе допускается цитирование музыкальных произведений. Первое модельное дело, по которому просил высказаться научное сообщество, Суд по интеллектуальным правам заключалось в том, что истец обратился в суд с требованием о взыскании компенсации за неправомерное использование фотографий. Фотографии были размещены истцом на своем сайте и содержали изображение вновь построенных в городе социальных объектов. Ответчик включил данные фотографии в уменьшенном виде в свой новостной обзор, посвященный социально значимым событиям города, и разместил их у себя на сайте, зарегистрированном в качестве СМИ. В свою очередь, ответчик отрицал нарушение прав истца, аргументируя это тем, что фотографии истца не охраняются авторским правом, поскольку они являются не охраняемым авторским правом сообщением о событиях и фактах, имеющими исключительно информационный характер (подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ), а также фотографии использованы ответчиком правомерно путем цитирования для информационных целей, чтобы сообщить об актуальных событиях в городе (подп. 3 п. 1 ст. 1274 ГК РФ). Истец возражал, указывая, в частности, что ответчик осуществляет коммерческую деятельность, фотографии использовал в целях извлечения прибыли, поэтому такое использование нельзя признать цитированием в информационных целях. Более того, ответчиком не соблюдено требование к объему цитирования, в данном случае – полностью использованы фотографии истца.

Все это свидетельствует о том, что мы еще раз должны обратиться к аспектам теории цитирования. При цитировании объект интеллектуальной собственности должен последовательно пройти ряд тестов. Итак, *первый тест* – имело ли место заимствование результата интеллектуальной деятельности, в нашем случае, фотографии в научных, полемических, критических, информационных и учебных целях? При положительном ответе на первый тест, можем переходить ко второму шагу. *Второй тест* – были ли соблюдены личные неимущественные права автора и необходимо наличие ссылки на источник заимствования? Применительно к цитированию фотографии на сайте ответчика речь должна идти о размещении цитаты с использованием гиперссылок. В немецком законе 1965 года об авторском праве и смежных правах соблюдению этого требования посвящено отдельное положение. В п. 1 пар. 63 указано, что при воспроизведении произведений, в том числе в порядке цитирования, необходимо ясно и точно указать источник. Исключением является случай, в котором используемое в качестве цитаты произведение уже содержит данные об источнике цитирования или является общеизвестным⁴⁹¹. При положительном ответе на эти вопросы переходим к

⁴⁹¹ Германские законы в области права интеллектуальной собственности. – М.: Инфотропик Медиа, 2017.

третьему тесту – допускается использование чужого объекта интеллектуальной собственности в объеме оправданном целью цитирования. И здесь возникают нетривиальные вопросы – допускается ли цитирование произведения, не только фотографии, полностью или это возможно, только во фрагментарной разбивке? Как определяется объем допустимого цитирования фотографий: полностью фотография, меньше пикселей, вырезанная часть фотографии, размер файла? Предлагаю для ответа на данные вопросы обратиться к иностранному опыту. С одной стороны, в авторском праве есть институт запрета изменений, действующих в отношении всех произведений. С другой стороны, в части 3 пар. 62 закона ФРГ «Об авторском праве и смежных правах» от 9 сентября 1965 г. указано, что в отношении фотографий допустимы лишь такие изменения, как, например, изменение величины фотографии, а также такие, которые необходимо следуют из процесса распространения и опубликования фотографии. В рассматриваемом модельном деле ответчик разместил фотографию в уменьшенном виде в своем новостном обзоре, посвященном социально значимым событиям города. И, наконец, *четвертый тест* – тест на интеллектуальную связанность цитаты с новым произведением, в котором используется цитата. В отечественном законодательстве данное правило появилось лишь в 2014 году в ст. 1274 ГК РФ «в целях раскрытия творческого замысла автора», благодаря реформе гражданского законодательства.

Подтверждением правильности этой логики можно привести дело о допустимости цитирования отрывков футбольного матча в сети интернет, рассматриваемое Судом по интеллектуальным правам несколько лет назад. Суд в решении по этому делу указал, в частности, что, цитирование, направленное на усиление художественного воздействия, эстетического восприятия произведения читателем, зрителем, слушателем, не может осуществляться свободно, поскольку не связано с названными в законе целями. Если цитирование производится в иных целях, оно должно быть основано на договоре с правообладателем⁴⁹².

Таким образом, толкование норм о цитировании ограничительным способом, которое заключается в том, что правила о цитировании распространяются исключительно на литературные произведения, не соответствуют ГК РФ. В отличие от режима, установленного в ст. 492 ГК РСФСР 1964 г., в настоящее время цитата образует легитимное использование при любом виде обнародования, заимствования. Цитироваться могут и хореографические, и фотографические, и даже топографические произведения.

⁴⁹² Постановление Суда по интеллектуальным правам от 08.10.2014 № С01 – 932/2014 по делу №А40 – 160673/2013// СПС «Гарант»

Отметим, что немецкий законодатель в отличие от российского различает фотографические произведения и снимки. К снимкам относятся те, которые были сделаны без предварительной подготовки, спонтанные снимки, когда мы не думаем об освещении, не выбираем угол, ракурс съемки, снимки с экрана монитора и др. Такие снимки собственно не являются объектами авторского права, но также подпадают под его защиту, то есть на них распространяются нормы о цитировании. Отсюда, в частности, идея о разграничении цитирования и иллюстрирования. Иллюстрирование, допускающее безвозмездное использование объектов авторского права без согласия автора ограничено учебной целью. Иллюстрация не должна быть демонстрацией, декорированием или украшением какого либо произведения. Согласно «Бернскому тесту», расширительному толкованию это правило не подлежит.

В следующем модельном деле, которое предложил к рассмотрению Суд по интеллектуальным правам, обсуждался вопрос использования товарных знаков в фильме (в аудиовизуальном произведении). Так, истец обнаружил, что в кинотеатре осуществляется показ фильма, в котором демонстрируется товар с принадлежащем ему товарным знаком и общеизвестным товарным знаком. Истец полагал, что показ фильма нарушает его право на товарный знак и маркируемая этим знаком продукция используется в фильме в качестве сюжетообразующего (рекламируемого) объекта и не может восприниматься в качестве реквизита. У зрителя, по мнению истца, может сформироваться впечатление, что создание киноленты осуществлялось при непосредственном участии истца, а согласия на использование товарного знака истец кинотеатру не давал. Ответчик возражал и привел в обоснование следующие доводы: во – первых, товары, в отношении которых зарегистрирован товарный знак истца, и услуги ответчика по показу фильма не являются однородными, в связи с чем отсутствует вероятность их смешения и, следовательно, нарушение прав на товарные знаки; во – вторых, в данном случае товар истца использован для создания определенного образа главного героя (персонажа) фильма; в – третьих, товар произведен и введен в оборот самим правообладателем, поэтому действует принцип исчерпания права, который закреплен в ст. 1487 ГК РФ.

По нашему мнению, именно позиция ответчика заслуживает поддержки, но, чтобы понять смысл и происхождение данной аргументации необходимо обратиться к ее юридико – догматическим предпосылкам. Какие функции выполняет товарный знак в отношении товаров, работ (услуг)? Как отмечается в литературе, товарный знак как результат интеллектуальной

деятельности выполняет ряд функций⁴⁹³. Исторически первая функция: отличительная. Она выражалась в клеймении животных, ювелирных изделий и ином обозначении ремесленником результатов своего труда. Информативная функция товарного знака может проявляться в нескольких плоскостях. Например, графический товарный знак может содержать изображение товара, который предлагает потребителям производитель. Второе проявление информативной функции основано на восприятии потребителем товарного знака с известным ему производителем, хотя сам товарный знак для не осведомленного лица никакой информации не несет. Рекламная функция тесно связана с маркетинговой деятельностью предпринимателя. Товарный знак наносится на рекламные щиты, автомобили, продукцию, спонсоры активно используют свои товарные знаки на спортивных мероприятиях. Охранная функция товарного знака выражается в создании правовых, экономических, социальных условий, при которых сводится до минимума количество нарушений исключительного права на товарный знак.

Ключевым понятием, при помощи которого описывается механизм правового регулирования товарного знака, является содержание исключительного права на товарный знак. Согласно ст. 1484 ГК РФ исключительное право использования любым не противоречащим закону способом принадлежит лицу, на которое зарегистрирован товарный знак. В п. 2 данной статьи приводится перечень возможных форм использования: исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности путем размещения товарного знака:

- 1) на товарах, в том числе на этикетках, упаковках товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся или перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию Российской Федерации;
- 2) при выполнении работ, оказании услуг;
- 3) на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;
- 4) в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе;

⁴⁹³ См.: Городов О.А. Право промышленной собственности. Москва: Статут, 2011. С. 439.

5) в сети "Интернет", в том числе в доменном имени и при других способах адресации.

Иными словами, использованием товарного знака признается его использование для целей индивидуализации товаров юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, то есть, в качестве указателя на источник происхождения товара. В связи с этим 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, в том числе способами, перечисленными в п. 2 ст. 1484 ГК РФ. Таким образом, нарушение исключительного права на товарный знак в данном модельном кейсе отсутствует.

Подобное понимание существует и в странах Общего права, прежде всего, в США. Добросовестное использование (*fair use*) это правовая доктрина, которая закрепляет основополагающие критерии, впервые закрепленные по результатам рассмотрения дела Фолсома против Марша (*Folsom vs. Marsh*)⁴⁹⁴, которым должно отвечать добросовестное использование. Положения данной доктрины получили свое воплощение в *common law*, а затем были закреплены в писаном праве⁴⁹⁵. Подтверждением этого, в Законе об авторском праве США говорится о том, что добросовестное использование, не является нарушением авторских прав в случае, если такое использование служит достижению определенных справедливых целей и приводится открытый список таких целей. Такими целями, в частности, являются критика, комментарии, новостные обзоры, обучение, тиражирование и распространение произведения в учебных целях в классах и аудиториях, научные исследования и преподавание.

Применительно к товарным знакам у них сформулирована доктрина добросовестного описательного использования чужого товарного знака «*fair descriptive use*». Согласно закону Лэнхема использование иным лицом обозначения не в качестве товарного знака, в том числе термина или символа, который является описательным и используется честно и добросовестно, с тем, чтобы описать товары или услуги соответствующего субъекта, не считаются правонарушением (§33(b)(4)). Логика рассуждений в данном случае выглядит следующим образом: использование чужого товарного знака или знака, сходного до степени смешения для того, чтобы ответчик мог раскрыть сущность оказываемых услуг перед обществом, и эта тактика защиты будет считаться добросовестной для ответчиков даже в том случае, если часть

⁴⁹⁴ <http://www.copyright.gov/faire-use/summaries/folsom-marsh-ccmass1841.pdf>

⁴⁹⁵ Copyright Act of 1976. U.S. Code, Title 17, § 107 <http://www.copyright.gov/title 17/92chap1.html#107>

потребителей была введена в заблуждение. По этой причине такие действия как указание на вывеске своей торговой точки товарных знаков известных производителей электронной техники не является нарушением исключительного права на товарный знак, если вы оказываете потребителям услуги по ее ремонту. Отсюда мы делаем вывод о допустимости использования товарного знака при создании или показе в фильме или иных аудиовизуальных произведениях товаров с нанесенными на них товарными знаками, в том числе общеизвестными. Иначе мы вмешиваемся в свободу творчества и в свободу выражения автора, режиссера – постановщика, художника и т.д.

Следует признать, что доктрина «добросовестного использования» (fair use), легитимизировавшая открытый перечень случаев свободного использования произведения, при последовательном прохождении ряда фильтров таких как: 1) цель и характер такого использования, в том числе, имеет ли такое использование коммерческий характер или же преследует некоммерческие образовательные цели; 2) характер охраняемого авторским правом произведения; 3) объем и значимость использованной части относительно всего охраняемого авторским правом произведения в целом; 4) влияние использования на потенциальный рынок сбыта и ценность охраняемого авторским правом произведения - выглядит как механизм, легко адаптируемый к развитию технологий, искусственного интеллекта, конкуренции, появлению новых способов использования произведений и потребностям общества.

Представляется, что доктрина «добросовестного использования» может быть перенесена в российское авторское право, тем самым допустив расширение содержательных границ прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации и значительно облегчив сферу правоприменения со ссылкой на фундаментальные принципы гражданского права и фундаментальные права и свободы человека: принцип свободы интеллектуального творчества, принцип объективной добросовестности, принцип запрета злоупотребления субъективным правом, запрета извлечения преимущества из своего незаконного или недобросовестного положения.

Следующим исключением из российского авторского права является свободное использование произведения путем репродуцирования и связано это с достижениями в области фотографирования, ксерокопирования и т. д. Эти способы очень удобны для пользователя, но массовое репродуцирование ведет к неконтролируемому размножению многих произведений науки и литературы. Под репродуцированием (репрографическим воспроизведением) понимается факсимильное воспроизведение произведения с помощью любых технических

средств, осуществляемое не в целях издания. Репродуцирование не включает воспроизведение произведения или хранение его копий в электронной (в том числе цифровой), оптической или иной машиночитаемой форме (кроме случаев создания с помощью технических средств временных копий, предназначенных для осуществления репродуцирования).

Статья 1275 ГК РФ устанавливает четкие правила указанной деятельности, согласно которым допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования репродуцирование произведений в единственном экземпляре без извлечения прибыли библиотеками и архивами, а также образовательными учреждениями для аудиторных занятий.

Установленные правила не дают библиотекам никаких прав на использование произведений каким-либо иным способом, отличным от предоставления имеющихся экземпляров во временное безвозмездное пользование. В частности, библиотеки не вправе без согласия правообладателей размещать произведения в цифровых сетях или предоставлять к ним удаленный доступ. На сегодняшний день существует тенденция к переводу фондов библиотек в электронную форму для последующего хранения и иного использования, и с учетом важности развития библиотечного дела очень важно найти решение, которое отвечало бы интересам и правообладателей, и граждан. Воспринятый ст. 1275 ГК РФ подход запрещает возможность открытого доступа не из стен библиотек, кроме случаев создания копий небольших статей в научных целях. Можно пойти дальше и указать, что для сохранения культурного наследия и облегчения доступа к нему, была принята Европейская директива 2012/28/EU об определенных случаях разрешенного использования произведений – сирот ⁴⁹⁶. Действие директивы ограничивается только некоммерческим использованием библиотеками, фондами – наследия и тому подобными организациями, и распространяется на оцифровку произведений – сирот. Логика очевидна: возможность создания общедоступной цифровой базы произведений - сирот, чтобы каждый житель ЕС смог при желании прикоснуться к культурному наследию Европы.

Свободное использование произведения, постоянно находящегося в месте, открытом для свободного посещения, допускается (без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения) путем воспроизведения, сообщения в эфир или по кабелю

⁴⁹⁶ См. подробнее: Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works// Европейское право интеллектуальной собственности: основные акты Европейского союза/Под общ. ред. Е.А. Павловой. Иссл. Центр частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ. М., 2016. С. 285.

в отношении фотографического произведения, произведения архитектуры или произведения изобразительного искусства, за исключением случаев, когда изображение произведения используется в коммерческих целях. Например, если кто-то извлекает прибыль из продажи открыток или альбомов, ценность которых именно в том, что на них помещены соответствующие произведения, авторы изображенных произведений должны получать часть прибыли. Свободно используемое произведение не должно быть основным объектом воспроизведения, передачи по телевидению или по кабелю, но оно вполне может быть второстепенным, фоновым объектом.

Свободное публичное исполнение музыкального произведения допускается (без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения) во время официальной или религиозной церемонии либо похорон, в объеме, оправданном характером такой церемонии. Строго говоря, четвертое модельное дело было, как раз посвящено публичному исполнению музыкальных произведений. Обстоятельства спора заключаются в том, что представитель организации по управлению правами на коллективной основе (ОКУП) зафиксировал с помощью видеокамеры факт исполнения музыкальных произведений в салоне автомобиля, перевозку пассажиров в котором осуществлял ответчик (такси). В связи с этим данная организация обратилась в суд за взысканием с водителя такси компенсации за неправомерное публичное исполнение музыкальных произведений. По этой логике можно ли признать автомобиль - такси местом, открытым для свободного посещения и имеет ли место публичное исполнение музыкальных произведений в салоне такси, если вход в такси не является бесплатным? По существу мы имеем дело с публичным исполнением в салоне автомобиля, так как согласно подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ публичное исполнение может быть не только живым, но и с помощью технических средств – радио, телевидение и иные технические средства, к которым можно отнести и интернет технологии. Исходя из содержащегося в подп. 3 п. 2 ст. 1270 ГК РФ определения публичного исполнения, можно заключить, что основной особенностью данного способа использования является представление произведения в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи. Однако определения понятия места, открытого для свободного посещения, в ГК РФ не содержится, а в п.100 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. №10 содержится лаконичное разъяснение о том, что сеть «Интернет» и другие информационно – телекоммуникационные сети не относятся к местам, открытым для свободного

посещения. До этого разъяснения можно было встретить противоположные подходы судебной практики, согласно которым, к таким местам можно было отнести и Интернет⁴⁹⁷.

В самом деле, публичное исполнение с помощью технических средств, как правило, осуществляется посредством активных действий лица, организующего его. В то время как режим доведения до всеобщего сведения предполагает активность пользователей, которые сами ищут и находят результаты интеллектуальной деятельности в сети Интернет. Именно по этой причине данный вопрос должен решаться на уровне судебной практики, с учетом того, что деятельность такси, заключающаяся в оказании услуг по перевозке, направлена на извлечение прибыли, а проигрывание музыки в салоне повышает привлекательность автотранспортного средства для потребителей. Отсюда становится понятным, почему публичное исполнение музыкального произведения требует получения согласия правообладателя или организации по управлению правами на коллективной основе независимо от того, осуществляется такое исполнение за плату или бесплатно, а также от того, является представление произведения или организация представления произведения основным видом деятельности или же представляет звуковое сопровождение иной деятельности: в кафе, в ресторане, в торговом центре, на территории спортивных объектов и т.п. Такая трактовка позволяет скорректировать наиболее проблемные моменты в понимании публичного исполнения (подп.6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). При этом, лицом, осуществляющим публичное исполнение музыкального произведения, является юридическое лицо или физическое лицо, организующее публичное исполнение, собственник (титульный владелец) автомобиля, например, автотранспортная компания.

Вместе с тем, нередко встречаются случаи так называемого свободного использования произведения с возникновением смежных прав. Их отличительными чертами выступает использование охраняемых произведений без согласия правообладателя; без заключения с ним договора и без выплаты вознаграждения. Так, например, в Китае согласно ст. 22 Закона об авторском праве 1990 г. допустимы: бесплатное исполнение обнародованных произведений, если за исполнение с пубрики не взимается плата, а исполнителю не выплачивается вознаграждение; перевод и воспроизведение в незначительном объеме обнародованных произведений для использования преподавателями или научными работниками в целях аудиторного обучения или научных исследований; однако не допускается издание и распространение данных произведений; публикация в газетах, периодических изданиях или использование в радио- и телепередачах и иных средствах массовой информации выступлений,

⁴⁹⁷ Определение Верховного Суда РФ от 26.05.2015 №84 – КГ15-4.

сделанных на массовых собраниях, кроме случаев, когда автор не разрешает публикацию или трансляцию и др.⁴⁹⁸ Таким образом, охраняя достаточно широко права исполнителя, закон одновременно в общественных интересах допускает ограничение его права на воспроизведение записи исполнения или постановки.

Разрешается также свободное воспроизведение произведения для целей правоприменения, например, для осуществления производства по делу об административном правонарушении, для проведения дознания, предварительного следствия или осуществления судопроизводства, в объеме, оправданном этой целью.

Примечательно также, что ст. 1273 ГК РФ прямо запрещено создание экранных копий фильмов. Довод о том, что запись осуществляется исключительно в личных целях, уже не может являться оправданием, а значит, владельцы кинотеатров получают право потребовать уничтожить запись, сделанную во время показа фильма. При этом, решая вопрос о том, относятся ли лица к обычному кругу семьи, суду необходимо учитывать родственные отношения и личные связи, периоды общения, характер взаимоотношений и другие значимые обстоятельства для конкретного дела.

Что касается *объектов смежных прав*, то логика их свободного использования строится на тех же правилах, что и в авторском праве.

Использование объектов смежных прав без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения допускается в случаях свободного использования произведений, в частности:

- в личных целях;
- в информационных, научных, учебных или культурных целях;
- публичное исполнение музыкального произведения во время официальной или религиозной церемонии либо похорон, в объеме, оправданном характером такой церемонии;
- воспроизведение объектов для целей правоприменения;
- запись произведения организацией эфирного вещания в целях краткосрочного пользования;

— в иных случаях, предусмотренных нормами гл. 71 ГК РФ (например, если оригинал или экземпляры правомерно опубликованной фонограммы введены в гражданский оборот на территории РФ путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров допускается без согласия обладателя исключительного права на фонограмму и без выплаты ему вознаграждения).

⁴⁹⁸ Закон КНР «Об авторском праве» от 7 сентября 1990 г. http://chinalawinfo.ru/civil_law/law_copyright

Использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, а также ее передача в эфир или по кабелю допускаются без разрешения обладателя исключительного права на фонограмму и обладателя исключительного права на зафиксированное в этой фонограмме исполнение, но с выплатой им вознаграждения. В силу того, что продаже такой фонограммы предшествовало согласие исполнителя и изготовителя, нет оснований препятствовать ее дальнейшему широкому использованию на коммерческих началах.

Взимание с пользователей вознаграждения и распределение полученных сумм осуществляются организациями, ведущими управление авторскими правами на коллективной основе, имеющими государственную аккредитацию на соответствующие виды деятельности. Вознаграждение распределяется между правообладателями в следующей пропорции: 50 % — исполнителям, 50 % — изготовителям фонограмм. Между конкретными исполнителями, изготовителями фонограмм такой доход делится пропорционально фактическому использованию соответствующих фонограмм.

В отношении прав изготовителя базы данных действует жесткое правило, согласно которому никто не вправе извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование без разрешения правообладателя. При этом под извлечением материалов понимается перенос всего содержания базы данных или существенной части составляющих ее материалов на другой информационный носитель с использованием любых технических средств и в любой форме.

Так, ст. 1335.1 Гражданского кодекса РФ указывает на действия, которые не являются нарушением исключительного права изготовителя базы данных это извлечение материалов из базы данных и их последующее использование в целях, для которых база данных была предоставлено пользователю, в любом объеме, если иное не предусмотрено договором; в личных, научных, образовательных целях в объеме, оправданном указанными целями; и в иных целях в объеме, составляющем несущественную часть базы данных. Что представляет собой несущественная часть данных? На данный вопрос невозможно ответить однозначно, так как все будет зависеть от конкретных обстоятельств дела. Представим себе, что пользователь скопировал самую ценную часть базы данных, ее существо, хотя по объему материал не превышает и 1%, будут ли данные действия квалифицированы как допустимое использование? Скорее всего, указанные действия в данном конкретном случае будут квалифицированы как нарушение, хотя, условно, только все, что более 50 % является зоной риска для субъекта. Согласно Директиве ЕС 96/9/ЕС от 11.03.1996 г. «О правовой охране баз данных» количественная оценка производится исходя из соотношения объема содержания всей базы данных и объема заимствованных материалов (абз.1 ст.7). При рассмотрении спора по существу

суд ЕС использует и качественную оценку, под которой понимает соотношение объема инвестиций, затраченных на соответствующую часть материала, с общим объемом инвестиций в базу данных. Следующее требование для свободного использования материалов, извлеченных из базы данных, предполагающих получение к ним доступа неограниченного круга лиц, должно сопровождаться указанием на базу данных, из которой эти материалы были извлечены, то есть ссылка на источник заимствования. Кроме того, в ГК РФ отмечается, что если лицо докажет, что оно не могло установить личность изготовителя базы данных или что оно, исходя из обстоятельств дела, обосновано считало, что срок действия исключительного права на базу истек, то это не будет считаться нарушением исключительного права изготовителя базы данных. Это рассматривается как добросовестное поведение лица, правомерно пользующегося обнародованной базой данных.

По логике Бернского теста «трехшаговой проверки», также не допускается неоднократное извлечение или использование материалов, составляющих несущественную часть базы данных, если такие действия противоречат нормальному использованию баз данных и ущемляют необоснованным образом законные интересы изготовителя базы данных (п. 3 ст.1335.1 ГК РФ). При этом, важным является указание на то, что изготовитель базы данных не может запрещать использование отдельных материалов, хотя и содержащихся в базе данных, но правомерно полученных использующим их лицом из иных, чем эта база источников. Единственное ограничение, нельзя преодолевать пользователю технические средства защиты в целях получения конкретного материала.

В отношении программ для ЭВМ и баз данных ГК РФ содержит специальные нормы, посвященные их свободному воспроизведению. Законный обладатель экземпляра программы для ЭВМ или экземпляра базы данных (пользователь) вправе:

— без разрешения автора или иного правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения внести в программу для ЭВМ или базу данных изменения исключительно в целях их функционирования на технических средствах пользователя и осуществлять действия, необходимые для функционирования таких программы или базы данных в соответствии с их назначением, в том числе запись и хранение в памяти ЭВМ (одной ЭВМ или одного пользователя сети), а также осуществить исправление явных ошибок, если иное не предусмотрено договором с правообладателем. В. О. Калятин исходит из необходимости разграничения двух положений: во-первых, определение возможности изменения базы данных, когда это необходимо для нормальной ее эксплуатации, и, во-вторых, разрешение лицу, правомерно владеющему экземпляром базы данных, установить ее на компьютер и осуществлять последующее использование в соответствии с ее назначением. Во втором случае право осуществлять такое

использование базы данных может возникнуть и без лицензионного договора. Однако это право, по мнению автора, может возникнуть только в отношении локальной или однопользовательской версии, для сетевого использования многопользовательской версии потребуется согласие правообладателя;

— изготовить копию программы для ЭВМ или базы данных при условии, что эта копия предназначена только для архивных целей или для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда такой экземпляр утерян, уничтожен или стал непригоден для использования. При этом копия программы для ЭВМ или базы данных не может быть использована в иных целях, чем цели, указанные в подп. 1 п. 1 ст. 1280 ГК РФ, и должна быть уничтожена, если владение экземпляром таких программы или базы данных перестало быть правомерным⁴⁹⁹.

Лицо, которое правомерно владеет экземпляром программы для ЭВМ, вправе без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения изучать, исследовать или испытывать функционирование такой программы в целях определения идей и принципов, лежащих в основе любого элемента программы для ЭВМ, путем осуществления действий, предусмотренных ГК РФ. Кроме того, законный обладатель экземпляра программы для ЭВМ вправе без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения воспроизвести и преобразовать объектный код в исходный текст (декомпилировать программу для ЭВМ) или поручить иным лицам осуществить эти действия, если они необходимы для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной этим лицом программы для ЭВМ с другими программами, которые могут взаимодействовать с декомпилируемой программой, при соблюдении следующих условий:

— информация, необходимая для достижения способности к взаимодействию, ранее не была доступна этому лицу из других источников;

— указанные действия осуществляются в отношении только тех частей декомпилируемой программы для ЭВМ, которые необходимы для достижения способности к взаимодействию;

— информация, полученная в результате декомпилирования, может использоваться лишь для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, не может передаваться иным лицам, за исключением случаев, когда это

⁴⁹⁹ Аналогичные правила содержатся в национальном законодательстве ряда стран, например, согласно Digital Millennium Copyright Act (DMCA) лицо, законно приобретшее право пользоваться копией компьютерной программы, имеет право обхода технических средств контроля в целях опознания и анализа элементов программы, которые необходимы для достижения взаимодействия отдельно созданной программы с другими программами, если действия по опознанию и анализу не составляют нарушение авторских прав. См.: The Library of Congress / URL: <http://goo.gl/l5Z2T>.

необходимо для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, а также не может использоваться для разработки программы для ЭВМ, по своему виду существенно схожей с декомпилируемой программой для ЭВМ, или для осуществления другого действия, нарушающего исключительное право на программу для ЭВМ.

При этом, свободное воспроизведение программ для ЭВМ и баз данных, а также декомпилирование программ для ЭВМ не должно наносить неоправданный ущерб нормальному использованию программного продукта и не должно ущемлять необоснованным образом законные интересы автора или иного правообладателя (Бернский тест).

Иначе обстоит дело с оригиналом или экземплярами произведения, охраняемого исключительным правом публикатора. Если оригинал или экземпляры произведения, обнародованного в соответствии с правилами ГК РФ, правомерно введены в гражданский оборот путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров допускается без согласия публикатора и без выплаты ему вознаграждения. Если исключительное право публикатора на произведение не перешло к приобретателю оригинала произведения, приобретатель вправе без согласия обладателя исключительного права публикатора демонстрировать приобретенный в собственность оригинал произведения и воспроизводить его в каталогах выставок и в изданиях, посвященных его коллекции, а также передавать оригинал этого произведения для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами.

Обратимся к иностранной практике, в результате анализа споров, основанных на доктрине *fair use*⁵⁰⁰, были сделаны выводы относительно использования объектов смежных прав.

Так, в одном из дел рассматривался вопрос о возможности осуществления частным пользователем записи передачи, транслировавшегося организацией кабельного вещания в публичном эфире. Верховный суд США решил, что запись такой передачи для частных нужд (последующего просмотра) образует добросовестное использование защищенного исключительным правом объекта. В обоснование этого решения было указано, что использование является некоммерческим, ущерб для рынка не предполагается и истец не доказал возможности возникновения вреда от последующего просмотра сделанной записи. Учитывались также природа объекта, защищенного исключительным правом, и количественное и качественное отношение использованной части ко всему объекту.

⁵⁰⁰ United States Code. Title 17. § 107. Доктрина *fair use* (добросовестное использование) широко применяется в отношении тех действий, которые совершают пользователи с копией произведения при подготовке ее к размещению, в том числе в Интернете.

В другом деле была подтверждена применимость доктрины *fair use* к частному использованию и определены пределы применения данной доктрины. Ключевым стал тезис о том, что использование считается коммерческим тогда, когда пользователи бесплатно получают то, за что они в обычной ситуации должны были бы заплатить. Таким образом, нарушением закона является не создание еще одной копии объекта и не обход технических средств защиты объектов авторского права и смежных прав, а извлечение коммерческой выгоды, прибыли из чужого труда без разрешения *free riding*⁵⁰¹.

Следует признать, что в странах общего права удалось сформулировать достаточно убедительную и гибкую доктрину свободного использования объектов интеллектуальной собственности, которая представляет собой не комплекс разноплановых ограничений (пределов авторского права), которые могут устанавливаться каждым государством по собственному усмотрению (но только в тех пределах, в которых это допускается заключенными таким государством международными договорами в области авторских прав), а единую систему, основанную на определенных критериях.

Разумеется, речь не идет о последовательном переходе к американской системе права, никто не говорит о прямой рецепции, о переносе норм из одной правовой системы в другую, поскольку это бы означало замену нашей отечественной правовой системы системой общего права (*common law*) и права справедливости (*law of equity*), потребовало изучения судебных прецедентов (*case law*) в качестве источника права.

Однако известное сближение названных подходов в вопросе свободного (добросовестного) использования объектов авторского права и смежных прав представляется возможным. Российский правоприменитель не будет тогда зависеть от конкретной ситуации, указанной в законе, а сможет использовать единые гибкие критерии при разрешении конкретной ситуации, в которой используются авторские или смежных права⁵⁰². Стоит также принять во внимание, что у гибкости при англосаксонском подходе есть свои недостатки: во-первых, она

⁵⁰¹ См.: Дело *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* (2001). Суд признал действия пользователей системы *Napster*, загружавших на свои компьютеры музыкальные файлы, размещенные в Интернете на сайте ответчика, прямым нарушением авторского права.

⁵⁰² Отношения, возникающие при использовании и размещении информации в Интернете, затронули интересы миллионов правообладателей. Пользователи получили возможность распространять и получать копии охраноспособных объектов авторского права и смежных прав без какой-либо компенсации, в том числе материальной. Деятельность таких лиц оказалась вне контроля правообладателей. Так, определенные сайты предоставляют посетителям возможность обмениваться музыкальными файлами (имеются в виду файлообменные (пиринговые) сети), в результате чего в личных целях создаются миллионы копий. Все это должно привести к серьезным изменениям в доктринальном понимании и законодательном закреплении. Пленум Верховного Суда РФ в п. 100 постановления от 23.04.2019 № 10 разъяснил, что сеть Интернет и другие информационно-телекоммуникационные сети не относятся к местам, открытым для свободного посещения.

обеспечивает возможность внедрения новых инновационных технологий, которые могут быть основаны на использовании охраняемых объектов авторского права; во-вторых, гибкая система затрудняет установление и предугадывание правомерности использования объектов авторского права экономическими субъектами, которые полагают, что используют систему добросовестного использования, т. е. в значительной степени присутствует риск не увидеть разницу между добросовестным использованием и нарушением авторских прав; в-третьих, отрицательный эффект заключается в обременении судебных органов, которые определяют добросовестное использование самостоятельно в отсутствие писаного права, оценивая каждый вид использования по своему внутреннему убеждению, собственному усмотрению⁵⁰³. Таким образом, можно прийти к выводу о том, что законодательство в сфере регулирования интеллектуальной собственности идет на уступки цифровому обществу, новым технологиям хранения и передачи информации, расширяет, модернизирует и адаптирует сферу свободного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. С данной необходимостью обновления действующего законодательства и формирования масштабной судебной практики согласны практически все – от пользователей до правообладателей.

Установлено, что законодательные предписания об ограничениях исключительных авторских и смежных прав являются важными, но не единственным институтом, позволяющим обеспечить баланс интересов между правообладателями, пользователями и обществом. К наиболее эффективным и адекватным сущности регулируемых отношений правовым механизмам, позволяющим достичь труднодостижимый консенсус частных и публичных волей относятся следующие:

- 1) территория и срок действия;
- 2) введение правил, изымающих из-под авторско – правовой охраны некоторые виды объектов: идеи, принципы, методы, языки программирования и др.;
- 3) нормативное определение содержания интеллектуальных авторских и смежных прав;
- 4) принцип исчерпания права в соответствии, с которым исчерпанию подлежит только право на распространение, право на воспроизведение не подлежит исчерпанию ни при каких обстоятельствах (доктрина «первой продажи»);
- 5) установление режима принудительных лицензий. Принудительные лицензии применяются, прежде всего, в патентном праве. В авторском праве принудительные лицензии не используются, и само понятие является не разработанным. Доказано, что если разрешение на

⁵⁰³ См.: Flexible Copyright [Электронный ресурс] // URL: <http://www.ivir.nl/publicaties/download/760>

использование произведения выдается компетентным органом конкретному заинтересованному лицу, то такая конструкция представляет собой классическую принудительную лицензию в авторском праве.

А.Л. Маковский отмечал, что институт исчерпания прав — один из наиболее важных ограничителей исключительных прав, широко проявляющий себя в разных аспектах⁵⁰⁴. Чтобы разобраться в особенностях указанных принципов, обратимся к европейскому опыту совершенствования правового регулирования в области интеллектуальной собственности. Директивы ЕС способствуют унификации права во всех присоединившихся странах, а также служат фундаментом для дальнейшего совершенствования правотворчества на международном уровне. Общие тенденции развития правового регулирования в данной области особенно заметны на примере Директивы ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе» (далее — Директива ЕС от 22 мая 2001 г.), закладывающей основы для создания общей гибкой правовой системы.

Особое внимание в Директиве ЕС от 22 мая 2001 г. уделяется вопросам исчерпания прав⁵⁰⁵. В частности, предусматривается, что ни при каких условиях представление произведений или объектов смежных прав широкой публике (путем эфирного или кабельного вещания либо посредством интерактивных цифровых сетей) не должно рассматриваться как основание для дальнейшего их использования в гражданском обороте без согласия правообладателя. Для случаев распространения экземпляров произведений путем их продажи или иной передачи специально оговаривается, что правила об исчерпании прав (т. е. возможности дальнейшего распространения введенных в гражданский оборот экземпляров без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения) применяются только в отношении тех экземпляров, первая продажа или иная передача права собственности на которые с согласия правообладателя имела место в пределах ЕС (ст. 4 Директивы ЕС от 22 мая 2001 г.).

Аналогичный принцип заложен в ст. 1272 ГК РФ, в отличие от утратившего силу Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах». Действие указанного принципа, как и в Европе, подвергается территориальному ограничению, исчерпание прав наступает только в том случае, если оригинал или экземпляр произведения вводится в гражданский оборот на территории РФ. Уяснение содержания понятия «введение в оборот» является важным для

⁵⁰⁴ См.: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского. М.: Статут, 2008. С. 299.

⁵⁰⁵ Учение об исчерпании прав было разработано немецким цивилистом Йозефом Колером (см.: *Kohler J. Deutsches Patentrecht. Mannheim, 1878*). См. об этом: *Пирогова В. В. Исчерпание исключительных прав и параллельный импорт.*

применения нормы об исчерпании прав. Здесь важен факт отчуждения товара, переход права собственности на экземпляр. Характерно, что доктрина исчерпания прав применяется только в отношении товаров, но не услуг. В авторском праве указанная доктрина признается в отношении произведений, распространенных в материальной форме, опубликованных произведений. Исчерпание прав не применяется в отношении права на прокат.

В международных договорах⁵⁰⁶ акцент делается на исчерпание права на распространение, так как право на воспроизведение исчерпанию не подлежит. Собственник материального носителя может его продать, подарить или иным образом передать третьим лицам, при этом согласия правообладателя на объект авторского права или смежных прав, воплощенный в товаре, не требуется. Действие этого принципа абсолютно справедливо, так как в ином случае для любой перепродажи товара следовало бы получать разрешение правообладателя. Получается, что материальный носитель можно распространять как угодно, но никто не имеет права его воспроизводить, копировать⁵⁰⁷.

В отношении баз данных должны быть выполнены следующие условия: база данных должна быть правомерно опубликована; она должна быть введена в оборот на территории РФ и, если экземпляр базы данных был изначально пущен в оборот в другой стране, то ввоз и последующая его продажа в России потребуют согласия правообладателя.

Согласно п. 96 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 апреля 2019 г. №10⁵⁰⁸: принцип исчерпания исключительного права на произведение представляет собой один из случаев свободного использования и применяется лишь в случаях, прямо установленных законом. Сходные правила закреплены в иностранных правопорядках, например, в статье 17 Закона об авторском праве и смежных правах ФРГ, в статье 109 Свода законов США (doctrine «first sale»). Распространение контрафактных экземпляров произведений не охватывается статьей 1272 ГК РФ и в любом случае образует нарушение исключительного права на произведение, независимо от того, создан этот контрафактный экземпляр самим нарушителем или приобретен у третьих лиц.

⁵⁰⁶ См., например: Agreement on Trade-Related aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement). WIPO № 223(E). Geneva, 1996; Договор ВОИС по авторскому праву от 20 декабря 1996 г. // ВОИС № 226(R). Женева, 1997.

⁵⁰⁷ Большое влияние на формирование указанных взглядов оказала теория И. Канта, который, обосновывая недопустимость перепечатки произведений, исходил из того, что произведение представляет собой обращение автора к публике. Идею о неправомерности перепечатки произведений Кант основывал на римском институте *negotiorum gestio*. Контрафактор, публикуя чужое произведение, обращается от лица автора к большему кругу читателей, чем предполагал сам автор, а соответственно действует без поручения последнего. См.: Кашанин А. В. О проблеме распоряжения личными неимущественными правами автора // Вестник гражданского права. 2009. № 4.

⁵⁰⁸ // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 7.

Исчерпание авторского права является одним из инструментов, которые согласуют между собой интеллектуальные права на результат интеллектуальной деятельности и вещные права на материальный носитель, в котором воплощен этот объект. Такое согласование возможно и допустимо, так как исключительное право и право собственности сходны в таких признаках как, имущественный и абсолютный характер; дозволенности совершения любых действий по своему усмотрению как основной характеристики их содержания, но, в пределах предусмотренных законом. Достаточно, чтобы правообладатель контролировал использование произведения до момента первого введения в оборот его материального носителя. Исчерпание права не препятствует правообладателю компенсировать свои затраты и получить справедливый доход. В противном случае, будет затруднен доступ к духовным ценностям.

По этой причине, общественный интерес и ограничения это две взаимосвязанные черты, которые проявляются в абсолютных правах, какими являются исключительные права и право собственности. Мы можем различать степени их проявления в указанных правах. Так, в исключительных авторских и смежных правах учет интересов автора и общества, соблюдение баланса частных и публичных интересов возведено в ранг принципа институтов подотрасли интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной деятельности: авторских и смежных прав.

В силу ст. 1239 ГК РФ в случаях, предусмотренных ГК РФ (ст. 1362 и 1423 ГК РФ), суд может по требованию заинтересованного лица принять решение о предоставлении этому лицу на условиях указанных в решении суда права использования изобретения, полезной модели, промышленного образца, селекционного достижения, исключительное право на которые принадлежит другому лицу (*принудительная лицензия*). Принимая решение об этом, суд должен в резолютивной части решения указать условия лицензионного договора о предоставлении простой (неисключительной) лицензии. Односторонний отказ от принудительной лицензии недопустим. Более полно, логика принудительного лицензирования раскрывается в п. 2 ст.5 Парижской конвенции об охране промышленной собственности: «...каждая сторона Союза имеет право принять законодательные меры, предусматривающие выдачу принудительных лицензий, для предотвращения злоупотреблений, которые могут возникнуть в результате осуществления исключительного права...». По этой причине, принудительная лицензия это не вид лицензии, а как отмечает А.Г. Матвеев, институт, направленный на охрану общественных интересов, среди, которых можно отметить развитие конкуренции, удовлетворение потребностей граждан в использовании определенного продукта. Это механизм, который не отменяет и не заменяет исключительное право, а ограничивает свободу его осуществления. По мнению ученого, принудительная лицензия относится к обременениям, а не ограничениям

исключительного права, поскольку она, не аннулируя полностью монополию правообладателя на определенные способы использования объекта, в то же время предоставляет конкретным третьим лицам права, стесняющие ее⁵⁰⁹.

Традиционно считается, что данная конструкция актуальна только для патентного права, в авторском праве и смежных правах принудительных лицензий нет и быть не может. Аргументируется, главным образом, эстетической ценностью объектов авторского права и смежных прав, и отсутствием прикладного значения. Указанные права не могут препятствовать прогрессу и научно – техническому развитию⁵¹⁰.

Однако, в Бернской конвенции в

- п.2 ст.11 bis указано, что законодательством стран Союза определяются условия осуществления права на передачу в эфир, однако эти условия, ни при каких обстоятельствах не должны нарушать принадлежащее автору право на получение справедливого вознаграждения, которое при отсутствии соглашения, устанавливается компетентным органом;
- п.1 ст. 13 в отношении исключительного права авторов музыкальных произведений и текстов, относящихся к ним, разрешить звуковую запись таких произведений на аналогичных условиях;
- в дополнительном разделе Бернской конвенции для развивающихся стран, предусмотрена система неисключительных лицензий в отношении права на перевод и права на воспроизведение. Такие лицензии выдаются компетентными органами, в пользу конкретных заинтересованных лиц.

В национальном законодательстве принудительные лицензии в отношении смежных правах можно встретить в Германии (предоставление принудительных лицензий для изготовления фонограмм - пар.42а Закон об авторском праве и смежных правах от 09 сентября 1965 г.); в авторском праве Индии (необходимость переиздания произведения в условиях дефицита; предоставление принудительных лицензий в интересах лиц с ограниченными возможностями; в отношении сиротских произведений, когда автор умер, неизвестен или его невозможно обнаружить – ст.31 Закона об авторском праве от 4 июня 1957г.)⁵¹¹ ; в Кодексе об

⁵⁰⁹ Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели. Дис....на соискание ученой степени д.ю.н. М., 2016. С.265.

⁵¹⁰ Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М., 2020. С. 217 – 218.

⁵¹¹ Германские законы в области права интеллектуальной собственности. М.: Инфотропик Медиа, 2017.

интеллектуальной собственности Франции (ст. L. 121 – 3): по иску заинтересованного лица суд может потребовать предоставить доступ к чужому произведению, если будет установлено, что наследники автора злоупотребляют своими правами.

По этой причине, принудительную лицензию уместно рассматривать не в параграфе о договорных способах распоряжения исключительными правами, в частности, о лицензионных соглашениях и их видах, а в параграфе об ограничениях исключительных авторских и смежных прав. Несмотря на то, что в современном российском авторском праве принудительные лицензии не выдаются, потенциал для развития этого института имеется, особенно, в отношении программ для ЭВМ и баз данных. Ярким примером обоснованности данного утверждения является кейс *Sun Microsystem Vs Microsoft Corp.*⁵¹² Sun Microsystem подал жалобу в Европейскую комиссию по причине того, что Microsoft нарушил ст. 102 Соглашения о функционировании ЕС путем сокрытия информации, касающейся совместимости программных продуктов разработчиков с операционной системой от Microsoft – спецификаций интерфейс–протоколов). Microsoft отказалась раскрыть, как взаимодействуют их операционная система и серверное обеспечение, тем самым ограничив возможность конкурентов предлагать серверное обеспечение, отличное от Microsoft, но совместимое с ОС Microsoft.

Европейская комиссия приняла решение о том, что деятельность Microsoft нацелена на монополизацию на серверном рынке путем ограничения производства или технического развития в ущерб потребителей. Компания была обязана предоставить доступ к информации, спецификации протоколов, необходимых для разработки серверного программного обеспечения, и выплатить штраф. Суд подтвердил правильность данного решения и указал, что факт наличия у Microsoft исключительных прав не перевешивает указанные выше обстоятельства, поскольку любое негативное влияние не стимулы Microsoft перевешиваются позитивным влиянием принудительной лицензии на индустрию.

Комиссия обратила внимание на то, что бизнес-стратегия Microsoft является противоречивой и изменения в поведении компании не были связаны с объективными

Цит. По: Еременко В.И. Законодательство Индии об интеллектуальной собственности//Законодательство и экономика №6, 2015. С.52 - 74.

⁵¹² Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft); Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber) of 17 September 2007. Case of Microsoft Corp. v Commission of the European Communities. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1519652257812&uri=CELEX:62004TJ0201>

причинами. Также компания создала определенные ожидания у участников рынка, которые в последствие обманула. Иными словами, речь идет о ситуации, когда правообладатель пытается сначала получить выгоду от сетевого эффекта и привлечь к своей платформе максимальное число участников, а затем, закрывает платформу для конкретных субъектов.⁵¹³

Таким образом, в российском авторском праве принудительные лицензии не используются, и само понятие является не разработанным в отношении авторского права и смежных прав⁵¹⁴. В национальном праве иностранных государств ситуация радикальным образом изменилась, особенно, в отношении программного обеспечения. Доказано, что если разрешение на использование произведения выдается компетентным органом конкретному заинтересованному лицу, то такая конструкция представляет собой принудительную лицензию в авторском праве, которая должна предоставляться с учетом существа исключительного права как монополии и общественных интересов. Первичной и основной предпосылкой, которая должна быть учтена судом при принятии решения о предоставлении принудительной лицензии в авторском праве и смежных правах является создание потенциальным пользователем нового продукта или определенное его улучшение.

§2. Распоряжение субъективными авторскими и смежными правами.

Договорные способы распоряжения исключительными правами при осуществлении субъективных прав

Наиболее распространенным способом распоряжения исключительным правом является договорный способ, бездоговорный же способ распоряжения реализуется при помощи совершения правообладателем разного рода односторонних сделок, например, сюда можно

⁵¹³ Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber) of 17 September 2007. Case of Microsoft Corp. v Commission of the European Communities. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1519652257812&uri=CELEX:62004TJ0201>.

⁵¹⁴ Справедливости ради необходимо отметить, что в сфере патентного права оно сложилось давно, менялись только основания его предоставления, а также существенные условия и содержание ее конкретных видов. Главное назначение принудительной лицензии состоит в пресечении попыток правообладателя воспрепятствовать своим исключительным правом развитию соответствующих сфер науки, техники, литературы или искусства либо блокировать деятельность конкурентов в этих сферах. См. более подробно: Зенин И.А. Исключительное интеллектуальное право (право интеллектуальной собственности) как предмет гражданского оборота. С.57/Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды). М.: Статут, 2015.

отнести отказ от права или от его осуществления. Ранее возможность отказа от исключительного права законодательно была предоставлена только обладателям патентов на изобретения и полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения (ст. 1399, 1442 ГК РФ) и обладателям свидетельства на товарный знак и на наименование места происхождения товаров (ст. 1514, 1536 ГК РФ). Отсутствие такого указания в законе не препятствовало утверждать, что односторонняя сделка, состоящая в отказе от права и влекущая его прекращение, возможна для обладателей любого исключительного права, поскольку такая возможность вытекает из общих норм гражданского законодательства (ст. 1, 2, 9 ГК РФ)⁵¹⁵.

И.А. Зенин констатирует, что распоряжение исключительными правами происходит в рамках договоров и купли-продажи, и найма (аренды) и подряда, и доверительного управления, и коммерческой концессии и т.п. Иногда, пишет ученый, их квалифицируют как договоры особого рода (*sui generis*). На самом деле эти договоры разделяются на ряд самостоятельных типов и видов, образуя сформировавшийся в последние десятилетия во всем мире особый класс договоров о приобретении и распоряжении исключительными правами... В процессе формирования правовой регламентации договорных отношений по распоряжению исключительными правами допускалось немало противоречивых суждений, но, при оценке правовой природы, типов и видов рассматриваемого класса договоров следует учитывать, что его отдельные типы и виды имеют черты сходства с другими договорами традиционных классов, таких как *dare, facere, praestare*.... Точно так же как лицензионный договор может трактоваться и как наем (аренда) имущества (точнее имущественного права), и как временная купля-продажа. Но существенные его отличия и от купли-продажи, и от найма телесного имущества породили специальное наименование «лицензионный договор». Во-первых, указывает автор, договор купли-продажи (аренды) базируется на праве собственности продавца (наймодателя). Напротив, в основе лицензионного договора лежит исключительное право патентообладателя. Во-вторых, по договору купли-продажи (найма) передаются вещи, двойное владение и пользование которыми исключены. Объект же исключительного права вообще не нуждается в передаче: описание изобретения публикуется и доступно каждому. Он может одновременно использоваться самим лицензиаром и, с разрешения последнего, неопределенным числом

⁵¹⁵ Напомним пример из отечественной истории, когда 18 февраля 1894 г. Л. Н. Толстой написал письмо-заявление в «Русские ведомости» и иностранные газеты, в котором отказался от авторских прав в отношении произведений, написанных им с 1881 г. «Предоставляю всем желающим право безвозмездно издавать и в России, и за границей, по-русски и в переводах, а равно ставить на сценах все мои сочинения, написанные с 1881 г., а также и могущие вновь появиться после нынешнего дня». Отказ от авторского права влек переход произведений в режим общественного достояния. Отказ от прав в отношении уже написанных произведений возможен, а отказ от прав на будущее время, в отношении произведений, которые только будут написаны, ничтожен. См. более подробно: URL: www.tolstoy.ru

третьих лиц. Вследствие названных особенностей неприменимы правила законодательства о купле-продаже, а также об имущественном найме⁵¹⁶.

В отечественном гражданском праве подобные характеристики нашли свое отражение. Так, по договору об отчуждении исключительного права на произведение автор или иной правообладатель передает или обязуется передать принадлежащее ему исключительное право на произведение в полном объеме приобретателю такого права (ст. 1285 ГК РФ). Следовательно, предметом договора об отчуждении исключительного права на произведение является совершение действий по передаче принадлежащих автору или иному правообладателю исключительных прав на произведение в полном объеме (исключительные права навсегда переходят к приобретателю и могут вернуться обратно к первоначальному правообладателю только по заключении такого же договора отчуждения). Предмет договора не только предопределяет характер деятельности правообладателя, но и позволяет отграничить договор об отчуждении исключительного права от лицензионного договора. Приобретатель не только сам использует произведение, но и запрещает любому другому лицу (в том числе и автору) использование произведения. Договор об отчуждении исключительного права на произведение для российского права является новой конструкцией, хотя, до принятия четвертой части Гражданского Кодекса РФ передача исключительного права в полном объеме осуществлялась тоже, но, посредством заключения правообладателем договоров об уступке исключительного права⁵¹⁷. При этом законодатель, допуская уступку патентных прав и прав на средства индивидуализации, запрещал передачу авторских прав в полном объеме⁵¹⁸. Смена

⁵¹⁶ Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности: Учебник для вузов/И.А. Зенин. – 11-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2022. С.394-397.

⁵¹⁷ В самом общем виде, теории, объясняющие механизм перехода исключительного права можно разделить на два вида: 1) теорию уступки, которая рассматривает исключительное право в качестве обычного предмета гражданского оборота и 2) теорию разрешения, которая постулирует неразрывную связь исключительного права с ее обладателем. Необходимо отметить, что идея сочетания теории уступки и разрешения воплощена в части IV ГК РФ и является довольно распространенной в современной научной литературе. См.: Чупрунов И.С. Договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор как формы распоряжения исключительным правом//Вестник Гражданского права №1, 2008. Том 8. С. 117.

⁵¹⁸ Так, декрет «О прекращении силы договоров на приобретение в полную собственность произведений литературы и искусства» объявил недействительными все договоры издательств с авторами, по которым произведения перешли в полную собственность издательств. Было закреплено, что издательства могут приобретать у авторов только право на издание произведения на ограниченный издателем срок, так как авторское право неразрывно связано с личностью автора. Основы авторского права 1925 г. допускали отчуждение исключительного права в полном объеме, согласно п.12 «авторское право в части или целом может быть отчуждено по издательскому договору или иным законным способом». Гражданский кодекс РСФСР 1964г. регулировал два типа авторских договоров: договор о передаче произведения для использования и

правообладателя допускалась только в рамках универсального правопреемства. Прежний отечественный подход полностью соответствовал немецкой модели, согласно, которой авторское право не может быть передано, за исключением случаев, когда оно передается во исполнение завещательного распоряжения или передается наследникам при разделе наследства (п.1 пар.29 Закона об авторском праве и смежных правах от 9 сентября 1965 года). Автор может предоставить другому лицу только право использовать произведение одним или всеми способами как известными, так и неизвестными на момент заключения договора. Запрет на отчуждение исключительного права на произведение можно признать целесообразным с точки зрения защиты интересов слабой стороны - создателя произведения науки, литературы, искусства. Заключая договор об отчуждении исключительного права на произведение, творческая натура может и не подозревать о передаче права в полном объеме стороне по договору и о смене правообладателя. Этой логики придерживался отечественный законодатель, когда в п. 5 ст. 1233 ГК РФ установил «срочный» отказ от исключительного права максимально на пять лет. Хотя в иностранных юрисдикциях в случае отказа автором от исключительного права оно переходит в разряд общественного достояния. Подобное положение вещей нельзя признать приемлемым, поскольку законодательное закрепление указанной договорной конструкции может быть использовано в ущерб интересам слабой стороны - автора и, как следствие, публичным интересам государства. В связи с этим, хочется, чтобы законодатель был последователен и отказался от конструкции договорного отчуждения исключительного права и это как раз будет свидетельствовать о создании повышенных гарантий защиты слабой стороны и ее интересов. Стоит отметить, что в США традиционно существуют в коммерческом обороте и договор об отчуждении исключительного права, и лицензионный договор. Но, это укладывается в их понимание интеллектуальной собственности по модели проприетарной традиции, так, авторское право может быть передано уступкой, через завещательное распоряжение или по закону как личная или движимая собственность⁵¹⁹. В большинстве правовых порядков лицензионный договор является основной договорной моделью:

в ряде стран содержится императивный запрет на договоры об отчуждении исключительного права на произведение, например, в Германии, в Австрии;

лицензионный договор. Оба договора по своей правовой природе были лицензионными. Закон «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г. предусматривал авторский договор о передаче исключительных прав и авторский договор о передаче неисключительных прав. По сути, используя современную терминологию, это лицензионный договор на условиях исключительной и неисключительной лицензии.

⁵¹⁹ F.Scott Kieff., Ralph Nack International, United States, and European Intellectual Property. 2010-2011.P.287.

а в других странах не содержится прямого запрета, но на практике заключаются лицензионные соглашения, например, во Франции, Швейцарии (предметом авторского договора может быть как передача всего объема исключительных прав на использование произведения, так и передача какого – либо отдельного права (ст. L. 121 – 4 Кодекса интеллектуальной собственности Франции))⁵²⁰.

По своей экономической сущности лицензионный договор на условиях исключительной лицензии во многом совпадает с договором об отчуждении исключительного права, но в целях защиты автора как слабой стороны, по истечении срока действия договора, лицензиар полностью восстанавливается в передававшихся лицензиату исключительных правах и на протяжении срока его действия лицензиара и лицензиата связывает комплекс взаимных прав и обязанностей. То есть, благодаря исключительной лицензии, пользователь получает эксклюзивное право использования в отношении результата интеллектуальной деятельности, а в полных лицензиях еще действует и ограничение возможностей лицензиара (автора) использовать соответствующий результат интеллектуальной деятельности самому⁵²¹. В подтверждение правильности вышесказанного можно сослаться на мнение Е.А. Павловой. Представлялось, пишет автор, что в период разработки положений части IV ГК РФ, было решено, что имущественные права на произведения должны также свободно обращаться, как имущественные права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы, в отношении которых никогда не было сомнений в возможности их отчуждения и передачи другому лицу. Думали, что договор об отчуждении исключительного права будет востребован только в тех случаях, когда возникают достаточно специфические отношения автора и его контрагента по договору, основанные на особенностях произведения, например, программы для ЭВМ и (или) его способа использования. В действительности оказалось, что организации, использующие произведения, почти всегда предпочитают заключать договоры об отчуждении исключительных прав, чтобы обезопасить себя от каких – либо осложнений в будущем. Понятно, что заключение договора об отчуждении прав означает, что автор больше никогда не сможет распоряжаться судьбой своего произведения. Характерно, что в таких случаях размер выплачиваемого автору

⁵²⁰ Кондратенко О. Договоры о передаче исключительных прав: гражданское законодательство России и Франции//Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2010. №6. С.33.

⁵²¹ По общему правилу, оба вида лицензионного договора предполагают сохранение за лицензиаром права самому использовать результат интеллектуальной деятельности, но договором исключительной лицензии можно специально предусмотреть, что такое право за лицензиаром не сохраняется. См. п. 14 Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ №5/29 от 26 марта 2009г.// СПС «Гарант».

вознаграждения, по сути, не отличается от вознаграждения по лицензионным договорам⁵²². По существу, сложившаяся ситуация в российском авторском праве демотивирует автора, лишает его возможности работать дальше и нарушает сложившуюся систему экономических отношений. В Европейском союзе пытаются улучшить положение автора как слабой стороны. Так, была принята Директива Европейского парламента и Совета ЕС №2019/790 от 17.04.2019 г. об авторском праве и смежных правах в условиях единого цифрового рынка, которая содержит правила, направленные на защиту интересов авторов и исполнителей как экономически слабой стороны в договорных отношениях. Вот, только некоторые из них, например, гарантия стран – участниц за предоставление авторами лицензии или передачу прав в целях коммерческого использования их произведений обоснованного и соразмерного вознаграждения (ст.18); гарантия стран – участниц в разработке механизма расчета и получения дополнительно обоснованного и справедливого вознаграждения от стороны договора, заключенного авторами (исполнителями) в целях коммерческого использования их произведения, а также от ее правопреемника в том случае, когда вознаграждение, которое было первоначально предусмотрено договором, оказалось необоснованно низким в сравнении с полученными доходами от использования произведения (ст. 20); гарантия стран – участниц в отношении авторов, которые предоставили лицу исключительное право на свое произведение в виде аннулирования полностью или частично предоставленную им лицензию или передачу прав в случае, если другая сторона недостаточно использует его произведение (ст.22) и др. гарантии⁵²³.

Однако, несмотря на негативное отношение к указанной договорной конструкции, закрепление ее в части IV Гражданского кодекса РФ, без сомнения, требует необходимости решить вопрос о его природе и сущности. Итак, договор об отчуждении исключительного права может быть как реальным, так и консенсуальным. Исключительное право на произведение переходит от правообладателя к приобретателю в момент заключения договора об отчуждении исключительного права, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Соответственно, если договор об отчуждении исключительного права на произведение подлежит государственной регистрации, исключительное право на произведение переходит от правообладателя к приобретателю в момент государственной регистрации этого договора. Необходимо подчеркнуть, что существование реальных договоров в гражданском праве в целом и в праве

⁵²² Павлова Е.А. Нуждается ли автор произведения в дополнительной защите?// Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященных 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского (1930-2020)/Отв. Ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. М.,2020. С.188-189.

⁵²³ <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>

интеллектуальной собственности, в частности, подрывает стабильность гражданского оборота, так как отсутствует возможность понудить к исполнению в натуре, так, приобретателю в реальной модели договора о распоряжении исключительным правом не предоставляется возможность предъявлять к правообладателю (передающему) требования о передаче права.

При этом у приобретателя в консенсуальной модели появляется право требования совершения данной передачи, а также требовать государственной регистрации договора в случае, если она является обязательной (п.3 ст. 165 ГК РФ). Поэтому в иностранных правовых системах давно отказались от реальной договорной модели в пользу консенсуальной конструкции. В российском гражданском праве тоже наметилась тенденция сокращения реальных договоров. На сегодня по реальной модели могут быть построены не более десяти договоров: займ, хранение, рента, дарение, банковский вклад и договоры, предусмотренные четвертой частью ГК РФ.

Договор об отчуждении исключительного права на произведение может быть как возмездным, так и безвозмездным. По договору приобретатель обязуется уплатить правообладателю предусмотренное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное. При отсутствии в возмездном договоре об отчуждении исключительного права на произведение условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. Общее правило определения цены, предусмотренное п. 3 ст. 424 ГК РФ, не применяется, а является его существенным условием, которое стороны обязаны согласовать⁵²⁴. Закон допускает различные формы такого вознаграждения: разовые (паушальные) или периодические (роялти) платежи, отчисления (проценты) от дохода (выручки) или в иной форме (тиража издания) и т. п. Обычно используется сочетание этих способов, состоящее в единовременной выплате после заключения договора и в периодических выплатах (отчислениях) от оговоренной части прибыли. И.С. Чупрунов считает, что *de lege ferenda* можно было бы придать роялти статуса обременения исключительного права: установленная договором об отчуждении исключительного права обязанность уплачивать вознаграждение в виде роялти должна следовать судьбе исключительного права, т.е. переходить вместе при переуступке. Именно такая аналогия между рентными платежами и роялти, по мнению автора, в наибольшей степени соответствует интересам отчуждателя исключительного права, а также нуждам гражданского оборота в целом.⁵²⁵ Не допускается безвозмездное

⁵²⁴ См.: Постановление Правительства РФ от 21.03.1994 № 218 «О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства».

⁵²⁵ Чупрунов И.С. Договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор как формы распоряжения исключительным правом//Вестник Гражданского права №1, 2008. Том 8. С.119-120.

отчуждение исключительного права в отношениях между коммерческими организациями, если ГК РФ не предусмотрено иное.

При существенном нарушении приобретателем обязанности выплатить правообладателю в установленный договором об отчуждении исключительного права на произведение срок вознаграждение за приобретение исключительного права на объект авторского права прежний правообладатель вправе требовать в судебном порядке перевода на себя прав приобретателя исключительного права и возмещения убытков, если исключительное право перешло к его приобретателю. Если исключительное право еще не перешло к приобретателю, то при нарушении им обязанности выплатить в установленный договором срок вознаграждение за приобретение исключительного права на произведение правообладатель может отказаться от договора в одностороннем порядке и потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора. Договор прекращается по истечении 30-дневного срока с момента получения приобретателем уведомления об отказе от договора, если в этот срок приобретатель не исполнил обязанность выплатить вознаграждение.

На стороне правообладателя могут выступать:

- автор, создавший произведение, переводчики, составители, а также соавторы⁵²⁶;
- наследники (если наследников несколько, то для заключения договора необходимо их общее согласие) и иные правопреемники автора.

Второй стороной является приобретатель. Чаще всего на этой стороне выступают специализированные организации, основной функцией которых является осуществление издательской, театральной и иной аналогичной деятельности. Замена на стороне приобретателя возможна, когда приобретенные по договору права полностью или частично передаются другим организациям-пользователям, в случае если это прямо предусмотрено договором⁵²⁷.

Лицо, организовавшее создание (продюсер) сложного объекта (кинофильма, иного аудиовизуального произведения, театрально-зрелищного представления, мультимедийного продукта), как уже отмечалось, приобретает право использования произведения, специально созданного или создаваемого для включения в такой сложный объект. Соответствующий договор считается договором об отчуждении исключительного права, если иное не предусмотрено соглашением сторон (абз. 2 п. 1 ст. 1240 ГК РФ).

⁵²⁶ Договор по поводу использования коллективного произведения заключается со всеми соавторами. При этом все они могут принимать участие в согласовании условий и подписании договора либо это может сделать по их поручению (соглашению) любой из соавторов. См.: Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. С. 276.

⁵²⁷ См.: Чернышева С. А. Авторское право. М., 2001. С. 82.

Договор об отчуждении исключительного права на произведение должен быть заключен в письменной форме. Переход исключительного права по договору подлежит государственной регистрации в случаях и порядке, которые предусмотрены ст. 1232 ГК РФ⁵²⁸. Несоблюдение письменной формы или требования о государственной регистрации влечет недействительность договора.

Обосновано, что в рамках транслативного правопреемства, договор об отчуждении исключительного права, представляет собой самостоятельный гражданско – правовой договор, опосредующий передачу абсолютного, имущественного, монополю принадлежущему правообладателю исключительного права с учетом присущих исключительному праву особенностей. Поэтому к его регулированию невозможно субсидиарно применять законодательные положения, сформулированные для передачи имущества. Осуществляемая в рамках договора об отчуждении передача исключительного права носит совершенно иной характер, нежели передача вещей (*tradicio*)⁵²⁹. Установлено, что передача исключительного права представляет собой юридическую, а не фактическую передачу (вручение), для совершения которой необходимо не только достижение соглашения о передаче, но и государственная регистрация самого договора, а в некоторых случаях и передача сопутствующих документов, без которых невозможна реализация и осуществление самого исключительного права. При этом исключительное право переходит к приобретателю вместе со всеми существующими обременениями: правом залога, правом лицензиата и иными правами третьих лиц, ограничивающими исключительное право. Добросовестный праводатель должен уведомить преемника обо всех существующих обременениях, если же он не исполнил этой обязанности, то обременения все равно следуют за исключительным правом, но, у преемника появляется право требовать расторжения договора или пересмотра вознаграждения в сторону уменьшения, уплаченного за передачу права.

⁵²⁸ Эти функции осуществляет Роспатент, находящийся в ведении Минэкономразвития России.

⁵²⁹ До принятия части IV ГК РФ не ясным оставался вопрос о месте договора об отчуждении исключительного права в системе договоров. Некоторые исследователи считали возможным применение в силу указания п.4 ст. 454 ГК РФ общих положений о купле-продаже в части, не противоречащей содержанию и характеру исключительного права. Теперь данная проблема получила однозначное решение - договор об отчуждении исключительного права является самостоятельной договорной формой и нормы гл.30 ГК РФ применению не подлежат. Только при наличии очевидной неурегулированности соответствующих отношений и непротиворечии их существу нормам о купле-продаже можно говорить об аналогии закона (п.1 ст.6 ГК РФ) и, тем не менее, следует с большой осторожностью пытаться применить к договорам о распоряжении исключительным правом положения других глав части второй ГК в порядке аналогии закона. Об этом еще предупреждал А.А. Пиленко в своей монографии «Право изобретателя». М., 2001. С. 595.

Помимо предмета договора и условия о вознаграждении в возмездном договоре (существенные условия в силу закона), могут быть и иные существенные условия о распоряжении исключительным правом (инициативные существенные условия), остальные условия являются восполнимыми для данной договорной конструкции (например, условие о территории). Срок не является существенным условием договора об отчуждении исключительного права, доказано, что при согласовании сторонами условия о сроке передачи исключительного права, договор об отчуждении исключительного права трансформируется в лицензионный договор.

По лицензионному договору одна сторона — автор или иной правообладатель (лицензиар) предоставляет либо обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования этого произведения в установленных договором пределах (п. 1 ст. 1286 ГК РФ). Модель лицензионного договора является традиционной для нашего права, она была предусмотрена в дореволюционном, в советском, в постсоветском и в современном законодательствах.

Предметом лицензионного договора о предоставлении права использования произведения являются действия лицензиара по передаче исключительных (имущественных) прав лицензиату только в пределах, установленных договором. При этом понятие «в пределах, установленных договором» означает не только конкретный вид передаваемого права, но и срок, на который данное право передается. Передача исключительных прав по лицензионному договору производится на время, что позволяет лицензиару сохранять за собой право «получить обратно» переданные права, а не навсегда и бесповоротно, как в договоре об отчуждении исключительного права на произведение.

По лицензионному договору не могут передаваться права на еще не созданные произведения. В противном случае речь идет не о лицензионном договоре, а о договоре заказа (ст. 1288 ГК РФ).

Лицензионный договор, предусматривающий использование произведения в составе сложного объекта, заключается на весь срок и в отношении всей территории действия соответствующего исключительного права, если договором не предусмотрено иное. Условия лицензионного договора, ограничивающие использование того или иного произведения в составе сложного объекта, недействительны (п. 2 ст. 1240 ГК РФ).

Характеристика условия лицензионного договора о предоставлении права использования произведения как существенного означает, что без него договор не считается заключенным, а

следовательно, не порождает для сторон никаких прав и обязанностей. Лицензионный договор о предоставлении права использования должен содержать:

— предмет договора;

— способы использования произведения, например воспроизведение, распространение, перевод, импорт, экспорт и др. В соответствии со ст. 1270 ГК РФ перечень возможных способов использования произведения является открытым, единственное ограничение — использование произведения в любой форме и любым не противоречащим закону способом⁵³⁰. Тем не менее в случае если определенное право не указано в договоре, считается, что оно не было передано;

— другие условия, которые стороны сочтут существенными для данного договора.

В лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой допускается использование произведения. Автор может разрешить его использование по всему миру (мировые права), иногда — выборочно, в нескольких странах. Если территория, на которой допускается использование такого произведения, в договоре не указана, лицензиат вправе осуществлять его использование на всей территории РФ.

Срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срок действия исключительного права на произведение. В случае, когда в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет. В случае прекращения исключительного права лицензионный договор прекращается (абз. 2 п. 4 ст. 1235 ГК РФ). Следовательно, срок не относится к числу его существенных условий.

Лицензионный договор считается возмездным, если договором не предусмотрено иное. При отсутствии в возмездном лицензионном договоре условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. При этом если сторона приняла от другой стороны полное или частичное исполнение по такому лицензионному договору или иным образом подтвердила его действие, то она не вправе недобросовестно ссылаться на то, что договор является незаключенным (*эстонпель незаключенности* – п.3 ст. 432 ГК РФ). Иными словами, вознаграждение по возмездному лицензионному договору уплачивается за предоставление права использования объекта авторского права или смежных прав. В связи с этим лицензиару не может быть отказано в требовании о взыскании вознаграждения по мотиву

⁵³⁰ В лицензионном договоре необходимо указать не только географические границы, но и пределы прав и способов использования результатов интеллектуальной деятельности. Так, О. А. Рузакова отмечает, что, по лицензионному договору исключительное право не отчуждается, а предоставляются отдельные правомочия на определенных условиях, в связи с чем в науке зачастую проводят аналогию лицензионного договора и договора аренды. См. более подробно: Рузакова О. А. Система договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжение исключительными правами: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 26; Александров Е. Б. Особенности гражданско-правового регулирования договора патентной лицензии в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 16.

неиспользования лицензиатом соответствующего объекта. Например, если сторонами договора согласована плата за предоставление права использования объекта авторского права или смежных прав в твердом размере, а также дополнительно согласован размер вознаграждения в форме процентных вычислений от выручки, то при неиспользовании объекта лицензиатом, уплате подлежит только сумма, согласованная в твердом размере. При этом правообладатель (лицензиар) не лишен права требовать возмещения убытков, вызванных неиспользованием результата интеллектуальной деятельности, и расторгнуть договор. В том случае, если стороны согласовали размер вознаграждения только в форме процентных отчислений от выручки, а использование результата не осуществлялось, то лицензиар также вправе требовать возмещение убытков, а также расторгнуть договор. Размер убытков может быть определен исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерно использование этого или аналогичного результата интеллектуальной деятельности (п.3 ст. 421 ГК РФ).

Переход исключительного права на произведение к новому правообладателю не является основанием для изменения или расторжения лицензионного договора, заключенного предшествующим правообладателем (*право следования*⁵³¹). Новый правообладатель становится лицензиаром на условиях ранее заключенного лицензионного договора.

Виды лицензионных договоров о предоставлении права использования произведения:

- предоставление лицензиату права использования произведения с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (простая (неисключительная) лицензия);
- предоставление лицензиату права использования произведения без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (исключительная лицензия).

Лицензия предполагается простой (неисключительной), если лицензионным договором не предусмотрено иное (п. 2 ст. 1236 ГК РФ). В одном лицензионном договоре в отношении различных способов использования произведения могут содержаться условия для лицензионных договоров разных видов. Выдача неисключительной лицензии не приводит к переходу исключительного права к лицензиату, а влечет лишь обременение этого права. При этом суть данного обременения состоит в том, что позитивное содержание исключительного права не претерпевает никаких изменений, например, лицензиар использовать произведение теми же способами, что и до выдачи лицензии. Происходит ограничение негативной составляющей содержания исключительного права, а именно, возможности запрещать третьим лицам использование произведения. Путем возложения на себя договорной обязанности лицензиар

⁵³¹ См. подробнее о дискуссии, критике, авторском подходе к пониманию права следования в вещном праве: Сеницын С.А. Общие положения о вещном праве: сравнительно – правовое исследование. М., 2019. С.104-107.

лишь ограничивает в отношении неисключительного лицензиата действие своего запрета, адресованного неопределенному кругу лиц.⁵³² Теперь, понятно, почему право неисключительного лицензиата не снабжено абсолютной защитой и он может предъявлять только относительные обязательственные требования к стороне по договору (лицензиару).

Возможность заключения лицензиатом сублицензионного договора на предоставление права использования произведения напрямую зависит от волеизъявления лицензиара (письменное согласие⁵³³) по лицензионному договору. Появляются три субъекта, имеющие возможность использовать одно и то же произведение в различных вариациях, это лицензиар, лицензиат и сублицензиат. При предоставлении лицензиату простой (неисключительной) лицензии с правом выдачи сублицензии произведение могут одновременно использовать и лицензиар, и лицензиат, и сублицензиат (объем принадлежащих этим субъектам прав может быть различным, например, по способам, срокам, территории использования произведения и т. д.). В случае неисключительной лицензии без права выдачи сублицензии одновременно использовать произведение могут только лицензиар и лицензиат. Если у лицензиата по лицензионному договору имеется право выдачи сублицензии, то правом использования произведения наделяются только лицензиат и сублицензиат. В том случае, если у лицензиата отсутствует право выдачи сублицензии по исключительной лицензии, право использования произведения принадлежит исключительно лицензиату.

Ответственность перед лицензиаром за действия сублицензиата несет лицензиат, если лицензионным договором не предусмотрено иное (п. 4 ст. 1238 ГК РФ).

Согласно закону можно выделить следующие права и обязанности лицензиара и лицензиата по договору (содержание):

— право лицензиата использовать произведение только в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены лицензионным договором;

⁵³² Пиленко А.А. Право изобретателя. М., 2001. С. 450-460.

⁵³³ Согласно п.42 Постановления Пленума Верховного Суда РФ №10 от 23 апреля 2019г. согласие на заключение сублицензионного договора, в том числе с конкретным сублицензиатом, может быть дано как в самом лицензионном договоре, так и в отдельном документе. При этом лицензиар вправе ограничить свое согласие возможностью заключения сублицензионных договоров о предоставлении только отдельных способов использования результата интеллектуальной деятельности из числа тех, которые были предоставлены лицензиату. Также согласие может быть отозвано лицензиаром до заключения сублицензионного договора с возмещением убытков, вызванных таким отзывом.

— право лицензиата осуществлять использование результата интеллектуальной деятельности на всей территории РФ, в случае если конкретная территория не указана в тексте договора (п. 3 ст. 1235 ГК РФ);

— обязанность лицензиата уплатить лицензиару обусловленное договором вознаграждение, если самим договором не предусмотрено иное (п. 5 ст. 1235 ГК РФ). При этом п. 4 ст. 1286 ГК РФ конкретизирует форму выплаты вознаграждения: в таком (лицензионном) договоре в форме фиксированных разовых или периодических платежей, процентных отчислений от дохода (выручки) либо в иной форме (п. 4 ст. 1286 ГК РФ);

— обязанность лицензиата представлять лицензиару отчеты об использовании произведения, если лицензионным договором не предусмотрено иное. Если в лицензионном договоре, предусматривающем представление отчетов об использовании произведения, отсутствуют условия о сроке и порядке их представления, лицензиат обязан представлять такие отчеты лицензиару по его требованию (п. 1 ст. 1237 ГК РФ);

— обязанность лицензиара в течение срока действия лицензионного договора воздерживаться от каких-либо действий, способных затруднить осуществление лицензиатом предоставленного ему права использования произведения в установленных договором пределах (п. 2 ст. 1237 ГК РФ).

По соглашению сторон на контрагентов могут быть возложены и иные обязанности.

Лицензионный договор заключается в письменной форме, если ГК РФ не предусмотрено иное (п. 2 ст. 1286 ГК РФ). Несоблюдение письменной формы влечет за собой недействительность лицензионного договора. Предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности подлежит государственной регистрации в случаях и в порядке, которые предусмотрены ст. 1232 ГК РФ. Договор о предоставлении права использования произведения в периодическом печатном издании может быть заключен в устной форме. В тех сферах, где требуется быстрое и оперативное использование произведений, где произведения используются в больших количествах, закон отказывается от формальностей, от письменного оформления договоров⁵³⁴. Если договор заключен в устной форме, следует считать, что автор передал исключительные права на условиях простой (неисключительной) лицензии на разовое использование произведения: именно в этом издании и форме, без предоставления издателю возможности в дальнейшем использовать это произведение в своем издании либо передавать право на его использование другим лицам. При этом за автором сохраняется право передавать

⁵³⁴ См.: Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону РФ об авторском праве и смежных правах. М.: Экзамен, 2005. С. 217—218.

произведение другим лицам. В случае желания издателя получить более широкий круг правомочий, ему необходимо заключить лицензионный договор о предоставлении права использования произведения в письменной форме⁵³⁵.

Заключение лицензионных договоров о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных допускается путем заключения каждым пользователем с соответствующим правообладателем договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре таких программы или базы данных либо на упаковке этого экземпляра (*оберточные лицензии*). Начало использования таких программы или базы данных пользователем, как оно определяется этими условиями, означает его согласие на заключение договора. Получая экземпляр материального носителя программы для ЭВМ или базы данных, пользователь считается подписавшим договор, существо которого изложено на этом экземпляре (упрощенный порядок). В этом случае письменная форма договора считается соблюденной. Хотелось обратить внимание на то обстоятельство, что лицензионный договор, заключаемый в упрощенном порядке, является безвозмездным, если договором не предусмотрено иное.

Однако очень часто в обороте мы сталкиваемся с ситуацией, когда распространяются компьютерные программы через посредников. Ситуация осложняется еще и тем, что большинство программного обеспечения, распространяемого и используемого в РФ, имеет иностранного правообладателя. Правообладатель осуществляет исключительное право на программу для ЭВМ в том смысле, что установил на компьютерное устройство программу для ЭВМ и применяет ее в соответствии с ее функционалом. В тоже время, последующая корректировка цен в целях получения преимуществ над конкурентами явно не относится к осуществлению исключительных прав на программу для ЭВМ⁵³⁶.

Так, в большинстве случаев прикладные программы не могут «обращаться» к ресурсам компьютера напрямую, а взаимодействуют с оборудованием и другими программами посредством операционной системы. Существует ряд задач, которые должна выполнять каждая программа, – открытие диалоговых окон, сохранение созданных файлов и т.п. Чтобы избежать ненужного дублирования, подобные задачи решаются самой операционной системой, а не

⁵³⁵ Сложившаяся практика в редакциях периодических печатных изданий свидетельствует о том, что либо редакция обращается к автору или иному правообладателю с просьбой об указании на передаваемом для публикации материале допускаемые способы использования произведения (право на переработку произведения, право на размещение статьи в Интернете и т.п.), либо редакция заключает лицензионные договоры о предоставлении права использования произведения, которые носят характер договоров присоединения (ст. 428 ГК РФ).

⁵³⁶ Ворожевич А.С. Указ. соч. С. 201 – 202.

отдельной программой. Владелец операционной системы в таком случае взаимодействует, как минимум, с двумя группами лиц. Во-первых, с разработчиками программных приложений. Он предоставляет им права на использование программного интерфейса приложений (API) – набор готовых классов, процедур, функций, структур и констант, которые используются программистами при написании различных приложений. Во-вторых, с производителями аппаратного обеспечения (персональные компьютеры, ПК, смартфоны, планшеты и т.п.). Производители по лицензии (в том числе открытой) используют операционную систему и приложения разработчиков к ней. В отдельную группу участников можно выделить также рекламодателей. Именно от них получает свою прибыль компания Google при бесплатном лицензировании своей операционной системы Android и приложений к ней.

Нетрудно заметить, что основное взаимодействие участников рынка в данном случае происходит по поводу интеллектуальных разработок. Иными словами, речь идет ни о чем ином, как об осуществлении исключительных прав. Типичная схема распространения программного обеспечения, когда в качестве лицензиара выступает обычно сам правообладатель. Затем, между лицензиаром и дистрибьютором заключается договор, в рамках которого устанавливается объем правомочий дистрибьютора в отношении распространяемого ПО. В таком смешанном договоре есть лицензионный элемент в дистрибьюторском соглашении. Далее, между дистрибьютором и реселлером заключается сублицензионное соглашение, которое подчиняется нормам российского права. Между реселлером и конечным пользователем заключается соглашение, именуемое тоже как сублицензионный договор, по которому передается неисключительное право на использование компьютерной программы (на условиях простой лицензии) и активационный ключ. Далее, устанавливая компьютерную программу на свой компьютер, пользователь заключает лицензионное соглашение путем «щелчка» мышью (так называемые «click-wrap agreement») непосредственно с самим правообладателем.

По сути данный механизм можно упростить в электронном пространстве посредством выдачи открытой лицензии. Лицензионный договор, по которому автором или иным правообладателем (лицензиаром) предоставляется лицензиату простая (неисключительная) лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства, может быть заключен в упрощенном порядке (открытая лицензия) (ст. 1286.1 ГК РФ)⁵³⁷. А.Г. Матвеев

⁵³⁷ Отсутствие открытых лицензий (аналогичных лицензиям Creative Commons, которые включают в себя четыре самостоятельных элемента, при этом объем прав, предоставляемых лицензиату, зависит от сочетания элементов, которое заранее определяется правообладателем. Таким образом, автор доводит до сведения всех заинтересованных лиц, какие права на результат творческой деятельности он желает оставить за собой, а от каких

указывает на следующее причины введения в отечественное законодательство открытых лицензий: «...полноценное введение исключительных авторских прав в гражданский оборот невозможно вне круга обязательственных отношений. Совершение сделок по распоряжению этими правами связано с соблюдением достаточно строгих требований законодательства. В последние годы такие требования начали создавать неудобства все большему числу лиц, которые в условиях трансграничного глобального обмена интеллектуальной собственностью желают в упрощенном порядке разрешить пользователям безвозмездно использовать свои произведения. Инструментом, который за последнюю четверть века сформировался в определенную модель договора и позволил ответить на запросы общества, стали так называемые свободные лицензии. Они появились в США благодаря деятельности гражданского общества, а не государства. Их использование связано, прежде всего, с компьютерными программами и Интернетом. Однако в последнее десятилетие эта упрощенная модель лицензионного договора стала настолько популярной во всем мире, что практически во всех странах мира возник вопрос о том, легальны ли свободные лицензии?»⁵³⁸

Таким образом, имплементация так называемых свободных лицензий в российскую правовую систему произошла посредством 1) путем «открытой лицензии» (ст. 1286.1 ГК РФ); 2) публичного заявления правообладателя о предоставлении любым лицам возможности безвозмездного использования произведения или объекта смежных прав (п. 5 ст. 1233 ГК РФ) (Creative Commons Zero).

Открытая лицензия является договором присоединения. Все ее условия должны быть доступны неопределенному кругу лиц и размещены таким образом, чтобы лицензиат ознакомился с ними перед началом использования соответствующего произведения. В открытой

отказаться. Такой подход был назван *some rights reserved* — “некоторые права сохранены”, в отличие от стандартного подхода системы Copyright — “все права сохранены”) на территории РФ препятствовало массовому распространению произведений науки, литературы и искусства. До марта 2014 г. авторы были лишены возможности свободно распространять среди всех желающих и разрешать изменять свои творения (см. Федеральный закон от 12.03.2014 № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»). Поправки создали юридическую возможность ввести в оборот массив информации в области науки, литературы и искусства. Изначально термин «свободные лицензии» был создан Фондом свободного программного обеспечения (FSF). В рамках этого проекта GNU был разработан ряд лицензий, основывающихся на разного рода свободах: свобода распространения копий программ, свобода запуска программы с любой целью, свобода улучшения программы и др. См.: Использование лицензий Creative Commons в Российской Федерации. Аналитический доклад, 2011 г. С. 6 <http://iite.unesco.org/pics/publications/ru/files/3214699.pdf>; Зенин И.А., Мешкова К.М. Свободные лицензии в сети Интернет// Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды)/ И.А. Зенин. – М.: Статут, 2015. С.156-168.

⁵³⁸ Матвеев А.Г. Создание правовых основ так называемых свободных лицензий в Гражданском кодексе Российской Федерации//Вестник Пермского университета. Юридические науки", выпуск 3, июль-сентябрь 2014 г.

лицензии может содержаться указание на действия, совершение которых будет считаться акцептом ее условий (ст. 438 ГК РФ). В этом случае письменная форма договора считается соблюденной.

Предметом открытой лицензии является право использования произведения науки, литературы или искусства в предусмотренных договором пределах. Лицензиар может предоставить лицензиату право на использование принадлежащего ему произведения для создания нового результата интеллектуальной деятельности. В данном случае, если иное не предусмотрено открытой лицензией, считается, что лицензиар сделал предложение заключить договор (п. 2 ст. 437 ГК РФ) об использовании принадлежащего ему произведения любым лицам, желающим использовать новый результат интеллектуальной деятельности, созданный лицензиатом на основе этого произведения, в пределах и на условиях, которые предусмотрены открытой лицензией. Акцепт такого предложения считается также акцептом предложения лицензиара заключить лицензионный договор в отношении этого произведения. Открытая лицензия является безвозмездной, если ею не предусмотрено иное.

В случае если срок действия открытой лицензии не определен, в отношении программ для ЭВМ и баз данных договор считается заключенным на весь срок действия исключительного права, а в отношении других видов произведений договор считается заключенным на пять лет.

Если в открытой лицензии не указана территория, на которой допускается использование соответствующего произведения, такое использование допускается на территории всего мира. По сути, такая лицензия носит экстерриториальный характер, при этом по желанию самого правообладателя территория может быть и ограничена, что определяется п. 8 ст. 1211 ГК РФ. Говоря о территориальном аспекте, возникает вопрос о юрисдикции государства, подлежащей применению в случае возникновения споров. В отношении лицензионного договора применяется право страны, на территории которой лицензиату разрешается использование результата интеллектуальной деятельности, а если такое использование разрешается на территориях одновременно нескольких стран, то применяется право той страны, в которой находится место жительства или основное место деятельности лицензиара. Иными словами, если речь идет о так называемых экстерриториальных мировых открытых лицензиях (не имеющих ограничений по территории, предоставляющих право пользования произведением во всем мире), при всей сложности определения юрисдикции в сети Интернет, следует ориентироваться на п. 8 ст. 1211 ГК РФ и разрешать споры, привлекая, при наличии нарушений прав правообладателя,

нарушителя к ответственности согласно праву того государства, на территории которого постоянно проживает или осуществляет свою деятельность лицензиар⁵³⁹.

Лицензиар, предоставивший открытую лицензию, вправе в одностороннем порядке полностью или частично отказаться от договора (п. 3 ст. 450 ГК РФ), если лицензиат будет предоставлять третьим лицам права на использование принадлежащего лицензиару произведения либо на использование нового результата интеллектуальной деятельности, созданного лицензиатом на основе этого произведения, за пределами прав и (или) на иных условиях, чем те, которые предусмотрены открытой лицензией. Автор или иной правообладатель в случае, если исключительное право на произведение нарушено неправомерными действиями по предоставлению или использованию открытой лицензии, вправе требовать применения к нарушителю мер защиты исключительного права (ст. 1252 ГК РФ). Иными словами, теперь сам факт неправомерного предоставления открытой лицензии при отсутствии неправомерного использования произведения считается нарушением исключительного права.

По российскому праву открытая лицензия это консенсуальный, безвозмездный, взаимный договор присоединения, предметом которого является предоставление лицензиату простой (неисключительной) лицензии на использование произведений науки, литературы или искусства, условия которого доступны неопределенному кругу лиц, т. е. все условия открытой лицензии должны быть доступны третьим лицам и размещены таким образом, чтобы лицензиат ознакомился с ними перед началом использования соответствующего произведения.

Установлено, что предусмотренная модель в п. 3 ст. 1286.1 ГК РФ распоряжения исключительным авторским правом расходится со свободным лицензированием Creative Commons. Открытая лицензия должна длиться в течение всего срока действия исключительного права и должна быть безотзывной. Это является гарантией стабильности оборота произведения, в том числе в цифровой форме, а также интересов пользователей, которые освобождены от необходимости систематически проверять, не прекратило ли действие лицензионного соглашения в отношении объекта, который они используют. То есть, в течение всего срока действия исключительного права на произведение условия открытой лицензии сохраняют силу, пока сам пользователь их не нарушит. При этом открытая лицензия должна прекратить свое действие в отношении пользователя, нарушившего ее условия с момента такого нарушения. В связи с этим исключительное право на произведение в отношении такого нарушения действует в полном объеме и дальнейшее использование произведения невозможно без разрешения

⁵³⁹ См.: Свиридова Е. А. Свободное использование произведения как объекта авторского права: монография. М. : Юркомпани, 2014. С. 57.

правообладателя, а осуществляемое без разрешения является нарушением исключительного права. Данное положение должно стимулировать пользователей к соблюдению условий открытой лицензии. Подобная лицензия в немецком авторском праве трактуется в качестве сделки под отменительным условием.

В то же время, в соответствии с п. 4 ст. 1286. 1 ГК РФ, заявление делается правообладателем в форме безотзывной оферты на официальном сайте Роспатента в сети «Интернет», оно обязательно должно содержать сведения, позволяющие идентифицировать правообладателя и принадлежащий ему объект авторских прав. Отказ от исключительных прав срочный, при отсутствии указания на срок в заявлении считается, что указанный срок составляет пять лет. Правообладатель не имеет права осуществлять указанные действия при наличии действующего лицензионного договора, по которому предоставляется исключительная лицензия на использование произведения или объекта смежных прав в тех же пределах. В случае, если правообладатель осуществляет данные действия при наличии действующего лицензионного договора, по которому предоставляется возмездная неисключительная лицензия на использование произведения или объекта смежных прав в тех же пределах, действие такого договора прекращается. Правообладатель, сделавший соответствующее заявление при наличии действующего лицензионного договора, должен возместить убытки, причиненные лицензиату. Юридическое последствие направлено на защиту прав пользователей, которым могут быть неизвестны все обязательно – правовые отношения, связывающие правообладателя, сделавшего заявление. Отказ от исключительного права не применяется в отношении открытых лицензий.

Правовой механизм, избранный российским законодателем, вызывает сомнения и нуждается в изменении. А.И. Савельев, критикуя второй способ имплементации свободных лицензий в ГК РФ, который по функциональным характеристикам однороден публичному заявлению, а юридико-технически отличен от него, можно объяснить концептуальной ошибочностью, неудобством и тяжеловесностью указанного способа. По его мнению, у классических коммерческих лицензий в авторском праве и у свободных лицензий одинаковая природа. Различие здесь проводится по наличию или отсутствию определенных условий. Поэтому попытки установления принципиально отличного регулирования с помощью односторонней сделки, которая воспринимается практикой как фактический отказ правообладателя от исключительного права, что выходит за рамки предмета лицензионного договора и режима открытой лицензии, будут носить заведомо искусственный характер с точки зрения авторского и договорного права. А.И. Савельев видит неудобство публичного заявления, прежде всего, для разработчиков компьютерных программ, которые являются, пожалуй,

основным объектом, к которому чаще всего применяются свободные лицензии. "Вряд ли каждый потенциальный "вкладчик" перед отправкой своего вклада будет готов предварительно заглянуть на сайт официального органа исполнительной власти РФ по интеллектуальной собственности и составить там соответствующее заявление".⁵⁴⁰ Промежуточную позицию занимает А.Г. Матвеев, автор пишет, что, в целом, новые правила п. 5 ст. 1233 ГК РФ о публичном заявлении, конечно, представляют собой определенный шаг вперед на пути совершенствования авторского права и смежных прав в информационном обществе. Но, учитывая тяжеловесность и непривлекательность этих правил для граждан, а также наличие параллельного механизма открытой лицензии, установленного в ст. 1286.1 ГК РФ, указанные нормы вряд ли будут востребованы правообладателями⁵⁴¹.

При этом правила ст. 1286.1 ГК РФ, напротив, представляются очень удобными как для правообладателей, так и для пользователей. Открытая лицензия - это особый тип лицензионного договора, суть которого выражается в упрощении порядка заключения лицензионного договора, в том случае, когда правообладатель согласен заключить такой договор с любым лицом. По сути, это договор присоединения, который заключается посредством конклюдентных действий, к которым относится проставление знака (галочки), выражающего согласие лицензиата принять право использования объекта в предусмотренных пределах. Модель же бездоговорного способа распоряжения исключительным авторским правом, фактически, должна представлять собой отказ правообладателя от своего исключительного права и переход результата интеллектуальной деятельности в разряд общественного достояния. В отличие от случаев свободного использования и общественного достояния применительно к открытым лицензиям только правообладатель принимает решение о порядке и условиях использования результата интеллектуальной деятельности. К.М. Мешкова отмечает, что акцепт совершает пользователь, желающий использовать РИД, через конклюдентные действия. При этом перечень действий, совершение которых свидетельствовало бы о принятии пользователем условий свободной лицензии, целесообразно оставить открытым по аналогии с открытым перечнем конклюдентных действий, применяемых для сделок совершаемых вне сети Интернет. В качестве конклюдентного

⁵⁴⁰ Савельев А.И. Комментарии на предлагаемую в проект изменений в часть 4 ГК РФ концепцию регулирования отношений, возникающих в связи со свободным использованием и распространением объектов авторских прав. URL: <http://www.schoolprivlaw.ru/files/kommentarii.pdf>

⁵⁴¹ Матвеев А.Г. Создание правовых основ так называемых свободных лицензий в Гражданском кодексе Российской Федерации//Вестник Пермского университета. Юридические науки", выпуск 3, июль-сентябрь 2014 г.

действия может рассматриваться, например, начало использования РИД по умолчанию пользователем⁵⁴².

Использование произведения способом, не предусмотренным лицензионным договором, либо по прекращении действия такого договора или иным образом за пределами прав, предоставленных лицензиату по договору, влечет ответственность за нарушение исключительного права на произведение, установленную ГК РФ, другими законами или договорами (п. 3 ст. 1237 ГК РФ):

— ответственность лицензиата наступает при любом способе использования произведения за пределами прав, предоставленных по лицензионному договору, либо если использование прав продолжается, а сам договор прекратил свое действие;

— ответственность наступает в рамках, предусмотренных ГК РФ, применяются нормы по гражданско-правовой ответственности, если иное не предусмотрено в самом лицензионном договоре либо в иных специальных законах⁵⁴³. В п. 4 ст. 1237 ГК РФ предусматривается возможность одностороннего отказа от исполнения обязательств по лицензионному договору: при существенном нарушении лицензиатом обязанности уплатить лицензиару в установленный лицензионным договором срок вознаграждение за предоставление права использования произведения науки, литературы или искусства лицензиар может в одностороннем порядке отказаться от лицензионного договора и потребовать возмещения убытков, причиненных его расторжением. Договор прекращается по истечении 30-дневного срока с момента получения уведомления об отказе от договора, если в этот срок лицензиат не исполнил обязанность выплатить вознаграждение.

Доказано, что необходимость теоретико – правового исследования лицензионной договорной модели обусловлена рядом присущих ей особенностей. В отличие от договора об отчуждении исключительного права, лицензионный договор в рамках конститутивного правопреемства, не влечет за собой переход исключительного права к лицензиату. Владелец права остается прежним, он вступает в обязательственные отношения с другим лицом, которому разрешает в тех или иных пределах использовать объект своего права. Установлено, что лицензионный договор о предоставлении права использования объекта авторского права и смежных прав должен содержать существенные условия, характеризующие: предмет договора;

⁵⁴² Мешкова К.М. Распоряжение исключительными интеллектуальными правами в сети Интернет. Автореферат дис.... на соискание ученой степени к.ю.н. М., 2014. С.8.

⁵⁴³ См.: Федеральный закон от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне», который в силу ст. 34 Федерального закона от 18.12.2006 № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» сохраняет свое действие с некоторыми изменениями.

способы использования объектов интеллектуальной собственности (перечень возможных способов использования является открытым, единственное ограничение – использование в любой форме и любым не противоречащим закону способом). К невещественным способам использования произведения относятся: публичное исполнение, сообщение в эфир, сообщение по кабелю, ретрансляция, доведение до всеобщего сведения. К вещественным способам использования произведения относятся: воспроизведение, распространение, импорт, прокат, практическая реализация архитектурного проекта. Иные (зависимые) способы использования произведения. Использование объекта интеллектуальной собственности не должно противоречить нормам морали и нравственности, основам правопорядка, государственной идеологии, быть асоциальным; другие условия, которые стороны сочтут существенными для данного договора.

Показано, что в лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой допускается использование объектов авторского права и смежных прав. Так, условия о территории, на которую передаются права на передачу в эфир и по кабелю, в лицензионных договорах зачастую бывают сформулированы в привязке к территории, являющейся зоной вещания соответствующей организации. Однако зона вещания такой организации может со временем измениться. В связи с этим целесообразно точное формулирование условий лицензионного договора о территории, на которую передаются права, с указанием не территории вещания пользователя, а конкретных географических объектов, – это будет соответствовать интересам обеих сторон договора.

Кроме того, срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срок действия исключительного права на объект смежных прав. Если в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет. В случае прекращения исключительного права лицензионный договор также прекращается. Своеобразие условий о сроке, на который передаются права на использование произведений, к примеру, путем передачи в эфир и по кабелю, состоит в том, что данный срок может быть разделен на периоды. В договоре могут быть установлены срок, на который права передаются на условиях исключительной лицензии, и срок, на который права передаются на неисключительной основе. Кроме того, могут быть предусмотрены отдельные сроки для использования произведения на тех или иных территориях или для премьерного и повторного использования. Нередко в лицензионных договорах закреплено, что к осуществлению права на передачу в эфир или по кабелю вещательная организация вправе приступить только по истечении определенного срока с даты начала кинотеатрального использования соответствующего произведения.

Таким образом, лицензионный договор это самостоятельная конструкция в системе гражданско – правовых договоров, обладающая особенностями, которые предопределены функциональными чертами исключительного права – это направленность действий сторон на срочное предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности, составляющих предмет договора, вне зависимости от цели такого использования в отношении идеальных объектов. При этом, конструкция лицензионного договора не единственная, направленная на предоставление права использования исключительного права. Это может быть и в рамках, например, договора доверительного управления, договора коммерческой концессии, договора аренды предприятия как имущественного комплекса, договора возмездного оказания услуг и др. В этом случае исключительное право будет обладать относительным характером.

В литературе встречаются критические аргументы о невозможности использования, например, договора аренды в цифровой среде и для регулирования отношений по предоставлению облачных технологий. Так, согласно ст. 606 ГК РФ, «по договору аренды (имущественного найма) арендодатель (наймодатель) обязуется предоставить арендатору (нанимателю) имущество за плату во временное владение и пользование или во временное пользование». Объектами аренды могут быть непотребляемые индивидуально-определенные вещи, предприятия, другие имущественные комплексы и иные объекты ценности, которые не теряют своих натуральных свойств в процессе использования. С технической точки зрения основное преимущество облачных сервисов заключается в возможности динамического перераспределения вычислительных ресурсов. Следовательно, «вычислительные ресурсы пребывают в динамически изменяемом состоянии на протяжении срока действия договора, то есть не обладают достаточной степенью определенности, позволяющей выступать объектом договора аренды и допускающей его «возврат» в том виде, в котором он был предоставлен для использования с учетом нормального износа (ст. 622 ГК РФ)»⁵⁴⁴. Ничего подобного нет ни у оборотоспособных исключительных прав, ни у нематериальных объектов – ни натуральной формы, ни ее амортизации, ни средних затрат на производство единицы подобных объектов... к примеру, однажды созданное нематериальное изобретение сохраняется вечно, и у общества нет потребности в воспроизводстве уже имеющегося изобретения⁵⁴⁵. Помимо этого многие нормы «договора аренды» просто неприменимы к возникающим отношениям, например, п. п. 2, 3 ст.

⁵⁴⁴ Савельев А.И. Правовая природа «облачных» сервисов: свобода договора, авторское право и высокие технологии // Вестник Гражданского права. 2015. № 5 С. 62 – 99.

⁵⁴⁵ Зенин И.А. Товарный фетишизм исключительных интеллектуальных прав// Проблемы современного гражданского права: сборник статей памяти В.С. Ема (к 70-летию со дня рождения)/отв.ред. проф. Е.А. Суханов.- Москва: Статут, 2021. С. 528.

611, ст. 613, п. 2 ст. 615, ст. ст. 616 - 618, 622 - 624 ГК РФ. Тем не менее, ряд исследователей видят возможность в применении по аналогии положений ГК РФ о договорах аренды к лицензионным моделям⁵⁴⁶. Точки пересечения состоят, в природе права аренды и права исключительного лицензиата, а также в наличие абсолютной защиты прав арендатора и исключительного лицензиата. Хочется пояснить, что абсолютная защита в данном случае предоставляется, по сути, для сохранения фактической монополии возможности лицензиата использовать произведение. Точно так же, предоставляя абсолютную охрану арендатору, законодатель не превращает его право в абсолютное, а лишь защищает фактическое положение дел в виде правомерного владения арендатора имуществом. Безусловно, справедливо и то обстоятельство, что право любого лицензиата, как и арендатора, является обязательственным и сводится к возможности требовать со стороны лицензиара (арендодателя) воздержания от осуществления им запрета, а в случае с исключительной лицензией также от выдачи иных лицензий. При этом договор аренды, как и лицензионный договор, следуют судьбе абсолютного права (права собственности или исключительного права), то есть сохраняют силу и при его переходе. Все же, представляется, что нет достаточных оснований распространять действие норм об аренде на лицензионные договоры. Во-первых, важной чертой лицензионного договора является то, что возможно его заключение, как по реальной, так и по консенсуальной модели. Договор аренды всегда консенсуальный. Во – вторых, лицензионный договор может быть как возмездным (предусматривать выплату вознаграждения за предоставление права), так и безвозмездным. Договор аренды всегда возмездный. При этом для возмездных лицензионных договоров условие о размере вознаграждения и порядке его определения является существенным – при отсутствии такого условия договор признается незаключенным (абз. 2 п.3 ст. 1234 ГК РФ). Еще в 1974 году профессор И.А. Зенин писал, что теоретически справедливый баланс прав в сфере интеллектуальной собственности не может быть найден ни на базе меновой (товарной), ни при помощи трудовой концепции (т.е. вознаграждения по вложенному труду). Единственно верной является лишь премиальная концепция, т.е. определение размера любого вознаграждения (а не «цены) за РИД или за распоряжение исключительным правом на него в зависимости только от ценности самого РИД, в том числе от соотношения таких показателей, как спрос и предложение на указанное право, а в конечном счете на сам РИД (произведение, фонограмму, изобретение и т.д.).⁵⁴⁷ В то время как при несогласовании сторонами цены в договоре аренды, можно исцелить

⁵⁴⁶ Рузакова О.А. Право интеллектуальной собственности. М.,2005. С.230-231.; Мирошникова М.А. Сингулярное правопреемство в авторских правах. СПб.,2005. С.115-131.

⁵⁴⁷ Зенин И.А. Указ. Соч. С. 528-529.

договор ссылкой на разумную цену, которая взимается при сравнимых обстоятельствах за аналогичные товары, работы или услуги (п.3 ст.424 ГК РФ). В иностранной литературе⁵⁴⁸ дополнительно в качестве объединяющих черт указывают: и в аренде, и при предоставлении лицензии происходит передача полномочий использования; лицензионный договор и договор аренды предоставляют долгосрочные обязательства, не может считаться непреодолимым препятствием невозможность привлечения лицензиара к устранению недостатков в объекте, предоставленном в пользование, даже при невозможности его использования лицензиатом по назначению, в том числе и вследствие наличия существенных препятствий правового характера, например, наличие и активное осуществление исключительных лицензий третьими лицами. И, все же, представляется, что неверно подходить к лицензионному договору с позиции аналогии, отрицая его самостоятельное хозяйственное значение и самостоятельную квалификацию. Невозможно не отметить натянутость искомого сходства и приводимых аргументов в обоснование.

Получается, что, основным конкурентом лицензионной модели является договор возмездного оказания услуг. На целесообразность использования данной конструкции, указывает расшифровка моделей предоставления облачных технологий *Software as a Service*, *Infrastructure as a Service*, *Platform as a Service*⁵⁴⁹. Остановимся на основных плюсах

⁵⁴⁸ Pahlow L. Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums. Tübingen, 2006. S. 271,335. Цит. по: Сеницын С.А. Сравнительное патентное право: актуальные проблемы. М.: Инфотропик Медиа, 2022. С. 130.

⁵⁴⁹ Существуют три основные модели предоставления облачных вычислительных услуг:

- 1) Инфраструктура как услуга (IaaS): эти услуги предлагают набор аппаратных (физических) ресурсов, таких как серверы, жесткие диски, сетевое оборудование. В обязанности поставщиков таких услуг входит надлежащее оснащение центров обработки данных (ЦОД), предоставление и распределение вычислительных мощностей по мере необходимости. Примерами услуг инфраструктуры служат Windows Azure, IBM SmartCloud Enterprise, Google Cloud Storage, VMWare, Parallels Cloud Server, Amazon EC2.
- 2) Программное обеспечение как услуга (SaaS): это наиболее распространенная модель на потребительском рынке, благодаря ей ежедневно миллионы людей используют такие приложения как Google Maps и YouTube, не устанавливая себе дополнительное тяжеловесное и энергозатратное программное обеспечение, несмотря на то, что во время их работы, происходят интенсивные операции с данными, выполняемыми в облаке.
- 3) Платформа как услуга (PaaS): помогает компаниям без лишних затрат на развертывание программного и аппаратного обеспечения организовать работу целого отдела разработчиков. Фактически предоставляет платформы для разработки программ по удаленному доступу. Используемые платформы - это Microsoft

использования именно этого вида договора: во-первых, в отличие от лицензионного договора, где вознаграждение предусматривается за предоставление права использования, модель оплаты услуг идеально ложится на модель оплаты облачных сервисов «pay as you go» (то есть за фактически потребляемые вычислительные мощности); во-вторых, договор возмездного оказания услуг предоставляет сторонам гарантии и своеобразный законодательный буфер в вопросах качества. Поскольку к нему субсидиарно применяются нормы о договоре подряда (ст. 783, 724, 725 ГК РФ), которые содержат регулирование вопросов качества работы/услуги, в частности возможность сторон установить в договоре соответствующие параметры качества и ответственность за их несоблюдение. Особенно, хотелось бы отметить, что в рамках именно договора возмездного оказания услуг стороны, как правило, заключают SLA (Service Level Agreement). К существенным условиям этого соглашения обычно относят: определение перечня видов и параметров предоставляемых услуг; методологию мониторинга, включая характеристики и методику измерения параметров безопасности в режиме реального времени; условия независимого тестирования; диапазоны параметров, которые вызывают предупреждения ad hoc, реагирование на инциденты или восстановление; регулярные отчеты об уровне обслуживания и их содержание; пороги реагирования, определяемые в соответствии с профилем риска организации; пределы и основания ответственности сторон и санкции за нарушение договорных обязательств. Особо оговариваются условия обеспечения безопасности и защиты информации, контроль за деятельностью исполнителя, защита интеллектуальных прав, а также порядок электронного документооборота и использования электронной подписи;⁵⁵⁰ в-третьих, ст. 782 ГК РФ содержит положения, допускающие односторонний отказ от договора каждой из сторон, что без сомнения является очень привлекательным для бизнеса. Более того, использование договора об оказании услуг подчеркивает статус информационного посредника для провайдера облачных услуг. Это является довольно важным, поскольку позволяет такому провайдеру, избежать ответственности за распространение с их помощью запрещенной информации⁵⁵¹. Буквальное толкование п. 3 ст. 17 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и защите информации» позволяет сделать вывод, что лицо не

Azure и Google App Engine, они позволяют программистам создавать программное обеспечение, в заранее подготовленной инфраструктуре, операционной системе.

См. более подробно: Christopher Millard, *Cloud computing Law* // Oxford University Press, 2013., p. 27-29.

⁵⁵⁰ Kuan H.W., Millard Ch., Walden I. The Problem of "Personal Data" in Cloud Computing – What Information is Regulated? *The Cloud of Unknowing* // *International Data Privacy Law*. 2011. № 1

⁵⁵¹ Федеральный закон от 27.07.2006 N 149-ФЗ (ред. от 02.12.2019) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 13.12.2019) // СЗ РФ. 31.07.2006, N 31 (1 ч.), ст. 3448

несет ответственности за распространение ограниченной или запрещенной законом информации, если предоставляет свои продукты именно по модели оказания услуг.

Помимо указанных договорных конструкций, в силу свободы договора никто не запрещает заключать и смешанные договоры. И. А. Нестерова пишет: «смешанный договор (договор возмездного оказания услуг с элементами лицензионного соглашения и другие сочетания), согласно нашей авторской концепции, наиболее адекватно и релевантно отражает существо исследуемых в настоящей работе отношений»⁵⁵².

Представляется, что смешанная модель договора это наиболее рациональный вариант для использования исключительных прав в цифровой среде, поскольку лучше отражает правовую природу возникающих отношений.

Издательский лицензионный договор это договор о предоставлении права использования произведения, заключенный автором или иным правообладателем с издателем, т. е. с лицом, на которое в соответствии с договором возлагается обязанность издать⁵⁵³ произведение (п. 1 ст. 1287 ГК РФ).

Целями издательского договора являются размножение и распространение произведения, которые осуществляются за счет издателя, принимающего на себя риск издания. В силу договора издатель приобретает право распространения лишь на время, определяемое известным сроком или распродажей одного или нескольких изданий⁵⁵⁴.

Издательский лицензионный договор должен содержать ряд специфических условий, которые улучшают положение автора: лицензиат обязан начать использование произведения не позднее срока, установленного в договоре; при неисполнении этой обязанности лицензиар вправе отказаться от договора без возмещения лицензиату причиненных таким отказом убытков; лицензиар вправе требовать выплаты ему вознаграждения, предусмотренного данным договором, в полном размере (п. 2 ст. 1287 ГК РФ).

В случае отсутствия в договоре конкретного срока начала использования произведения такое использование должно быть начато в срок, обычный для данного вида произведений и способа их использования. Такой договор может быть расторгнут лицензиаром по основаниям и

⁵⁵² Нестерова И. А. Правовое регулирование отношений, возникающих при использовании облачных технологий. С.103.

⁵⁵³ В литературе приводится следующее определение права на издание: это создание графического издания, заключающееся в воспроизведении и размножении определенного числа экземпляров произведения, независимо от используемого технологического процесса (типографский, литьевой, фотокопии, офсетная печать и т. д.), которое охватывает также осязаемый результат издания. См.: Липчик Д. Авторское право и смежные права. М., 2002. С. 250.

⁵⁵⁴ См.: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1914. С. 34.

в порядке, которые предусмотрены ст. 450 ГК РФ (общие основания изменения и расторжения договора).

Таким образом, к числу существенных условий издательского лицензионного договора можно отнести условие о вознаграждении и о сроке использования произведения.

Если произведение науки, литературы и искусства создано в рамках публичного конкурса (например, конкурс пианистов, вокалистов) и условиями конкурса не предусмотрено иное, лицо, объявившее публичный конкурс, приобретает преимущественное право на заключение с автором произведения, удостоенного объявленной награды, договора на использование произведения. При этом во всех случаях автору должно быть выплачено соответствующее вознаграждение (ст. 1060 ГК РФ). Это правило о преимущественном праве является исключением из общего принципа свободы договора (абз. 1 п. 1 ст. 421 ГК РФ).

По логике, договор заключается между тем, кто объявил конкурс (организатор), и тем, кто в нем участвует (победитель). Условия конкурса, порядок и сроки вынесения решения о признании лица победителем должны содержаться в сделанном объявлении о конкурсе.

Помимо договора об отчуждении исключительного права на произведение и лицензионного договора в зависимости от способа использования произведений можно выделить:

- договоры на воспроизведение и распространение экземпляров музыкальных произведений на материальных носителях;
- договоры на воспроизведение и распространение экземпляров фонограмм;
- договоры на осуществление аранжировки или иной переработки произведения;
- договор заказа на создание видеоклипа;
- договоры с исполнителями на производство фонограммы;
- договоры о публичном (сценическом) исполнении;
- договоры о представительстве артистов-исполнителей (продюсерские договоры) и др.

Залог исключительного авторского права

Помимо названных договоров, к договорам о распоряжении исключительным авторским правом следует отнести и другие соглашения, когда происходит распоряжение исключительным правом, в том числе распоряжение правом путем передачи его в залог, кроме исключительного права на фирменное наименование и на наименование места происхождения товара (абз. 1 п. 1 ст. 358.1 ГК РФ). Предметом залога могут быть имущественные права (требования),

вытекающие из обязательства залогодателя — автора или иного правообладателя. Договором о залоге может быть предусмотрена передача в залог исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, которое возникнет у правообладателя (залогодателя) или перейдет к нему в будущем (абз. 7 п. 47 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10). Но предметом залога могут быть только те имущественные права, в отношении которых допустимо их отчуждение от правообладателя. Так, не могут быть предметом залога право следования на произведения изобразительного искусства, авторские рукописи (автографы) литературных и музыкальных произведений, неимущественные права, при условии их неотчуждаемости и непередаваемости. Залогодателем права может быть лицо, являющееся кредитором в обязательстве, из которого вытекает закладываемое право (правообладатель).

Если законом или договором залога права не установлено иное, предметом залога являются все принадлежащие залогодателю права, которые вытекают из соответствующего обязательства и могут быть предметом залога. Данная норма закрепляет презумпцию тотального залога исключительных прав, вытекающих из определенного обязательства. Несомненно, стороны могут договориться, что в залог попадает только часть прав, связанных с обязательством. Это позволяет сторонам максимально учитывать специфику их отношений и не создавать дополнительные обременения для одной из сторон в том случае, когда стоимость прав в разы превосходит размер основного обязательства. В этой связи представляет интерес подход, нашедший отражение в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10, который ориентирует участников гражданского оборота на то, что в договоре залога обязательно должно быть определено, заложено ли исключительное авторское право в полном объеме применительно к п. 1 ст. 1234 ГК РФ или право использования такого результата в предусмотренных договором пределах применительно к подп. 2 п. 6 ст. 1235 и ст. 1236 ГК РФ (п. 46). Предметом залога может быть право, которое возникнет в будущем из существующего или будущего обязательства. При этом индивидуализация предмета залога должна быть осуществлена путем указания сведений, позволяющих установить результат интеллектуальной деятельности, исключительное право на который передается в залог.

Если иное не установлено законом или договором либо не следует из существа обязательства, предметом залога могут быть часть требования, отдельное требование или несколько требований, вытекающих из договора или иного обязательства. Принципиально важно понимать, что заложить часть исключительных прав можно лишь при отсутствии запрета или необходимости получить согласие должника на залог в соглашении между залогодателем (правообладателем) и должником. Данные аргументы можно объединить в одно общее правило,

согласно которому залогодатель не вправе отчуждать исключительное авторское право без согласия залогодержателя, если иное не предусмотрено договором.

Причем соглашение залогодателя и залогодержателя все же может преодолеть такие условия. Предметом залога по одному договору залога может быть совокупность прав (требований), каждое из которых вытекает из самостоятельного обязательства, в том числе совокупность будущих прав, а также совокупность существующих и будущих прав.

Если заложенное исключительное право прекратилось в связи с окончанием срока его действия до обращения на него взыскания залогодержателем, залогодержатель не вправе требовать досрочного исполнения основного обязательства, исполнение которого было обеспечено залогом этого исключительного права. В действительности законодатель закрепил правило, согласно которому залогодержатель-кредитор не вправе требовать досрочного исполнения основного обязательства в случае прекращения заложенного права в связи с истечением срока его действия. В современной юридической литературе⁵⁵⁵ отмечается, что ограничивать стороны в возможности согласовать право залогодержателя-кредитора потребовать от должника досрочного исполнения обязательства необоснованно. Для залогодержателя и так залог исключительного права — менее надежный способ обеспечения по сравнению с классическим залогом.

Представляется интересным, что в случаях, установленных законом или договором, при обращении взыскания на заложенное право и реализации заложенного права к его приобретателю вместе с этим правом переходят связанные с ним обязанности. Считается, что при реализации заложенного права к его приобретателю не переходят связанные с правом обязанности. Как общее правило, такое положение справедливо, так как передача в залог исключительного права вместе с обязанностью снижает ценность такого способа обеспечения исполнения обязательства, как залог. Однако такие случаи могут быть эффективны, например, когда у залогодателя нет иного залога. В таком случае подобный залог позволит получить залогодержателю хоть небольшую, но все же дополнительную имущественную массу на случай неисполнения должником основного обязательства.

Как подчеркивается в действующем законодательстве (п. 1 ст. 358.2 ГК РФ), залог права не требует согласия должника правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных законом или соглашением между правообладателем и его должником. В случаях, когда соглашением между правообладателем и его должником уступка права запрещена или невозможность уступки права вытекает из существа обязательства, залог права не допускается,

⁵⁵⁵ См.: Егоров А. В., Бевзенко Р. С. Поправки о залоге. Новые возможности для маневра. М., 2015. С. 135—138.

если законом не установлено иное. Данная норма закрепляет недопустимость залога исключительных прав, если соглашением между должником и залогодателем установлен запрет залога прав, возникших из их соглашения. Преодоление запрета возможно, но только в предусмотренных законом случаях, а именно п. 4 ст. 358.2 и п. 3 ст. 388 ГК РФ.

Залог права допускается только с согласия должника правообладателя в случаях, если:

1) в силу закона или соглашения между правообладателем и его должником для уступки права (требования) необходимо согласие должника;

2) при обращении взыскания на заложенное право и его реализации к приобретателю права должны перейти связанные с заложенным правом обязанности (п. 6 ст. 358.1 ГК РФ).

Если иное не предусмотрено законом, нарушение правообладателем указанного в договоре с должником, связанном с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, ограничения по уступке или залогоу права (требования) влечет последствия, предусмотренные п. 3 ст. 388 ГК РФ.

При этом любопытно отметить содержание договора залога исключительного права. В договоре залога права наряду с условиями, предусмотренными ст. 339 ГК РФ⁵⁵⁶, должны быть указаны обязательство, из которого вытекает закладываемое право, сведения о должнике залогодателя и сторона договора залога, у которой находятся подлинники документов, удостоверяющих закладываемое право. Вместе с тем условие о необходимости согласовать сторону, у которой будут находиться документы, удостоверяющие закладываемое право, относится к категории определяемых. По логике законодателя, здесь закрепляется порядок определения лица, у которого должны находиться подлинники документов, удостоверяющих закладываемое право. Вариативные возможности сторон в данном случае достаточно широки. Если же предметом залога является принадлежащее залогодателю право требовать уплаты денежной суммы, в договоре залога может быть указан размер этой суммы или порядок ее определения. В любом случае, если стороны не согласуют существенные условия в соответствии с указанными правилами, то у них остается вариант согласовать их классическим, стандартным образом.

Одновременно стороны вправе установить срок, в течение которого залогодатель должен передать залогодержателю подлинники документов, удостоверяющих закладываемое право. Так,

⁵⁵⁶ В договоре залога должны быть указаны предмет залога, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом. Условия, относящиеся к основному обязательству, считаются согласованными, если в договоре залога имеется отсылка к договору, из которого возникло или возникнет в будущем обеспечиваемое обязательство. Стороны могут предусмотреть в договоре залога условие о порядке реализации заложенного имущества, взыскание на которое обращено по решению суда, или условие о возможности обращения взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке.

если в договоре залога не указано, что подлинники документов, удостоверяющих закладываемое право, остаются у залогодателя или передаются нотариусу на хранение, залогодатель обязан передать такие подлинники в срок, указанный в договоре залога, или, если договором указанный срок не установлен, в разумный срок залогодержателю по его требованию, предъявленному в письменной форме. Соглашением между залогодателем и залогодержателем может быть предусмотрено, что документы передаются на хранение третьему лицу.

В этой связи целесообразно обратить внимание и на то, что при залоге исключительного права, если иное не предусмотрено законом или договором, обязанности, установленные ст. 343 ГК РФ, возлагаются на сторону договора залога, у которой находятся подлинники документов, удостоверяющих заложенное право. Получается, что полномочия сторон касаются только выбора лица, которое должно отвечать за сохранность предмета залога. В качестве такого лица может выступать, в том числе, и третье лицо.

Если предметом залога является совокупность прав (требований) или будущее право (п. 2 и 4 ст. 358.1 ГК РФ), сведения об обязательстве, из которого вытекает закладываемое право, и о должнике залогодателя могут быть указаны в договоре общим образом, т. е. посредством данных, позволяющих индивидуализировать закладываемые права и определить лиц, которые являются или на момент обращения взыскания на предмет залога будут являться должниками по этим правам.

Исходя из этих же соображений, защита исключительного права, являющегося предметом залога, осуществляется залогодателем. Залогодержателю ни ст. 347, ни ст. 1250 ГК РФ полномочий по защите исключительного права не предоставлено.

Кроме того, как было показано выше, распорядиться исключительным авторским правом возможно путем заключения договоров об управлении авторскими (смежными) правами на коллективной основе, путем договора доверительного управления имуществом⁵⁵⁷, в составе которого могут быть исключительные права, договоры коммерческой концессии и др. Суммируя вышеизложенное, можем заключить, что этот перечень не исчерпывается договорами об отчуждении исключительного авторского права и лицензионными практиками.

⁵⁵⁷ Безусловно, доверительный управляющий, осуществляя доверительное управление имуществом в интересах учредителя управления (бенефициара), вправе осуществлять правомочия обладателя исключительного права в пределах, предусмотренных законом или договором, и распоряжаться исключительным правом, если иное не предусмотрено договором. Вместе с тем, в отличие от лицензионного договора, использование объекта интеллектуальной собственности может осуществляться только в интересах бенефициара (выгодоприобретателя). См. более подробно о различиях в управлении исключительным правом п. 49 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10.

Доказано, что договорные обязательства, имеющие объектом исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, составляют особый вид обязательств. Их специфика обусловлена юридической природой исключительных прав, отличающихся от других имущественных прав – обязательственных, вещных, и корпоративных, которая в свою очередь предопределена особенностями объектов самих исключительных прав. Соответствующие результаты творческой деятельности и средства индивидуализации не могут быть вовлечены в гражданский оборот, поскольку последний не может быть построен иначе, чем на основе принадлежности (в данный конкретный момент времени) определенных объектов определенным лицам. Именно поэтому, распорядиться можно исключительным правом, а не самим результатом интеллектуальной деятельности или приравненным к нему средством индивидуализации. Распространение результатов интеллектуальной деятельности и их экземпляров должно быть осуществлено правомерно, то есть с согласия правообладателя. Ввиду не применения по аналогии закона правил о приобретательной давности как основания возникновения вещного права к объектам авторского права и смежных прав, добросовестность пользователя, его объективное незнание не имеет никакого значения при решении вопроса о приобретении исключительного права на использование. В современном праве, в целях обеспечения стабильности гражданского оборота и баланса интересов сторон предлагают ввести защиту добросовестного приобретателя исключительного права в отношении товарных знаков, объектов патентного права и селекционных достижений, т.е. в отношении объектов, требующих государственной регистрации. При этом, предлагается Л.В. Сагдеевой не прямая аналогия, а введение института восстановления контроля над исключительным правом⁵⁵⁸.

Далее, результаты интеллектуальной деятельности и их экземпляры должны быть введены в коммерческий оборот на территории РФ. Пуск в оборот должен осуществляться через договорные и бездоговорные способы распоряжения исключительным правом. И в этом смысле субъекты свободны в выборе договорных типов, поименованных в ГК РФ, и также свободны в заключении непоименованных договоров. Применительно к непоименованным договорам правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются, что не исключает возможности применения правил об аналогии закона к отдельным отношениям сторон по договору, например, в целях защиты интересов более слабой стороны по договору (автора, изобретателя или пользователя), публичных интересов, интересов третьих лиц и т.д.)

⁵⁵⁸ Сагдеева Л.В. Исключительное право и право собственности: единство и дифференциация в осуществлении и защите. Автореферат дис... на соискание ученой степени к.ю.н. М., 2020. С.9.

Таким образом, существующие способы распоряжения исключительным правом подразделяют на две большие группы в зависимости от наличия или отсутствия договора в основании распоряжения исключительным правом: договорные и бездоговорные способы распоряжения, которые, в свою очередь, могут быть классифицированы по различным основаниям на виды и подвиды. Наиболее распространенным способом распоряжения исключительным правом является договорный способ, бездоговорный же способ распоряжения реализуется при помощи совершения правообладателем разного рода односторонних сделок.

Реорганизация юридического лица как переход исключительного права на объект авторского права без договора с правообладателем

Применительно к рассматриваемой тематике напомним, что согласно ст. 57 ГК РФ, существует пять форм реорганизации, а именно слияние (возникает новое из существовавших и прекративших существование юридических лиц, к которому переходят все права и обязанности), присоединение (присоединяющееся юридическое лицо прекращает существование), разделение (разделившееся юридическое лицо прекращает существование и вместе с этим образуются новые юридические лица), выделение (прежнее юридическое лицо продолжает существовать, но при этом возникают и новые юридические лица) и преобразование (то же юридическое лицо меняет организационно-правовую форму, что влечет сохранение всех прав и обязанностей в отношении других лиц, кроме предыдущих участников и учредителей). В случае выделения, разделения и присоединения переход исключительного авторского права регулируется в передаточном акте, в том числе его вид, состав, стоимость и обязательства в отношении кредиторов и должников, исходя из п. 1 ст. 59 ГК РФ. При слиянии и присоединении передаточный акт — это только одно из доказательств существования прав и обязанностей, поскольку их неуказание в нем презюмирует их переход к реорганизуемому юридическому лицу (лицам) в полном объеме⁵⁵⁹.

Исключительное авторское право на объект интеллектуальной собственности переходит к правопреемникам (или единственному правопреемнику) в порядке процедуры реорганизации согласно общим правилам, т. е. с момента внесения в ЕГРЮЛ записи о прекращении деятельности юридического лица (при присоединении) или о создании юридического лица (при слиянии, выделении, разделении). Момент перехода исключительного авторского права на программу для ЭВМ в случае его факультативной регистрации (ст. 1262 ГК РФ), напротив, являлся дискуссионным. Положения ст. 57 и 58 ГК РФ закрепляют то, что права

⁵⁵⁹ См.: Право интеллектуальной собственности. Т. 1: Общие положения: учебник / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. 2-е изд. М.: Статут, 2018. С. 338.

реорганизуемого юридического лица переходят в момент завершения реорганизации, а именно в момент, когда в ЕГРЮЛ внесена соответствующая запись. Исходя из ст. 58 и 1110 ГК РФ, право переходит независимо от осуществления необходимой государственной регистрации⁵⁶⁰.

В этой связи не следует забывать о положениях п. 6 ст. 1232 ГК РФ, которые закрепляют противоположную позицию, а именно: переход исключительного права без договора считается осуществленным только с момента государственной регистрации такого перехода. Данный пункт, безусловно, может привести к невозможности правопреемников и третьих лиц реализовать свои полномочия в полном объеме в отношении исключительного права. Кроме того, еще одним негативным последствием станет прекращение существования правопреемника с момента завершения процедуры реорганизации, в том числе и как стороны судебного процесса. Но при этом нельзя будет заменить сторону в судебном процессе, что повлечет за собой невозможность рассмотрения дела по существу в период между завершением реорганизации и государственной регистрацией перехода исключительного права. Эту правовую коллизию разрешил Конституционный Суд РФ в Постановлении от 03.07.2018 № 28-П⁵⁶¹ применительно к товарному знаку, признав норму п. 6 ст. 1232 ГК РФ конституционной. Конституционный Суд РФ указал, что в случае присоединения одного юридического лица к другому исключительное право на товарный знак считается перешедшим к последнему с момента внесения в ЕГРЮЛ записи о прекращении деятельности присоединенной организации. Роспатент же должен рассматривать продление срока действия права одновременно с государственной регистрацией перехода исключительного права на товарный знак, чтобы не увеличивать время на продление срока. При этом пошлины за каждую процедуру суммируются. Сама же регистрация перехода исключительного права впоследствии обязательна (при этом срок подачи заявления после реорганизации пока не установлен федеральным законом, поэтому, руководствуясь упомянутым Постановлением Конституционного Суда РФ, необходимо соблюсти разумный срок), поскольку он определяет момент для реализации правомочий в полном объеме. В том случае, если правопреемник не обратился за государственной регистрацией перехода исключительного права после завершения реорганизации, то на нем лежит риск возможных неблагоприятных последствий для

⁵⁶⁰ См.: Абзац 3 п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁵⁶¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 03.07.2018 № 28-П «По делу о проверке конституционности пункта 6 статьи 1232 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросом Суда по интеллектуальным правам».

взаимоотношений с третьими лицами, т. е. отсутствует возможность противопоставить реорганизацию обороту.

Порядок регистрации установлен Правительством РФ⁵⁶² и детализирован в Административном регламенте, утвержденном приказом Минэкономразвития России⁵⁶³. Соответственно, подобное толкование применимо и к переходу исключительного авторского права на программу для ЭВМ (в случае его факультативной государственной регистрации).

Из этого можно сделать вывод о том, что при реорганизации работодателя реорганизованное лицо будет обязано производить выплаты автору, поскольку оно является правопреемником по всем правам и обязанностям в отношении всех кредиторов и дебиторов. Подобную позицию не раз выражали и обосновывали суды в аналогичных судебных делах⁵⁶⁴. Отдельно следует акцентировать внимание на обязанности работодателя по выплате работнику вознаграждения за создание служебного произведения ввиду особого правового режима служебных результатов интеллектуальной деятельности.

Обращение взыскания на имущество правообладателя

Неудивительно, что ст. 1241 ГК РФ прямо называет обращение взыскания на имущество правообладателя одним из «бездоговорных» оснований для перехода исключительного авторского права, только если данное право использовали как предмет залога либо передали по лицензионному соглашению или договору об отчуждении, в том числе и на доходы, полученные от использования произведения (ст. 1233, 1284 ГК РФ). В противном случае это недопустимо, поскольку на момент обращения взыскания произведение еще может быть не обнародовано, и данная процедура могла бы привести к ущемлению личных неимущественных прав автора.

⁵⁶² См.: Правила государственной регистрации распоряжения исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных по договору и перехода исключительного права на указанные результаты интеллектуальной деятельности без договора, утвержденные постановлением Правительства РФ от 24.12.2015 № 1416; Правила государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом на селекционное достижение и перехода такого права без договора, утвержденные постановлением Правительства РФ от 30.04.2009 № 384.

⁵⁶³ См.: Административный регламент предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации перехода исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товара, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для электронных вычислительных машин, базу данных без договора, утвержденный приказом Минэкономразвития России от 30.09.2015 № 707.

⁵⁶⁴ См.: Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 11.09.2017 № Ф01-3607/2017 по делу № А38-7498/2016.

При этом его реализация осуществляется путем проведения открытых торгов в форме аукциона согласно ч. 3 ст. 87 и п. 4 ч. 1 ст. 75 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», по итогам которых подписывается протокол о результатах торгов между лицом, выигравшем торги, и организатором торгов, либо акт приема-передачи нереализованного имущества взыскателю⁵⁶⁵, что и является основанием для факультативной государственной регистрации перехода исключительного права на программу для ЭВМ.

В доктрине существует позиция о том, что данный способ лишь условно называют «бездоговорным», поскольку в результате аукциона, а также при признании торгов несостоявшимися оформляется договор купли-продажи (отчуждения исключительного права)⁵⁶⁶. Только при передаче исключительного авторского права на основании судебного акта (например, в случае реституции) не заключается договор. Но специфика все же присутствует, поскольку оборот исключительного права происходит без учета воли правообладателя публичным лицом в качестве реализации меры принудительного исполнения решения суда. Обращение взыскания состоит из нескольких этапов: ареста и изъятия материальных носителей, а также принудительной реализации.

Рассмотрим процедуру принудительной реализации на примере залога, порядок которой установлен ст. 349 ГК РФ. Так, основанием для обращения взыскания являются исполнительный лист, исполнительная надпись нотариуса (если есть соглашение о внесудебном порядке, а также залогодателя письменно уведомили о начале взыскания), судебный приказ или решение суда (если заложенный результат интеллектуальной деятельности обладает значительной исторической, художественной или иной культурной ценностью для общества, или же залогодатель-правообладатель отсутствует и установить его место нахождения невозможно). Во внесудебном порядке обладатель реализуемого имущественного права вправе самостоятельно либо с привлечением специальной организации или иного лица организовать продажу с торгов в любой из форм, перечисленных в п. 4 ст. 447 ГК РФ, а именно открыто или закрыто, на аукционе или конкурсе. Далее организатор торгов направляет письменное извещение об их начале, существенным условием которого является первоначальная цена заложенных прав, оценка которых проводится специализированной организацией. Затем проводятся торги и определяется победитель, причем на аукционе это лицо, предложившее самую высокую цену, а по конкурсу — это лицо, которое, по заключению конкурсной комиссии, предложило лучшие условия.

⁵⁶⁵ См.: Абзац 3 п. 52 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10.

⁵⁶⁶ См.: Право интеллектуальной собственности. Т. 1 : Общие положения / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. С. 315.

В том случае, если внесудебная реализация не состоялась, а именно на торгах присутствовало меньше двух покупателей, или на торгах не сделали надбавку против начальной продажной цены заложенного имущественного права, или победитель не внес покупную цену в установленный срок, то залогодержатель вправе использовать механизм, предусмотренный п. 4 ст. 350.2 ГК РФ.

Если и данное соглашение не состоялось, то либо проводятся повторные торги (со снижением первоначальной цены на 15%), либо осуществляется реализация заложенного исключительного авторского права в судебном порядке на торгах организацией или лицом, имеющими по российскому законодательству право проводить торги, по цене не ниже, чем определит суд. Кроме того, залогодержатель вправе оставить предмет залога за собой (со снижением первоначальной цены на 10%) в случае признания повторных торгов не состоявшимися во внесудебном порядке или самостоятельного письменного заявления приставу в судебном порядке. При этом залогодержатель заключает соглашение с правообладателем-залогодателем. К данному и вышеупомянутому соглашению применяются правила о договорах по распоряжению исключительным авторским правом. Также эти соглашения являются основанием для факультативной государственной регистрации перехода исключительного авторского права на программу для ЭВМ. В том случае, если имеется нереализованное имущество должника, оформляется акт его приема-передачи. Сама же процедура обращения взыскания на исключительное право требования по лицензионным договорам и договорам об отчуждении исключительного авторского права производится в общем порядке реализации с публичных торгов.

Особенностью же выступает наличие преимущественного права приобретения принадлежащего лицензиату права использования произведения у автора по первоначальной цене еще до его реализации на торгах в том случае, если осуществляется продажа права с публичных торгов в целях обращения на него взыскания⁵⁶⁷. Если лицензиара письменно не уведомили об обращении взыскания на право использования произведения, принадлежащее должнику-лицензиату, и его право было нарушено, оно может быть восстановлено в предусмотренном законодателем порядке. Указанный механизм не защищает права автора полностью, поскольку в законе не содержатся последствия нарушения преимущественного права лицензиара. Напротив, в отношении покупки доли в праве общей собственности вышеуказанные последствия предусмотрены.

⁵⁶⁷ См.: Комментарий к Федеральному закону «Об исполнительном производстве» / отв. ред. И. В. Решетникова. М.: Статут, 2018. С. 415.

В этой связи становится очевидным, что судебный пристав имеет право наложить арест на материальную форму имущественных прав должника, составив специальный акт. В судебной практике по оспариванию действий судебных приставов-исполнителей можно также найти примеры наложения ареста на доменные имена и сайты в сети Интернет. Суды, в частности, указывали на то, что перечень исполнительных действий в Федеральном законе «Об исполнительном производстве» является открытым, и судебный пристав-исполнитель имеет право совершать и иные действия, если они необходимы для своевременного, полного и правильного исполнения исполнительных документов, а также если они соответствуют принципам и задачам исполнительного производства, при этом не нарушая права должника и третьих лиц. К числу таких действий относится запрет на совершение в отношении его регистрационных действий, поэтому наложение ареста на вышеуказанные объекты допустимо⁵⁶⁸.

Более того, судебный пристав может ограничить реализацию в случае признания предметов контрафактными, сообщив об этом в Роспатент (если программа для ЭВМ зарегистрирована). Федеральная служба судебных приставов и Роспатент заключили Соглашение от 12 марта 2009 г. «О взаимодействии Федеральной службы судебных приставов и Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам» для содействия в обмене информацией о наличии у должника исключительного авторского права на программу для ЭВМ в случае ее регистрации. В отношении исключительного авторского права на произведения науки, литературы и искусства подобные функции фактической «регистрации» осуществляют РАО и территориальные палаты Торгово-промышленной палаты РФ.

В настоящее время возможны обращение взыскания на исключительное авторское право или исключительные смежные права, если автор их передал третьим лицам по договору об отчуждении или лицензионному договору, или заложил, а также на доходы, которые были получены от использования объектов, и реализация данного права на торгах. Выбор иного подхода был бы невозможен, поскольку понуждение правообладателя заключить договор с другим лицом вторгается в сферу свободного волеизъявления правообладателя.

Обладающие идеальной природой результаты интеллектуальной деятельности (объекты авторского права и смежных прав) могут становиться объектами обязательств по приобретению исключительных прав и распоряжению исключительными правами только в том случае, когда

⁵⁶⁸ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.11.2015 № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства».

они облакаются в какую-либо объективную форму, обеспечивающую их восприятие другими лицами. При этом законное обладание материальным носителем исключительных прав еще не означает возможности экономического использования исключительных прав на сам объект⁵⁶⁹. Договорные обязательства, имеющие объектом исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, составляют особый вид обязательств. Их специфика обусловлена юридической природой исключительных прав, отличающихся от других имущественных прав — обязательственных, вещных и корпоративных, которая, в свою очередь, предопределена особенностями объектов самих исключительных прав. Соответствующие результаты творческой деятельности не могут быть вовлечены в гражданский оборот, поскольку последний не может быть построен иначе чем на основе принадлежности (в данный конкретный момент времени) определенных объектов определенным лицам⁵⁷⁰. Таким образом, обязательства по приобретению исключительных прав и распоряжению исключительными правами представляют собой совокупность правоотношений, опосредующих процесс создания объектов интеллектуальной собственности, процесс перехода являющихся оборотоспособными⁵⁷¹ исключительных прав, реализуемых посредством совершения правообладателем правомерных действий, оформляемых, в том числе, сделками по распоряжению исключительными правами, направленными на полный или временный переход прав от правообладателя к другому лицу.

Рассматриваемые договорные обязательства разделяют на две основные группы:

- обязательства по созданию новых объектов творческой деятельности, в результате чего появляются новые правообладатели — субъекты исключительных (интеллектуальных) прав, и
- обязательства по использованию имеющихся исключительных прав на охраноспособные результаты творческой деятельности.

Первую группу составляют обязательства, вытекающие из договоров, которые оформляют отношения по созданию результатов творческой деятельности, а тем самым — по приобретению исключительных и других интеллектуальных прав. В ходе исполнения таких договоров

⁵⁶⁹ См.: *Калятин В. О.* Право в сфере Интернета. М.: Норма, 2004. С. 190.

⁵⁷⁰ См.: *Дозорцев В. А.* Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации. М.: Статут, 2003. С. 12 — 13.

⁵⁷¹ Свойство оборотоспособности прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации выражается в юридически обеспеченной возможности участия этих прав в коммерческом обороте путем предоставления права использования соответствующих результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации и (или) распоряжения исключительным правом на них от одних субъектов гражданских правоотношений к другим при помощи разных гражданско-правовых способов. См. более подробно: *Городов О. А.* Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 1999. С. 157.

появляются новые произведения науки, литературы, искусства, программы для ЭВМ и баз данных и др.

Однако не любые результаты творческой деятельности могут возникнуть в порядке исполнения договорных обязательств. Права, смежные с авторскими, не могут стать объектами рассматриваемых обязательств, поскольку они не создаются самостоятельно, в полном отрыве от «основных» объектов авторского права. Например, изобретения, как результаты творческой деятельности, превосходящие известный уровень техники, в принципе не могут быть созданы в любой момент по чьему-либо заказу. Хотя многие из них и появлялись в результате целенаправленного, интенсивного научно-технического поиска организованного коллектива разработчиков, даже такая деятельность сама по себе не гарантирует создание изобретения с заранее определенными или желаемыми параметрами.

Внутри группы договорных обязательств, направленных на создание объектов исключительных авторских и смежных прав, можно выделить несколько разновидностей.

Во-первых, это «договоры заказа», т. е. договоры, по которым исполнитель обязуется создать соответствующий результат творческой деятельности по заданию заказчика. К ним относятся:

— договор авторского заказа (на создание обусловленного договором произведения науки, литературы или искусства) (ст. 1288 ГК РФ);

— договор заказа на создание программы для ЭВМ или базы данных (ст. 1296 ГК РФ).

Объектами рассматриваемых договоров могут стать не любые охраноспособные результаты творческой деятельности. Такие результаты технического творчества, как изобретения и полезные модели, не могут быть созданы по заказу, в результате исполнения изобретателем заключенного с ним договора, ибо результат его интеллектуального труда, как правило, непредсказуем и далеко не всегда зависит только от его умственных усилий. Не заключаются и договоры на создание ноу-хау, ибо различные секреты производства обычно являются результатом хозяйственной деятельности самого их обладателя.

Таким образом, договоры заказа на создание объектов исключительных прав могут иметь предметом только некоторые результаты творческой деятельности, а именно объекты авторского права (включая приравненные к ним по правовому режиму программы для ЭВМ и базы данных, а также топологии ИМС), промышленные образцы и селекционные достижения. Любопытно, как эта группа договоров регулируется в швейцарском праве. Так, согласно Федеральному закону Швейцарии об авторском праве и смежных правах от 9 октября 1992 г. (Loi federal du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droit voisins) предметом авторского договора заказа может являться любой результат, который должен быть достигнут автором в соответствии

с заключенным договором. Стороны имеют право описать произведение достаточно общим образом. При этом увеличивается роль правоприменения. Суды на основе «теории цели» и «доброй воли» имеют правомочие уточнять и определять предмет договора и иные условия. Логика данной теории заключается в том, что автор (цедент) не может передать больше прав, чем их требуется для достижения цели, указанной в договоре, особенно в случае возникновения сомнений относительно объема прав, являющихся предметом конкретного договора заказа. Суть «теории цели» заключается еще и в том, что в соответствии с ней автор должен получать вознаграждение за каждый способ использования произведения. Те же способы использования произведения, которые не охватываются целью (causa) договора, должны служить предметом отдельного соглашения, которое соответственно должно предусматривать отдельное вознаграждение⁵⁷².

Во-вторых, в качестве договоров по созданию результатов творческой деятельности могут выступать:

- государственные и муниципальные контракты, заключаемые на выполнение работ для государственных или муниципальных нужд (главным образом подрядного типа), поскольку в ходе их исполнения могут быть созданы различные результаты творческой деятельности, относящиеся как к авторскому праву, смежным правам, так и к патентному праву.

При этом, названные контракты (договоры) могут заключаться либо специально с целью создания соответствующего результата творческой деятельности (в отношении тех же объектов, что и объекты договоров заказа, главным образом объектов авторского права и приравненных к ним), либо не преследовать такой цели (когда творческий результат технического характера возникает в ходе выполнения других предусмотренных договором работ; но, это касается объектов патентного права и ноу-хау). Иначе говоря, государственный или муниципальный контракт может быть заключен с исполнителем непосредственно на создание определенного произведения науки, литературы или искусства (а также приравненной к ним по правовому режиму программы для ЭВМ, базы данных или топологии ИМС). В этом качестве могут выступать также промышленные образцы и селекционные достижения. По существу, такой договор можно считать договором государственного или муниципального заказа на создание соответствующего результата творческой деятельности.

⁵⁷² См. более подробно: *Барышев С. А.* Авторский договор в гражданском праве России и зарубежных стран : дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2004.

В отношении иных результатов творческой деятельности, например объектов патентного права или ноу-хау, такой контракт (договор) невозможен по тем же причинам, что и договор заказа на их создание. Однако эти объекты могут быть созданы исполнителями государственного или муниципального контракта, прямо не предусматривавшего создание охраноспособных результатов технического творчества, т. е. заключенного на выполнение иных работ или на создание иных объектов (например, при проектировании и строительстве какого-либо сооружения). В этих случаях речь по сути идет о договорах подряда для государственных или муниципальных нужд.

При выполнении работ по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд исполнителями могут быть созданы также программы для ЭВМ и базы данных, разработка которых не предусматривалась таким договором. Поскольку названные результаты технического творчества приравнены законом к объектам авторского права, они приобретают режим таких объектов, но созданных по государственному или муниципальному контракту — заказу (п. 6 ст. 1298 ГК РФ).

В-третьих, охраноспособные результаты технического творчества могут быть созданы исполнителями работ:

- по обычным договорам подряда, а также по договорам на проведение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (далее соответственно — НИР и ОКР, а также НИОКР), которые прямо не предусматривали их создание. Обязательства из названных договоров составляют третью группу обязательств по созданию результатов творческой деятельности и приобретению исключительных прав на них.

Объектами таких договорных обязательств являются только результаты технического творчества: среди объектов авторского права и смежных прав это программы для ЭВМ и базы данных; среди патентоохраняемых объектов можно назвать: изобретения, полезные модели и промышленные образцы, различные ноу-хау.

В юридической литературе 1950—1990-х гг. конструкция авторского договора заказа разрабатывалась весьма активно. О. С. Иоффе различал две группы авторских договоров: заключаемые на готовое произведение или на произведение, которое автор еще только обязуется создать (договор заказа). Главная особенность договоров заказа заключалась в том, что стороны приобретают права и принимают на себя обязанности еще до появления результата творческого труда — произведения, но так как в договорах заказа устанавливается, в каком объеме автор

разрешает контрагенту пользоваться будущим произведением, то и такие договоры являются авторскими договорами⁵⁷³. В. И. Серебровский на основе анализа содержания авторских договоров полагал, что авторский договор предполагает наличие уже существующего произведения, однако ссылаясь на практику заключения договора на произведение, которое ко времени заключения договора еще не обложено в объективную форму (договор заказа)⁵⁷⁴. Н. Л. Зильберштейн рассматривал так называемый постановочный договор, согласно которому, автор предоставляет зрелищному предприятию или учреждению право публично исполнять свое произведение, а постановщик обязуется осуществить публичное исполнение в определенный срок и выплатить автору единовременное вознаграждение. Данный договор можно заключить в порядке заказа (сценический заказ) и на готовое сочинение⁵⁷⁵. То есть авторский договор заказа заключается в тот момент, когда произведение еще не создано автором. При заключении договора авторского заказа следует учитывать обстоятельство, согласно которому материальный носитель произведения передается заказчику в собственность, если соглашением сторон не предусмотрена его передача заказчику во временное пользование.

Итак, договор авторского заказа это договор,⁵⁷⁶ по которому одна сторона (автор) обязуется по заказу другой стороны (заказчика) создать обусловленное договором произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе или в иной форме (п. 1 ст. 1288 ГК РФ). По данному договору автор обязуется создать не просто какое-то абстрактное произведение в необозримом и неопределенном будущем, а конкретное и максимально точно определенное сочинение, пьесу, программу и т. п. в соответствии с условиями (объем, вид, жанр, название, содержание — оглавление), предусмотренными сторонами в договоре⁵⁷⁷.

Автор обязан лично выполнить заказанные ему работы. Привлечение к работе над произведением других лиц, замена одного автора другим, изменение состава соавторов возможно только с согласия заказчика, без которого автор может использовать помощь других

⁵⁷³ См.: Иоффе О. С. Основы авторского права. Авторское, изобретательское право, право на открытие. М., 1969. С. 41.

⁵⁷⁴ См.: Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 183.

⁵⁷⁵ См.: Зильберштейн Н. Л. Авторское право на музыкальные произведения. М., 1960. С. 48.

⁵⁷⁶ В науке существует дискуссия по поводу того, можно ли отнести договор заказа только к видам авторского договора, либо к договору подряда, либо к разновидности предварительных договоров, либо считать его договором особого рода (*sui generis*). См.: Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону РФ об авторском праве и смежных правах. М.: Экзамен, 2005; Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации; Костькова О. В., Тимошенко В. А. Постатейный комментарий к Федеральному закону от 9 июля 1993 года № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» // СПС «КонсультантПлюс»; Погуляев В. В., Вайпан В. А., Любимов А. П. Комментарий к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах» (постатейный). М.: Юстицинформ, 2006.

⁵⁷⁷ «В качестве предмета договора выступает произведение, которое уже сложилось в голове его создателя — автора, и лишь “технически” еще не воплощено в объективной форме» (Пугинский Б. И. Коммерческое право России. М., 2005. С. 235).

лиц только для выполнения работ технического характера (сбор материала, набор текста и др.) Кроме того, автор обязан дорабатывать и вносить исправления в создаваемое произведение с учетом замечаний и пожеланий заказчика. Требуемые исправления должны быть мотивированы и носить конкретный характер, так, чтобы они (требования) не выходили за пределы условий договора. Недействительным (ничтожным) считается договор, ограничивающий автора в создании им в будущем произведений на определенную тему или в определенной области (п. 4 ст. 1233 ГК РФ).

Договор авторского заказа считается возмездным, если соглашением сторон не предусмотрено иное (абз. 3 п. 1 ст. 1288 ГК РФ). Важнейшим правом автора является его право на получение вознаграждения, в том числе аванса, выплачиваемого заказчиком при заключении договора либо сразу после его заключения⁵⁷⁸.

В договоре авторского заказа может быть предусмотрено отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, или предоставление заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах:

— если договор авторского заказа предусматривает отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, к такому договору соответственно применяются положения ГК РФ (ст. 1285) о договоре об отчуждении исключительного права;

— если договор авторского заказа заключен с условием предоставления заказчику права использования произведения в установленных договором пределах, то к такому договору применяются положения о лицензионном договоре, предусмотренные ст. 1286 и 1287 ГК РФ.

Основным правом заказчика является право на использование произведения, в том числе его воспроизведение, распространение, импорт, перевод и иная переработка на обусловленной законом территории. Таким образом, к заказчику могут перейти только исключительные имущественные права, в то время как личные неимущественные права автора по договору не переходят⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Например, стороны могут договориться о том, что аванс составляет определенный процент от причитающегося автору вознаграждения в соответствии с условиями договора, или что выплата аванса происходит по истечении определенного в договоре срока, или сразу после заключения договора. Также возможен вариант, когда аванс выплачивается не единовременно, а по частям (периодические платежи).

⁵⁷⁹ Проблема правовой природы личных неимущественных прав автора и их отчуждения является сложнейшей и представляет собой основную причину разногласий между сторонниками монистической и дуалистической теорий авторского права. Подробнее об этом см.: *Кашанин А. В.* Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 2.

Срок является существенным условием договора авторского заказа. Производство, создание которого предусмотрено договором авторского заказа, должно быть передано заказчику в срок, установленный договором. По смыслу закона, автор может представить произведение досрочно, если только иное не предусмотрено договором. Договор, который не предусматривает и не позволяет определить срок его исполнения, не считается заключенным (абз. 2 п. 1 ст. 1289 ГК РФ).

В целях повышения гарантий защиты прав авторов, когда срок исполнения договора авторского заказа наступил, автору при необходимости и при наличии уважительных причин для завершения создания произведения предоставляется дополнительный льготный срок продолжительностью в одну четвертую часть срока, установленного для исполнения договора, если соглашением сторон не предусмотрен более длительный льготный срок. По истечении льготного срока, предоставленного автору, заказчик вправе в одностороннем порядке отказаться от договора авторского заказа.

Заказчик также вправе отказаться от договора авторского заказа непосредственно по окончании срока, установленного договором для его исполнения, если договор к этому времени не исполнен (исполнителем допущена просрочка), а из его условий явно вытекает, что при нарушении срока исполнения договора заказчик утрачивает интерес к договору (абз. 2 п. 3 ст. 1289 ГК РФ).

Ответственность автора по договору об отчуждении исключительного права на произведение и по лицензионному договору ограничена суммой реального ущерба, причиненного другой стороне, если договором не предусмотрен меньший размер ответственности автора. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора авторского заказа, за которое автор несет ответственность, автор обязан возратить заказчику аванс, а также уплатить ему неустойку, если она предусмотрена договором. При этом общий размер указанных выплат ограничен суммой реального ущерба, причиненного заказчику (п. 2 ст. 1290 ГК РФ). Кроме того, автор вообще не будет отвечать за неисполнение договора авторского заказа, если докажет, что нарушение договора вызвано «творческой неудачей»⁵⁸⁰. В отличие от ограниченной ответственности автора, ответственность заказчика не является

⁵⁸⁰ «Творческая неудача» возникает в процессе создания заказанного произведения в силу ряда субъективных причин: автор впал в затяжную депрессию, что-то не сложилось в личной жизни — в результате композитор создает вместо симфонии для большого симфонического оркестра нечто, лишь отдаленно напоминающее заказанное сочинение. См.: *Гришаев С. П.* Интеллектуальная собственность. М. : Юристь, 2003. С. 61 ; *Павлова Е. А.* Новое в разделе об авторских правах // ЭЖ- Юрист. 2006. № 19.

ограниченной, она наступает независимо от вины в неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств по договору (п. 1 ст. 401 ГК РФ).

Обосновывается, что договор авторского заказа исходя из его типичной правовой цели (*causa*), не входит в традиционную систему договоров, опосредующих распоряжение (обращение) исключительным правом. Именно с точки зрения правовой цели сторон договора авторского заказа, создание произведения и передачи его в пользование заказчику составляет его главное отличие, в том числе, и от договора подряда. Доказано, что самостоятельность проявляется в том, что на момент заключения договора произведение еще не существует, оно только будет создано, создатель осуществляет творческую деятельность, также имеются различия в субъектном составе: в договоре авторского заказа автором выступает физическое лицо, а в договоре подряда любые субъекты гражданского права; далее, договор авторского заказа предусматривает ограниченную ответственность автора в отличие от полной ответственности подрядчика (можно взыскать как реальный ущерб, так и упущенную выгоду); результат, созданный по договору подряда передается заказчику на праве собственности, а в соответствии с договором авторского заказа материальный носитель передается заказчику или на титуле собственности, или во временное владение и пользование. Более того, договор подряда всегда носит возмездный характер, а договор авторского заказа может быть и безвозмездным. Таким образом, в момент создания и передачи произведения заказчику прекращается обязательство по созданию произведения и возникает обязательство по предоставлению права использования произведения. Э. П. Гаврилов утверждает, что авторское право регулирует лишь те отношения, которые возникают в связи с использованием уже созданного произведения⁵⁸¹. Р.Ш. Рахматуллина спорит с данным тезисом и ссылкой на бельгийское законодательство справедливо поясняет, что в рамках договора авторского заказа юридическое значение приобретает и процесс создания результата интеллектуальной деятельности. В Бельгии имущественные права на заказанные, но ещё не созданные произведения, могут быть переданы заказчику только при условии, если он осуществляет свою деятельность в сфере рекламы или в области, не связанной с культурой, если произведение предназначено для коммерческой цели и если передача таких прав закреплена в договоре заказа. Тем самым обеспечивается охрана прав авторов будущих произведений, разграничивая некоммерческие и коммерческие способы

⁵⁸¹ Гаврилов Э.П. Советское авторское право. М.,1984. С.7.

использования⁵⁸². Наибольшее сходство договор авторского заказа имеет с произведениями, созданными по договору заказа.

Предложено выделить следующие существенные условия договора авторского заказа: произведение должно быть создано автором лично; произведение должно быть создано в соответствии с условиями договора; исключительное право на созданное произведение передается заказчику путем включения соответствующего условия в договор, сформулированного по принципу условий договора отчуждения исключительного права или лицензионного договора.

Исключительное право на программу для ЭВМ, базу данных или иное произведение, созданные при выполнении договора подряда либо договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, которые прямо не предусматривали создание такого произведения, принадлежит подрядчику (исполнителю), если договором между ним и заказчиком не предусмотрено иное (произведения, созданные при выполнении работ по договору).

В этом случае заказчик вправе, если договором не предусмотрено иное, использовать созданное произведение в целях, для достижения которых был заключен соответствующий договор, на условиях простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права без выплаты за такое использование произведения дополнительного вознаграждения. При передаче подрядчиком (исполнителем) исключительного права на произведение другому лицу заказчик сохраняет право использования произведения. В случае, когда в соответствии с договором между подрядчиком (исполнителем) и заказчиком исключительное право на произведение передано заказчику или указанному им третьему лицу, подрядчик (исполнитель) вправе использовать созданное им произведение для собственных нужд на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права, если договором не предусмотрено иное.

Итак, в литературе сложились три теоретических подхода к определению правовой природы договора авторского заказа⁵⁸³. Согласно первому подходу он является смешанным

⁵⁸² Договоры, обеспечивающие оборот исключительных прав: Монография/Под ред. Л.В. Санниковой. – М.: Институт государства и права РАН, 2018. С. 136.

⁵⁸³ Витко В.С. Правовая природа договоров о создании произведений науки, литературы и искусства. М.: Статут, 2019. С. 131.

договором ⁵⁸⁴, второму – договором подряда, третьему – договором особого рода (самостоятельным договором). Конститутивным признаком договора авторского заказа является создание автором произведения и передача его в пользование заказчику путем передачи материального носителя с воплощенным в нем произведением в случае его фиксации или непосредственное доведение (сообщение) произведения заказчику. Признание договора авторского заказа в качестве самостоятельного договора преобладает в современной доктрине.

В нынешних условиях весьма важную роль приобретает правовое регулирование вопроса об исключительном праве на произведение науки, литературы или искусства, созданное по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд.

Исключительное право на произведение науки, литературы или искусства, созданное по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит исполнителю, являющемуся автором либо иным выполняющим государственный или муниципальный контракт лицом, если государственным или муниципальным контрактом не предусмотрено, что это право принадлежит Российской Федерации, субъекту РФ или муниципальному образованию, от имени которых выступает государственный или муниципальный заказчик, либо совместно исполнителю и Российской Федерации, исполнителю и субъекту РФ, либо исполнителю и муниципальному образованию (далее — публично-правовое образование) (п. 1 ст. 1298 ГК РФ).

Когда в соответствии с государственным или муниципальным контрактом исключительное право на произведение науки, литературы или искусства принадлежит публично-правовому образованию, исполнитель обязан путем заключения соответствующих договоров со своими работниками и третьими лицами приобрести все права или обеспечить их приобретение для передачи публично-правовому образованию. При этом исполнитель имеет право на возмещение затрат, понесенных им в связи с приобретением соответствующих прав у третьих лиц.

По логике самой нормы, в том случае, если исключительное право на произведение науки, литературы или искусства, созданное по государственному или муниципальному контракту

⁵⁸⁴ О.А. Рузакова выделяет в авторском договоре заказа признаки договора о распоряжении исключительными правами, в результате которого передаются права на нематериальные объекты, а с другой стороны, налицо признаки договора подряда, по которому исполнитель должен выполнить работу, а результат передать заказчику. В качестве объекта передачи выступают права на произведение, исполнение, представляющие собой объекты нематериальные. См.: Право интеллектуальной собственности. Т. 2: Авторское право: Учебник/Под общ. Ред. Л.А. Новоселовой. С.341 (автор главы Рузакова О.А.)

для государственных или муниципальных нужд, не принадлежит публично-правовому образованию, правообладатель по требованию государственного или муниципального заказчика обязан предоставить указанному им лицу безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование соответствующего произведения науки, литературы или искусства для государственных или муниципальных нужд.

Если исключительное право на произведение науки, литературы или искусства, созданное по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит совместно исполнителю и публично-правовому образованию, государственный или муниципальный заказчик вправе предоставить безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование такого произведения науки, литературы или искусства для государственных или муниципальных нужд, уведомив об этом исполнителя.

В том случае, когда исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю, работник сохраняет право на вознаграждение (абз. 3 п. 2 ст. 1295 ГК РФ).

Аналогичный правовой режим применяется к программам для ЭВМ и базам данных, создание которых не было предусмотрено государственным или муниципальным контрактом для государственных или муниципальных нужд, но которые были созданы при выполнении такого контракта.

Особенности обязательств из договоров о передаче смежных прав

Договорные отношения в сфере смежных прав, в отличие от авторских правоотношений, носят более сложный характер, их специфика существенна. Они органически связаны с авторским правом и производны от них; например, п. 2 ст. 1323 ГК РФ установлено, что изготовитель фонограммы осуществляет свои права с соблюдением прав авторов произведений и прав исполнителей. Поэтому в данной сфере по договорам одновременно должны передаваться права на использование как постановок, исполнений и передач, так и охраняемых авторским правом исполняемых (записываемых, передаваемых) произведений. Изготовитель фонограммы, организация эфирного или кабельного вещания, изготовитель базы данных осуществляют свои смежные права лишь в пределах прав, полученных по договору с исполнителем и автором произведения, записанного на фонограмме или передаваемого в эфир либо по кабелю. Точно так же передача по договору разрешения на использование постановки не отменяет необходимости получения договорного разрешения у других участвующих в ней исполнителей, а также у автора исполняемого произведения. Среди организаций эфирного и кабельного вещания широко распространено заблуждение, согласно которому для соблюдения исключительных прав авторов

произведений, воспроизводимых в радио- и телепередачах, достаточно приобретения права на передачу в эфир или сообщение для всеобщего сведения по кабелю. Данное заблуждение связано с тем, что в ряде случаев воспроизведение произведений осуществляется организациями эфирного и кабельного вещания в соответствии с правом на осуществление без согласия автора и без выплаты вознаграждения записи краткосрочного пользования (абз. 2 п. 2 ст. 1330 ГК РФ). Однако данное право носит ограниченный характер, поскольку не считается воспроизведением лишь такая краткосрочная запись, которая, во-первых, носит временный или случайный характер; во-вторых, составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса; в-третьих, имеет единственной целью правомерное использование сообщения радио- или телепередачи или передачу сообщения радио- или телепередачи в информационно-телекоммуникационной сети, осуществляемую информационным посредником между третьими лицами, при условии, что такая запись не должна иметь самостоятельного экономического значения. Поэтому в тех случаях, когда вещательная организация осуществляет воспроизведение произведения, не подпадающее под требование абз. 2 п. 2 ст. 1330 ГК РФ, такая организация эфирного и кабельного вещания обязана получить право на использование произведения в своей передаче не только путем эфирного и кабельного вещания, но и путем воспроизведения.

На обязательства из договоров о передаче смежных прав распространяются общие положения гл. 69 ГК РФ о том или ином виде договора. Так, изготовление экземпляра базы данных, доведение до всеобщего сведения третьим лицам, в том числе запись экземпляра программного продукта на материальный носитель, также представляют собой реализацию правомочия на воспроизведение и осуществляются только с согласия правообладателя. Кроме того, прокат ЭВМ с установленными на ней базами является способом использования баз данных или программ для ЭВМ и в силу подп. 5 п. 2 ст. 1270 ГК РФ не допускается при отсутствии у арендодателя прав на сдачу таких объектов в прокат. Подобной логики придерживаются и российские суды. Так, не нужно спрашивать согласие и заключать договор, так как это не считается использованием, когда результат интеллектуальной деятельности не признается основным объектом проката, как то: прокат автомобилей, технически сложных товаров бытового назначения и др. По общему правилу субъект смежных прав может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на объект смежных прав любым не противоречащим закону и существу исключительного смежного права способом. Самой распространенной правовой формой, опосредующей оборот исключительных смежных прав, является договор.

По договору об отчуждении исключительного права на объект смежных прав одна сторона — исполнитель, изготовитель фонограммы, организация эфирного или кабельного вещания, изготовитель базы данных, публикатор произведения науки, литературы или искусства либо иной правообладатель — передает или обязуется передать свое исключительное право на соответствующий объект смежных прав в полном объеме другой стороне — приобретателю исключительного права⁵⁸⁵ (ст. 1307 ГК РФ).

При передаче по такому договору другим лицам (пользователям) исключительных прав исполнителя предметом договора согласно п. 2 ст. 1317 ГК РФ служит передача пользователю исключительного права исполнителя в полном объеме, включая передачу следующих прав:

— права на сообщение исполнение для всеобщего сведения посредством его передачи по радио или телевидению (в том числе путем ретрансляции), за исключением кабельного телевидения;

— права на сообщение по кабелю, т. е. сообщение исполнения для всеобщего сведения посредством его передачи по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции);

— права на запись исполнения с помощью технических средств в какой-либо материальной форме, позволяющей осуществлять их неоднократное восприятие, воспроизведение или сообщение;

— права на воспроизведение записи исполнения, т. е. изготовление одного и более экземпляра фонограммы либо ее части;

— права на распространение записи исполнения путем продажи или иного отчуждения ее оригинала или экземпляров, представляющих собой копии такой записи на любом материальном носителе;

⁵⁸⁵ Теория «уступки» исключительных прав стала основой для договоров об отчуждении исключительных авторских и смежных прав, а теория «разрешения» объясняет суть лицензионных договоров. Основопологающей чертой теории «уступки» выступает полное отчуждение исключительного авторского, смежного права как единого целого на весь срок действия этого права. В теории «разрешения», сторонниками которой выступали Г. Ф. Шершеневич, В. А. Дозорцев, И. В. Савельева, основной акцент делается на предоставлении права использования объекта в пределах, предусмотренных лицензионным договором. За прежним правообладателем сохраняются лишь личные неимущественные права. Так, В. А. Дозорцев отмечал, что «...в соответствии с п. 1 ст. 150 ГК РФ отличительными свойствами личных неимущественных прав являются их неотчуждаемость и непередаваемость. Права на опубликование и на неприкосновенность, безусловно, могут переходить к другому лицу, во всяком случае — в определенной части, а потому не подпадают под признаки личного неимущественного права». Нельзя считать их лишенными имущественного содержания. См.: Дозорцев В. А. Творческий результат: система правообладателей // Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации : сб. ст. М. : Статут, 2003. С. 291.

— права на доведение записи исполнения до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к записи исполнения из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения);

— права на публичное исполнение записи исполнения;

— права на прокат оригинала или экземпляров записи исполнения.

Договор заключается исполнителем, а при исполнении произведения коллективом исполнителей — руководителем такого коллектива (п. 2 ст. 1314 ГК РФ) в письменной форме.

При заключении с исполнителем договора о создании аудиовизуального произведения его согласие на использование исполнения в составе аудиовизуального произведения предполагается. Согласие исполнителя на отдельное использование звука или изображения, зафиксированных в аудиовизуальном произведении, должно быть прямо выражено в договоре (п. 4 ст. 1317 ГК РФ).

При передаче по договору об отчуждении исключительного права на фонограмму другим лицам (пользователям) предметом договора, как и в договоре с исполнителем, в соответствии с п. 2 ст. 1324 ГК РФ является передача пользователю в полном объеме следующих прав на фонограмму:

— права на публичное исполнение;

— права на сообщение в эфир, т. е. сообщение фонограммы для всеобщего сведения посредством ее передачи по радио или телевидению (в том числе путем ретрансляции);

— права на сообщение по кабелю;

— права на доведение фонограммы до всеобщего сведения;

— права на воспроизведение, т. е. изготовление одного и более экземпляра фонограммы или части фонограммы;

— права на распространение фонограммы путем продажи или иного отчуждения оригинала или экземпляров, представляющих собой копию фонограммы на любом материальном носителе;

— права на импорт оригинала или экземпляров фонограммы в целях распространения, включая экземпляры, изготовленные с разрешения правообладателя;

— права на прокат оригинала и экземпляров фонограммы;

— права на переработку фонограммы.

Организация эфирного и кабельного вещания по договору передает в полном объеме пользователю свое исключительное право на радио- или телепередачу (п. 2 ст. 1330 ГК РФ), включая права:

— на запись сообщения радио- или телепередачи;

— воспроизведение записи сообщения радио- или телепередачи, т. е. изготовление одного и более экземпляра записи сообщения радио- или телепередачи либо ее части;

— распространение сообщения радио- или телепередачи путем продажи либо иного отчуждения оригинала или экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи;

— ретрансляцию;

— доведение сообщения радио- или телепередачи до всеобщего сведения;

— публичное исполнение;

— прокат оригинала и экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи.

Организации эфирного и кабельного вещания осуществляют свои права с соблюдением прав авторов произведений, прав исполнителей, а в соответствующих случаях — обладателей прав на фонограмму и прав других организаций эфирного и кабельного вещания на сообщения радио- и телепередач.

Изготовитель базы данных передает по договору исключительное право извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом, например, осуществлять перенос всего содержания базы данных или существенной части составляющих ее материалов на другой информационный носитель с использованием любых технических средств и в любой форме (абз. 2 п. 1 ст. 1334 ГК РФ).

Публикатор произведения науки, литературы искусства передает по договору исключительное право на использование произведения в соответствии со ст. 1229 ГК РФ: любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом.

По договору об отчуждении исключительного права на объект смежных прав приобретатель обязуется уплатить правообладателю предусмотренное договором вознаграждение, если иное не предусмотрено договором. Правила определения цены, предусмотренные п. 3 ст. 424 ГК РФ (вознаграждение, которое при сравнимых обстоятельствах обычно уплачивается за передачу аналогичных прав), здесь не применяются. Так, например, вознаграждение в договорах об отчуждении исключительного права в отношении права на радио- или телепередачу редко определяется в виде процента от дохода за соответствующий способ использования произведения, поскольку достаточно сложно определить величину такого дохода. Гораздо чаще вознаграждение в такого рода договорах определяется в виде фиксированной суммы. В некоторых случаях в договорах предусматривают зависимость размера вознаграждения, подлежащего уплате вещательной организации, от рейтинга произведения, права в отношении которого передаются. В этом случае в договоре целесообразно предусматривать, кто будет определять рейтинг произведения.

По лицензионному договору одна сторона — исполнитель, изготовитель фонограммы, организация эфирного или кабельного вещания, изготовитель базы данных, публикатор произведения науки, литературы или искусства либо иной правообладатель (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования соответствующего объекта смежных прав в установленных договором пределах (ст. 1308 ГК РФ).

В отличие от договора об отчуждении исключительного права на объект смежных прав, лицензионный договор не влечет за собой переход исключительного права к лицензиату (абз. 2 п. 1 ст. 1233 ГК РФ). Обладатель права остается прежним, он вступает в обязательственные отношения с другим лицом, которому разрешает в тех или иных пределах использовать объект своего смежного права.

Лицензионный договор о предоставлении права использования объекта смежных прав должен содержать существенные условия, характеризующие:

- предмет договора;
- способы использования объектов смежных прав (перечень возможных способов использования является открытым, единственное ограничение — использование в любой форме и любым не противоречащим закону способом);
- другие условия, которые стороны сочтут существенными для данного договора.

В лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой допускается использование объектов смежных прав. При отсутствии такого указания лицензиат вправе осуществлять его использование на всей территории РФ. Хотя условия о территории, на которую передаются права на передачу в эфир и по кабелю, в лицензионных договорах зачастую сформулированы в привязке к территории, являющейся зоной вещания соответствующей организации, однако зона вещания такой организации может со временем измениться. В связи с этим целесообразно точное формулирование условий лицензионного договора о территории, на которую передаются права, с указанием не территории вещания пользователя, а конкретных географических объектов, это будет соответствовать интересам обеих сторон договора⁵⁸⁶.

Срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срок действия исключительного права на объект смежных прав. Если в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет. В случае прекращения исключительного права лицензионный договор также прекращается (абз. 2 п. 4 ст. 1235 ГК РФ).

⁵⁸⁶ См.: Стремецкая Н. Л. Соблюдение авторских прав при создании и использовании объектов смежных прав : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 191—192.

Своеобразие условий о сроке, на который передаются права на использование произведений, к примеру путем передачи в эфир и по кабелю, состоит в том, что данный срок может быть разделен на периоды. В договоре могут быть установлены срок, на который права передаются на условиях исключительной лицензии, и срок, на который права передаются на неисключительной основе. Кроме того, могут быть установлены отдельные сроки для использования произведения на отдельных территориях или для премьерного и повторного использования. Нередко лицензионные договоры предусматривают, что к осуществлению права на передачу в эфир или по кабелю вещательная организация вправе приступить только по истечении определенного срока с даты начала кинотеатрального использования соответствующего произведения.

Лицензионный договор считается возмездным, если договором не предусмотрено иное. При отсутствии в возмездном лицензионном договоре условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. Вместе с тем закон не устанавливает максимального размера исполнительского вознаграждения, а определяет лишь его минимальные размеры⁵⁸⁷. Плательщиками авторского вознаграждения за публичное исполнение произведения являются юридические и физические лица, осуществляющие или организующие публичное исполнение произведений⁵⁸⁸. При предоставлении произведения в живом исполнении лицом, организующим публичное исполнение, является лицо, обеспечивающее участие исполнителя. При отсутствии доказательств иного предполагается, что таким лицом является лицо, владеющее местом, где такое исполнение осуществляется. Сказанное предполагает следующий алгоритм действий: лицо, организующее публичное исполнение, обязано заключить договор о предоставлении ему права на публичное исполнение с правообладателем или с ОКУП и выплачивать причитающееся вознаграждение. В связи с этим лицензиару не может быть отказано в требовании о взыскании вознаграждения по мотиву неиспользования лицензиатом соответствующего результата, так как вознаграждение уплачивается за факт предоставления права использования. Если сторонами согласована плата за предоставление права использования объекта смежных прав в твердой сумме, а также дополнительно роялти от дохода (выручки), то при неиспользовании результата лицензиатом уплате подлежит только сумма, согласованная в твердом размере. При этом лицензиар имеет право потребовать возмещения убытков, вызванных неиспользованием, и расторгнуть договор.

⁵⁸⁷ См.: Постановление Правительства РФ от 17.05.1996 № 614 «О ставках вознаграждения исполнителям за некоторые виды использования исполнения (постановки)» (утратило силу со 2 марта 2019 г. в соответствии с постановлением Правительства РФ от 16.02.2019 № 155).

⁵⁸⁸ См.: Пункт 20 разд. III Положения о минимальных ставках авторского вознаграждения за публичное исполнение произведений, утвержденного постановлением Правительства РФ от 21.03.1994 № 218 «О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства».

Другой альтернативой может выступать такая ситуация, когда стороны лицензионного договора согласовали размер только в форме роялти от дохода (выручки), а использование объекта смежных прав не осуществлялось, в этом случае лицензиар вправе потребовать возмещения убытков, вызванных неиспользованием результата, а также расторгнуть договор. Что касается доказывания размера убытков, то можно, в частности, исходить из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование этого или аналогичного результата (п. 3 ст. 424 ГК РФ).

Переход исключительного права на произведение к новому правообладателю не является основанием для изменения или расторжения лицензионного договора, заключенного предшествующим правообладателем. Новый правообладатель становится лицензиаром на условиях ранее заключенного лицензионного договора. В этой связи нет необходимости получения согласия лицензиата, при наличии заключенных ранее лицензионных договоров, на заключение договора об отчуждении исключительного права.

В течение срока действия лицензионного договора лицензиар обязан воздерживаться от каких-либо действий, способных затруднить осуществление лицензиатом предоставленного ему права использования того или иного объекта смежных прав (п. 2 ст. 1237 ГК РФ).

Так, в частности, права на использование недраматических музыкальных произведений организациями эфирного и кабельного вещания, имеющих относительно небольшую длительность звучания, передаются, как правило, путем выдачи неисключительной лицензии. Права на аудиовизуальные произведения, напротив, чаще всего передаются на исключительной основе, одно из исключений составляют музыкальные клипы.

В этой связи необходимо отличать публичное исполнение произведения с помощью технических средств, в частности с помощью радио, телевидения, а также иных технических средств, от таких самостоятельных способов использования произведения, как сообщение его в эфир или сообщение его по кабелю. Соответственно, следует различать как прямую трансляцию произведения из места его показа или исполнения, так и неоднократное сообщение произведения для всеобщего сведения. Сообщение произведения в эфир или по кабелю производится теле- и радиоккомпанией в соответствии с условиями заключенного между ней и правообладателем или ОКУП лицензионного договора. Данные разъяснения применяются и в отношении использования фонограмм при их публичном исполнении, сообщении в эфир или по кабелю.

Использование объектов смежных прав способом, не предусмотренным лицензионным договором, либо по прекращении действия такого договора, либо иным образом за пределами прав, предоставленных лицензиату по договору, влечет ответственность за нарушение

исключительного права, установленную ГК РФ (ст. 1250, 1252), другими законами или договором⁵⁸⁹.

Большинство субъектов смежных прав в своей деятельности используют произведения, охраняемые авторским правом, поэтому исполнителям, производителям фонограмм, организациям эфирного и кабельного вещания необходимо или приобретать исключительные права путем заключения договоров непосредственно с авторами, их наследниками, иными правообладателями, или получать разрешение на использование произведений путем заключения соответствующих договоров с организациями по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе. Так, радиовещательные организации используют достаточно большое количество музыкальных произведений различных авторов: как отечественных, так и иностранных. При этом большинство организаций эфирного и кабельного вещания не имеют возможности заключить соответствующие договоры с авторами всех музыкальных произведений, используемых радиовещательными организациями. Таким образом, для большинства субъектов смежных прав единственной возможностью соблюдения исключительных авторских и смежных прав является заключение договоров с ОКУП. Например, публичное исполнение произведения требует получения согласия ОКУП независимо от того, осуществляется ли такое исполнение за плату или бесплатно, а также от того, является ли предоставление произведения или организация его предоставления основным видом деятельности или же предоставляет собой звуковое сопровождение иной деятельности — в кафе, торговых центрах, на территории спортивных объектов и др.

Организации по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе осуществляют свою деятельность путем заключения договоров с правообладателями и пользователями. При необоснованном уклонении организации от заключения договора спор подлежит разрешению по правилам заключения договора в обязательном порядке (ст. 445 ГК РФ).

Договоры с правообладателями это важнейший элемент, на котором строится коллективное управление. Суть договоров коллективного управления исключительными правами авторов и обладателей смежных прав состоит в том, чтобы обеспечить имущественные

⁵⁸⁹ В случае если одним действием нарушены права на несколько результатов интеллектуальной деятельности, размер компенсации определяется судом за каждый неправомерно используемый результат интеллектуальной деятельности. Если же права на соответствующие результаты принадлежат одному правообладателю, общий размер компенсации за нарушение прав на них с учетом характера и последствий нарушения может быть снижен судом ниже пределов, установленных законодательством, но не может составлять менее 50 % суммы минимальных размеров всех компенсаций за допущенные нарушения (абз. 3 п. 3 ст. 1252 ГК РФ).

права авторов и иных правообладателей в тех случаях, когда их осуществление в индивидуальном порядке оказывается затруднительным⁵⁹⁰.

В этом случае на стороне лицензиара выступает организация по управлению правами на коллективной основе, которая заключает с пользователями лицензионные договоры о предоставлении им прав, переданных ей в управление правообладателями, на соответствующие способы использования объектов авторских и смежных прав на условиях простой (неисключительной) лицензии и собирает с пользователей вознаграждение за использование этих объектов (п. 1 ст. 1243 ГК РФ). Действующее законодательство прямо исключает возможность применения норм о лицензионных договорах или договорах об отчуждении исключительных прав к договору о передаче полномочий. Договор о передаче полномочий является публичным договором, так как согласно п. 3 ст. 1242 ГК РФ организация по коллективному управлению обязана принять на себя управление правами, если управление такой категорией прав относится к уставной деятельности этой организации. Далее, это договор присоединения. Как правило, правообладатель может определить только объем полномочий и перечень произведений, передаваемых организацией по коллективному управлению, остальные условия договора уже сформулированы⁵⁹¹. Часть четвертая ГК РФ прямо не называет существенных условий договора о передаче полномочий, более того, во многом регулирует отношения между автором и ОКУП императивными нормами, обеспечивая защиту прав авторов

⁵⁹⁰ В правоприменительной практике долгое время оставался не до конца решенным вопрос о соотношении договоров коллективного управления правами на произведения и объекты смежных прав, договоров доверительного управления такими правами и договоров о распоряжении исключительным правом (договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор). См. более подробно: Протокол № 64 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 23 мая 2014 г. на тему: «Проблемы применения положений части четвертой ГК РФ в судебно-арбитражной практике. Компенсация как способ защиты исключительных прав». Среди основных отличий доверительного управления исключительными правами от управления исключительными правами на коллективной основе, в частности, называли следующие: коллективное управление имущественными правами осуществляется некоммерческими организациями, тогда как доверительное управление осуществляется профессиональными участниками оборота; объектом коллективного управления являются исключительные авторские и смежные права, а в число объектов доверительного управления входят исключительные права на любые результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 (п. 49) подтверждены ранее названные Судом по интеллектуальным правам отличия и указано, что доверительный управляющий действует в интересах выгодоприобретателя и осуществляет правомочия обладателя исключительного права в пределах, установленных законом и договором, и может распоряжаться исключительным правом, если иное не предусмотрено договором. Договор о предоставлении полномочий по управлению правами на коллективной основе не может содержать условие по использованию управляющим объектов авторских и смежных прав. Предоставление таких правомочий может составлять предмет только лицензионного договора. При этом учредитель доверительного управления, передавший исключительное право в доверительное управление, самостоятельно пользоваться предусмотренными ГК РФ мерами защиты не вправе. Противоположный вывод следует из заключения договора о передаче полномочий по управлению правами. Наличие договора не препятствует правообладателю самостоятельно обращаться с иском в суд.

⁵⁹¹ На сайтах большинства российских управляющих обществ можно найти стандартные договоры, которые правообладателю предлагается заключить с обществом.

и устанавливая основные механизмы исполнения организациями по управлению правами своих обязанностей. Как известно, заключение правообладателем с ОКУП договора о передаче полномочий по управлению принадлежащими ему правами не лишает указанное лицо права самостоятельно обращаться в суд за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав (п. 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10).

В тех же случаях, когда объекты авторских и смежных прав могут быть использованы без согласия правообладателя, но с выплатой ему вознаграждения, ОКУП заключает с пользователями договоры о выплате вознаграждения и собирает средства на эти цели. Таким образом, законодатель допускает два варианта взаимодействия между правообладателем и организацией по коллективному управлению, где лицензионный договор на условиях неисключительной лицензии является основной формой взаимодействия, а договор о выплате вознаграждения возможен только в случаях, определенных законом, и разрешается его заключать только аккредитованными ОКУП (ст. 1244 ГК РФ).

Таких случаев три:

— воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях (ст. 1245 ГК РФ);

— продажа произведений изобразительного искусства, а также авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений;

— публичное исполнение, а также сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (ст. 1326 ГК РФ).

Особое место занимает публичное исполнение или сообщение в эфир или по кабелю аудиовизуального произведения, которое может осуществляться на основании лицензионного договора, но при этом собирается вознаграждение композиторам, являющимся авторами музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в таком аудиовизуальном произведении (п. 3 ст. 1263 ГК РФ).

Организации по коллективному управлению предоставляют пользователю лицензии на использование прав, управлением которых занимается такая организация⁵⁹². ОКУП не вправе отказать пользователю или иным лицам, на которых возлагается обязанность по уплате средств для выплаты вознаграждения, в заключении договора без достаточных оснований. Такими

⁵⁹² «Лицензионные договоры, заключаемые организацией по коллективному управлению, во многих странах мира представляют собой разрешения, т. е. по данным лицензионным договорам пользователи не получают права, а лишь получают разрешение осуществлять использование оговоренным в лицензионном договоре способом любого произведения (произведений) из репертуара организации» (Моргунова Е. А. Коллективное управление авторскими правами на современном этапе. М., 2005. С. 121—122).

основаниями можно признать выход требований лица за пределы компетенции ОКУП, иные объективные причины, например техническая невозможность увеличения числа обслуживаемых пользователей, и др. Разрешение, полученное от управляющей организации по лицензионному договору, не может быть уступлено третьим лицам. Условия таких лицензий должны быть одинаковыми для всех пользователей одной категории, что отвечает признакам публичного договора (ст. 426 ГК РФ).

§3. Система способов защиты субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав (комплексность защиты, обеспечиваемая различными отраслями права). Самозащита в системе гражданско – правовых способов защиты авторских и смежных интеллектуальных прав

Согласно ст. 44 Конституции РФ каждому человеку гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества. Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности защищены гражданским, административным и уголовным законодательством. За нарушение авторских и смежных прав предусмотрена административная (ст. 7.12 КоАП РФ), уголовная (ст. 146 УК РФ) и гражданско – правовая ответственность (ст. 1250 ГК РФ). Как следует из п. 1 ст. 1250 ГК РФ интеллектуальные права защищаются способами, предусмотренными Кодексом, с учетом существа нарушенного права и последствий его нарушения. Природа нарушенного права выступает одним из определяющих факторов в вопросе выбора применимого способа защиты. Исходя из существа нарушенного права, в Гражданском Кодексе РФ предусмотрены способы защиты личных неимущественных и исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности. Установленная в действующем законодательстве система защиты интеллектуальных прав на объекты авторского права и смежных прав, строится на разграничении способов защиты интеллектуальных прав на собственно меры защиты и меры ответственности. В. С. Ем отмечал, что при применении мер защиты правонарушитель юридически теряет то, что по праву ему не принадлежит, и никаких других юридически обязательных обременительных имущественных последствий у него не возникает, примером может служить виндикационный иск, негаторное требование, присуждение к исполнению обязанности в натуре и т.д.⁵⁹³ Меры гражданско – правовой ответственности применяются при наличии вины нарушителя, если иное не установлено ГК РФ. Исключением

⁵⁹³ Российское гражданское право: учебник в 2-х томах. Т.1./ Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 422. Автор главы – В.С. Ем

является применение мер ответственности за нарушение интеллектуальных авторских и смежных прав, допущенное при осуществлении предпринимательской деятельности, независимо от вины нарушителя. При этом в п. 5 ст. 1250 ГК РФ речь идет о способах защиты, которые могут применяться к правонарушителю независимо от наличия вины. К ним можно отнести публикацию решения суда о допущенном нарушении, пресечение действий, нарушающих исключительное право или создающих угрозу такого нарушения, изъятие и уничтожение контрафактных носителей и др.

В литературе отмечается, что к факторам, которые негативно влияют на правильное применение правовых норм об ответственности за нарушение авторских и смежных прав, можно отнести наличие в них оценочных признаков, что затрудняет разграничение видов ответственности⁵⁹⁴.

Так, ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ предусматривает ответственность за ввоз, продажу, сдачу в прокат или иное незаконное использование контрафактных экземпляров произведений или фонограмм, а равно иное нарушение авторских и смежных прав с целью извлечения дохода. Ст. 146 УК РФ состоит из трех частей и включает два самостоятельных состава преступления. Частью 1 ст. 146 УК РФ предусмотрена ответственность за присвоение авторства (плагиат), если указанным деянием причинен крупный ущерб автору или иному правообладателю. По ч. 2 ст. 146 УК РФ квалифицируется незаконное использование объектов авторского права и смежных прав, а равно приобретение, хранение и перевозка контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта, совершенные в крупном размере. В свою очередь, ч. 3 ст. 146 УК РФ представляет собой квалифицированный состав преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, и содержит три квалифицирующих признака это совершение действий группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, в особо крупном размере и лицом, с использованием своего служебного положения. Сравнительный анализ указанных правовых норм показывает, что объективная сторона преступления совпадает с объективной стороной смежного с ним состава административного правонарушения. Пожалуй, единственным объективным критерием позволяющим отграничить преступление от административного правонарушения является общественная опасность деяния. Способность административных проступков причинять незначительный вред общественным отношениям определяется такими терминами как вред или вредоносность. Таким образом, руководствуясь общими правилами,

⁵⁹⁴ Новиков В.А. Взаимодействие уголовного и административно – деликтного законодательства об ответственности за нарушение авторских и смежных прав//Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права №2,2018.

выработанными наукой уголовного права об общественной опасности преступления, следует проводить разграничение видов ответственности за нарушение авторских и смежных прав⁵⁹⁵. Некоторые рекомендации в этой части были выработаны судебной практикой в п. 24 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. №14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также незаконном использовании товарного знака» сказано о том, что при установлении и правовой оценке размера ущерба следует исходить из обстоятельств дела, принимая во внимание размер реального ущерба, упущенной выгоды, а также размер доходов, полученных виновным лицом в результате нарушения им прав на результаты интеллектуальной деятельности. При определении размера ущерба будут учитываться положения п. 2 ст. 15 ГК РФ, в соответствии с которой, если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, то лицо, право которого нарушено, вправе помимо убытков требовать возмещения и упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы. Итак, под реальным ущербом будут пониматься расходы, которые сторона произвела или должна будет произвести для восстановления нарушенного права, а также утрата или повреждение имущества. А под упущенной выгодой понимаются не полученные правообладателем доходы, которые он получил бы с учетом разумных расходов на их получение при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено⁵⁹⁶. Данные обстоятельства подтверждают положение о комплексности защиты субъективных авторских и смежных прав, которая обеспечивается нормами административного, уголовного и гражданского права.

Безусловно, интеллектуальные авторские и смежные права, а именно исключительное право служит реализации не только частных, но и публичных интересов. В частности, это и стимулирование создания новых объектов авторского права и смежных прав, например, программ для ЭВМ и баз данных и их введение в гражданский оборот (коммерциализация указанных результатов), стимулирование участия разработчиков программных продуктов в инновационной гонке. С одной стороны, здесь важно балансировать между законными интересами конкретного правообладателя и публичными интересами в научно – культурном развитии. С другой стороны, создание монопольного положения правообладателя

⁵⁹⁵ Кузнецова Н.Ф. Преступления и иные правонарушения/Материалы IV Международной научно – практической конференции, посвященной 250–летию образования МГУ им. М.В. Ломоносова, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 27-28 мая 2004г. М., 2005.

⁵⁹⁶ П. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 №7 (ред. от 07.02.2017) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательств»//СПС «Гарант»

осуществляется через предоставление именно интеллектуального авторского права или смежных прав. Именно посредством монополии ИТ – гиганты стремятся к занятию лидирующих позиций, добиваются успеха и обеспечивают эволюционное развитие целому сегменту промышленности, экономики и предоставление монополии в виде исключительного права на программные продукты, как правило, не препятствует мыслительной деятельности других субъектов. Итак, ключевая проблема состоит в настройке как публичного (административного, уголовно – правового), так и частного (гражданско – правового) механизма защиты субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав таким образом, чтобы избежать уравнивания крупных и мелких правообладателей в погоне за труднодостижимым справедливым балансом интересов.

По общему правилу, защита интеллектуальных авторских и смежных прав в административном порядке возможна только в случаях, предусмотренных законом, так как государственные органы, не являющиеся судами, осуществляют свои правоприменительные функции в ограниченном числе случаев, так:

принятие государственным органом, наделенным правоприменительными полномочиями, решения о применении определенной меры защиты гражданского права с соблюдением установленной законом и иными правовыми актами процедурой;

возможность обжалования действий должностных лиц (например, руководителя федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатента) и актов государственных органов в вышестоящий по отношению к ним орган исполнительной власти или вышестоящему должностному лицу (акты/действия территориальных органов Федеральной антимонопольной службы в вышестоящую инстанцию по подведомственности).

При этом следует иметь в виду, что решение, касающееся защиты интеллектуальных прав как подотрасли гражданского права и принятое в административном порядке, в любом случае может быть обжаловано в суд. Однако обращение заинтересованного лица, например, правообладателя в порядке подчиненности в орган или к должностному лицу не является обязательным условием для подачи заявления в суд. Но, суд может и согласиться с решением государственного органа⁵⁹⁷. Так, Федеральная антимонопольная служба РФ констатировала в действиях компании Google нарушение ч.1 ст. 10 закона «О защите конкуренции» и отказалась

⁵⁹⁷ Решение АС г. Москвы от 15.03.2016 г. по делу №А40-240628/15-147-1984.

применить ч.4 ст.10 указанного закона, посчитав, что злоупотребление компанией Google было лишь косвенно связано с осуществлением исключительного права на приложения Google play с условием предустановки иных приложений и поисковой системы Google производителям мобильных телефонов на платформе android. Действия ФАС РФ были обжалованы в суд, но суд признал решение о злоупотреблении Google своим доминирующим положением правомерным.

В рамках законодательства о защите конкуренции, как правило, выделяют два больших блока: правила о предупреждении недобросовестной конкуренции и антимонопольное законодательство, которые весьма тесно связаны между собой. Однако ссылки на нарушение антимонопольного законодательства применительно к рассматриваемой сфере отношений встречаются нечасто, обычно используются нормы о недобросовестной конкуренции⁵⁹⁸. Тут необходимо сделать некоторое замечание, связанное с тем, что подчинение действий по осуществлению исключительных прав антимонопольному регулированию часто критикуется в литературе и признается нецелесообразным.

Так, А.С. Ворожевич полагает что, необходимо обратить внимание на принципиальное различие между действиями по осуществлению субъективных прав и злоупотреблением доминирующим положением, что не осуществляется в рамках подхода к пределам осуществления исключительных прав с позиций конкурентного законодательства. Доминирующее положение характеризует фактическое положение субъекта на конкретном рынке, обусловленное спецификой осуществляемой им деятельности, эффективностью ведения конкурентной борьбы. В то же время с установлением и последующим осуществлением субъективного права связывается реализация функций конкретной правовой системы, обеспечение заложенных в ее основе правомерных интересов. Поэтому если для оценки действий доминирующего субъекта достаточно оценить лишь тот вред, который они причиняют конкуренции, то в случае с субъективным правом важно определить соответствовала ли избранная правореализационная модель институциональному назначению такого права, которое в любом случае определяется шире, чем просто обеспечение конкуренции⁵⁹⁹.

США наоборот выступают за распространение антимонопольного регулирования на сферу осуществления исключительных прав. Между тем, они признают, что традиционные подходы, выработанные в антимонопольном праве, в данном случае должны быть существенно скорректированы. И высказывают сомнения в способности конкурентных ведомств принимать

⁵⁹⁸ См. подробнее: McManis Ch. R. Intellectual Property and Unfair Competition. Thomas Reuters, 2009. P. 36—41.

⁵⁹⁹ Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М., 2021. С. 199.

правильные решения, учитывающие комплексность и изменчивость онлайн рынков⁶⁰⁰. По их мнению, риски и потенциальные потери, связанные с вмешательством антимонопольных органов, превышают возможные выгоды. Основанное на обычных понятиях конкуренции антимонопольное регулирование будет игнорировать или даже вступать в конфликт с целями инновационного развития. Нетрудно заметить, что действия обладателей цифровых платформ не представляют собой нарушения с позиции традиционного антимонопольного подхода. Американские исследователи настаивают на том, что поведение правообладателей в любом случае должно оцениваться с позиции его влияния на инновационное развитие. «Конкурентная политика для цифровых платформ выиграет от смещения ее фокуса с договорных цен и эффекта объема продукции на инновационные эффекты»⁶⁰¹.

В самом деле, скорее следует согласиться с А.С. Ворожевич так как публичное антитрастовое законодательство не учитывает особенности исключительного авторского права и смежных прав как специфических институтов интеллектуальных прав, а относится к нему как контрафактному или иному товару (вещи). Безусловно, правообладатель может занимать доминирующее положение на рынке, но такая монополия охватывается предоставляемым Гражданским кодексом РФ исключительным правом. В противном случае введение дополнительных ограничений по отношению к авторам и иным правообладателям может свести на нет его основную - стимулирующую функцию. Но, представители антимонопольного ведомства считают подобную трактовку слишком радикальной и с их точки зрения практически любое лицензионное соглашение можно признать антиконкурентным. Само по себе предоставление правообладателем лицензии автоматически ставит лицензиата в привилегированное положение по сравнению с другими участниками рынка, которые такой лицензией не обладают. Сторона готова платить за использование чужого объекта интеллектуальной собственности именно потому, что это ей обеспечит преимущество над конкурентами. Следовательно, правообладатели в силу наличия у них исключительного права могут запретить всем использовать свой результат интеллектуальной деятельности. В сфере программного обеспечения широкое распространение получила практика предоставлением правообладателем различных прав по объему предоставления к использованию программы для

⁶⁰⁰ Shelanski H.A. Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet // University of Pennsylvania Law Review. 2013. Vol. 161. Цитируется по Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты. Дис... на соискание степени д.ю.н. М., 2021.

⁶⁰¹ Shelanski H.A. Указ.Соч. Р. 1696

ЭВМ. Правообладатель может через специальные «счетчики», «ключи» ограничить прослушивание или просмотр по количеству произведений, числу компьютеров, на которых может быть получен доступ к объекту, по продолжительности доступа. При этом, возможна ситуация, когда правообладатель программы для ЭВМ будет предоставлять одной группе клиентов максимальный объем, а остальным пользователям – ограниченный. Абсолютно разумное поведение, когда лицензиаты готовы заплатить серьезную сумму за конкретную программу, только в том случае, если она останется недоступна ближайшим конкурентам.

В лицензионном соглашении можно предусмотреть определенные ограничения на использование объекта авторского права и смежных прав лицензиатом. ГК РФ требует точного установления в договоре конкретных способов использования результата интеллектуальной деятельности, также предоставляет возможность лицензиарам определять территорию использования объекта. Например, правообладатели программного обеспечения нередко предоставляют лицензии своим партнерам на распространение их программного продукта на конкретной территории либо среди конкретных групп субъектов. При этом, лицензиаты закономерно рассчитывают, что в конкретном сегменте рынка у них будет монополия на продвижение. В отсутствии гарантий они могут в принципе отказаться от сотрудничества с правообладателем. А правообладатель, в свою очередь, лишится возможности эффективно коммерциализировать свою разработку. Именно поэтому нужно с большой осторожностью применять анитимонопольное законодательство к исключительным авторским и смежным интеллектуальным правам и не делать это всеобщей практикой.

В следующих параграфах работы более подробно остановимся на особенностях гражданско – правовых способов защиты. В гражданском законодательстве можно выделить два уровня способов защиты гражданских прав. На первом уровне действуют такие способы, которые имеют универсальный характер и могут быть применены для защиты, как правило, любого субъективного гражданского права. Они установлены ст. 12 ГК РФ. При этом на уровне Общей части ГК РФ в качестве руководящих ориентиров, критериев оценки действий управомоченных субъектов служит система пределов, установленная ст. 10 ГК РФ. В отечественной практике пытались применить ст. 10 ГК РФ без каких-либо уточнений к случаям реализации исключительного права. Так, например, в качестве злоупотребления правом было рассмотрено не что иное, как использование объекта интеллектуальной собственности третьим лицом без разрешения правообладателя. Обратим внимание, что в данной ситуации юридическим фактом выступает не осуществление права с нарушением пределов, а типичное гражданское правонарушение, состав которого предусмотрен конкретной

нормой. У третьего лица здесь нет права, на которое он может сослаться и которым, соответственно злоупотребить. Основной недостаток, с которым сталкивается суд при применении ст. 10 ГК РФ, это отсутствие четкого понимания сущности пределов осуществления и защиты исключительного права, эффективной оценки конкретного спора с позиции принципа злоупотребления правом. В общем виде под злоупотреблением исключительным правом понимается осуществление права в противоречии с его институционально-функциональным назначением, в целях побуждения, например, лицензиата приобрести продукт, в котором последний не заинтересован, приобрести конкурентные преимущества на рынке товаров и др.⁶⁰²

Самозащита в системе гражданско – правовых способов защиты авторских и смежных интеллектуальных прав

Правообладатель может самостоятельными действиями без обращения к государственным и иным уполномоченным государственным органам, используя неюрисдикционные формы, защищать свои интеллектуальные авторские или смежные права. Такие формы защиты имеют место при самозащите авторских и смежных интеллектуальных прав, где они носят абсолютный характер и работают против всех третьих лиц и при применении правообладателем мер оперативного воздействия к правонарушителю, которые носят относительный характер и применяются в отношении строго определенного субъекта, например, лицензиар заявляет отказ от договора исключительной лицензии по причине неоднократной просрочки внесения рояли лицензиатом по договору. Поэтому односторонние действия правообладателей, не связанные с нарушением обязанностей его контрагентов по относительному правоотношению не относятся к мерам оперативного воздействия, несмотря на их сходство. Также, будет являться мерой оперативного воздействия отказ правообладателя от заключения лицензионного соглашения на справедливых условиях (навязывание явно невыгодных условий) при наличии совокупности следующих обстоятельств: программа для ЭВМ является фактическим стандартом на соответствующем рынке (что является, как правило, результатом изначальной открытой политики правообладателя); потенциальный лицензиат нуждается в доступе к такому объекту для эффективного использования, коммерциализации собственного программного продукта, который обладает неким дополнительным улучшенным функционалом в сравнении с теми продуктами, которые есть на рынке.

⁶⁰² См.: Ворожевич А. С. Вызовы современным патентным системам и правовые ответы на них // Вестник гражданского права. 2014. Т. 14. № 2. С. 89.

Именно, в качестве нарушения исключительного авторского права следует признать действия правообладателя по предъявлению требования о запрете на использование объекта (прекращении действий, представляющих собой нарушение), но только при одновременном наличии следующих обстоятельств: произведение правообладателя (незаконно используемая часть из него) представляет собой лишь незначительный элемент, используемый в «продукте» ответчика, который является результатом интеллектуальной деятельности; незаконное использование создает дополнительную полезность для потребителей (например, включение произведения в базу данных – цифровую библиотеку - при отсутствии у потребителей доступа к полной версии произведения, но при наличии возможности полнотекстового поиска); имущественные интересы правообладателя могут быть обеспечены посредством выплаты компенсации (убытков) и установления продолжающихся роялти.

В этом смысле при самозащите авторских и смежных интеллектуальных прав речь, прежде всего, идет о фактических действиях управомоченного лица⁶⁰³, которые могут быть весьма разнообразны, но, главное, чтобы эти действия соответствовали закону, иначе говоря, не были прямо запрещены им. Так, в ряде стран имеется депонирование (хранение) и факультативная процедура регистрации объектов интеллектуальной собственности⁶⁰⁴. Обоснование депонирования и факультативной процедуры регистрации объектов интеллектуальной собственности заключается в том, что, во-первых, она осуществляется официальным органом в установленном порядке; во-вторых, обеспечивает презумпцию правообладания⁶⁰⁵, а также дает субъекту иные преимущества; в-третьих, регистрация является

⁶⁰³ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав// Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав (Серия «Классика российской цивилистики»). М., 2000. С.177.

⁶⁰⁴ Согласно разъяснениям ВОИС, термин «формальности» следует понимать как условия или меры, которые должны быть осуществлены для возникновения авторско-правовой охраны. Формальности не включают в себя условия, относящиеся к созданию работы (например, требование оригинальности работы для того, чтобы признать ее объектом авторского права) или фиксированию произведения // URL: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en>

⁶⁰⁵ Проиллюстрируем на примере: некоторые российские СМИ и издательства, а также Союз журналистов России предъявили иск в окружной суд Нью-Йорка в связи с нарушениями их авторских прав. Ответчиком по делу выступала компания, занимавшаяся изданием и распространением в русскоязычных районах США газеты на русском языке. Суд установил, что часть публикаций в выходящих в США газетах составляли перепечатки материалов из российских периодических изданий. Почти половина публикаций была зарегистрирована в Бюро по авторским правам США. Определяя нормы права, применяемые к действиям ответчика по нарушению авторских прав российских СМИ, суд квалифицировал публикации следующим образом: работы, которые были зарегистрированы в соответствии с американским законодательством и работы, не зарегистрированные в соответствии с американским законодательством, но подпадающие под действие Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений. Первой категории произведений была предоставлена безусловная охрана, включая возможность требовать предусмотренные законодательством штрафные убытки и возмещение расходов, связанных с оплатой услуг адвоката. Исход данного дела мог быть еще более

помощью не только для лиц, желающих использовать произведение, но и для авторов «сиротских» произведений (orphaned work)⁶⁰⁶. Помимо регистрации объекта у автора есть иные возможности обеспечить себе доказательства.

В США возможность охраны авторских прав до 1989 г. (The 1909 Act, the 1976 Act) была связана с соблюдением такой формальности, как регистрация и депонирование опубликованного или неопубликованного произведения в Бюро по авторским правам (U. S. Copyright Office) при Библиотеке конгресса США⁶⁰⁷. Однако в 1989 г., когда США присоединились к Бернской конвенции, они были вынуждены отменить это императивное правило⁶⁰⁸. Сейчас регистрация и депонирование существуют как факультативная мера. Государственная регистрация произведений носит заявительный характер и может быть произведена в любой момент в течение жизни автора. Осуществляется регистрация как неопубликованных, так и опубликованных работ. Срок регистрации составляет 4–5 месяцев с момента подачи документов⁶⁰⁹. В случае возникновения спора о защите авторских прав в судебном порядке регистрация произведения обязательно должна быть осуществлена до начала судебного процесса. Как подчеркивается в материалах, направленных Бюро по авторским правам США в Роспатент, существуют определенные, четко выраженные преимущества регистрации. В их числе прежде всего следует отметить обеспечение дополнительной доказательственной базы в суде, а также предусмотренное процедурой регистрации занесение регистрационной записи в

благоприятным для отечественных СМИ, если бы были зарегистрированы все публикации. В отношении незарегистрированных произведений истцам пришлось доказывать размер фактически понесенных убытков, что в результате привело к существенному росту расходов истцов на судебный процесс. См.: 95 Civ 2144 (JGK) U. S. Dist.LEXIS 2717.

⁶⁰⁶ Бюро по авторским правам США отмечает, что все желающие использовать «сиротские» произведения должны зарегистрировать у них свое заявление в уполномоченном органе и факт такой регистрации, если автор так и не выяснится, это будет давать возможность свободного использования произведения. Похожим образом решается вопрос в ст. 10 Закона ФРГ «Об управлении авторскими и смежными правами» 1965 г.: если на произведении нет подписи, то автором произведения презюмируется редактор, если его нет — издатель. Наличие регистрации будет способствовать опровержению указанной фикции. Должный поиск правообладателя (Diligent search) в Великобритании заключается в том, что будущий пользователь, который хочет использовать произведение — сироту, в том числе и в коммерческих целях, должен потратить достаточные усилия для поиска того, кто на данный момент обладает этими правами. После проведения поиска пользователь подает заявку, к которой прикладывает доказательства должного поиска в Бюро по интеллектуальной собственности Соединенного Королевства (U.K. Intellectual Property Office). Если поиск признается должным, то произведение вносится в специальный реестр произведений — сирот, а будущему пользователю выдается принудительная лицензия с выплатой вознаграждения, которое выплачивается правообладателю в случае его обнаружения.

⁶⁰⁷ См.: McManis Ch. R. Intellectual Property and Unfair Competition. WEST. A Thomson Reuters business, 2009. P. 283—284.

⁶⁰⁸ Обязательные депозитарные требования сохранились для воспроизведения фонограмм на территории США. Согласно U. S. Code (Title 17) воспроизведение фонограммы является публикацией. Владелец авторских прав или исключительных прав на публикацию произведения обязан в соответствии с законом сдать в Бюро по авторским правам США на депозит два экземпляра произведения в течение трех месяцев с даты его публикации в США.

⁶⁰⁹ См. подробнее: URL: <http://www.copyright.gov/forms/>.

каталог Таможенной службы США, что препятствует импорту копий произведения или произведения как такового в нарушение прав автора. В США также используется доктрина «должного поиска»⁶¹⁰, но в отношении произведений - сирот. В том случае, если будущий пользователь добросовестно пытался найти правообладателя и приложил к этому все разумные усилия, то тогда его ответственность будет ограничена суммой разумной компенсацией, которую он должен был бы выплатить, если бы правообладатель был бы найден, а так же в случае выплаты этой компенсации и указания авторства, при использовании произведения как часть другого, правообладателю будет отказано в части запрета на дальнейшее использование. Сразу отметим, что ситуация в решении этого вопроса пока кардинально не изменилась, однако, Европейская комиссия неоднократно указывала на необходимость оказания содействия свободному распространению знаний и инноваций на внутреннем рынке как на приоритетную цель цифровой повестки и важный элемент стратегии «Европа 2020: стратегия для разумного, устойчивого и всеобъемлющего роста. В целях реализации указанной стратегии была создана система ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works) – система доступной регистрации прав на информацию и произведения – сироты, используемая в Евросоюзе⁶¹¹.

Примечательно в этой связи, что в России возможность охраны авторских прав, как правило, формально не была связана с регистрацией произведений, но во многих случаях необходимость регистрации и представления экземпляров произведения вытекала из требований дореволюционного цензурного законодательства, или регистрация рекомендовалась как средство, облегчающее защиту авторских прав.

Обоснование автоматической охраны объектов авторского права и смежных прав заключается в том, что объекты авторского права охраняются в связи с их формой и возникают с момента создания этих результатов. Предпосылкой для установления исключительного права, необходимой для рыночного оборота, является индивидуализация объекта авторского права, его обособление от смежных объектов.

⁶¹⁰ Американские эксперты считают, что минимальной планкой должного поиска будет поиск в записях в U.S. Copyright office, поиск в иных источниках авторского права, среди выданных лицензий с использованием разумных и целесообразных в конкретной ситуации технологических средств и баз данных. Также в случае некоммерческого использования, по их мнению, целесообразно совсем отменить плату за использование произведений – сирот. См. Более подробно: Lawrence Lessig. Little Orphan Artworks. New York Times. http://www.nytimes.com/2008/05/20/opinion/20lessig.html?_1=1&oref=slogin

⁶¹¹ <http://www.arrow-net.eu/>

Несмотря на теоретическое обоснование демократичности автоматической охраны объектов авторского права, которая предполагает исключение любых формальностей, в том числе проставления знака авторско-правовой охраны, на практике авторы сталкиваются с рядом проблем, главная из которых — вопрос доказывания своего авторства. Причем эта проблема особенно остро проявляется с появлением новых цифровых, компьютерно-сетевых и коммуникационных технологий. Технический прогресс и использование новых форм представления данных (цифровые технологии) позволяют свободно воспроизводить, копировать, трансформировать произведение. Для того чтобы автор мог быть уверен, что при возникновении конфликтной ситуации он имеет надежное подтверждение своего авторства, ему необходимо принять профилактические меры, одним словом, соблюсти юридически значимые формальности. В России существует практика использования нотариального заверения как способа удостоверения авторского права на произведение. Так, автор текста, который он рассматривает в качестве оригинального произведения, ставит под ним свою подпись, удостоверяемую нотариусом. Однако нотариус лишь свидетельствует подлинность подписи автора и не удостоверяет фактов, изложенных в документе или факта создания произведения, а лишь подтверждает, что подпись сделана определенным лицом. Данный документ, удостоверенный нотариусом может свидетельствовать лишь о том, что на дату, указанную в документе, произведение существовало в объективной форме выражения и не более того. Еще есть возможность отправить самому себе по почте конверт с рукописью заказным письмом с уведомлением и не открывать его до тех пор, пока в суде не возникнет спорная ситуация, связанная, например, с авторством конкретного лица, и указанный конверт со штемпелем почтового отделения будет подтверждать только факт существования произведения в объективной форме выражения на указанную дату. Впрочем, существуют и иные способы регистрации и депонирования произведений, в частности, такие услуги предоставляют организации по коллективному управлению авторскими и смежными правами (далее — ОКУП).

В первой сфере аккредитацию получило Российское авторское общество (РАО), которое оказывает посреднические услуги в отношении депонирования и регистрации произведений. Как следует из Положения об организации работы по депонированию результатов интеллектуальной деятельности⁶¹², автор должен представить в общество оригинал и копию произведения, а также подать заявление. В заявлении автор подтверждает, что он извещен о том, что данное депонирование и регистрация не являются основанием для РАО на отслеживание исполнения

⁶¹² Утверждено приказом Генерального директора РАО от 16.12.2013 № 11 // Российское авторское общество : [официальный сайт]. URL: www.rao.ru/deponirovanie-proizvedenij

произведения и выплату гонорара. Прием материалов и документов проводится по явочной системе, поэтому заявитель несет полную ответственность за предоставленный материал и достоверность сведений, о чем автор также указывает в заявлении. После формальной проверки представленных документов и при наличии их полного комплекта, а также при отсутствии оснований для отказа в депонировании произведений автор (представитель) получает извещение-счет для оплаты услуги по депонированию в соответствии с тарифами, утвержденными Генеральным директором РАО. Выдача охранного документа (свидетельства) осуществляется в течение 20 рабочих дней с даты оплаты, указанной в извещении-счете. После представления оплаченного извещения-счета делается запись в журнале депонирования с указанием регистрационного номера свидетельства и даты поступления материалов в РАО для депонирования. Данные об авторе, о результатах интеллектуальной деятельности заносятся в базу данных РАО. Зарегистрированный оригинал возвращается автору вместе с охранным документом (свидетельством) о депонировании и регистрации произведения, а копии произведения и свидетельства хранятся в архиве РАО. Несмотря на соблюдение указанных формальностей, регистрация произведения в РАО не обеспечивает презумпцию авторства; свидетельство о регистрации не является прямым доказательством авторства заявителя (так как проводится только формальная экспертиза, при всех возможностях регистрирующей организации она не способна провести поиск среди всех существующих произведений и выявить аналогичные), она лишь подтверждает дату обращения в РАО для регистрации и сведения о лице, представившем произведение и назвавшем себя в качестве автора, а также сам юридический факт создания произведения и его характеристики при депонировании оригинала. Более того, некоммерческие организации не несут юридической ответственности за внесение недостоверной или заведомо ложной информации в свои реестры — данное положение является совершенно неприемлемым и должно быть учтено судом.

Возникает вопрос: каким образом доказать авторство в случае его присвоения или доказать содержание произведения в случае его заимствования, если ни один из вышеназванных документов не является для суда царницей доказательств? Как автору произведения возможно заранее обеспечить себе надежную защиту на тот или иной непредвиденный случай?

Для того чтобы преодолеть эти тенденции, в апреле 2016 г. был создан Национальный реестр интеллектуальной собственности⁶¹³. Этот реестр даст возможность правообладателям регистрировать свои произведения и контролировать их незаконное использование. Реестр

⁶¹³ См.: URL: <http://nris.ru>.

позволит проводить мониторинг нарушений авторских прав в Сети, радио- и телеэфире. Нарушителям, которые пойманы за незаконное размещение контента, будут приходить автоматически письменные предупреждения удалить чужое произведение в досудебном порядке. Реестр объединяет все объекты интеллектуальной собственности: объекты авторского права и смежных прав, изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки. Это негосударственный, некоммерческий реестр, который должен установить единые правила и стандарты для оборота интеллектуальной собственности. При помощи реестра авторы и иные правообладатели смогут отслеживать нарушения в указанной сфере и иметь доказательственную базу в процессе при установлении принадлежности им авторских или других интеллектуальных прав.

Главная цель Национального реестра интеллектуальной собственности — обеспечить авторам, исполнителям, изготовителям фонограмм, аудиовизуальных произведений и другим правообладателям: во-первых, возможность обратиться с заявкой о своих правах на результаты интеллектуальной деятельности; во-вторых, контролировать использование объектов интеллектуальных прав. Благодаря указанному реестру можно полностью автоматизировать процессы:

- регистрации (учета) и депонирования (хранения) объектов интеллектуальной собственности;
- регистрации договоров (договоров об отчуждении исключительных прав, лицензионных договоров на условиях исключительной или неисключительной лицензии, внесение исключительного права на объект интеллектуальной собственности в уставный капитал юридического лица, залог исключительного права и др.);
- указания на первичных и вторичных правообладателей и другие действия, связанные с оборотом объектов интеллектуальной собственности.

Однако указанные начала вовсе не означают создание добровольного государственного⁶¹⁴ реестра всех объектов интеллектуальной собственности, обладающего свойством публичной достоверности. Сама суть установления регистрационного режима заключается не столько в регистрации ради самой регистрации, сколько в придании зарегистрированным правам свойства

⁶¹⁴ В Российской Федерации не существует государственного органа, занимающегося регистрацией всех произведений. Государственная регистрация предусмотрена только для программ для ЭВМ и баз данных. Согласно п.6 ст. 1262 ГК РФ в отношении регистрации программ для ЭВМ и баз данных предусмотрена презумпция достоверности сведений, внесенных в Реестр программ для ЭВМ или в Реестр баз данных. Вопросы регистрации указанных объектов и выдачи на них свидетельств находятся в ведении Федерального института промышленной собственности (ФИПС), Отдела по регистрации программ для ЭВМ и баз данных. См. более подробно: URL: [//www1.fips.ru](http://www1.fips.ru).

достоверности для всех третьих лиц⁶¹⁵. Публичный орган государственной власти, ведущий реестр, проверит правомерность возникновения заявленных к регистрации прав, и если третьи лица были допущены к реестровым сведениям, то для этих лиц сведения реестра должны быть признаны достоверными. Выписка из данного реестра или свидетельство, выдаваемое регистратором, может стать основным средством обеспечения защиты авторских и смежных прав⁶¹⁶. В противном случае доказательственная функция документа, выдаваемого Национальным реестром объектов интеллектуальной собственности, ничуть не больше, чем любого иного документа. Представляется, что без активной помощи государства успешное развитие национальной системы добровольной регистрации объектов интеллектуальной собственности невозможно.

В 2017 году указом Президента РФ была утверждена Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017 - 2030 годы. Согласно этому документу цифровая экономика понимается, как хозяйственная деятельность, в которой ключевым фактором производства являются данные в цифровом виде, обработка больших объемов и использование результатов анализа которых по сравнению с традиционными формами хозяйствования позволяют существенно повысить эффективность различных видов производства, технологий, оборудования, хранения, продажи, доставки товаров и услуг.⁶¹⁷

В рамках первого этапа реализации Стратегии в Государственную Думу РФ был внесен пакет, состоящий из трех законопроектов: о цифровых правах⁶¹⁸, о цифровых финансовых активах⁶¹⁹ и о привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ⁶²⁰.

⁶¹⁵ См.: Бевзенко Р. С. Государственная регистрация прав на недвижимое имущество: проблемы и пути решения // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 5. С. 9.

⁶¹⁶ База данных Бюро по авторским правам США открыта для общественности. Бюро по запросу осуществляет поиск необходимой информации в соответствии с установленным постоянным тарифом за каждый час поиска. Вся информация относительно форм предоставления документов в электронном виде за период с 1 января 1978 г. по настоящее время, включая регистрацию, сведения о восстановлении регистрации и документах по сделанным записям, доступна на их сайте. Библиотека Конгресса США (The Library of Congress) является крупнейшим в мире собранием опубликованных и неопубликованных произведений, что, несомненно, важно и для современников, и для потомков. См.: URL: <http://www.loc.gov/law/>

⁶¹⁷ Указ Президента РФ от 09.05.2017 №203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017 - 2030 годы». СЗ РФ, 15.05.2017, № 20, ст. 2901.

⁶¹⁸ Законопроект «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (о цифровых правах)» // СОЗД ГАС «Законотворчество». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/424632-7>

⁶¹⁹ Законопроект «О цифровых финансовых активах» // СОЗД ГАС «Законотворчество». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/419059-7>

Данные инициативы в первых редакциях были встречены масштабной критикой со стороны юридического сообщества⁶²¹. После обсуждений первым был принят Федеральный закон «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Закон о цифровых правах)⁶²². Этим законом были внесены изменения в ст. 128 Гражданского кодекса РФ⁶²³ и к известному перечню объектов гражданских прав присоединились цифровые права, которые должны заложить основы для легализации криптовалют и иных токенов в РФ. При этом были внесены изменения в отдельные положения ГК РФ, дающие возможность распоряжаться своими правами посредством информационной системы. Следующим был принят Федеральный закон от 2 августа 2019 г. № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон о краудфандинге),⁶²⁴ который развил положения Гражданского Кодекса РФ о цифровых правах и заложил основы для использования не только известных платформ для сбора средств в качестве инвестиций, но и для использования в России информационных систем на основе технологии блокчейн.

В этой связи необходимо отметить, что в 1997 году криптограф Адам Бэк задолго до создания первой криптовалюты на основе известного алгоритма SHA-256 создал систему анти-спам, которая называется HashCash. Суть системы проста: любая комбинация символов весит определенное количество битов информации. Изменение изначальной комбинации на один

⁶²⁰ Законопроект «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СОЗД ГАС «Законотворчество». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/419090-7>

⁶²¹ См.: Экспертное заключение по проекту федерального закона № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации» (принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 17 января 2019 г. № 183-1/2019); Экспертное заключение по проекту федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 29 ноября 2018 г. № 182-3/2018); Экспертное заключение по проекту федерального закона № 419090-7 «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ». // Принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 17 января 2019 г. № 183-2/2019.

⁶²² Федеральный закон от 18.03.2019 N 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации». СЗ РФ, 25.03.2019, № 12, ст. 1224.

⁶²³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) // СЗ РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.

⁶²⁴ Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». СЗ РФ, 05.08.2019, № 31, ст. 4418.

символ порождает неконтролируемое изменение ее веса. Таким образом, система сразу может обнаружить несостыковки. Изначально эта система не задумывалась как основа для платежных систем, для прав на недвижимое имущество и сделок с ними, или для исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности. Адам придумал ее для использования на форумах, чтобы мешать спамерам. В дальнейшем криптограф Хал Финни на основе достижений Бэка создал алгоритм proof-of-work⁶²⁵, которой в дальнейшем добавил способность быть использованной многократно внутри системы (reusable proof-of-work). Таким образом, были созданы основы для создания майнинговых экосистем, т. е. систем, в которых активные пользователи (майнеры) подтверждали бы транзакции на их соответствие всем заданным данным, весу данным, которые содержались в данном блоке. Кто первый выполнял операцию по проверке – получал вознаграждение. Каждый из таких блоков в системе содержит информацию о предыдущем блоке, и все блоки выстраиваются в цепочку, которая включает информацию обо всех ранее совершенных в базе операциях⁶²⁶. Такая цепочка блоков и дала название технологии, что в переводе с англ. – цепь блоков. Итак, блокчейн представляет собой децентрализованную распределенную базу данных («учетную книгу») обо всех подтвержденных транзакциях (сделках), совершенных в отношении определенного актива, в основе функционирования которого лежат криптографические алгоритмы⁶²⁷.

В этой связи, А.И. Савельев выделяет следующие преимущества Blockchain – технологии:

- децентрализация, которая минимизирует риски отказа работы в случае выхода из строя отдельной системы;
- повышенная степень безопасности за счет использования средств криптографии при осуществлении каждой транзакции;
- невозможность изменения данных задним числом;
- оперативность за счет автоматизированного обмена данными, в котором отсутствует человеческий фактор;
- прозрачность, поскольку все действия в рамках Blockchain документируются и доступны для ознакомления всем участникам системы⁶²⁸.

⁶²⁵ Подробнее о работе данного алгоритма см.: URL: <https://clck.ru/N3aSL>

⁶²⁶ Новоселова Л.А. «Токенизация» объектов гражданского права // Хозяйство и право. 2017. № 12. С. 29 - 44.

⁶²⁷ Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и Блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5. С. 94 - 117.

⁶²⁸ Савельев А.И. Указ. соч. С. 94-117.

В одном из докладов Мирового экономического форума отмечается такое преимущество при использовании этой технологии, как повышение прозрачности финансовых операций для регулятора за счет возможности их мониторинга в режиме реального времени ⁶²⁹.

Л.А. Новоселова видит в технологии блокчейн большой потенциал в использовании ее в сфере финансовых услуг, в сфере построения систем учета ⁶³⁰, например, для построения первой системы учета интеллектуальных прав ⁶³¹.

Блокчейн платформы оперируют определенными виртуальными единицами, которые чаще всего называют токеном. Под токенами принято понимать один из возможных видов данных, отражаемых в блокчейне, представляющих собой единицу учета определенного актива, ⁶³² или единицу учета определенной ценности, которая представлена в виде записи в блокчейн платформе ⁶³³. Токены могут символизировать, в частности, имущественное право в отношении эмитента (право требования, право участия) или могут вовсе не отражать наличия какой-либо дополнительной к самим данным ценности (криптовалюта).

С точки зрения выполняемых функций, в литературе предлагается разделять токены на несколько видов ⁶³⁴:

- Программные токены – это токены, которые предоставляют его обладателю право на действия внутри компьютерной системы: создавать программы, изменять их, право пользования системой и др. Однако вследствие того, что они не являются объектом товарного оборота, вряд ли их можно рассматривать в качестве объекта гражданских прав.
- Платежные токены (payment tokens) – это известная всем криптовалюта, т. е. токены,

⁶²⁹ The future of financial infrastructure. An ambitious look at how blockchain can reshape financial services. World Economic Forum, 2016. P. 22. // [Электронный ресурс] URL: <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-financial-infrastructure-an-ambitious-look-at-how-blockchain-can-reshape-financial-services>

⁶³⁰ Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 29 - 44.

⁶³¹ Новоселова Л.А., Сироткина А.А. Открытый диалог: актуальные проблемы права информационных технологий и интеллектуальной собственности // LF Академия. [Электронный ресурс] URL: <https://lfacademy.ru/course/1333095>

⁶³² Федоров Д.В. Токены, криптовалюта и смарт-контракты в отечественных законопроектах с позиции иностранного опыта // Вестник гражданского права. 2018. № 2. С. 30 – 74. // СПС «КонсультантПлюс».

⁶³³ Савельев А.И. Указ. соч. С. 95.

⁶³⁴ См. более подробно: Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 29 - 44.; Савельев А.И. Указ. соч. С. 96.

которые используются для оплаты различных товаров, работ и услуг. Примерами являются токены платежных систем Bitcoin, Eutherford, LiteCoin. Кредитные токены – токены, используемые для закрепления прав требования на возврат денежных средств или родовых вещей. Они выполняют экономическую форму кредита.

- Инвестиционные токены – это токены, отражающие операции по инвестированию реальных денежных средств или криптовалют в бизнес - проекты. Для подобных токенов предусмотрена процедура первичного размещения – ICO (initial coin offering). В ICO инвестор предоставляет эмитенту финансирование, взамен чего получает определенное количество токенов, которые создаются и хранятся или в блокчейне, специально созданном для ICO, или через смарт-контракт на базе уже существующей блокчейн - платформы⁶³⁵. Иными словами, данная процедура взята из корпоративного права, где публичные общества размещают свои корпоративные ценные бумаги для продажи путем открытой подписки (IPO – initial public offering).

Процедура размещения токенов связана с большим числом преступлений в этой сфере, поэтому различные юрисдикции вырабатывают специальные правила по их содержанию и проведению.⁶³⁶ Статус и порядок проведения процедуры предлагается установить в Законе «О цифровых финансовых активах».

- Обеспеченные токены (asset-backed tokens) – токены, представляющие собой права на традиционные объекты гражданских прав в цифровой форме. Сюда же можно отнести так называемые корпоративные токены, которые предоставляют право на получение части прибыли онлайн платформы и/или на право участия.

Таким образом, сами платформы не определяют содержание токенов, ведь они, лишь являются, в каком-то смысле, средой их обитания. Поэтому распространение Blockchain - технологии в сфере интеллектуальных авторских и смежных прав в виде перевода репертуара и прав правообладателей в публично достоверный, распределенный и децентрализованный реестр, элементы которого представлены в виде взаимосвязанных блоков транзакций, который не будет никем авторизован, чрезмерно положительно скажется на состоянии оборота прав на результаты интеллектуальной деятельности, системы их учета, удостоверения и управления ими.

Следует обратить внимание, что Правительство РФ утвердило «дорожную карту»

⁶³⁵ Подробнее см.: FINMA publishes ICO // <https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung/>

⁶³⁶ Обзор законодательных решений по проведению ICO см.: *Kaal Wulf A. Initial Coin Offerings: The Top 25 Jurisdictions and Their Comparative Regulatory Responses.* 2018. URL: <https://ssrn.com/abstract=3117224> .

трансформации делового климата в сфере интеллектуальной собственности (ТДК), согласно которой нормы, регулирующие развитие в данной сфере пройдут комплексную модернизацию⁶³⁷. Реализация выше указанных положений нашла воплощение в создании Российского центра оборота прав на результаты интеллектуальной деятельности⁶³⁸. Учреждение создается для совершенствования оборота прав на объекты интеллектуальной собственности, в том числе в научно-технической сфере, стимулирования развития науки и предпринимательства, развития экспорта и создания условий для самореализации граждан и развития талантов. Центр обеспечит работу цифровой инфраструктуры управления исключительными правами, а также подготовку проектов по законодательному регулированию этой инфраструктуры. Высшим органом управления центра назначен съезд, в него войдут представители Минцифры, Минкультуры, а также других заинтересованных органов власти, общественных объединений и других организаций. Предполагается, что, благодаря учету прав, который будет вести Центр, будут сформированы стимулы для сохранения и реализации потенциала российских авторов, разработчиков программного обеспечения, изобретателей, а также созданы для них конкурентные условия работы.

Мерами самозащиты являются также, и *технические средства защиты*, которые направлены на ограничение незаконного использования объекта авторского права, смежных прав, воспрепятствование распространению пиратской продукции. Среди таких технических устройств можно назвать различные установки, приборы, аппараты, коды доступа и иные приспособления как механического, так и электронного свойства. В качестве технических средств защиты, например, авторских прав, могут выступать определенные технологии, наделяющие электронный документ возможностью саморазрушения в случае его незаконного использования. К сожалению, технические средства защиты не могут полностью искоренить распространение пиратской продукции, но установление финансовых, организационных, технических препятствий при обходе технических мер защиты в разы снижает эффективность распространения пиратских копий. Таким образом, важной особенностью использования технических средств защиты является борьба с нарушением интеллектуальных прав, особенно в сети Интернет, а также установление средств самозащиты правообладателей в цифровой среде

⁶³⁷<https://www.pnp.ru/politics/kabmin-utverdil-dorozhnyuyu-kartu-razvitiya-delovogo-klimata-v-sfere-intellektualnoy-sobstvennosti.html>

⁶³⁸ Указ Президента РФ от 28.06.2021 №378 «О создании Общероссийской общественно-государственной организации «Российский центр оборота прав на результаты интеллектуальной деятельности». <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/00012021106280002?index=O&rangeSize=1>

(п. 1 ст. 1299, 1309 ГК РФ). Требование о снятии ограничений использования результата интеллектуальной деятельности может быть выполнено только в соответствии с оговоренными случаями свободного использования произведений, исполнений, фонограмм и др. Впрочем, с технической точки зрения, Интернет представляет собой совокупность информационных ресурсов и систем, соединенных сетями электросвязи, обмен информацией в которых осуществляется на базе единой системы стандартов и протоколов. В сети Интернет владельцы ресурсов имеют возможность размещать собственную информацию или информацию третьих лиц с помощью различных ресурсов и систем, а пользователи имеют возможность получать эту информацию различными методами, среди которых преобладают доступ к информационным ресурсам (сайтам) в сети и обмен информацией с использованием электронной почты и иных сервисов обмена сообщениями⁶³⁹.

Необходимость обеспечения доступности произведений в режиме онлайн побуждает национальное законодательство в сфере авторского права реагировать на подобные запросы. В итоге все это привело к реализации проекта Европейского кодекса авторских прав, разработанного группой ученых в сфере авторского права (Wittem Group)⁶⁴⁰. В настоящее время в ЕС сформировалась идея о необходимости создания единого, или унифицированного, европейского авторского права, которое должно работать на обеспечение доступности произведений в режиме онлайн, предоставлять новые возможности для роста цифровой индустрии, создавать новые возможности для авторов, а также повышать конкурентоспособность Европейского региона, единого цифрового рынка. В качестве примера в странах общего права следует указать на Принципы и предложения в отношении реформирования авторского права, предложенные Альянсом авторов⁶⁴¹ и нацеленные на предоставление авторам больших возможностей по распространению их произведений в рамках творческой (креативной) экономики при одновременном обеспечении и защите их интересов, предусмотренных в Зеленой книге «Политика в сфере авторского права, креативности и инноваций в цифровой экономике» (2013), что далее привело к принятию Белой книги,

⁶³⁹Наумов В.Б. Право для киберпространства. <http://www.russianlaw.net/law/general/a41/>.

⁶⁴⁰ См.: Wittem Group. European Copyright Code. URL: <http://www.copyrightcode.eu>

⁶⁴¹ См.: Principles and Proposals for Copyright Reform (Authors Alliance) // URL: <http://www.authorsalliance.org/principles-and-proposals-for-copyright-reform> (См. также: Prosser W. L. The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries. P. 26.—27. URL: http://unctad.org/en/docs/iteipc200610_en.pdf

уточняющей предусмотренный законодательством объем вреда от нарушений авторских прав (2016)⁶⁴².

Вместе с тем, несмотря на активную законотворческую работу, проблема остается. Особенность размещенных в Сети произведений обычно заключается в том, что в настоящее время в сети Интернет наряду с целым рядом официальных сайтов имеется целая зона сомнительных сайтов, где публикуются произведения без согласия правообладателей, без ссылки на автора и на источник заимствования. Исследователи признают, что большая часть сетевых ресурсов вряд ли будет соблюдать подобные ограничения, а отследить каждое нарушение объективно невозможно. Особенность размещенных в Сети объектов авторского права и смежных прав заключается еще в том, что крайне сложно установить и самого правообладателя, а также определить применимое право, в соответствии с которым будут определяться требования к созданию производных произведений, случаи свободного использования и др.⁶⁴³

Одним из центральных вопросов на сегодняшний день остается вопрос о том, как толковать и применять п. 4 ст. 1299 ГК РФ, предоставляющий лицу, правомерно претендующему на осуществление свободного использования, право требовать от автора или иного правообладателя снять ограничения использования произведения, установленные путем применения технических средств защиты авторских прав. Поправка сделана под условием о том, что снятие такого ограничения технически возможно и не требует существенных затрат. Следует учитывать, что в отличие от ранее действовавшей редакции (п. 3 ст. 1299 ГК РФ) положения п. 4 не допускают освобождения от ответственности только в том случае, если лицо, правомерно претендующее на осуществление свободного использования произведения, самостоятельно устранил технические средства защиты авторских прав. Законное решение данного вопроса возможно только в результате достижения соответствующего соглашения с автором или иным правообладателем. Указанные правила не являются особо уникальными и в большинстве своем отражают положения, которые в той или иной степени присутствуют в зарубежных правовых системах. В сфере авторского права это во многом обусловлено существованием ряда международных договоров, стороной в которых выступает Россия, и они являются частью ее правовой системы⁶⁴⁴.

⁶⁴² См.: URL: <http://www.recreatecoalition.org/uspto-white-paper-remixes-first-sale-statutory-damages>

⁶⁴³ См.: Ермакова А., Сухарева А. Возможные подходы к определению правового режима пользовательского контента // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 2. С. 59.

⁶⁴⁴ См.: Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г., Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г. и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г.

При использовании технических мер сдерживание читателя от незаконного копирования достижимо. Например, американскими библиотеками используется приложение, позволяющее выдавать читателю на дом электронные экземпляры книг, загружаемых на мобильное устройство читателя без возможности распечатки или копирования и автоматически удаляемых с мобильного устройства дистанционно через две недели. Также учащимся образовательных учреждений разрешается использовать цифровые экземпляры произведений, в том числе копировать произведение в целом или отрывок, предоставляемых библиотеками этих образовательных учреждений для учебных целей. Такое использование может предоставляться образовательным учреждением как по внутренней сети для учащихся очных и очно-заочных форм обучения, так и через Интернет при дистанционном обучении (OpenCourseWare)⁶⁴⁵. С его помощью производится публикация в режиме онлайн большинства материалов открытых учебных курсов, читаемых в том или ином американском университете. Исключительные права на большинство материалов, подготовленных для открытых учебных курсов, принадлежат факультетам. Сами университеты обладают исключительным правом на такие материалы лишь в том случае, если при их подготовке был использован значительный объем ресурсов вуза. Безусловно, опубликование такого количества текстов, охраняемых авторским правом, в онлайн-доступе сопряжено с выработкой особых правил их использования. Использование материалов открытых учебных курсов осуществляется на основании публичной лицензии (Creative Commons). В России же до сих пор обсуждается вопрос о том, могут ли читатели фотографировать страницы книг — экран компьютера с электронным экземпляром книги. Является ли это случаем свободного использования для личных целей? Статья 1275 ГК РФ разрешает библиотекам предоставлять электронные экземпляры книг только при условии исключения возможности дальнейшего создания копий произведения в электронной форме. По сути дела, не выполняется обязанность, установленная ст. 1275 ГК РФ. Однако согласно существующей судебной практике по этому вопросу фотографирование в объеме менее 80 % книги в бумажном варианте будет рассматриваться как допустимое использование в личных целях. Российская государственная библиотека в начале 2016 г., чтобы привлечь читателей в читальные залы, дала разрешение на фотографирование книг⁶⁴⁶.

Таким образом, как должны быть организованы библиотеки, чтобы предотвратить нарушение интеллектуальных прав со стороны недобросовестных пользователей. Какова

⁶⁴⁵ URL: <http://ocw.mit.edu/index.htm>

⁶⁴⁶ См.: Кейзерова А. Российская государственная библиотека разрешила фотографировать книги // Российская газета. 2016, 29 янв. <http://rg.ru/2016/01/29rgb-site-annons.html> См. также: Гуляева Н. С. Авторское право в информационном обществе: вызовы и возможности // Закон. 2016. № 5. С. 99.

ситуация сегодня? Библиотека получает произведение в виде файла, а затем происходит процедура его защиты. Например, перевод его в формат pdf и защита с помощью специального пароля. Но такой технический способ защиты крайне ненадежен. Вот, например, только одно из судебных дел:

Истец является правообладателем исключительного авторского права на программное обеспечение. Для его защиты он применяет ключ аппаратной защиты, без которого программа запускаться не может. Истец обнаружил, что его программное обеспечение установлено на системных блоках ответчика. Причем программа могла быть запущена без ключа аппаратной защиты, что истец посчитал незаконной модификацией своей программы. Истец обратился с иском о взыскании компенсации за незаконное использование программы, а также отдельной компенсации за ее незаконную модификацию⁶⁴⁷.

Для исправления ситуации в мировом библиотечном деле используется «защищенный просмотр» (DeFView). Читатель только просматривает документ, извлекать из него текст, распечатывать, делать снимки с экрана он не может. И здесь нет никакой привязки к помещению. Но для этого документ должен быть защищен определенным образом при помощи новых технических средств, используемых для создания объектов авторского права и смежных прав (DRM — Digital Rights Management). В Российской Федерации есть компании, которые готовы заниматься защитой электронных документов, но это весьма дорогое и затратное мероприятие, которое является выгодным, если только цена авторского права будет значительно больше, чем цена защиты авторского права⁶⁴⁸.

Складывается впечатление, пишет В. Л. Энтин, что изменения, внесенные в часть четвертую ГК РФ, касающиеся прав библиотек и архивов, не учитывают мировой опыт и повторяют старые подходы, принятые в Европе в начале третьего тысячелетия, которые на сегодняшний день решениями Комиссии ЕС признаны неадекватными. Сложившееся положение дел с ограничениями на функционирование научных и публичных библиотек затрудняет доступ к знаниям, что негативно сказывается на развитии современной экономики, основанной на знаниях, и мешает модернизации России⁶⁴⁹.

В то же время ГК РФ в ст. 1300, 1310 уточняет понятие информации об авторском праве и о смежном праве. Таковой признается любая информация, которая идентифицирует

⁶⁴⁷ См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 01.12.2017 по делу № А32-1227/2017.

⁶⁴⁸ См.: Осипов М. О совершенствовании стандартов работы электронно-библиотечных систем в контексте защиты авторских прав // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права, 2018. № 1. С. 34—35.

⁶⁴⁹ См.: Энтин В. Л. Авторское право в виртуальной реальности (новые возможности и вызовы цифровой эпохи). М.: Статут, 2017. С. 78.

произведение, автора или иного правообладателя, либо информация об условиях использования произведения, которая содержится на оригинале или экземпляре произведения, приложена к нему или появляется в связи с сообщением в эфир или по кабелю либо доведением такого произведения до всеобщего сведения, а также любые цифры и коды, в которых содержится такая информация.

В отношении произведений науки, литературы и искусства не допускаются:

— удаление или изменение без разрешения автора или иного правообладателя информации об авторском праве;

— воспроизведение, распространение, импорт в целях распространения, публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю, доведение до всеобщего сведения произведений, в отношении которых без разрешения автора или иного правообладателя была удалена или изменена информация об авторском праве.

В случае нарушения указанных положений автор или иной правообладатель вправе требовать по своему выбору от нарушителя возмещения убытков или выплаты компенсации.

Соответственно, технические средства защиты авторских и смежных прав помогают защищать информацию, содержащуюся на материальных носителях произведений, а также предотвращать их противоправное копирование. При этом многие правообладатели стремятся при помощи технических средств самостоятельно уберечь свои результаты интеллектуальной деятельности, например, проставить цифровые водяные знаки (watermark); при осуществлении вещания сигнал может быть специально закодирован, а его прием возможен только с помощью специального оборудования (декодера), приобретаемого пользователем; использование автоматической вставки — ссылки на первоисточник и указание автора при защите текстов и изображений в сети Интернет и др. Но в отличие от иных способов защиты объектов авторского права и смежных прав технические средства не влекут юридически обязательных неблагоприятных имущественных последствий для нарушителей как меры гражданско-правовой ответственности.

В литературе выделяют следующие виды технических средств защиты авторских и смежных прав:

- технические средства, контролирующие доступ к объектам авторских и смежных прав, для их просмотра или прослушивания (ключи, пароли, кодирующие и декодирующие средства);
- технические средства, контролирующие использование объектов авторских и смежных прав (серийные номера, средства контроля наличия правомерно приобретенного материального носителя с соответствующей информацией в устройстве считывания компьютера);

- технические средства, обеспечивающие соблюдение особых условий пользования объектами авторских и смежных прав (ограничение срока использования, количества просмотров, числа одновременных доступов, используемого оборудования)⁶⁵⁰.

Технические средства защиты могут быть весьма эффективны. Однако важно также отметить, что, применяя технические средства защиты авторских и смежных прав, правообладатели сами могут стать нарушителями закона, используя недобросовестные способы технической защиты результатов интеллектуальной деятельности. Так, одна иностранная компания устанавливала на свои музыкальные диски для защиты от недобросовестного копирования специальную компьютерную программу, которая изменяла настройки операционной системы пользователя и заражала ее компьютерными вирусами, когда предпринималась попытка копирования диска. Из-за многочисленных жалоб потребителей компания была вынуждена отказаться от дальнейшего использования данной компьютерной программы, а также заменить уже проданные музыкальные диски. Таким образом, технические средства защиты в некоторых ситуациях являются таким обоюдоострым мечом, вступая в противоречие со случаями, допускающими свободное использование произведений:

- ст. 1273 ГК РФ «Свободное воспроизведение произведения в личных целях»;

- ст. 1274 ГК РФ «Свободное использование произведения в информационных, научных, учебных и культурных целях»;

- ст. 1275 ГК РФ «Свободное использование произведения библиотеками, архивами и образовательными организациями» и др.

В то же время для произведений науки, литературы и искусства не допускаются:

- осуществление без разрешения автора или иного правообладателя действий, направленных на то, чтобы устранить ограничения использования произведения, установленные путем применения технических средств защиты авторских прав;

- изготовление, распространение; сдача в прокат; предоставление во временное безвозмездное пользование; импорт; реклама любой технологии, любого технического устройства или их компонентов; использование таких технических средств в целях получения прибыли либо оказания соответствующих услуг, если в результате таких действий становится невозможным использование технических средств защиты авторских прав либо эти технические средства не смогут обеспечить надлежащую защиту указанных прав. В случае нарушения

⁶⁵⁰ См.: Постатейный научно-практический комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации : в 2 кн. Кн. 1 / под ред. Ю. А. Дмитриева, А. А. Молчанова. М. : Буквоед, 2008. С. 737.

указанных положений автор или иной правообладатель вправе требовать по своему выбору от нарушителя возмещения убытков или выплаты компенсации в соответствии со ст. 1301 ГК РФ.

§4. Государственно – принудительные гражданско – правовые способы защиты субъективных авторских и смежных прав. Место и особенности имущественной ответственности за нарушение субъективных авторских и смежных прав

Возможность обратиться в суд за защитой субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав это важнейший элемент содержания принадлежащего правообладателю права на защиту. Традиционно в отечественной цивилистике право на защиту выделяется в содержании субъективного гражданского права в качестве одного из правомочий, выступающего в качестве возможности субъекта использовать различные меры защиты или требовать использование государственно – принудительных мер в случаях нарушения субъективного права⁶⁵¹. Следует признать, что подключение автором, исполнителем или иным правообладателем к реализации своего субъективного права суда является необходимым условием гарантированности осуществления интеллектуальных прав. Поскольку, пишет С.В. Третьяков, предоставление государством судебной защиты носит не произвольный характер, а вытекает из материально – правовых отношений субъектов частного права, защита прав государством (публично – правовой элемент) должна вытекать из частноправового отношения между сторонами. По этой причине право на защиту – это не просто право на обращение в суд с иском как часть правоспособности, это право на удовлетворение иска по материально – правовым основаниям, право к ответчику, обращенное к суду⁶⁵². Несмотря на бросающуюся в глаза натяжку и, с этим тезисом соглашается сам ученый, объединение совершенно разнородных компонентов (материального частного права, принадлежащего исключительно субъекту, право которого действительно нарушено, и права на обращение в суд, принадлежащего любому субъекту частного права), это объединение по – своему логично. Только таким образом можно, сохраняя автономию процесса, связать его с материальным правом.

⁶⁵¹ Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С.72-79.

⁶⁵² Третьяков С.В. Право на чужое поведение и право на его защиту// Вестник Гражданского права №3, 2019. Том 19.С.34 -35.

Данные меры являются гражданско – правовыми, так как они применяются судом только к участникам правоотношения, где нарушитель и претерпевающий нарушение находятся в отношении координации, а не субординации и их применение возможно по инициативе правообладателя, права и законные интересы которого нарушаются или могут быть нарушены. Итак, о применении общих способов защиты к личным неимущественным правам автора, исполнителя говорится в ст. 1251 ГК РФ. Помимо признания права, восстановления положения, существовавшего до нарушения права, пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, данная статья предлагает также такую специальную меру, как публикация решения суда о допущенном нарушении. Защита личных неимущественных (моральных) прав актуальна не только в отношении авторского права, но и, например, смежного права изготовителя базы данных, изготовителя фонограммы, публикатора (право изготовителя фонограммы, издателей энциклопедий, словарей, лица, организовавшего создание сложного объекта, публикатора и др. требовать указания своего имени или наименования). В тех случаях, когда нарушение исключительного авторского или смежного права на результат интеллектуальной деятельности признано в установленном порядке недобросовестной конкуренцией, защита может осуществляться как способами, предусмотренными ГК РФ, так и в соответствии с антимонопольным законодательством⁶⁵³.

Защита исключительных авторских и смежных прав, осуществляется, в частности, путем предъявления требований, указанных в ст. 1252 ГК РФ. Первым среди гражданско-правовых способов защиты авторских прав в ст. 1252 ГК РФ (как и в ст. 12 ГК РФ) названо признание права. Напомним, что необходимость в данном способе защиты возникает в ряде случаев. Прежде всего, к нему прибегают, когда наличие у лица как исключительного, так и личного неимущественного права подвергается сомнению, оспаривается, отрицается или имеется угроза таких действий. Впрочем, данное требование может быть предъявлено не только, когда оспаривается принадлежность авторского права тому или иному лицу, но и в случае отрицания охраноспособности произведения как такового, например, в силу его нетворческого характера. Как правило, признание права является необходимой предпосылкой для применения иных предусмотренных законодательством РФ способов защиты нарушенных прав. Требование о признании права предъявляется к лицу, которое отрицает или иным образом не признает право, нарушая тем самым интересы правообладателя. Однако требование о признании права не может быть заявлено в отношении произведений, создание которых только предполагается.

⁶⁵³ См.: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (ст. 2).

В Обзоре практики Суда по интеллектуальным правам по вопросам, возникающим при применении норм Гражданского кодекса РФ о правовой охране программ для ЭВМ и баз данных содержится в п. 1.2. следующий вывод: государственная регистрация программы для ЭВМ может быть оспорена лицом, считающим себя правообладателем, путем предъявления иска о признании права на эту программу к лицу, указанному в качестве правообладателя в Реестре программ для ЭВМ.

Согласно материалам дела истец обосновывал свои требования тем, что исключительное право на программу для ЭВМ принадлежит ему как заказчику на основании договора на оказание услуг по разработке программного обеспечения, заключенного с ответчиком – исполнителем, и факта выполнения им предусмотренных этим договором обязательств. Главным здесь является вопрос о месте иска о признании в ряду иных способов защиты исключительных прав? Иск о признании права относится к искам о констатации. Лицо может его заявить лишь в том случае, когда оно являлось правообладателем к моменту предъявления требования в суд. Если право отсутствовало, то суду нечего констатировать. Формула указанного требования звучит следующим образом: прошу суд признать за мной право, на программу для ЭВМ, которое я приобрел на основании, например, договора об отчуждении права, или на основании наследования и др. аргументы. Таким образом, суд подтверждает принадлежность лицу права на программный продукт, которые у лица были и до этого момента. Суд не создает в данном случае новое право. Абсолютно правильно удовлетворяя исковое требование, суд установил факт исполнения истцом обязательств по договору и пришел к выводу о наличии оснований для удовлетворения иска о признании исключительного права за заказчиком на объект, созданный в рамках исполнения договора⁶⁵⁴.

Вторым способом защиты авторских и смежных прав, названным в ст. 1252 ГК РФ, является пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. Данное требование предъявляется к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним, точнее, оно применяется в отношении любого лица, допускающего нарушение интеллектуальных прав или создающих угрозу их нарушения и может сочетаться с другими способами защиты. К таким лицам можно отнести хостинг – провайдеров, распространителей рекламы, Одноклассники, ВКонтакте, FB и др. социальные сети. Итогом удовлетворения иска будет пресечение действий нарушителя на будущее время. В ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» в качестве второго способа защиты

⁶⁵⁴ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25.02.2019 по делу № А72 – 7169/2017.

авторских прав было названо восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и прекращение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. То есть ранее данный способ включал фактически две самостоятельные меры защиты: восстановление прежнего положения и прекращение совершения определенных действий. Следует подчеркнуть, что во многих случаях восстановление права далеко не всегда является адекватным способом защиты, например, когда произведение, изданное с нарушением авторских прав, уже стало доступно неопределенному кругу лиц. В таких случаях более надежным инструментом служит заявленное суду требование о пресечении действий, нарушающих право, которое в авторско-правовой сфере может быть применено практически всегда и заявлено как в совокупности с иными средствами защиты, так и самостоятельно. При этом такое требование может быть удовлетворено только в том случае, если противоправное поведение конкретного лица еще не завершено или имеется угроза нарушения права. Например, не подлежит удовлетворению требование о запрете предложения к продаже или о запрете продажи контрафактного товара, если такой принадлежащий ответчику товар им уже продан⁶⁵⁵. Представляется очевидным, что требование об общем запрете конкретному лицу на будущее использовать объект интеллектуальной собственности — о запрете размещения информации в сети Интернет, также не подлежит удовлетворению. Такой запрет установлен непосредственно законом (абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ). Данное правило согласуется со ст.44 Соглашения TRIPS, в соответствии с которым, судебный орган имеет право издавать судебный приказ, предписывающий любой стороне воздержаться от правонарушения.

Тем не менее, возникает вопрос, а как же быть с уже совершенными нарушениями? Допустим, что у автора есть информация только об одном изданном тираже книг издательством без его разрешения. Можем ли мы быть уверены в том, что издательство ограничится только реализацией этого тиража? Скорее всего, нет. Хотя у автора отсутствуют доказательства продолжающегося нарушения. В данном случае можно констатировать, что на смену свершившемуся правонарушению приходит угроза нового нарушения.

Следующим способом защиты авторских и смежных прав является требования об изъятии материального носителя: оборудования, прочих устройств и материалов, главным образом используемых или предназначенных для совершения акта нарушения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации. Указанные вещи по решению суда подлежат изъятию из оборота и уничтожению за счет нарушителя, если

⁶⁵⁵ П.57 Постановление Пленума ВС РФ №10//СПС «Гарант»

законом не предусмотрено их обращение в доход Российской Федерации. Такое требование может быть обращено к изготовителю, импортеру, хранителю, перевозчику, продавцу, иному распространителю, добросовестному приобретателю. Необходимо иметь в виду, что отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав, а также не исключает применение в отношении нарушителя мер, направленных на защиту таких прав⁶⁵⁶.

В том случае, когда изготовление, распространение или иное использование, а также импорт, перевозка или хранение материальных носителей, в которых выражен результат интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, приводит к нарушению исключительного права на такой результат или на такое средство, указанные материальные носители считаются контрафактными и по решению суда подлежат изъятию из оборота и уничтожению без какой бы то ни было компенсации (если иные последствия не предусмотрены ГК РФ).

Наиболее опасными в области авторского права и смежных прав являются действия нарушителей, связанные с распространением контрафактных экземпляров произведений науки, литературы и искусства, интеллектуальным пиратством, плагиатом. В науке давно сложились толкования данных понятий, однако они, за исключением понятия «контрафактные экземпляры», до сих пор не получили легального закрепления. Тем не менее обстоятельства, складывающиеся в юридической практике, требуют осознанного отношения к указанным категориям.

Контрафактными являются экземпляры произведения и фонограммы, изготовление или распространение которых влечет за собой нарушение авторских и смежных прав. Контрафактными являются также экземпляры охраняемых в Российской Федерации в соответствии с законодательством произведений и фонограмм, импортируемые без согласия обладателей авторских и смежных прав в Российскую Федерацию из государства, в котором эти произведения и фонограммы никогда не охранялись или перестали охраняться. Соответственно, материальный носитель может быть признан контрафактным только судом, при необходимости суд вправе назначить экспертизу для разъяснения вопросов, требующих специальных познаний. Например, контрафактность материального носителя, в котором выражена неправомерно

⁶⁵⁶ Так, в делах о защите смежных прав истец должен подтвердить факт принадлежности ему смежных прав или права на их защиту, а также факт использования данных прав ответчиком. См.: Информационная справка, подготовленная по результатам обобщения судебной практики Суда по интеллектуальным правам в качестве суда кассационной инстанции с учетом практики Верховного Суда РФ, по вопросам, возникающим при оценке доказательств в делах о защите исключительных прав исполнителей и изготовителей фонограмм, утвержденная постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 07.12.2017 № СП-23/36.

переработанная программа для ЭВМ, может быть устранена с учетом заключения эксперта, установившего признаки такой переработки.

Законодатель также предусмотрел обязанность суда принять решение об изъятии из оборота контрафактных материальных носителей, на которых, например, незаконно воспроизводятся программы для ЭВМ и базы данных, и уничтожении таких носителей за счет нарушителя (без какой бы то ни было компенсации). При этом в ГК РФ, в отличие от Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», не предусмотрена возможность передачи таких экземпляров обладателю авторских или смежных прав по его просьбе. Такое решение представляется обоснованным, поскольку передача соответствующего имущества правообладателю повлекла бы его неосновательное обогащение и возможность дальнейшего вовлечения этих изъятых контрафактных экземпляров в гражданский оборот, пусть и правообладателем. Помимо контрафактных экземпляров, по общему правилу по решению суда подлежат изъятию из оборота и уничтожению за счет нарушителя оборудование, прочие устройства и материалы, используемые или предназначенные для деятельности, нарушающей исключительные права. Для исполнения искового требования сторона процесса (истец) должна предоставить в суд информацию о местонахождении таких экземпляров, что не всегда оказывается осуществимым⁶⁵⁷. Упомянутые гражданско-правовые санкции имеют целью восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. При отсутствии заявления правообладателя об изъятии из оборота и уничтожении указанных экземпляров, оборудования или иных средств данный вопрос выносится судом на обсуждение сторон для выяснения обстоятельств их использования (абз. 2 п. 76 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10). В целях обеспечения исков по делам о нарушении авторских и смежных прав суд вправе запретить ответчику (или лицу, в отношении которого имеются достаточные основания полагать, что оно является нарушителем авторских или смежных прав) совершать определенные действия (изготовление, воспроизведение, продажу, сдачу в прокат, импорт либо иное предусмотренное ГК РФ использование, а также транспортировку, хранение или владение) в целях введения в гражданский оборот экземпляров произведения или объектов смежных прав, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными. Суд может наложить арест на все экземпляры произведения и объекты смежных прав, в отношении которых

⁶⁵⁷ В целях получения доказательств нарушения и наличия у ответчика контрафактных товаров истцы часто нанимают частных детективов, которые пытаются заполучить от ответчика или коммерческое предложение о продаже контрафактных экземпляров, или заключить с ним договор о поставке спорных объектов и др.

предполагается, что они являются контрафактными, а также на материалы и оборудование, используемые или предназначенные для их изготовления или воспроизведения.

При наличии достаточных данных о нарушении авторских и смежных прав органы дознания или следствия обязаны принять меры к розыску и наложению ареста на экземпляры произведения и объекты смежных прав, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными, а также на материалы и оборудование, используемые или предназначенные для изготовления или воспроизведения указанных экземпляров произведения, включая в необходимых случаях меры по их изъятию и передаче на ответственное хранение.

Суд также может принять соразмерные объему и характеру обеспечительные меры, направленные на пресечение неправомерного использования в информационно-телекоммуникационных сетях, в частности на ограничение доступа к материалам, содержащим незаконно используемые произведения. Порядок ограничения доступа к таким материалам устанавливается законодательством РФ об информации⁶⁵⁸.

В этом смысле конструкция, заложенная в ст. 46 Соглашения TRIPS предусматривает возможность закрепления на национальном уровне способов защиты исключительных прав, нацеленных на изъятие контрафактных товаров из каналов движения товаров, в том числе, посредством уничтожения таких товаров. При этом Соглашение TRIPS предписывает судам при рассмотрении соответствующих требований соизмерять соотношение между серьезностью правонарушения и средствами судебной защиты, а также интересами третьих лиц. Можно сказать, что допускается ситуация, когда суд установит нарушение исключительного права, но откажет в удовлетворении требования об уничтожении контрафактных экземпляров объектов авторского права и смежных прав в целях обеспечения баланса интересов.

Изложенное позволяет сказать о более гибком механизме, заложенном в международном акте, так как у суда есть возможность сопоставить негативные последствия для ответчика и для истца и учесть публичные интересы. Очевидно, что эти два фактора учитываются судом одновременно, так как публичный интерес в контрафактных товарах как таковой не будет основанием для изъятия и уничтожения контрафактных товаров.

Под пиратством в области авторского права и смежных прав понимаются любые действия, направленные на воспроизведение, распространение или любое другое использование произведения или объектов смежных прав без согласия правообладателя или обладателя

⁶⁵⁸ См.: Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (ст. 15 — 15.8).

смежных прав, как правило, в целях извлечения прибыли, причем в коммерческом масштабе⁶⁵⁹. Некоторые рекомендации в этой части выработаны судебной практикой. В п. 24 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.04.2007 № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака» сказано о том, что при установлении и правовой оценке размера ущерба следует исходить из обстоятельств дела, принимая во внимание размер реального ущерба, упущенной выгоды, а также размер доходов, полученных виновным лицом в результате нарушения им прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Суть плагиата составляет присвоение лицом, не являющимся автором конкретного произведения, права авторства на это произведение или его часть. При установлении факта нарушения авторских прав путем присвоения авторства (плагиата) суду надлежит иметь в виду, что указанное деяние может состоять, в частности, в объявлении себя автором чужого произведения, в выпуске чужого произведения в полном объеме или частично под своим именем, в издании под своим именем произведения, созданного в соавторстве с другими лицами, без указания их имени.

Публикация решения суда о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя еще одна мера защиты в узком смысле слова, которая применяется для защиты как любых исключительных, так и личных неимущественных прав⁶⁶⁰. В результате публикации судебного решения информация о допущенном нарушении доводится до неопределенного круга лиц. Под судебным решением необходимо понимать решение, вынесенное по делу, в котором подтверждается факт нарушения исключительного или личного неимущественного права правообладателя (истца). Осуществляется указанное действие за счет нарушителя и издание (СМИ или сайт ответчика) не может отказать в публикации судебного решения, так как речь идет о предписании, содержащемся в судебном решении. Так, в случае нарушения личных неимущественных или исключительных прав в глобальной компьютерной сети «Интернет», правообладатель вправе требовать опубликования решения суда, опровергающего размещенный с нарушениями объект интеллектуальной собственности и доведение опровержения до пользователей сети «Интернет».

⁶⁵⁹ См.: Защита авторских и смежных прав по законодательству России / под ред. И. В. Савельевой. С. 264—265.

⁶⁶⁰ Первоначально данный способ защиты был доступен только правообладателю исключительного права на товарный знак согласно п.2 ст.46 Закона « О товарных знаках, знаках обслуживания и наименований места происхождения товара» 1992 г., затем этот способ защиты стал доступен и патентообладателю согласно п. 2 ст.14 Патентного закона 1992 г. В 2008 году он стал доступен для всех случаев нарушения интеллектуальных прав, за исключением категории иных прав .

В том случае, если не гражданин, а юридическое лицо неоднократно или грубо нарушает исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации, суд в соответствии с п. 2 ст. 61 ГК РФ при наличии вины такого юридического лица в нарушении исключительных прав может принять решение о его ликвидации по требованию прокурора. Если такие нарушения допущены гражданином при осуществлении им предпринимательской деятельности в качестве индивидуального предпринимателя, такая деятельность по решению или приговору суда в установленном законом порядке может быть прекращена при наличии его вины в нарушении исключительных прав.

Таким образом, содержащийся в Гражданском кодексе РФ перечень способов защиты не является исчерпывающим, поэтому могут применяться и иные способы, не противоречащие закону и учитывающие характер допущенного нарушения. Например, при искажении имени автора при опубликовании произведения автор вправе требовать только устранения нарушения. Как правило, правообладатель не ограничивается в выборе количества и сочетания способов, которыми он будет защищать свои права от допущенного нарушения. Иначе говоря, правообладатель в случае нарушения исключительного права может потребовать от нарушителя прекратить нарушение, возместить убытки, а также и опубликовать решение суда о допущенном нарушении.

Сегодня каждый из нас постоянно находится в цифровой среде, в Интернете, в режиме онлайн. С одной стороны, распространение цифровых технологий значительно упростило нашу жизнь, с другой — в цифровую эпоху никто из нас не застрахован от несанкционированного копирования и распространения наших произведений. Как справедливо отмечает ряд исследователей, Интернет не является ни объектом, ни субъектом правового регулирования. Предметом регулирования являются правоотношения между операторами и пользователями Интернета как между собой, так и во взаимоотношениях с иными лицами и государственными органами в связи с передачей информации и оказанием услуг через Интернет⁶⁶¹.

Основополагающим признаком цифровых рынков существующих в сети Интернет⁶⁶² является наличие посредника, который обеспечивает управление цифровой платформой, то есть

⁶⁶¹ Кристальный Б.В., Якушев М.В. Концепция российского законодательства в области Интернета. [<http://www.russianlaw.net/law/general/a84/>].

⁶⁶² В доктрине встречаются различные подходы к определению сущности цифровой платформы. Некоторые авторы рассматривают ее в качестве особой модели организации бизнеса в рамках многосторонних рынков. Такая модель предполагает, что один субъект (обладатель платформы) «обслуживает» и обеспечивает взаимодействие нескольких различных групп клиентов (пользователей). Другие ученые квалифицируют платформу как элемент

инфраструктурой (например, веб-сайтом, приложением или другим программным обеспечением), которая используется для обеспечения взаимодействия между потребителями и поставщиками разного рода товаров, услуг и информации. Платформами могут быть как устройства (телефоны, планшеты), так и программные продукты (операционные системы, браузеры) или информационные сервисы (поисковые движки, социальные сети). Цифровые платформы представляют собой многосторонние рынки. Доступ к ним получают различные группы клиентов. Транзакция происходит, когда объединяются представители различных групп. Чтобы управлять дисбалансом между различными группами, операторы платформ иногда получают непропорциональную долю доходов с одной стороны рынка, допуская потери прибыли в отношении другой стороны рынка. Например, потребители ничего не платят за использование поисковой системы Google или социальной сети Facebook. При этом собственники данных продуктов получают существенную прибыль от рекламодателей. Широко распространена практика открытых исходных кодов и лицензионных соглашений, не предусматривающих выплату роялти.

Серьезная проблема, которая активно обсуждается в современной литературе, с которой правообладатели столкнулись в эпоху цифровизации, это практически невозможность установления личности правонарушителя в Интернете. В законодательство введен институт информационного посредника, к которому правообладатель может обратиться во внесудебном порядке с просьбой принять меры к прекращению нарушения его интеллектуальных прав в Интернете, представив доказательства факта наличия у него данных прав. Далеко не все российские информационные посредники выражают желание содействовать правообладателю в досудебном урегулировании спора.

инфраструктуры, продукт, посредством которого осуществляется взаимодействие между потребителями и поставщиками разного рода товаров, услуг и информации; виртуальное или реальное «место встречи» представителей различных групп. На практике платформы возникают при совпадении трех условий: 1) на рынке существуют несколько (как минимум две) самостоятельных групп потребителей; 2) участники групп получают выгоду посредством взаимодействия с одним или несколькими членами другой группы; 3) для эффективности подобного взаимодействия требуется посредник. См. более подробно обзор мнений: Ворожевич А.С. Границы осуществления исключительных прав, пределы их осуществления и защиты. Дис... на соискание степени д.ю.н. М., 2021. С.384.

Доступ пользователя к информационному ресурсу в сети Интернет осуществляется путем обращения к информационному посреднику. В мире выделяют, как правило, две системы ответственности информационных посредников, так называемая, горизонтальная это когда в рамках одного нормативного акта устанавливается одинаковый подход к ответственности информационных посредников за любые нарушения в сети Интернет (страны члены ЕС) и, так называемая, вертикальная это когда законами устанавливается различный подход к ответственности информационных посредников в зависимости от вида нарушения прав (Великобритания, США)⁶⁶³.

Информационный посредник — это лицо, осуществляющее передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети, в том числе в сети Интернет (интернет-провайдер); это лицо, предоставляющее возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети (контент-провайдер); это лицо, предоставляющее возможность доступа к материалу в этой сети (хостинг-провайдер). Так, в ст. 1253.1 ГК РФ предусматриваются условия ответственности информационного посредника в зависимости от предоставляемых им услуг.

Информационный посредник, осуществляющий передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети, не несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав, произошедшее в результате этой передачи, при одновременном соблюдении следующих условий:

- 1) он не является инициатором этой передачи и не определяет получателя указанного материала;
- 2) он не изменяет указанный материал при оказании услуг связи, за исключением изменений, осуществляемых для обеспечения технологического процесса передачи материала;
- 3) он не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующих результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицом, инициировавшим

⁶⁶³ Пионерами в принятии актов, устанавливающих ответственность информационных посредников за нарушения авторских прав стали США и ЕС. В основу идеи об ответственности информационного посредника была положена идея о том, что привлечение к ответственности информационных посредников не будет иметь место, если последние не содействуют нарушению и сотрудничают с правообладателями, в таких случаях в США пишут, что информационный посредник находится в «безопасной гавани», в Европе — что информационный посредник пользуется иммунитетом. Данный подход реализован и в российском законодательстве. См. более подробно: Моргунова Е.А. Информационный посредник в гражданских спорах о защите авторских прав//Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права №1, 2016. С. 7.

передачу материала, содержащего соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, является неправомерным.

Информационный посредник, предоставляющий возможность размещения материала в информационно-телекоммуникационной сети, не несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав, произошедшее в результате размещения в информационно-телекоммуникационной сети материала третьим лицом или по его указанию, при одновременном соблюдении информационным посредником следующих условий:

1) он не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, содержащихся в таком материале, является неправомерным;

2) он в случае получения в письменной форме заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав с указанием страницы сайта и (или) сетевого адреса в сети Интернет, на которых размещен такой материал, своевременно принял необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения интеллектуальных прав. Перечень необходимых и достаточных мер и порядок их осуществления могут быть установлены законом.

К информационному посреднику, который в соответствии со ст. 1253.1 ГК РФ не несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав, могут быть предъявлены требования о защите интеллектуальных прав (п. 1 ст. 1250, п. 1 ст. 1251, п. 1 ст. 1252 ГК РФ), не связанные с применением мер гражданско-правовой ответственности, в том числе об удалении информации, нарушающей исключительные права, или об ограничении доступа к ней.

Настоящие условия об освобождении от ответственности в полной мере применяются в отношении лиц, предоставляющих возможность доступа к материалу или информации, необходимой для его получения, с использованием информационно-телекоммуникационной сети⁶⁶⁴. Это так называемая третья группа информационных посредников, которая включает лиц, предоставляющих гиперссылки, осуществляющих поиск и иные действия, облегчающие нахождение и переход к материалу в сети Интернет. Например, осуществление поиска музыки с помощью сайта Tracksflow.com не является нарушением исключительного права правообладателя, поскольку ответчик не мог знать о незаконности распространения соответствующей информации⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ См.: Протокол № 16 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам 28 апреля 2017 г., где обсуждались теоретические и практические вопросы, связанные с ответственностью информационных посредников при использовании результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации в сети Интернет // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2017. № 16. С. 13—29.

⁶⁶⁵ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 15.12.2015г. по делу №А40-118705/2013.

Как правило, обращаясь к информационному посреднику, правообладатель просит об удалении контента (ст. 1253.1 ГК РФ). На практике, направляя такие запросы, правообладатель порой сталкивается с ситуацией, когда информационный посредник соглашается уведомить пользователя, разместившего материал, о претензии правообладателя, но отказывается удалить материалы, не желая брать на себя ответственность и давать правовую оценку факту наличия или отсутствия нарушения исключительных прав правообладателя. Нередко информационные посредники ссылаются на то, что они удалят материалы в случае, если нарушение будет подтверждено решением суда. Следует оговориться, что суды не поддерживают вышеприведенные оговорки информационных посредников и привлекают их к ответственности в случае, когда они ограничились уведомлением потенциального нарушителя, но не удалили спорный контент и не заблокировали доступ к ресурсу. В обоснование своей позиции суды приводят довод о том, что меры, принятые информационным посредником, нельзя признать необходимыми и достаточными для прекращения нарушения, если в результате принятия таких мер оно не было прекращено. В дополнение знающие информационные посредники идут дальше и внедряют специальные технологии (технические средства защиты), направленные на уменьшение количества противоправного контента.

В мировой практике есть опыт определения позитивного режима использования пользовательского контента. Так, согласно Закону об авторском праве Канады (The Copyright Act of Canada) не является нарушением авторского права использование или копирование физическим лицом существующего произведения или иного объекта, которые были опубликованы или иным образом доведены до всеобщего сведения, для создания нового произведения или иного объекта, охраняемого авторским правом, а также использование физическим лицом или с разрешения физического лица членом его семьи нового произведения или иного объекта или выдача разрешения посреднику на его распространение, если использование или выдача разрешения на распространение осуществлены исключительно для некоммерческих целей; указаны источник, название существующего произведения или иного объекта, если такое указание оправдано в соответствующих обстоятельствах; физическое лицо имеет разумные основания полагать, что существующий объект не нарушает авторского права и использование или выдача разрешения на распространение нового объекта не оказывают неблагоприятного воздействия, финансового или иного, на использование или потенциальное использование оригинального произведения, или на существующие или потенциальные рынки

для оригинального произведения, включая и то обстоятельство, что новый объект не является заменой оригинального⁶⁶⁶.

Чтобы оценить добросовестность указанных действий, важно учесть также и интересы иных субъектов, в том числе конечных пользователей. Так, не только пользователи нелегального контента нарушают интересы правообладателей, но, и правообладатели пытаются навязать пользователям некие дополнительные продукты, что с позиции пользователя может рассматриваться в качестве невыгодного условия. Изложенное позволяет сделать вывод о том, что одним из наиболее актуальных вопросов, как в российской, так и зарубежной практике стал вопрос возложения ответственности исключительно на провайдеров, а не на конечных пользователей, фактически являющихся нарушителями. Российские суды пошли по пути восполнения пробелов, ориентируясь на американскую модель. После внесения изменений в часть четвертую ГК РФ (Федеральным законом от 02.07.2013 № 187-ФЗ) предложены критерии освобождения провайдеров от ответственности за действия конечных пользователей.

Аналогичный подход как к видам информационных услуг, так и к основаниям освобождения от ответственности информационного посредника от ответственности содержится в Директиве 2000/31/ЕС Европейского Парламента и Совета от 8 июня 2000 г. «Об определенных аспектах услуг информационного общества, в частности, электронной коммерции, на внутреннем рынке»⁶⁶⁷. Так в п. 17 Преамбулы Директивы отмечается, что «информационные общественные услуги включают в себя любые услуги, которые предоставляются по индивидуальному запросу получателя услуг, как правило, за вознаграждение, на расстоянии посредством электронного оборудования, которое используется для переработки (включая цифровое сжатие) и сохранение информации». В Директиве устанавливается иммунитет информационных посредников, осуществляющих три вида услуг, такие как, доступ к Сети, включая передачу данных, кэширование и хостинг. В Законе США DMCA 1998 г. (Закон об авторском праве в цифровую эпоху) помимо трех, которые указаны в Директиве ЕС, выделяется еще услуга, связанная с использованием инструментов для указания местонахождения материала.

Ситуацию усугубляет то обстоятельство, что на практике неоднозначно решен вопрос об ответственности таких участников интернет - отношений, как владельцы и администраторы домена, владельцы и администраторы сайта. Кроме того, анализ судебной практики показывает,

⁶⁶⁶ Art. 29.21. The Copyright Act of Canada [Electronic resource] // Всемирная организация интеллектуальной собственности : [официальный сайт]. URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ca202en.pdf>

⁶⁶⁷ <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>

что у судов пока нет четкого понимания ни критериев привлечения указанных лиц к ответственности, ни определения статуса указанных лиц в конкретном правоотношении, поскольку зачастую для этого необходимы специальные знания. Подтверждением этому является проект Обзора практики Суда по интеллектуальным правам по вопросам, возникающим при рассмотрении дел о пресечении нарушений исключительных прав, где в п.1.1 исследуется вопрос о том, достаточно ли привлечения администратора домена в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований, или суд должен предложить истцу привлечь администратора домена как соответчика/второго ответчика? Так как в некоторых случаях администратор домена привлекают к участию в деле наряду с регистратором в качестве ответчика по требованию о прекращении делегирования доменного имени⁶⁶⁸, в других – в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований⁶⁶⁹.

Между тем, в зарубежном законодательстве наблюдается тенденция перераспределения ответственности за нарушения в сети с возложением ее на провайдеров и усиление ответственности конечных пользователей. Так, Digital Economy Act 2010 возлагает на интернет-провайдеров новые обязанности по уведомлению пользователей при получении сообщения от правообладателя о нарушении авторских прав, зафиксированного за конкретным IP-адресом. Они должны вести список нарушителей (the copyright infringement list), в который вносятся сведения о количестве таких сообщений в отношении конкретных пользователей, и предоставлять по запросу правообладателей анонимные списки, чтобы те смогли видеть, сколько сообщений было послано в отношении одного и того же пользователя⁶⁷⁰. Однако их персональные данные могут быть раскрыты лишь при наличии постановления суда, после чего правообладатель получает возможность начать судебный процесс в отношении нарушителя.

Важную роль данный акт отводит Управлению связи (The Office of Communications; Ofcom). Ему предстоит составить процессуальный кодекс (Code of practice «The Online Copyright Infringement Initial Obligations Code»; Ofcom's code⁶⁷¹), который после принятия парламентом детально урегулирует многие процедурные вопросы, не затронутые в Digital Economy Act 2010. Ofcom предполагает, что под действие кодекса попадут провайдеры с числом пользователей более 400 тыс. В нем раскрыты порядок подготовки и действий при получении сообщения о

⁶⁶⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 03.03.2020 по делу №А40-3119412018.

⁶⁶⁹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 20.05.2020 по делу №А40-77990/2019.

⁶⁷⁰ Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010. Summary // URL: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/copyright-infringement/summary>

⁶⁷¹ Проект кодекса см.: URL: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/copyright-infringement/summary/condoc.pdf>

нарушении авторских прав от правообладателя, уведомления пользователей о получении в отношении них сообщения, критерии их включения в список нарушителей, а также достаточные доказательства нарушения. Установлена трехступенчатая процедура уведомления пользователей, и после третьего раза они могут быть включены в указанный список. В то же время с целью защиты прав пользователей будет урегулирована процедура подачи и рассмотрения их жалоб, для чего Ofcom создаст самостоятельный орган⁶⁷².

Сегодня российские правообладатели активно обращаются с заявлением о принятии предварительных обеспечительных мер в Московский городской суд. Правообладатель должен представить документы, подтверждающие факт незаконного использования в информационно – телекоммуникационных сетях объектов авторского права и смежных прав и доказать свои права на данные объекты. Если суд признает заявление обоснованным, то, он выносит определение о применении предварительных обеспечительных мер и определяет срок, не более пятнадцати дней, в течение которого правообладатель должен обратиться с иском в суд. Если в течение указанного срока исковое заявление не будет подано, предварительные обеспечительные меры отменяются. Соответственно указанные меры не рассчитаны на оперативное устранение нарушения в Сети и требуют от правообладателя установления ряда юридических фактов, что может быть весьма затратно и по времени, и по финансам, а тем временем, правонарушение будет длиться, и нарушитель будет безнаказанно извлекать из его использования определенные преференции.

После вступления в силу Федерального закона N 187-ФЗ⁶⁷³ у правообладателей аудиовизуальных произведений появилась возможность ограничения доступа к противоправному материалу не только в судебном порядке через Мосгорсуд, но и во внесудебном порядке через Роскомнадзор. Алгоритм действий следующий: 1) Мосгорсуд в течение суток после подачи заявления правообладателя рассматривает и принимает предварительные обеспечительные меры, а Роскомнадзор исполняет данное определение суда (ст. 144.1 ГПК РФ); 2) основанием для блокировки ресурса является заявление правообладателя в Роскомнадзор о принятии мер по ограничению доступа к ресурсу, распространяющему материалы с нарушением исключительных прав. Заявление должно сопровождаться документами, подтверждающими права заявителя на объект исключительных прав и факт

⁶⁷² Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010. Summary // URL: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/copyright-infringement/summary>

⁶⁷³ Федеральный закон от 2 июля 2013 г. N 187-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях" // Собрании законодательства Российской Федерации от 8 июля 2013 г. N 27 ст. 3479.

использования в сети Интернет соответствующего объекта авторских или смежных прав. Роскомнадзор, после получения уведомления от правообладателя и определения суда о принятии предварительных обеспечительных мер, определяет провайдера хостинга и направляет уведомление с указанием наименования спорного произведения. В течение одного рабочего дня провайдер обязан уведомить владельца сайта о необходимости удаления противоправного контента в течение одного рабочего дня. Если противоправный контент не удален, провайдер хостинга обязан сам ограничить доступ к соответствующему ресурсу. Если же в течение трех рабочих дней данный контент не удаляется, Роскомнадзор предпринимает меры по блокировке информационного ресурса на уровне операторов связи путем внесения информации о сетевом адресе, доменном имени и URL в специальный реестр (Реестр НАП), то есть исключают ресурс из поисковой выдачи, на основании которой оператор должен ограничить доступ либо к противоправной информации или, в случае невозможности, ко всему ресурсу в целом. В случае отмены судебного определения или решения Роскомнадзор уведомляет хостинг-провайдера и операторов связи об отмене мер по ограничению доступа к ресурсу (п. 3 ст. 15.2 ФЗ от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и защите информации").

С 2015 г. антипиратский закон⁶⁷⁴ распространяется и на иные объекты авторских и смежных прав, кроме прав на фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии, а также предусмотрена возможность «вечной блокировки сайтов», которые неоднократно нарушают авторские или смежные права правообладателей. Данный специфический способ защиты предусмотрен в процессуальном законодательстве, согласно п. 3 ст. 26 ГПК РФ в случае рассмотрения Мосгорсудом дела, производство по которому было возбуждено по иску истца после вступления в силу решения, вынесенного тем же судом в пользу того же истца по другому делу о защите авторских и(или) смежных прав в сети Интернет, Мосгорсуд разрешает вопрос о постоянном ограничении доступа к сайту («вечная блокировка сайта»), на котором неоднократно и неправомерно размещалась информация, содержащая объекты авторских и (или) смежных прав, или информация, необходимая для их получения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети Интернет.

⁶⁷⁴ 24.11.2014 принят Федеральный закон N 364-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации", которым предусмотрены важные нововведения в области защиты интеллектуальных прав, вступившие в силу 01.05.2015. Указанный закон получил название «антипиратский».

Порядок ограничения доступа к сайту на постоянной основе регламентирован ст. 15.6 Закона об информации.

Ограничение доступа к копиям заблокированных сайтов ("зеркала") осуществляется исключительно во внесудебном (административном) порядке Министерством цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ (Минцифра). Термин "зеркало" в Законе об информации не упоминается, но в части 1 ст.15.6 Закона об информации используется термин "копия заблокированного сайта", то есть "сайт, сходный до степени смешения с сайтом сети Интернет, доступ к которому ограничен по решению Московского городского суда в связи с неоднократным и неправомерным размещением информации, содержащей объекты авторских и (или) смежных прав, или информации, необходимой для их получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети, в том числе сети Интернет."⁶⁷⁵ Сайт признается копией экспертами Минцифры коллегиально (минимум трое) на основании одного или нескольких критериев: общие признаки внешнего сходства копии заблокированного сайта и самого сайта (шаблон, цветовая гамма, расположение элементов); сходство доменных имен копии заблокированного сайта и самого сайта; сходство наименований копии заблокированного сайта и самого сайта; совпадение размещенной на копии заблокированного сайта и самом сайте информации, содержащей объекты авторских и (или) смежных прав, или информации, необходимой для их получения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей (полностью или в части); совпадение учетных записей (аккаунтов) пользователей копии самого сайта и заблокированного сайта, необходимых для аутентификации и предоставления доступа к их личным данным и настройкам; признаки технического взаимодействия копии заблокированного сайта и самого сайта, в том числе автоматическая переадресация пользователей с заблокированного сайта, синхронизация индекса положений копии заблокированного сайта и заблокированного сайта в поисковой выдаче, использование одной системы управления, резервирование имен на сетевом адресе; совпадение контактных данных администраторов копии заблокированного сайта и заблокированного сайта. Указанный перечень является открытым, а критерии достаточно гибкими - потенциально, копией заблокированного сайта может признаться не только классическое "зеркало", например, сайт с переадресацией), но и аффилированные с оригинальным доменом сайты (действующие

⁶⁷⁵ Порядок признания сайта "зеркалом" или копией заблокированного сайта" установлен Постановлением Правительства РФ N 1225 от 07 октября 2017 г.//СПС «Гарант»

под одним логотипом, схожие по дизайну, контенту или контактами администратора). Зеркала блокируются по тем же техническим принципам, что и оригинальные сайты⁶⁷⁶.

Недавним примером судебной практики может быть решение Московского городского суда от 17.02.2021 по делу №3-241/2021 по иску ООО «Национальный спортивный телеканал» о защите исключительных прав на сообщение в эфир телепередачи «Лига Европы УЕФА», осуществляемое в информационно – телекоммуникационной системе Интернет, в том числе на сайте newdoramy.ru. Решением суда иски удовлетворены. Решение вступило в законную силу от 29.12.2020 г., то есть до возбуждения Московским городским судом дела по настоящему иску. На основании изложенного у суда имеются основания для удовлетворения требований истца о принятии мер по постоянному ограничению доступа к сайту в информационно-телекоммуникационной сети Интернет newdoramy.ru., что в свою очередь, влечет за собой обязанность Роскомнадзора осуществить действия по направлению операторам связи соответствующие требования о принятии мер по постоянному ограничению доступа к сайтам в сети Интернет.

Так, с января 2021 года Роскомнадзор активно выдает новые протоколы в суд и уведомления зарубежным и российским соцсетям и сервисам: регулятор отправил в московский суд сразу 17 протоколов о правонарушениях из-за бездействия Twitter, Facebook, Google и TikTok по удалению запрещенного в РФ контента. В мае суд получил на Twitter шесть протоколов от Роскомнадзора и завел шесть отдельных административных дел. На Facebook и Google суд завел по 5 административных дел. На TikTok заведено еще одно новое дело. В настоящее время в московском суде находятся 9 протоколов о правонарушениях из-за бездействия Google по удалению запрещенного в РФ контента. По ним заведено 9 административных дел. Штраф по одному делу от 800 тысяч до 4 млн рублей. Максимальная итоговая сумма штрафов по всем делам до 40 млн рублей⁶⁷⁷.

Наконец, необходимо сказать, что ответственность информационных посредников, в том числе и за нарушения в сфере предпринимательской деятельности, наступает при наличии вины. Другие положения ст. 1250 ГК РФ, в том числе о том, что меры защиты применяются при нарушении права с учетом существа нарушенного права и последствий нарушения, о лицах, по

⁶⁷⁶ Кузьмина А.С. Блокировка сайтов за нарушения авторских прав в России: обзор основных проблем применения антипиратского закона// "Журнал Суда по интеллектуальным правам", N 28, июнь 2020 г.

⁶⁷⁷ <https://habr.com/ru/news/t/558888/>

требованию которых могут применяться меры защиты, применяются к ним на общих основаниях. В частности, к информационному посреднику разрешается применение требования о пресечении нарушений (п. 4 ст. 1253.1 ГК РФ).

Выявлено, что следующие инструменты защиты интеллектуальных авторских и смежных прав могут использоваться в сети Интернет на современном этапе:

1) система уведомлений нарушителя прав и принятие к нему мер воздействия при непринятии последним мер по устранению нарушений после получения предупреждений;

2) использование технических средств защиты;

3) создание специальных административных органов, осуществляющих контроль за использованием произведений в информационно – телекоммуникационных сетях;

4) участие общественных объединений правообладателей в выявлении нарушителей прав;

5) установление гражданско – правовой, административно – правовой и уголовно – правовой ответственности за нарушение авторских и смежных прав в информационно – телекоммуникационных сетях в отношении пользователей;

6) привлечение информационных посредников к участию в процессе предупреждения и защиты прав, возложение на них обязанностей по совершению действий, направленных на пресечение или прекращение нарушений авторских и смежных прав информационно – телекоммуникационных сетях. В случае непринятия подобных мер информационный посредник может быть привлечен к ответственности как за нарушение исключительных прав, так и за содействие в их нарушении.

Подтверждением эффективности применения указанных мер в гражданском обороте является недавний пример конфликта между публичным регулятором и такими гигантами как Google и YouTube. В Роскомнадзоре допустили, что к Google могут быть применены меры в виде замедления трафика. Регулятор дал компании сутки на удаление информации, распространение которой на территории России запрещено⁶⁷⁸.

Таким образом, существуют два механизма защиты авторских и смежных прав с сети Интернет:

1) внесудебный по прекращению нарушения и

⁶⁷⁸ https://tass.ru/obschestvo/11456907?utm_source=yxnews&utm_medium=desktop&nw=1621872511000 (дата обращения: 24.05.2021)

2) постоянное ограничение доступа к сайтам, распространяющих объекты авторского права и смежных прав без разрешения правообладателя («вечная блокировка сайта и его зеркал»).

Установлено, что необходимо усовершенствовать внесудебный порядок прекращения нарушений авторских и смежных прав в информационно – телекоммуникационной среде и возможности использования системы уведомлений.

В случае непринятия мер по устранению нарушений после предупреждений применяются такие меры воздействия к нарушителю как: снижение скорости трафика, приостановление доступа к Интернету и др. меры. При условии, что меры наказания должны быть соразмерны нарушению, справедливы и разумны. Данная модель, с одной стороны, должна стимулировать информационного посредника к возможному предотвращению нарушений, их выявлению и пресечению. С другой стороны, не перелagать на него ответственность за любые действия пользователей.

Для правообладателей более предпочтительным является ограничение доступа к копиям заблокированных сайтов («зеркал») во внесудебном порядке по следующим причинам: 1) быстро и оперативно (в течение суток) определяется существенное сходство до степени смешения с заблокированным сайтом: сравниваются интерфейсы, их цветовая гамма, расположение элементов, используемые шаблоны, наименования сайтов, учетные записи (аккаунты) пользователей, совпадение контента и др. критерии; 2) профессионально и компетентно федеральным органом исполнительной власти в результате сопоставления заблокированного сайта и «зеркала» принимается решение о признании сайта копией заблокированного сайта («зеркалом») и ресурс исключается информационным посредником из результатов поисковой выдачи; 3) незначительные издержки на правоприменение (в отличие, например, от судебного порядка блокировки сайта через суд).

Место и особенности имущественной ответственности в системе гражданско – правовых способов защиты субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав

Ответственность за имущественные нарушения в гражданском праве подразделяется на договорную и внедоговорную. Ответственность за нарушения субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав носит деликтный характер, если это не связано с неисполнением или ненадлежащим исполнением нарушителем обязанностей, лежащих на нем в силу договора с потерпевшей стороны.

Итак, чтобы привлечь нарушителя к ответственности и применить к нему гражданско – правовые санкции, необходимо правообладателю в действиях нарушителя доказать состав правонарушения (деликта):

- противоправное поведение (факт нарушения субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав нужно доказать, в то время как противоправность не входит в число условий возникновения деликтного обязательства⁶⁷⁹);
- вредоносные последствия на стороне правообладателя;
- причинно – следственная связь между поведением нарушителя и вредом, возникшим у правообладателя⁶⁸⁰ и
- вина нарушителя (глава 59 ГК РФ предусматривает специальные основания ответственности, не зависящие от вины, в частности, исключение составляет независимая от вины ответственность предпринимателей за нарушения интеллектуальных прав. Вина причинителя вреда предполагается)⁶⁸¹.

Возмещение убытков и взыскание компенсации - это меры ответственности, применяемые при защите нарушенных исключительных авторских и смежных интеллектуальных прав, которые носят имущественный характер и всегда сопряжены с применением государственно – принудительного воздействия на нарушителя, влекущих для него дополнительные невыгодные имущественные последствия его поведения (гражданско – правовые санкции). Тем самым имущественная ответственность за нарушение субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав это гражданско – правовая категория, которая выполняет функцию экономического воздействия на нарушителя и является одним из методов экономического регулирования фактических отношений, складывающихся в обществе.

Итак, докажем этот тезис:

1. правообладатель и нарушитель находятся в состоянии юридического равенства, они равноправные и независимые «товаровладельцы»;

⁶⁷⁹ Гражданское право: учебник: в 4 т./отв.ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – Москва: Статут, 2020. 4 т. С.482-483.

⁶⁸⁰ Для применения компенсации за нарушение интеллектуальных прав не требуется установление вреда и причинно – следственной связи.

⁶⁸¹ Данное законодательное решение нельзя признать удачным и справедливым. Очевидно, что это должно применяться только по отношению к тем, кто сознательно собирается использовать объекты авторского права или смежных прав или допускает грубую неосторожность.

2. это ответственность нарушителя перед потерпевшим, поэтому имущественные санкции, возлагаемые на нарушителя, взыскиваются в пользу потерпевшей стороны (правообладателя);
3. возмещение убытков и взыскание компенсации имеют своей целью восстановление имущественной сферы правообладателя от правонарушения, но не его неосновательное обогащение (компенсационная природа);
4. применение мер ответственности имеет стимулирующую, организационную направленность, которая призвана побуждать участников гражданского оборота к добросовестному поведению;
5. взыскание компенсации как мера ответственности за нарушение авторских и смежных интеллектуальных прав в двукратном размере стоимости права на использование и в двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров осуществляет наказательную и штрафную функции в отношении нарушителей⁶⁸²;
6. компенсация морального вреда за нарушение личных неимущественных прав автора или иного правообладателя не является исключением из общего правила. Она состоит в денежной компенсации и осуществляется независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда, сверх него. Обычно при нарушении личных неимущественных прав автора или иного исполнителя речь идет о причинении нравственных страданий. В этом случае, в отличие от физических страданий, моральный вред не предполагается и правообладатель (гражданин) должен представить доказательства своих страданий. Иначе факт нравственных страданий будет считаться не установленным⁶⁸³. При определении размеров компенсации морального вреда определяющая роль принадлежит судейскому усмотрению. Кроме того, большинство стран ЕС деления гражданско-правовых способов защиты для исключительного права и личных неимущественных прав не проводят⁶⁸⁴. Однако, эта специфика учитывается в Индии и Китае. В Индии одним из способов защиты моральных прав выступает возможность истинного правообладателя обратиться с иском в суд о признании его авторских прав, в

⁶⁸² Исследователи отмечают откровенно карательный характер «штрафных убытков». Данную проблему называют в качестве основной применительно к компенсации в двукратном размере стоимости контрафактного экземпляра произведения или стоимости права использования произведения. См.: Коциоль Х. Традиционный подход к превенции в деликтном праве//Вестник гражданского права №5, 2014.

⁶⁸³ П.32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 1//СПС «Гарант».

⁶⁸⁴ См. более подробно: Матвиенко Д. В. Защита авторских прав иностранных граждан в Российской Федерации и в странах Европейского Союза : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013. С. 21—22.

том числе права авторства, даже после уступки полностью или в части исключительного права (the right to claim authorship of the work) – пп. (а) п.1 ст. 57 Закона 1957г. При этом автор вправе указать лицо, на которое он возлагает охрану авторства, имени автора и неприкосновенность произведения после своей смерти. Это лицо осуществляет свои полномочия пожизненно. При отсутствии таких указаний или в случае отказа назначенного автором лица от исполнения соответствующих полномочий, а также после смерти этого лица охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения осуществляется наследниками автора, их правопреемниками и другими заинтересованными лицами⁶⁸⁵. Принципиально важно понимать, что английское законодательство об авторском праве является образцом для права Индии, однако есть и свои особенности. Так, например, ст. 60 Закона 1957 г. содержит средства правовой защиты в случае необоснованной угрозы начала судебного преследования (remedy in the case of groundless threat of legal proceedings). В случае, когда любое лицо, утверждающее, что оно является обладателем авторского права на любое произведение, в циркулярах, в рекламе, или другим способом угрожает какому – либо лицу судебным разбирательством или привлечением к ответственности за якобы совершенное им нарушение авторского права, пострадавшее от этого лицо может начать декларативный судебный процесс (institute a declaratory suit) о том, что якобы совершенное им нарушение авторских прав не является нарушением каких – либо прав лица, заявляющего указанные угрозы. В результате такого процесса истец вправе: получить судебный запрет (injunction) на дальнейшие угрозы; взыскать такие убытки, которые он понес в результате этих угроз.

В отличие от мер защиты в узком смысле и мер гражданско – правовой ответственности в российском гражданском праве в странах общего права различают прямые и косвенные нарушения авторских и смежных прав. *Direct infringement* представляют собой непосредственное использование произведения, состоящее в его воспроизведении, исполнении и др., любым лицом или по его разрешению третьим лицом, требующее согласия правообладателя. В рамках прямого нарушения истец должен доказать, что ответчик осуществлял действия, входящие в сферу авторско – правового контроля, далее доказывает причинно – следственную связь между охраняемым произведением и произведением ответчика в виде несогласованного заимствования и

⁶⁸⁵ См.: Parthiba M. Singh. Introduction to copyright in India.

[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_ip_del_10/wipo_ip_del_10_theme01_3.ppt]

неправомерное действие должно быть осуществлено в отношении произведения в целом или его существенной части. В то время как, *secondary infringement* совершаются при наличии уже имеющегося нарушения авторских прав или непосредственно способствуют совершению прямого нарушения авторских прав. По этому признаку косвенных нарушения делятся на два вида. Первое нарушение совершается с уже имеющимися контрафактными копиями произведений (импорт, владение и распространение контрафактных копий и др.). Второе нарушение образуют действия, способствующие созданию контрафактных копий, например, предоставление средств для изготовления копий, нарушающих авторские права или разрешение на использование помещения и предоставление аппаратуры для проведения представления в нарушение авторских и смежных прав⁶⁸⁶. Далее, все косвенные нарушения совершаются для извлечения прибыли и субъект должен понимать и осознавать, что совершает правонарушение, тогда, как для прямого нарушения осознание этого факта не является необходимым элементом состава⁶⁸⁷. Несмотря на отсутствие прямой аналогии в отечественном гражданском праве, тем не менее, мы проводим различие между правонарушениями, которые осуществляются непосредственно в отношении произведений и правонарушениями, заключающимися в способствовании совершению таких нарушений⁶⁸⁸.

Наиболее действенным и востребованным практикой является такой способ защиты субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав, как возмещение убытков. Требование о возмещении убытков предъявляется к лицу, неправомерно использовавшему результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без заключения соглашения с правообладателем (бездоговорное использование) либо иным образом нарушившему его исключительное право и причинившему ему ущерб. По смыслу ст. 1252 ГК РФ, основной формой компенсации причиненного потерпевшему материального ущерба является возмещение убытков, включая упущенную выгоду. Понятие убытков определяется в соответствии со ст. 15 ГК РФ и предполагает взыскание реального ущерба и упущенной выгоды. В качестве примера реального ущерба можно привести произведенные истцом расходы на

⁶⁸⁶ Ст. 16, 24-26 «The Copyright, Designs and Patents Act 1988» <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents>

⁶⁸⁷ Bently L., Sherman B. Intellectual Property Law. P. 217-218.

⁶⁸⁸ Право интеллектуальной собственности. Том 2. Авторское право: Учебник/ Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А Новоселовой. М., 2017. С. 229.// СПС «Консультант»

устранение искажений и иного посягательства на неприкосновенность произведения либо на восстановление материальных носителей произведения, которые повреждены или уничтожены нарушителем авторского права⁶⁸⁹.

Иногда в литературе к реальному ущербу относят также понесенные истцом судебные издержки (расходы на оказание юридической помощи, уплату государственной пошлины, проведение судебной экспертизы и т. п.) Однако данные расходы имеют иную правовую природу, нежели убытки, и взыскиваются в особом порядке, установленном процессуальным законодательством.

В сфере защиты авторских и смежных прав потерпевшие гораздо чаще сталкиваются не с реальным ущербом, а с упущенной выгодой, которая могла быть получена правообладателем в условиях нормальной реализации принадлежащих ему исключительных прав. При этом по общим правилам судопроизводства обоснование размера причиненных убытков, включая упущенную выгоду, — задача самого потерпевшего, который должен доказать как факт нарушения принадлежащих ему авторских прав, так и причинную связь между нарушением его прав и возникшими убытками⁶⁹⁰. Такой подход соответствует и экономическому анализу права, так как потенциальные нарушители и потенциальные потерпевшие являются рациональными лицами, делающими расчеты, которые сравнивают ожидаемые расходы и прибыль от положения в мире и подвержены своим склонностям. В теории рационального выбора, (которая является одной из трех отличительных особенностей экономического анализа права) презюмируется, что лицо, принимающее рациональное решение, будет сравнивать юридические цены с альтернативными и выполнять правовые обязанности, если цена исполнения намного выше, цены неисполнения. Так, если выгода от нарушения

⁶⁸⁹ В связи с этим не представляется возможным согласиться с утверждением о том, что «реальный ущерб в делах о нарушении исключительных прав отсутствует». Скорее всего, данный вывод можно признать справедливым только в отношении патентоохраняемых объектов. См. более подробно: Ворожевич А.С. Защита исключительных прав на патентоохраняемые объекты». М., 2020. С. 77.

⁶⁹⁰ Хочется надеяться, что такой непопулярный в России иск о возмещении убытков получит свое новое рождение благодаря п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Правоприменителем было отмечено, что размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. По смыслу п. 1 ст. 15 ГК РФ, в удовлетворении требования о возмещении убытков не может быть отказано только на том основании, что их точный размер невозможно установить. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению. Верховный Суд РФ в п. 14 указанного постановления констатировал, что поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, то при разрешении споров, связанных с ее возмещением, следует принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер (разумная степень достоверности). Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске.

контракта составляет 10 тыс. долл. и денежная компенсация убытков, которую нарушитель может предполагать (ожидать) к выплате невиновной стороне составляет 5 тыс. долл., то существует вероятность того, что контракт будет нарушен⁶⁹¹.

Однако доказать наличие убытков и документально обосновать их размер, особенно в части упущенной выгоды, бывает непросто, поэтому согласно п. 3 ст. 1252 ГК РФ в случаях, предусмотренных ГК РФ для отдельных результатов интеллектуальной деятельности (в том числе объектов авторского права и смежных прав) или средств индивидуализации, при нарушении исключительного права правообладатель вправе вместо возмещения убытков требовать от нарушителя выплаты компенсации за нарушение указанного права⁶⁹². По этой причине целесообразно для целей привлечения правонарушителей к имущественной ответственности за незаконное использование результатов интеллектуальной деятельности и расчета упущенной выгоды учитывать потери лицензиатов, которые сами не обращаются за защитой исключительного права, но на практике, чаще всего, и взыскание убытков, и взыскание компенсации рассчитываются правообладателями основываясь на недополученных рояли по лицензионным контрактам. В свое время Президиум ВАС РФ указал, что ежегодный платеж пользователя (третьего лица) может расцениваться как убытки истца в виде неполученных доходов⁶⁹³.

В иностранной литературе отмечается дискуссия по вопросу природы недополученных роялти. По мнению М. Спенса при выплате разумных роялти ответчик осуществляет реституцию своего неосновательного обогащения. Р. Стивенс противопоставляет подходу Спенса свой собственный взгляд, в соответствии с которым, подобные убытки не являются ни компенсационными, ни реституционными, а лишь монетизируют ценность права, которое было нарушено⁶⁹⁴. Однако на практике вопрос можно поставить и по – другому: помимо ранее

⁶⁹¹ См. более подробно: Томас С. Улен Теория рационального выбора в экономическом анализе права//Вестник гражданского права №3, 2011. Том 11.С. 286 – 287. Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд.//Вестник экономического правосудия РФ №11, 2014.С. 36-37.

⁶⁹² Для российского права институт взыскания компенсации не является абсолютно новым. В Российской империи, согласно п. 23 Положения об авторском праве, одобренного Государственным советом и Государственной Думой и высочайше утвержденного 20 марта 1911 г. в качестве Закона об авторском праве, размер вознаграждения, а не ущерба, причитавшегося автору или его правопреемникам за нарушение авторского права, устанавливался судом «по соображении всех обстоятельств дела по справедливому усмотрению». См.: Беляцкий С. А. Новое авторское право в его основных принципах. СПб., 1912. С. 90; Пиленко А. А. Новый закон об авторском праве. СПб., 1911. С. VIII.

⁶⁹³ Постановление Президиума ВАС РФ №3578/05 от 5 июля 2005г.

⁶⁹⁴ См. более подробно: Spence M. Intellectual property. Oxford,2007; Stevens R. Torts and Rights.Oxford, 2007.

выданных правообладателем лицензий, что он еще может предъявить в процессе для обоснования указанной выше суммы? Может ли сослаться на свою переговорную позицию, де – факто или де – юре аффилированность, спрос на данный на результат интеллектуальной деятельности на рынке, на недобросовестное поведение контрагента? Представляется, что суд может учитывать все эти обстоятельства при обосновании размера упущенной выгоды, но, он проявляет завидную последовательность и из всех обстоятельств учитывает только цену ранее выданных правообладателем лицензий.

В странах общего права при отсутствии возможности доказывания представленных выше фактов правообладатель имеет право требовать выплаты законодательно установленной суммы убытков. Несомненно, что указанная сумма, должна каким-либо образом соотноситься с реальным ущербом, причиненным правообладателю, однако в связи с тем, что она рассчитана на то, чтобы избавить истца от обязанности доказывания реального ущерба, соблюдения абсолютной точности в соотношении не требуется⁶⁹⁵. Американский законодатель в Title 17, Chapter 3, Sec. Ph. 504 (c) US Code⁶⁹⁶ вместо возмещения реального ущерба и упущенной выгоды позволяет требовать законодательно установленную сумму убытков (statutory damages). Нетрудно заметить, что окончательную сумму определяет суд. В этом случае правообладателю будет выплачена сумма в размере 750—30 000 долл. США за объект авторского права, если нарушение признано неумышленным. Если же нарушение было совершено с умыслом, то максимальная планка повышается до 150 000 долл. США за объект. Установление большей суммы в отношении умышленных нарушений обусловлено желанием законодателя наделить данный способ защиты авторских прав не только чертами компенсации правообладателю, но и чертами превенции. При определении суммы убытков, подлежащих выплате, американский суд

⁶⁹⁵ См.: Fitzgerald Pub.Co., Inc. v. Baylor Pub. Co., Inc.NO. 84-CV-2482 [Electronic resource] // United States District Court, E. D. New York. September 10, 1987. URL: http://www.leagle.com/decision/19871803670FSupp1133_11607.xml

⁶⁹⁶ См.: URL: <http://uscode.house.gov> Джейкоб П. Русма, Джеймс Л. Керр и Роберт Ф. Райлли на основе анализа практики в США предлагают три метода расчета экономического ущерба и экономической выгоды в результате нарушения прав на результаты интеллектуальной деятельности: метод стоимости «до и после нарушения»; метод «если бы не нарушение»; метод фактических издержек/издержек упущенных возможностей. Эти три метода соответствуют трем основным подходам: доходному, сравнительному и затратному. По мнению А. В. Костина, из трех описанных методов реально работающими в Российской Федерации можно считать только «метод стоимости «до и после нарушения», так как, например, при расчете с помощью второго метода встает вопрос о дате окончания нарушения, о наличии или отсутствии «остаточного эффекта от события». Автор приводит собственную формулу метода, который может быть использован при анализе ущерба, — «метод издержек и упущенных возможностей». На его основании определяются необходимые расходы правообладателя на работы, услуги и материалы в рыночных ценах, необходимые для восстановления нарушенного права, неполученные доходы в связи с нарушением прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые получил бы правообладатель при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено. См. более подробно: Костин А. В. Комментарий научного редактора перевода статьи «Анализ упущенной выгоды и экономического ущерба от нарушения прав интеллектуальной собственности» [Электронный ресурс] // Business Valuations Guide. 2007. № 1. URL: http://www.labrate.ru/profiko/BVG-article_2007-01_kostin_page_174-175.htm

основывается на ряде обстоятельств: размер полученного нарушителем дохода, размер сохраненных в связи с нарушением средств, доходы, утраченные заявителем, стоимость объекта нарушения, превентивный эффект суммы убытков, факторы, связанные с конкретным виновным деянием⁶⁹⁷. Предъявлять требования о возмещении расходов на адвоката и о выплате законодательно установленной суммы убытков можно только при условии регистрации правообладателем авторских прав до их нарушения.

Следующей доступной правообладателю мерой гражданско – правовой ответственности является - взыскание компенсации. Взыскание компенсации вместо возмещения убытков предусмотрено за нарушения прав на произведение (ст. 1301 ГК РФ), на объекты смежных прав (ст. 1311 ГК РФ). В доктрине компенсацию за нарушение интеллектуальных прав считают суррогатом требования о возмещении убытков, наряду с неустойкой, так как их широкое распространение было связано с возложением на истца (потерпевшего) невыносимого бремени доказывания⁶⁹⁸. Исследователи задаются вопросом: зачем нужно было умножать сущности и позволять правообладателям взыскивать недополученные роялти и в качестве убытков, и в качестве компенсации (пусть и альтернативно?). По этой причине, пишет Ворожевич А.С., необходимость в специальных мерах ответственности отсутствует.⁶⁹⁹ Однако во многих случаях нарушения интеллектуальных прав у правообладателя теперь есть выбор между полным возмещением вреда или использованием альтернативных мер ответственности в виде взыскания твердой суммы.

При этом компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения, а правообладатель, обратившийся за защитой права, освобождается от доказывания размера причиненных ему убытков (абз. 2 п. 60 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10). Указанные нормы права предполагают одну и ту же величину компенсации, а также сходный механизм ее исчисления. Если же правообладатель может доказать убытки и (или) полученные нарушителем доходы, то, конечно, логичнее в этой ситуации предъявлять требование о взыскании убытков.

⁶⁹⁷ Партридж М. выделяет на основании анализа практики, по - сути, три метода доказывания убытков: 1) убытки = доходы, которые мог получить правообладатель; 2) убытки = неполученные роялти (reasonable royalty) или ставка, определенная с привлечением оценщика или путем проведения судебной экспертизы; 3) убытки = доходы, которые получил нарушитель (disgorgement of profits). См.: Partridge M. V. B. Copyright Litigation: Determining Copyright Damages // IP Litigator, March / April, 2000.

⁶⁹⁸ Гражданское право: учебник: в 4 т./ отв.ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – Москва: Статут, 2019. С.521.

⁶⁹⁹ Ворожевич А.С. Защита исключительных прав на патентоохраняемые объекты». М., 2020. С. 82.

Размер компенсации определяется судом в пределах, установленных действующим законодательством. В зависимости от характера нарушения и иных обстоятельств дела с учетом требований разумности и справедливости компенсация составляет от 10 тыс. до 5 млн. руб. (в каждом случае ее величина определяется по усмотрению суда) либо взимается в двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров произведения или в двукратном размере стоимости права использования произведения, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения тем способом, который использовал нарушитель.

Требование о взыскании компенсации носит имущественный характер. Правообладатель вправе требовать от нарушителя выплаты компенсации за каждый случай неправомерного использования результата интеллектуальной деятельности либо за допущенное правонарушение в целом. В постановлении Президиума ВАС РФ от 27.09.2011 № 3602/11 речь идет о возможности выбора одного из двух вариантов определения размера компенсации. В то же время существует мнение о том, что ГК РФ предусматривает способы расчета взыскиваемой компенсации, а не самостоятельные их виды⁷⁰⁰.

Изучение правовой позиции, приведенной в постановлении Президиума ВАС РФ от 27.09.2011 № 3602/11, позволяет сделать вывод о том, что если правообладатель уже сделал выбор одного из двух видов компенсации (в твердом размере или в размере, зависящем от объема использования), то суд не может по своей инициативе изменить это решение. Так, заявляя требования о взыскании компенсации за незаконное использование объекта авторского права или смежных прав, истец вправе представить в суд документы, экономические расчеты и иные доказательства, указывающие на предполагаемое общее количество выпущенного за определенный промежуток времени контрафактного товара, например тираж периодического издания.

⁷⁰⁰ Некоторые ученые полагают, что при определении размера компенсации следует принимать во внимание характер нарушения (какие права нарушены), масштаб нарушения (например, количество контрафактных экземпляров), вину нарушителя, убытки правообладателя, доход нарушителя и др. Другие предлагают также учитывать характер неправомерно использованного произведения, интерес к нему со стороны публики, известность автора, доход от обнародования прежних произведений (см.: Защита авторских прав и смежных прав по законодательству России : науч. практ. изд-е / под ред. И. В. Савельевой. М. : Экзамен, 2002. С. 117). То есть фактически подлежат учету те обстоятельства, которые формируют у суда представление о том, какая сумма компенсации соразмерна допущенному нарушению прав, насколько пострадали интересы правообладателя. При этом сумма должна быть определена исходя из принципов разумности и справедливости, а также соразмерности компенсации последствиям нарушения. Данные теоретические положения нашли закрепление в п. 60—70 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10. Так, суд учитывает, в частности, допускалось ли нарушение неоднократно, носило ли нарушение грубый характер, вероятные имущественные потери правообладателя, являлось ли использование результатов интеллектуальной деятельности существенной частью хозяйственной деятельности нарушителя и др.

Таким образом, если ответчик — производитель или распространитель контрафактного товара, возражая истцу, не представляет суду доказательства, опровергающие расчеты истца, в частности факты, подтверждающие иное количество произведенного или предлагаемого к продаже товара, суд выносит решение на основании документов, представленных истцом. В этом случае компенсация подлежит взысканию в заявленном истцом размере. Аналогичный подход, возможно, будет применяться, если ответчик уклонится от раскрытия данных об объеме контрафактного товара. И наоборот, если истец, заявляя требование о взыскании компенсации в твердом размере, не представит суду расчет и обоснование суммы компенсации, то при доказанности факта правонарушения с ответчика будет взыскана компенсация в минимальном размере. Тем не менее, вне зависимости от способа расчета суммы компенсации в исковом заявлении должна быть указана цена иска в твердом размере. В случае если истцом определен общий требуемый размер компенсации без определения по количеству нарушений, суд будет исходить из того, что в заявленном размере компенсации учтены суммы компенсации за каждое нарушение в разных долях. Если истцом не указан размер требуемой компенсации (цена иска), то суд выносит определение об оставлении соответствующего иска без движения. К сожалению, приходится констатировать, что при применении данного способа расчета компенсации судебные решения носят весьма произвольный и субъективный характер, анализ конкретных обстоятельств дела судами не приводится. Как ни парадоксально это может показаться, но Верховный Суд РФ разъяснил нижестоящим судам в п.61 Постановления Пленума ВС РФ №10 что, заявляя требование о взыскании компенсации в размере от 10 тыс. до 5 миллионов рублей, определяемом по усмотрению суда, истец должен представить обоснование размера взыскиваемой суммы, подтверждающее, по его мнению, соразмерность требуемой им суммы компенсации допущенному нарушению, за исключением требования о взыскании компенсации в минимальном размере. Каждый раз непросто понять логику, чем будет руководствоваться конкретный судья при установлении того или иного размера компенсации. Однако ни при каких обстоятельствах суд по своей инициативе не вправе изменять способ расчета суммы компенсации. Слабой стороной отечественного правоприменения является отсутствие единого подхода к расчету компенсации в твердой сумме.

Весьма познавательным представляется изучение судебной практики по вопросу о возможности определения размера, подлежащей взысканию компенсации в двукратном размере стоимости права использования результата интеллектуальной деятельности и (или) в

двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров (товаров).⁷⁰¹ Анализ правовой позиции, изложенной в постановлении Президиума ВАС РФ от 02.04.2013 № 16449/12, позволяет утверждать: суды с учетом конкретных обстоятельств дела в случае выбора правообладателем одного из вариантов определения размера взыскиваемой компенсации (в двукратном размере стоимости права или в двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров (товаров)) вправе самостоятельно снизить компенсацию ниже двукратного размера стоимости контрафактных товаров или двукратного размера стоимости права использования, если только речь шла о товарных знаках. Полагаем, что данный правовой подход обусловлен необходимостью учета при определении размера компенсации как вида гражданско-правовой ответственности, так и всех обстоятельств допущенного нарушения. Очевидно, что размер компенсации должен определяться исходя из необходимости восстановления имущественного положения правообладателя, а не в целях его обогащения. При этом правообладатель должен быть поставлен в имущественное положение, в котором находился бы, если бы объект авторского права или смежных прав использовался правомерно. Поэтому компенсация за нарушение исключительного права в большей степени имеет правосстановительный характер.

Однако снизить компенсацию подобным образом еще совсем недавно было невозможно⁷⁰². Лишь 1 октября 2014 г. вступила в действие правовая норма о возможности

⁷⁰¹ ГК РФ (в редакции Федерального закона от 12.03.2014 № 35-ФЗ) допускает такую возможность. См. подробнее: СПС «Гарант».

⁷⁰² Хорошей иллюстрацией неоднозначности и спорности сказанного, является следующее дело: при первоначальном рассмотрении гражданского дела по иску общества с ограниченной ответственностью «К.» к индивидуальному предпринимателю Л. Арбитражный суд Алтайского края частично удовлетворил требования истца о взыскании компенсации за нарушение принадлежащих ему исключительных прав на музыкальные произведения, автором и исполнителем которых является М., а также на фонограммы этих музыкальных произведений. Расценив продажу ответчиком контрафактного компакт-диска, содержащего фонограммы нескольких десятков музыкальных произведений, исполняемых М., как продажу одной партии однотипных товаров, т. е. как один случай правонарушения, и учитывая обстоятельства дела, в частности тяжелое материальное положение ответчика, Арбитражный суд Алтайского края, исходя из требований разумности, справедливости и соразмерности, решением от 8 июня 2015 г. (оставлено без изменения постановлением Седьмого арбитражного апелляционного суда от 28 августа 2015 г.) снизил уточненную истцом сумму компенсации с 859 тыс. до 15 тыс. руб. С выводами арбитражных судов первой и апелляционной инстанций не согласился Суд по интеллектуальным правам, который отменил принятые ими судебные акты и направил дело на новое рассмотрение в Арбитражный суд Алтайского края, указав в постановлении от 28 января 2016 г., что каждое из музыкальных произведений и фонограмм, содержащихся на компакт-диске, является самостоятельным объектом авторских и смежных прав, подлежащим защите, и что п. 3 ст. 1252 ГК РФ в действующей редакции, введенной Федеральным законом от 12.03.2014 № 35-ФЗ, в данном деле применен ошибочно, поскольку договор розничной купли-продажи контрафактного компакт-диска был заключен ранее — 19 июня 2013 г. Кроме того, Суд по интеллектуальным правам посчитал недостаточно обоснованными выводы о злоупотреблении правом со стороны истца и о том, что истцом не утрачена возможность предъявления требований не только к продавцу товара, но и к его производителю и перепродавцам. В связи с этим 27 апреля 2016 г. Арбитражный суд Алтайского края направил в Конституционный Суд РФ запрос о проверке конституционности подлежащих применению в деле по данному иску положений ст. 1301 и 1311 ГК РФ и определением от 6 мая 2016 г. приостановил производство по данному делу до разрешения поставленного им вопроса Конституционным Судом РФ.

уменьшения судом размера взыскиваемой компенсации ниже пределов, установленных ГК РФ. Она применяется при условии совершения ответчиком нескольких правонарушений в одном действии⁷⁰³. По мнению Корнеева В.А., и оно абсолютно обоснованно, размер экономических потерь правообладателя не возрастает в арифметической прогрессии при возрастании количества нарушений, если эти нарушения совершаются одновременно одним действием (чаще всего – размещением произведений на одном материальном носителе). Соответственно, минимальным пределом, до которого возможно снижение суммы компенсации ниже низшего предела, должна быть сумма компенсации, подлежащая взысканию за одно нарушение. Суд при этом, пишет исследователь, должен учесть насколько вероятно увеличение размера имущественных потерь правообладателя ввиду нарушения прав на несколько объектов одновременно⁷⁰⁴.

Указанная норма позволит вернуть институту компенсации его исключительно восстановительную функцию. При этом суд, рассматривая конкретное дело с учетом его конкретных обстоятельств, сможет учесть, какие действия были совершены нарушителем, и исходя из этого определит, какая сумма компенсации является соразмерной. Собственно, именно такая логика и заложена в институт компенсации: являясь видом гражданско-правовой ответственности за нарушение исключительного права, она применяется согласно п. 3 ст. 1252 ГК РФ вместо возмещения убытков и не должна иметь штрафного характера⁷⁰⁵. Однако лицо, нарушившее исключительное право на объект интеллектуальной собственности при осуществлении предпринимательской деятельности, — исходя из общих принципов гражданско-правовой ответственности и с учетом того, что обладатель нарушенного права освобождается от доказывания размера причиненных ему убытков, а санкция в виде выплаты компенсации подлежит применению независимо от вины нарушителя (п. 3 ст. 1250 и п. 3 ст. 1252 ГК РФ)⁷⁰⁶, — должно иметь возможность доказать, что им были приняты все

⁷⁰³ См.: Абзац 3 п. 3 ст. 1252 ГК РФ (в редакции Федерального закона от 12.03.2014 № 35-ФЗ).

⁷⁰⁴ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный)/ Отв.ред. Е.А. Павлова. – М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. (Автор комментария к ст. 1301 ГК РФ – Корнеев В.А.). С.337.

⁷⁰⁵ В этом ключе Конституционный Суд РФ высказался в Постановлении от 13.12.2016 № 28-П «По делу о проверке конституционности подпункта 1 статьи 1301, подпункта 1 статьи 1311 и подпункта 1 пункта 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросами Арбитражного суда Алтайского края».

⁷⁰⁶ Следует отметить, что есть немало противников безвиновной ответственности предпринимателей при нарушении исключительных прав. Как отмечают Е. А. Павлова и А. В. Егоров, опираясь на комментарий к германскому патентному закону, только вина должна являться основанием для привлечения к ответственности при нарушении исключительного права. Правда, в Германии высокий стандарт предъявляется к должной осмотрительности, без которой суд не признает лицо невиновным. В первом варианте комментария к ст. 1250 ГК РФ, с учетом иностранного опыта, было написано универсально о том, что любое лицо отвечает без вины. Но на

необходимые меры и проявлена разумная осмотрительность, с тем чтобы избежать незаконного использования права, принадлежащего другому лицу — правообладателю⁷⁰⁷.

И действительно штрафные меры гражданско – правовой ответственности за нарушение интеллектуальных авторских и смежных прав (двукратный размер стоимости контрафактных экземпляров произведения и двукратный размер стоимости права использования) целесообразны только в том случае, когда они направлены на снижение мотивации участников оборота совершать нарушения и не должны приводить к обогащению правообладателя (здесь проявляется компенсаторно – восстановительная функция имущественной ответственности за нарушение интеллектуальных прав).

Так, в действующем законодательстве Китая, при рассмотрении дел о нарушении авторских или смежных прав правонарушитель обязан выплатить компенсацию в соответствии с суммой фактического ущерба. В случае сложности установления ущерба допускается выплата компенсации в соответствии с суммой незаконно полученного дохода правонарушителя. Сумма компенсации должна включать разумные расходы потерпевшего лица. В том случае, если сумму ущерба правообладателя или иного заинтересованного лица, составляющую полученную правонарушителем прибыль, установить не представляется возможным, то Народный суд на основании обстоятельств дела определяет сумму компенсации в размере до 500 тыс. юаней⁷⁰⁸.

сегодняшний день вывели из-под безвиновной ответственности только обычных граждан. И в связи с этим мы получили массу несправедливых решений суда с супермаркетами «Перекресток», «Ашан» и др. См. более подробно: Интервью с Е. А. Павловой «Там, где поощряют ввоз из-за границы вместо производства, по сути, не ориентируются на развитие собственной экономики» // Арбитражная практика. 2017. № 12. С. 17—18.

⁷⁰⁷ Минкультуры России в целях реализации Постановления Конституционного Суда РФ от 13.12.2016 № 28-П подготовило проект поправок в п. 3 ст. 1252 ГК РФ. Минкультуры России предлагало дополнить п. 3 ст. 1252 ГК РФ положением, согласно которому в случае, если одним действием индивидуального предпринимателя при осуществлении им предпринимательской деятельности были нарушены права на несколько результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, принадлежащих одному правообладателю (так называемая множественность нарушений), общий размер компенсации может быть снижен судом ниже пределов, установленных ГК РФ, при одновременном наличии следующих условий: использование результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации с нарушением прав правообладателей совершено индивидуальным предпринимателем впервые, не носит грубый характер и не является существенной частью его предпринимательской деятельности; размер подлежащей выплате компенсации даже с учетом имеющейся возможности ее снижения многократно превышает размер причиненных правообладателю убытков. Отметим, что в проектируемом положении речь идет только об индивидуальных предпринимателях. Указаний относительно возможности его применения к юридическим лицам проект не содержал (текст проекта размещен на Федеральном портале проектов нормативных правовых актов для публичного обсуждения (ID проекта 02/04/02-17/00061822)). В результате Федеральный закон от 12.03.2014 № 35-ФЗ дополнил абз. 3 п. 3 ст. 1252 ГК РФ следующим содержанием: речь идет о правообладателях вообще безотносительно к их статусу, и при множественности нарушений можно ставить вопрос о снижении размера компенсации, но не ниже 50 % от суммы минимальных размеров всех компенсаций, т. е. 5000 руб. за каждый факт нарушения, или однократный размер стоимости контрафактных экземпляров (товаров). И лишь в случае, если ответчиком заявлено о необходимости применения соответствующего порядка снижения компенсации. То есть ситуация множественности является единственным случаем, при котором допустимо снижение компенсации судом.

⁷⁰⁸ Ст. 49 Закона КНР «Об авторском праве» 1990 г. http://chinalawinfo.ru/civil_law/law_copyright

Анализ законодательства ЕС⁷⁰⁹ показал, что оно содержит немногочисленные положения, относящиеся к защите интеллектуальных прав, и в большей части предусматривает специальные положения предоставления защиты в зависимости от объекта интеллектуальных прав. Меры и способы защиты интеллектуальных прав определены национальным законодательством каждой отдельной страны ЕС, и гармонизация на уровне ЕС сводится к их единообразию. В совокупности с особой природой исключительных прав, главным образом территориальным принципом действия таких прав, это приводит к тому, что страны вправе и не признавать права на результаты интеллектуальной деятельности, которые возникли в пределах правопорядка другого государства, кроме того, государство может и не предоставлять на своей территории охрану этих прав.

Регламенты ЕС⁷¹⁰ устанавливают общую юрисдикцию судов по принципу домиляции, исключительная юрисдикция по делам об интеллектуальной собственности ограничена исками, связанными с регистрацией или действительностью патентов, товарных знаков, промышленных образцов или других подобных прав, требующих депонирования или регистрации, в остальных случаях применяются общие правила, которые могут устанавливать юрисдикцию в судах государств, не являющихся страной охраны. Так, согласно, п. 1 ст. 8 указанного Регламента правом, подлежащим применению к внедоговорным обязательствам, вытекающим из нарушения прав интеллектуальной собственности, является правом страны, в которой испрашивается охрана⁷¹¹. Например, согласно российскому законодательству ряд специфических гражданско-правовых способов защиты авторских прав применяется и к защите авторских прав иностранных граждан. Аналогичные способы защиты предусмотрены законодательством отдельных стран ЕС в соответствии с законодательством ЕС и отдельными положениями международных договоров (ст. 45, 46 Соглашения ТРИПС). Основное отличие состоит в содержании, условиях применения и методах закрепления каждого отдельного гражданско-правового способа защиты авторских прав.

⁷⁰⁹ См.: Директива Европейского парламента и Совета ЕС № 2004/48/ЕС от 29.04.2004 об обеспечении прав на интеллектуальную собственность [Электронный ресурс] // WIPO: Европейский союз (ЕС). URL: www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=1457

⁷¹⁰ Регламент Европейского парламента и Совета ЕС № 864/2007 от 11.07.2007 «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам» (Рим II).

⁷¹¹ Право страны места совершения правонарушения и право страны испрашивания охраны прав интеллектуальной собственности являются двумя наиболее распространенными привязками, закрепленными в том или ином виде в законодательствах отдельных стран ЕС. Так, правоприменитель в Великобритании в случае возникновения коллизий в сфере интеллектуальной собственности руководствуется принципом применения права страны места совершения правонарушения, а в случае возникновения спора к внедоговорным отношениям применяется право страны, в которой был причинен ущерб. См.: Закон Великобритании о международном частном праве от 8 ноября 1995 г. // Международное частное право: иностранное законодательство / предисл. А. Л. Маковского ; сост. и науч. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2008. С. 200—227.

Особенно актуально все сказанное в отношении споров с участием организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами⁷¹². Данный подход должен применяться при обращении в суд не только организации, управляющей правами на коллективной основе, но и самих соавторов, соисполнителей. Нарушение одним действием прав нескольких лиц, которым с учетом п. 2 ст. 1229 ГК РФ совместно принадлежит исключительное право на один результат интеллектуальной деятельности, например соавторов (ст. 1258 ГК РФ) или коллектива исполнителей (ст. 1314 ГК РФ), должно считаться одним случаем неправомерного использования результата интеллектуальной деятельности.

И все же необходимо поддержать общий подход к решению проблемы, согласно которому в случае обращения за защитой нарушенного права всех соавторов (соисполнителей) суд определяет общий размер компенсации за допущенное нарушение и распределяет его между соистцами (как правообладателями) в равных долях, если соглашением между ними не предусмотрено иное.

Если же в суд обратился один из соавторов (соисполнителей) с учетом п. 3 ст. 1229, п. 4 ст. 1258 и п. 3 ст. 1314 ГК РФ, то представляются возможными несколько вариантов развития событий: суд определяет общий размер компенсации за допущенное нарушение, выясняет, какая доля компенсации полагается истцу, и взыскивает ее. При этом иные соавторы сохраняют свое право на самостоятельный иск, но фактически при рассмотрении последующих дел суд определяет долю компенсации, приходящуюся на конкретного истца, и взыскивает эту долю, не пересматривая общую сумму компенсации. Известно и еще одно правило, которое было выработано ВАС РФ в рамках применения п. 3 ст. 1229 ГК РФ. Оно может быть сформулировано следующим образом: суд определяет общий размер компенсации за допущенное правонарушение и взыскивает ее в полном объеме в пользу истца, а последний распределяет ее между иными соавторами (соисполнителями) применительно к п. 4 ст. 326 ГК РФ.

К примеру, в США в соответствии с Title 15 Ph. 1117 USCode⁷¹³ правообладатель может рассчитывать на возмещение ему любых убытков, которые он понес; прибыли, полученной ответчиками⁷¹⁴; судебных издержек. Суду при этом предоставляются дискреционные

⁷¹² См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 (п. 18).

⁷¹³ См.: URL: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1117>

⁷¹⁴ По поводу способа расчета компенсации в зависимости от полученной нарушителем прибыли следует заметить, что в подобном случае суды, как правило, основываются на финансовых отчетах нарушителя, отражающих такие показатели, как объем продаж и размер полученной прибыли. Размер компенсации при этом определяется посредством вычитания из суммы полученной нарушителем прибыли стоимости самих по себе контрафактных товаров, амортизационных расходов, средств, потраченных на рекламу, оплату коммунальных услуг, запуск бизнеса, арендной платы. См. подробнее: *Ворожевич А. С. Незаконное использование товарного знака: понятие, меры ответственности // Вестник гражданского права. 2015. № 6.*

полномочия по увеличению рассчитанной компенсации максимум в три раза при условии, что данная мера продолжает носить компенсационный, а не штрафной характер. С точки зрения справедливости указанное решение законодателя, безусловно, можно поддержать, подобная «тройная» компенсация взыскивается при наличии умысла в действиях правонарушителя, намерения ввести потребителя в заблуждение.

Верховный Суд РФ в абз. 4 п. 62 постановления от 23.04.2019 № 10 указал, что размер подлежащей компенсации должен быть российским судом обоснован и при определении размера компенсации суд должен учитывать: обстоятельства, связанные с объектом нарушенных прав, например его известность публике; характер допущенного нарушения, в частности, осуществлено ли воспроизведение экземпляра самим правообладателем или третьими лицами без его согласия; срок незаконного использования результата интеллектуальной деятельности; наличие и степень вины нарушителя, в том числе носило ли нарушение грубый характер, допускалось ли оно неоднократно; вероятные имущественные потери правообладателя; являлось ли использование объекта интеллектуальной собственности, права на которые принадлежат другим лицам, существенной частью хозяйственной деятельности нарушителя, и принимает ли решение суд, исходя из принципов разумности и справедливости, а также соразмерности компенсации последствиям нарушения. Необъяснимыми остаются вопросы относительного того, указанные обстоятельства учитываются при любом виде компенсации или только для компенсации в твердом размере. При буквальном толковании указанного выше пункта Постановления Пленума Верховного суда РФ №10 приходим к выводу, что учитываются судом только для взыскания компенсации, рассчитываемой в твердой сумме. О необходимости их учета при взыскании компенсации в двукратном размере не упоминается. По нашему мнению, их необходимо учитывать и при расчете всех видов компенсации, а также судом могут учитываться и иные доказательства. Так, при рассмотрении одного из дел Суд по интеллектуальным правам указал, что правообладатель может определить размер компенсации, не только исходя из цены обычно заключаемых им договоров простых лицензий, но и иным способом⁷¹⁵.

⁷¹⁵ См. постановление Суда по интеллектуальным правам от 21 июня 2018 г. №С01-386/2017 по делу А54-3645/2016// СПС «Гарант».

Заключение

Выполненное исследование показало эффективность избранной методологии и позволило обосновать следующие выводы.

Развитие авторского права в рамках отечественного гражданского права отличалось своеобразием и самобытностью. Формального разделения авторского права на имущественные и неимущественные права в законодательстве не проводилось, что указывает на преобладание монистической теории авторского права вплоть до 1930 – ых годов XX века. Дуалистическая модель системы авторских прав сложилась в России в конце XX века. О дуализме в российском авторском праве можно говорить тогда, когда законодатель признал неотчуждаемыми личные неимущественные права (моральные) автора, когда они четко разграничиваются с исключительным (имущественным) правом и когда режим моральных прав обособляется от режима прав личности.

Критический анализ более чем двухсотлетней истории российского авторского права позволяет сделать вывод о том, что подход отечественного законодателя к регулированию авторско-правовых отношений кардинально менялся несколько раз. Российская империя и Советская Россия были изолированы от международного авторского права, несмотря на это, были найдены собственные подходы к регулированию отношений, связанных с созданием и использованием результатов интеллектуальной деятельности. С 1994 по 2008 гг. в истории российского права интеллектуальной собственности начался новый этап, который с точки зрения национального, зарубежного и международного права является уникальным. В итоге отказались от шести законов, которые регулировали указанную сферу отношений; отказались с принятием четвертой части ГК РФ от двухуровневой модели регулирования, несмотря на ее поддержку Роспатентом и практикующими специалистами. Отечественный законодатель попытался в кодифицированном акте основываться на научной концепции в понимании интеллектуальной собственности, авторского и патентного права; обеспечить соответствие национального закона нормам международного права. Однако в Гражданском Кодексе РФ не удалось установить существование целостной и согласованной системы интеллектуальных прав, данные права не комплиментарны друг другу, а реформа гражданского законодательства 2014 года не решила всех проблем, связанных с построением сбалансированной авторско – правовой системы.

Необходимо создать концепцию единого авторского права, а не группы разрозненных личных неимущественных, исключительных и иных прав на тот или иной объект. Относительно того, каково число правомочий в составе субъективного права, одинаково ли оно для всех видов

прав (личных неимущественных, исключительных и иных), каковы основания разделения права на правомочия, в науке гражданского права не сформировано единого консенсуса, единого универсального подхода. В этой связи представляет интерес для рецепции немецкая монистическая модель авторского права, где авторское право является непередаваемым при жизни автора, оно может быть только унаследовано, иными словами, в немецком праве существует запрет уступки имущественных прав; предусматривается единый срок действия имущественных и моральных прав автора - срок истекает через 70 лет после смерти автора, а также, установлен единый режим обеих групп прав после смерти автора (переходят лишь к родственникам автора).

Исходя из этого, монистическая модель системы авторских прав, существующая в США и Великобритании, состоящая из однородной группы прав (доминирование имущественных прав и непередаваемость моральных прав, при условии возможности автором отказа от них), не подходит для заимствования в Российской Федерации ввиду угрозы нарушения личного интереса автора. Авторское право Великобритании и США зиждется исключительно на прагматических ценностях: автор должен не только вернуть затраченные инвестиции в создание РИД, но и получить прибыль. Первичны здесь имущественные права, и лишь поскольку они признаются за автором, постольку закрепляются за ним и некоторые усеченные, срочные личные неимущественные права: право авторства и право на защиту репутации автора в связи с изменением и искажением произведения.

Объяснение теоретической модели единого авторского права следует осуществлять с помощью понятия «система», а не совокупность. Так как система представляет собой целостный комплекс взаимосвязанных элементов; она образует непротиворечивое внутреннее единство; она обладает свойствами, отличными от свойств ее элементов и неравнозначными сумме своих элементов. Данная модель должна быть зафиксирована путем деления единого авторского права на два элементных компонента: имущественные и неимущественные правомочия, которые состоят из способов использования. На основе анализа системы в диссертации предложено понятие структуры интеллектуального авторского права, основанной на балансе отношений между ее элементами как совокупности устойчивых связей и отношений. В то же время нецелесообразно отождествлять модель единого авторского права, с каким либо объектом, так как любой объект имеет неограниченное количество проявлений, а познавательные способности человека не позволяют изучать объекты во всей их сложности и изменчивости окружающей реальности.

Концепт интеллектуальных прав на современном этапе образует совокупность личных неимущественных прав, исключительное право, являющееся имущественным правом, а в

случаях предусмотренных законодательством и иные права (право доступа, право следования и др.). Интеллектуальные права, не являются субъективными правами, а выступают искусственной конструкцией, призванной объединить разнородные по своей природе гражданские права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации. У этих прав разный правовой режим и срок действия. Так, после смерти автора происходит лишь защита нематериального блага от защиты и посягательства (п.2 ст.1228 ГК РФ). Это означает, что положительные действия по реализации права после смерти носителя права совершать никто не вправе, можно лишь защищать в нарушенном состоянии, но уже не само право, а нематериальное благо. Если бы применялась схема «право бессрочно и не прекращается смертью автора», то субъекты на которых автор возлагает охрану нематериального блага после своей смерти должны были бы действовать только в интересах автора. Например, защиту моральных прав наследники в Германии вправе осуществлять и в своих интересах, по своему усмотрению. В России от этого отказались, после смерти остаются блага, но не права. Соответственно, нет и полной уверенности, в чьих интересах действует лицо, применяющие меры по охране.

Данная триада прав является не системой, а формальным набором (трихотомия). Личные неимущественные права выделены в составе интеллектуальных прав по признакам абсолютного характера, действующего в отношении всех третьих лиц (*erga omnes*); необоротоспособности и неимущественного характера; исключительное право абсолютное, оборотоспособное, имущественное право; иные права не имеют нормативно выраженных признаков, они не могут быть отнесены ни к исключительному праву, ни к личным неимущественным правам. Среди иных прав выделяют как имущественные, передаваемые права, например, право следования, право на получение патента, права на получение вознаграждения за служебное произведение, так и неимущественные, непередаваемые права, например, право доступа и др. Законодатель отказался от объяснения теоретической природы иных прав и их соотношения друг с другом внутри системы, например, соотношения имущественных (исключительных) прав с имущественными (иными) правами. Таким образом, суть господствующей парадигмы интеллектуальных прав заключается в полном контроле правообладателя за использованием объекта интеллектуальных прав. Доктрина ограничения интеллектуальных прав является вторичной и реализуется в форме исключений из общего правила.

Законодательные предписания об ограничениях исключительных авторских и смежных прав являются важными, но не единственным институтом, позволяющим обеспечить баланс интересов между правообладателями, пользователями и обществом. Представляется необоснованной господствующая в странах – участницах Бернского союза доктрина «трехшаговой проверки» («three-step» test) в рамках которой ограничения исключительного

авторского права и смежных прав в зависимости от их целей, видов произведения, субъектов свободного использования и разрешенных способов использования произведений являются точечными и не имеют между собой явной концептуальной связи. Ограничения исключительных прав, сгруппированные в Гражданском кодексе РФ, на основании Бернского теста не образуют какой-либо единой системы, основанной на определенном критерии, а представляют собой разрозненный и бессвязный набор. Точечный характер ограничений исключительных прав обуславливает их буквальное (а не телеологическое толкование) в отношении и целей, и видов произведений, и субъектов, и способов использования. Правила «трехшаговой проверки» — это правовые предписания, закрепляющие пределы, в которых законодателю дозволено вводить случаи свободного использования (определенные особые случаи). Необходимо создать сбалансированную интерпретацию трехступенчатого теста в авторском праве. При этом самыми заметными являются следующие положения: трехступенчатый тест представляет собой неделимое целое; три его шага должны быть рассмотрены вместе и получить комплексную оценку; ограничения и исключения не должны толковаться узко; требование об установлении ограничений в определенных особых случаях не препятствуют законодателям вводить открытые составы ограничений и исключений до тех пор, пока сфера применения таких ограничений является разумной и предсказуемой (добросовестной).

Доктрина «добросовестного использования» (fair use), легитимизировавшая открытый перечень случаев свободного использования произведения, при последовательном прохождении ряда фильтров таких как: 1) цель и характер такого использования, в том числе, имеет ли такое использование коммерческий характер или же преследует некоммерческие образовательные цели; 2) характер охраняемого авторским правом произведения; 3) объем и значимость использованной части относительного всего охраняемого авторским правом произведения в целом; 4) влияние использования на потенциальный рынок сбыта и ценность охраняемого авторским правом произведения - выглядит как механизм, легко адаптируемый к развитию технологий, искусственного интеллекта, конкуренции, появлению новых способов использования произведений и потребностям общества. Указанная доктрина «добросовестного использования» может быть перенесена в российское авторское право и смежные права, тем самым допустив расширение содержательных границ авторского права и смежных прав и значительно облегчив сферу правоприменения со ссылкой на фундаментальные принципы гражданского права и фундаментальные права и свободы человека: принцип объективной добросовестности, принцип запрета злоупотребления субъективным правом, запрета извлечения преимущества из своего незаконного или недобросовестного положения.

Представляется, что положение об отсутствии возможности распоряжения личными неимущественными правами нуждается в корректировке; доказано, наличие правовых механизмов (распорядительных элементов в личных неимущественных правах), которые позволяют этого достичь. Например, в случае, когда автор, согласно п.3 ст. 1266 ГК дает согласие пользователю на будущее внесение в его произведение изменений, дополнений, сокращений и др. (самоограничение права; такие условия часто встречаются в открытых лицензиях на использование произведения науки, литературы или искусства). При этом автор передает контроль за внесением изменений в своё произведение контрагенту через заранее согласованные действия – так, заключая, договор об отчуждении исключительного права, например, на произведение архитектуры, автор может разрешить правообладателю перестраивать объект авторского права, менять цветовое решение без согласия автора проекта и т.п.; наконец, возможно включение изменений в исключительное право для таких сложных объектов, как например, программное обеспечение. Это положение заставляет посмотреть свежим взглядом на классические субъективные личные неимущественные права автора и переоценить укоренившиеся в нашем сознании стереотипы на их счет: жесткой неотчуждаемости и непередаваемости. Прежде всего, речь идет только о невозможности передачи в течение жизни, ГК РФ не так бдителен в ситуациях, складывающихся после смерти автора. При этом, взаимосвязь и взаимное переплетение личных неимущественных прав и имущественных прав автора – известный факт. Например, извлечение прибыли неотделимо от реализации права на обнародование, но глубоко личный аспект отторжения «детища» от своего «родителя» заставляет рассматривать право на обнародование как неимущественное, искусственно отрывая от него экономический смысл. Зарубежное право находит способы для передачи моральных прав – это происходит с многочисленными оговорками, такими ограничителями, чтобы через реализацию морального права позволить автору сохранить контроль за использованием объекта в течение всего периода использования. Автор сохраняет за собой моральные права в целом, но автор маневрирует доступными ему по закону способами фактической передачи отдельных элементов таких прав и всегда может вернуть их назад (поскольку передача является обратимой). В противном случае, издательское дело, работа СМИ, индустрия развлечений застопорились бы, если бы пользователи по договору не имели бы возможности адаптировать (приспосабливать) объекты интеллектуальной собственности к специфике использования. В европейском авторском праве уже давно пришли к выводу о наличии распорядительных элементов в моральных правах автора и закрепили это на законодательном уровне. В связи с этим, право авторства - единственное моральное (неимущественное) право автора, являющееся абсолютным, бессрочным, неимущественным,

необоротоспособным. Остальные личные неимущественные права – это разные формы проявления права авторства. Так, суть права авторства это гарантировать автору надлежащую атрибуцию его произведения, право на имя это лишь способ такой атрибуции. Право на имя имеет смысл только при гарантированности права авторства, оно развивает это первое право и защищает неимущественные интересы автора. Что касается других личных неимущественных прав автора, например, в Германии издатель вправе вносить в произведение изменения, которые являются необходимыми для осуществления его договорных прав, в частности, в которых автор, передавший имущественные права на использование по договору «по доброй совести не мог бы отказать» (пар.39). Произошло это не посредством перехода авторского права, что не допускается, а путем распоряжения отдельными элементами моральных прав. Во Франции возможна так называемая частичная передача права авторства (праматерь прочих моральных прав). Данное положение служит для обоснования во французской судебной практике действительности договорных условий о литературном рабстве(L. 121). В свою очередь, передача права на опубликование третьим лицам осуществляется беспрепятственно, например, в законодательстве есть оговорка в пользу продюсеров аудиовизуальных произведений и издателей периодики, причем передача презюмируется и по умолчанию в договоре с автором.

Установлено, что правообладатель может сделать публично заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащее ему произведение науки, литературы, искусства или объект смежных прав на определенных правообладателем условиях и в течение указанного им срока (п.5 ст. 1233 ГК РФ). В течение срока действия право не должно быть отозвано и предусмотренные условия использования не должны быть ограничены. Установлено, что односторонняя сделка, состоящая в отказе от права и влекущая его прекращение (режим общественного достояния), возможна для обладателей любого исключительного права, поскольку такая возможность вытекает из общих норм гражданского законодательства.

Предусмотренная модель в п.3 ст. 1286. 1 ГК РФ распоряжения исключительным авторским правом расходится со свободным лицензированием Creative Commons. Открытая лицензия должна длиться в течение всего срока действия исключительного права и должна быть безотзывной. Это является гарантией стабильности оборота произведения, в том числе в цифровой форме, а также интересов пользователей, которые освобождены от необходимости систематически проверять, не прекратило ли действие лицензионного соглашения в отношении объекта, который они используют. То есть, в течение всего срока действия исключительного права на произведение условия открытой лицензии сохраняют силу, пока сам пользователь их не нарушит. При этом открытая лицензия должна прекратить свое действие в отношении

пользователя, нарушившего ее условия с момента такого нарушения. В связи с этим исключительное право на произведение в отношении такого нарушения действует в полном объеме и дальнейшее использование произведения невозможно без разрешения правообладателя, а осуществляемое без разрешения является нарушением исключительного права. Данное положение должно стимулировать пользователей к соблюдению условий открытой лицензии. Подобная лицензия в немецком авторском праве трактуется в качестве сделки под отменительным условием.

Часть четвертая ГК РФ одновременно предлагает правообладателям два принципиально различных варианта распоряжения исключительным правом⁷¹⁶: это договор об отчуждении исключительного права как разновидность транслативного правопреемства и лицензионный договор как разновидность конститутивного правопреемства и определение, и выявление указанных элементов этих договоров в сложных правоотношениях, возникающих на основании иных договорных конструкций, позволяющий на основе согласованного волеизъявления прийти к разумному компромиссу. Применительно к непоименованным договорам правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются, что не исключает возможности применения правил об аналогии закона к отдельным отношениям сторон по договору, например, в целях защиты интересов более слабой стороны по договору (автора, изобретателя или пользователя), публичных интересов, интересов третьих лиц и т.д.)

Во Франции в основном встречается первый вид распоряжения, крайне редко встречается второй. Право Германии, напротив, не знает отчуждения (уступки) имущественных прав. Предоставление права на использование осуществляется через предоставление простого права использования или исключительного права использования, заключения соглашения о правах на использование, выдача обязательно – правовых предварительных согласий; а также заключение сделок в отношении личных неимущественных прав автора, например, обладатель права на использование произведения не может вносить изменения в текст произведения, изменять его название или обозначение автора, если не согласовано иное. Однако, допускается

⁷¹⁶ Критерием для построения классификации выступает основа передачи исключительного права, характеризующаяся как возвратная (предполагающая, что по окончании срока действия договора осуществление исключительного права возможно только первоначальным правообладателем) или безвозвратная (предполагающая, что при заключении соответствующего договора первоначальный правообладатель утрачивает исключительное право, и оно переходит в полном объеме к новому правообладателю). См. более подробно: Касьянов А. С. Договорные способы распоряжения исключительным правом : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 87-88.

изменение произведения или его названия, в согласии на которые автор не может отказать в силу принципа добросовестности. В связи с тем, что Россия неоднократно меняла законодательную модель авторских прав, она с легкостью пошла на такой шаг и в некотором смысле стала ближе к американскому праву, где в равной мере применимы и полная уступка авторских прав, и лицензионная модель распоряжения ими. По нашему мнению, отечественный дуализм эклектичный и непоследовательный, в нем отражается влияние концептуально различных систем авторского права: в отношении критериев охраноспособности объектов авторского права и установлению прав на них реализована континентальная модель в ее французском исполнении; в отношении распоряжения правами реализована модель стран общего права в ее американском исполнении.

Таким образом, существующие способы распоряжения исключительным правом подразделяют на две большие группы в зависимости от наличия или отсутствия договора в основании распоряжения исключительным правом: договорные и бездоговорные способы распоряжения, которые, в свою очередь, могут быть классифицированы по различным основаниям на виды и подвиды. Наиболее распространенным способом распоряжения исключительным правом является договорный способ, бездоговорный же способ распоряжения реализуется при помощи совершения правообладателем разного рода распорядительных (односторонних) сделок.

Коммерциализация исключительного права реализуется только через правомочие распоряжения исключительным правом, которое представляет собой возможности по совершению правообладателем различных действий юридического характера, определяющих правовую судьбу исключительного права путем изменения субъекта посредством отчуждения исключительного права или предоставления права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Это правомерные, каузальные, конкретные волевые действия, реализуемые в виде двусторонних сделок и иных юридически значимых действий.

В рамках транслативного правопреемства, договор об отчуждении исключительного права, представляет собой самостоятельный гражданско – правовой договор, опосредующий передачу абсолютного, имущественного, монопольно принадлежащему правообладателю исключительного права с учетом присущих исключительному праву особенностей. Поэтому к его регулированию невозможно субсидиарно применять законодательные положения, сформулированные для передачи имущества. Осуществляемая в рамках договора об отчуждении передача исключительного права носит совершенно иной характер, нежели передача вещей (*tradicio*). Установлено, что передача исключительного права представляет собой юридическую, а не фактическую передачу (вручение), для совершения которой

необходимо не только достижение соглашения о передаче, но и государственная регистрация самого договора, а в некоторых случаях и передача сопутствующих документов, без которых невозможна реализация и осуществление самого исключительного права.

Помимо предмета договора и условия о вознаграждении в возмездном договоре (существенные условия в силу закона), могут быть и иные существенные условия о распоряжении исключительным правом (инициативные существенные условия), остальные условия являются восполнимыми для данной договорной конструкции (например, условие о территории). Срок не является существенным условием договора об отчуждении исключительного права, доказано, что при согласовании сторонами условия о сроке передачи исключительного права, договор об отчуждении исключительного права трансформируется в лицензионный договор.

Необходимость теоретико – правового исследования лицензионной договорной модели обусловлена рядом присущих ей особенностей. В отличие от договора об отчуждении исключительного права, лицензионный договор в рамках конститутивного правопреемства, не влечет за собой переход исключительного права к лицензиату. Владелец права остается прежним, он вступает в обязательственные отношения с другим лицом, которому разрешает в тех или иных пределах использовать объект своего права. Установлено, что лицензионный договор о предоставлении права использования объекта авторского права и смежных прав должен содержать существенные условия, характеризующие: предмет договора; способы использования объектов интеллектуальной собственности (перечень возможных способов использования является открытым, единственное ограничение – использование в любой форме и любым не противоречащим закону способом). К невещественным способам использования произведения относятся: публичное исполнение, сообщение в эфир, сообщение по кабелю, ретрансляция, доведение до всеобщего сведения. К вещественным способам использования произведения относятся: воспроизведение, распространение, импорт, прокат, практическая реализация архитектурного проекта. Иные (зависимые) способы использования произведения. Использование объекта интеллектуальной собственности не должно противоречить нормам морали и нравственности, основам правопорядка, государственной идеологии, быть асоциальным; другие условия, которые стороны сочтут существенными для данного договора.

В лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой допускается использование объектов авторского права и смежных прав. Так, условия о территории, на которую передаются права на передачу в эфир и по кабелю, в лицензионных договорах зачастую бывают сформулированы в привязке к территории, являющейся зоной вещания соответствующей организации. Однако зона вещания такой организации может со временем

измениться. В связи с этим целесообразно точное формулирование условий лицензионного договора о территории, на которую передаются права, с указанием не территории вещания пользователя, а конкретных географических объектов, – это будет соответствовать интересам обеих сторон договора. Кроме того, срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срок действия исключительного права на объект смежных прав. Если в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет. В случае прекращения исключительного права лицензионный договор также прекращается. Своеобразие условий о сроке, на который передаются права на использование произведений, к примеру, путем передачи в эфир и по кабелю, состоит в том, что данный срок может быть разделен на периоды. В договоре могут быть установлены срок, на который права передаются на условиях исключительной лицензии, и срок, на который права передаются на неисключительной основе. При этом, могут быть предусмотрены отдельные сроки для использования произведения на тех или иных территориях или для премьерного и повторного использования. Нередко в лицензионных договорах закреплено, что к осуществлению права на передачу в эфир или по кабелю вещательная организация вправе приступить только по истечении определенного срока с даты начала кинотеатрального использования соответствующего произведения.

Целесообразно использовать модели счетов эскроу организациями по коллективному управлению для сбора вознаграждения за использование произведений как в сети Интернет, так и в реальной действительности. Телеология правоотношения по коллективному управлению правами представляет собой конструкцию банковского депозита до востребования, и ни при каких обстоятельствах денежные средства на счетах, собранные в интересах правообладателей не могут перейти к организациям по коллективному управлению правами, так как срок начнет течь только с момента заявления правообладателем соответствующего требования. Для обеспечения транспарентности в отношении собранных организациями по коллективному управлению правами денежных средств (по получению и перечислению правообладателям лицензионного вознаграждения) необходимо использовать специальные счета эскроу. В соответствии с которым, эскроу – агент открывает счет для учета и блокирования денежных средств, полученных им от депонента (ОКУП) в целях их передачи бенефициару (автору или иному правообладателю) при возникновении оснований, предусмотренных договором счета эскроу между эскроу – агентом и депонентом.

Следует учитывать, что следующие инструменты защиты интеллектуальных авторских и смежных прав могут использоваться в сети Интернет на современном этапе: досудебный по прекращению нарушения и постоянное ограничение доступа к сайтам, распространяющих объекты авторского права и смежных прав без разрешения правообладателя («вечная блокировка

сайта и его зеркал»). Необходимо совершенствовать досудебный порядок посредством сочетания процессуальных, административных и других мер принудительного характера, включая, но, не ограничиваясь мерами ответственности, например, использование технических средств защиты, участие общественных объединений правообладателей в выявлении нарушителей прав, привлечение информационных посредников к участию в процессе в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований или соответчиков, применение специальных правоохранительных мер и др. Так, в случае непринятия мер по устранению нарушений после неоднократных предупреждений, применяются такие меры правоохранительного характера к нарушителю как снижение скорости трафика, приостановление доступа к Интернету. Предпринимаемые односторонние действия, с одной стороны, должны стимулировать информационного посредника к возможному предотвращению нарушений, их выявлению и пресечению, с другой стороны, не перелгать на него ответственность за любые действия пользователей.

Для правообладателей более предпочтительным является ограничение доступа к копиям заблокированных сайтов («зеркал») во внесудебном порядке по следующим причинам: 1) быстро и оперативно (в течение суток) определяется существенное сходство до степени смешения с заблокированным сайтом: сравниваются интерфейсы, их цветовая гамма, расположение элементов, используемые шаблоны, наименования сайтов, учетные записи (аккаунты) пользователей, совпадение контента и др. критерии; 2) профессионально и компетентно федеральным органом исполнительной власти в результате сопоставления заблокированного сайта и «зеркала» принимается решение о признании сайта копией заблокированного сайта («зеркалом») и ресурс исключается информационным посредником из результатов поисковой выдачи; 3) незначительные издержки на правоприменение (в отличие, например, от судебного порядка блокировки сайта через суд).

Список использованной литературы

Нормативные правовые акты и иные официальные документы

1. Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (ст.83, 93, 100, 102, 125, 128) // Российская газета. 1993. 25 декабря.
2. Гражданский Кодекс Российской Федерации. Часть четвертая. 18.12.2006 г. №230 - ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2006. №52 (ч.1). Ст. 5496)
3. Конвенция по охране промышленной собственности (Париж, 20 марта 1883 г.)// Закон №7, 1999.
4. Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г.//Бюллетень международных договоров, №9, 2003.
5. Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (Женева, 29 октября 1971 г.) //Бюллетень международных договоров, №8, 1999.
6. Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности (Стокгольм, 14 июля 1967г.)//СПС «Консультант Плюс».
7. Всемирная конвенция об авторском праве (Женева, 06 сентября 1952 г.)// Международные нормативные акты ЮНЕСКО. М.,1993.
8. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (TRIPS) (Уругвайский раунд многосторонних торговых переговоров, 15.04. 1994г.) //СПС «Гарант»

Интернет-ресурсы

9. Официальный интернет-портал правовой информации - <http://pravo.gov.ru/>
10. Официальный сайт Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации - <http://www.council.gov.ru/>
11. Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации - <http://www.duma.gov.ru/>
12. Официальный сайт Правительства Российской Федерации - <http://government.ru/>
13. Официальный сайт Конституционного Суда Российской Федерации - <http://www.ksrf.ru/ru/Pages/default.aspx>
14. Сайт автоматизированной системы обеспечения законодательной деятельности - <http://sozd.parlament.gov.ru/>
15. Официальный сайт Всемирной организации интеллектуальной собственности (WIPO) – <http://wipo.int>
16. Официальный сайт Суда по интеллектуальным правам – <http://ipc.arbitr.ru>
17. Официальный сайт Бюро по авторским правам (U.S. Copyright Office) – <http://copyright.gov>
18. Справочно-правовая система «КонсультантПлюс»
19. Справочно-правовая система «Гарант»

Материалы юридической практики

20. Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. – 2009. – № 6.

21. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2019. – № 7.
22. Постановления Президиума ВАС РФ от 03.06.2008 № 1176/08 // Вестник ВАС РФ. – 2008. – № 10 // СПС «Гарант».
23. Постановления Президиума ВАС РФ от 10.04.2012 № 15085/11 // Вестник ВАС РФ. – 2012. – № 7 // СПС «Гарант».
24. Постановление Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 14467/13 // СПС «Гарант».
25. Постановление Президиума ВАС РФ от 01.10.2013 № 4960/13 // Вестник ВАС. – 2014. – № 2 // СПС «Гарант».
26. Постановление Президиума ВАС РФ от 01.10.2013 № 4958/13 // Вестник ВАС. – 2014. – № 2 // СПС «Гарант».
27. Постановление Президиума ВАС РФ от 20.03.2012 № 14989/11 // Вестник ВАС. – 2012. – № 8 // СПС «Гарант».
28. Постановление Президиума ВАС РФ от 09.02.2010 № 13944/09 // Вестник ВАС. – 2010. – № 5 // СПС «Гарант».
29. Постановление Президиума СИП от 15 апреля 2019 г. по делу № СИП-317/2017 // СПС «Гарант».
30. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // СПС «Гарант».
31. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 01.12.2017 № С01-939/2017 по делу № А32-1227/2017 [Текст] // СПС «Гарант».
32. Постановление Конституционного Суда РФ от 03.07.2018 № 28-П «По делу о проверке конституционности пункта 6 статьи 1232 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросом Суда по интеллектуальным правам» [Текст] // Собрание законодательства РФ. – 2018. – № 29, ст. 4528.
33. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 21.04.1998 № 33 «Обзор практики разрешения споров по сделкам, связанным с размещением и обращением акций» // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 6 // СПС «Гарант».

Специальная литература

34. Абдулин А.И. Право интеллектуальной собственности в Европейском союзе: генезис, унификация, перспективы развития: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук: 12.00.03, 12.00.10. М., 2006.
35. Александровский Ю.В. Авторское право. Закон. 20 марта 1911 г. Исторический очерк, законодательные мотивы и разъяснения СПб., 1911.
36. Александров Е.Б. Особенности гражданско – правового регулирования договора патентной лицензии в РФ: Автореф.дис. на соискание ученой степени к.ю.н. М., 2005.
37. Александров Е.Б. Внесение исключительных прав в уставный капитал // Патенты и лицензии, 2005. №11.
38. Андреев В.К. Некоторые правовые проблемы учета интеллектуальной собственности // Бухгалтерский учет. 1997. №10.
39. Аникин А.С. Содержание и осуществление исключительного права. Дисс.... канд.юрид. наук. М., 2008.
40. Агимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторство и трудовое правоотношение // Советское государство и право. 1956. №5.
41. Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. М., 1957.

42. Артеменков С.В., Олегов М.Д. О проблеме категории «имущество» и возможности обращения взыскания на исключительные права // *lex Russica*. Научные труды МПОА. М, 2006. №5.
43. Астахова М.А. Оборот прав на результаты интеллектуальной деятельности: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук: 12.00.03. Тюмень, 2007.
44. Бабкин С.А. Исключительные права: сравнительно-правовой анализ законодательства России и США. М.,2003.
45. Бабкин С.А. Интеллектуальная собственность в сети «Интернет». М.,2005.
46. Барышев С.А. Авторский договор в гражданском праве России и зарубежных стран. Казань, 2004.
47. Безбах В.В. Авторское право на произведения кино и телевидения. Автореферат дис... канд.юрид.наук. М.,1980.
48. Безбах В.В. Сравнительное право. Частноправовое регулирование имущественного оборота в разнесистемных правопорядках. М.: ГОУ ВПО «РЭА им. Г.В. Плеханова», 2009.
49. Белов В.А. Гражданское право В 4 Т. ТОМ III. Особенная часть. Абсолютные гражданско – правовые формы. В 2 КН. Книга 2. Права исключительные, личные и наследственные: учебник для академического бакалавриата и магистратуры: 2-е изд., пер. и доп. – М.,2016.
50. Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: авторское право. Пер. с англ. В.Л. Вольфсона. СПб., 2004.
51. Богуславский М.М. Вопросы авторского права в международных отношениях. М.,1973.
52. Богуславский М.М. Участие СССР в международной охране авторских прав. М.,1974.
53. Богатырев Ф.О. Залог авторского права // *Хозяйство и право*.2004.№3.
54. Болдырев С.И. Авторские права на объекты, размещенные в сети Интернет, и их защита в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Курск, 2020 // URL: <https://swsu.ru/upload/iblock/945/dissertatsiya-boldyrev-s.i.pdf>
55. Блинец И.А. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: теоретико - правовое исследование. Дис. ... док. юрид. наук. М.,2003.
56. Бузанов В.Ю., Степанов П.В., Суханов Е.А., Шерстобитов А.Е., Щербак Н.В. Научно - практический комментарий к части IV Гражданского кодекса Российской Федерации // Труды юридического факультета. В 50 томах. М., 2008. Кн.9.
57. Бузанов В.Ю. Авторское право: сага о сроках//*Журнал российского права*, N 6, июнь 2014 г.
58. Бузова Н.В. Ограничения авторского права и смежных прав: проблемы цитирования // *Журнал Суда по интеллектуальным правам*. 2019. № 23.
59. Бузова Н.В. Международно – правовое регулирование отношений, связанных с объектами смежных прав: современное состояние и перспективы//*Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения* №3, 2020.
60. Ваксберг А.И. Издательство и автор. М.,1957.
61. Вакман Е.Л., Грингольц И.А. Авторские права художников. М.,1962.
62. Вайпан В.А. Правовое регулирование цифровой экономики: история, теория, практика // Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики: монография / А.В. Белицкая, В.С. Белых, О.А. Беляева и др.; отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2019. СПС «Консультант плюс».
63. Веинке Вилли. Авторское право. М.,1979.
64. Ворожевич А.С., Новоселова Л. А., Гринь Е.С. К вопросу об учете прав на олимпийскую символику//*Теория и практика физической культуры* №6, 2017.

65. Ворожевич А.С. Компенсация за нарушение исключительных прав: вопросы квалификации (комментарий эксперта)//Закон №12, 2016.
66. Ворожевич А.С. Об утилитарности интеллектуальных прав, принудительных лицензиях и бюрократических рентах//Закон.2017.№8.
67. Ворожевич А.С. Защита исключительных прав на патентоохраняемые объекты: монография. М., 2020.
68. Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. Москва: Статут, 2020.
69. Войниканис Е.А., Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет: Тридидия и новеллы в современном праве. М.,2004.
70. Войниканис Е.А., Калятин В.О. База данных как объект правового регулирования М., 2011.
71. Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М., 2014.
72. Василевская Л.Ю. Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права [Текст] / Л.Ю. Василевская // Актуальные проблемы российского права. – 2019. – № 5.
73. Гаврилов Д.А. Возможные пути применения антимонопольных норм законодательства о защите конкуренции к объектам интеллектуальной собственности (http://m-logos.ru/img/materiali_kruglogo_stola_17.12.12.rar).
74. Гаврилов Э.П. Авторское право. Издательские договоры. Авторский гонорар. М.,1988.
75. Гаврилов Э.П. Издательство и автор. М.,1991.
76. Гаврилов Э.П. Комментарий Закона об авторском праве и смежных правах.
77. М.,2002.
78. Гаврилов Э.П. Правовая охрана алгоритмов и программ для ЭВМ в СССР: современное состояние и перспективы // Вопросы изобретательства. 1990. №1.
79. Гаврилов Э.П. Некоторые актуальные вопросы авторского права и смежных прав // Хозяйство и право.2005.№1.
80. Гаврилов Э.П. Перевод и иная переработка произведения // Патенты и лицензии. 2015. № 2.
81. Гайдук В.П. Эволюция права интеллектуальной собственности в цифровую эпоху // Журнал российского права. 2020. № 2.
82. Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сб. ст. к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2018.
83. Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского (1930-2020)/ Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. – Москва: Статут, 2020.
84. Грехениг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права, 2010 ([juristlib.ru\book_7122.html](http://juristlib.ru/book_7122.html))
85. Гордон М.В. Советское авторское право. М.,1955.
86. Городов О.А. Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования. Дис.;... док. юрид. наук. СПб., 1999.
87. Горюнова Е.Н., Завидов Б.Д. К вопросу о ценности интеллектуальной собственности и необходимости ее оценки (проблемы нематериальных активов) // Культура: управление, экономика, право. М., 2005.№1.

88. Грехениг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права, 2010 (juristlib.ru>book_7122.html)
89. Грингольц И.А. Права автора сценического произведения в СССР. Автореферат кандидатской диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 1953.
90. Громов Ю.А. Защита и коммерциализация интеллектуальной собственности. М., 2003.
91. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001.
92. Гуревич В. Право на собственное изображение в немецкой юриспруденции // Право. 1904. №37.
93. Дашян М.С. Доверительное управление интеллектуальной собственностью: возможности и тенденции // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2006. №12.
94. Дашян М.С. Интеллектуальная собственность в бизнесе. М., 2009.
95. Добрякова Г.Э. Крехалева Л.П. Проблемы передачи исключительных прав // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. №4.
96. Дозорцев В.А. Законодательство и научно-технический прогресс. М., 1978.
97. Дозорцев В.А. Авторские дела в суде: Научно-практический комментарий. М., 1983.
98. Дозорцев В.А. Авторское право на новый уровень // Проблемы совершенствования советского законодательства. Вып. 29. М., 1984.
99. Дозорцев В.А. Авторские правомочия // Проблемы современного авторского права. Свердловск, 1980.
100. Дозорцев В.А. Авторский договор и его типы // Социалистическая законность. 1984. №5.
101. Дозорцев В.А. Понятие исключительного права / Проблемы современного гражданского права: Сборник статей. М., 2000.
102. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей // Исслед. центр частного права. - М., 2003г.
103. Дюма Р. Литературная и художественная собственность: Авторское право Франции: (перевод с французского). М., 1993.
104. Елисеев В.И. Гражданско-правовой режим производных объектов интеллектуальных прав: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.
105. Елисеев В.И. Право на переработку произведения по российскому законодательству // Вестник московского университета. Сер. 11. Право. 2017. № 11.
106. Ем В.С. Категория обязанности в советском гражданском праве: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1981.
107. Еременко В.И. Содержание исключительного права на объекты интеллектуальной собственности // Законодательство и экономика. 2011. N 5.
108. Завадский А.В. О праве на собственное изображение. СПб., 1909.
109. Зенин И.А. Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды). М., 2015.
110. Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности: Учебник для вузов/И.А. Зенин. – 11-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2022.
111. Зенин И.А. Фантом товарного фетишизма в праве интеллектуальной собственности//Право интеллектуальной собственности №4 (64), 2021.
112. Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности в фокусе мировой науки//Право интеллектуальной собственности №1, 2021.
113. Зенин И.А. Конвергенция искусственного интеллекта и права интеллектуальной собственности//Право интеллектуальной собственности №1, 2021.

114. Зенин И.А. Смена парадигмы интеллектуальной собственности и справедливый баланс исключительных прав//Право интеллектуальной собственности №1, 2020.
115. Зильберштейн Н.Л. Авторское право на музыкальные произведения. М.,1960.
116. Зыков Е.В., Милохова А.В. Возмещение убытков и выплата компенсации как способы защиты исключительных прав // Юридические науки. М., 2008.№5 (32).
117. Зубкова Е.В. Доверительное управление исключительными правами. Дис...канд. юрид. наук. М., 2002.
118. Иванов А.Ю., Доценко А.И. Антимонопольное регулирование, цифровые платформы и инновации: Дело Google и выработка подходов к защите конкуренции в цифровой среде // Закон. 2016. № 3.
119. Ионас В.Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М.,1967.
120. Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. М., 1972.
121. Иоффе О.С. Основы авторского права. Авторское, изобретательское право, право на открытие: Учебное пособие. М.,1969.
122. Исханов У.К. Права авторов произведений изобразительного искусства. М.,1966.
123. Кабатов В.А. Советское авторское право на произведения изобразительного искусства. Диссертация на соискание степени кандидата юридических наук. М.,1954.
124. Камышев В.Г. Права авторов литературных произведений. М.,1972.
125. Каминский В.В. Передача авторских прав по договору: Дисс...канд.юрид. наук:12.00.03. М.,2006.
126. Кирилова М.И. Субъекты авторского права // Проблемы современного авторского права. Свердловск, 1980.
127. Канторович Я.А. Литературная собственность. СПб., 1899.
128. Канторович Я.А. Кинематографическое право // Право.1912.№3,4.
129. Канторович Я.А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Петроград, 1916.
130. Канторович Я.А. Авторское право. М., 1926.
131. Карцхия А.А. Права на результаты интеллектуальной деятельности. М.,2008.
132. Карцхия А.А. Права интеллектуальной собственности и концепция общественного достояния [Электронный ресурс]. – URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/prava-intellektualnoy-sobstvennosti-i-kontseptsiya-obschestvennogo-dostoyaniya>
133. Кастальский В.Н. Залог исключительных имущественных прав и его особенности, применительно к имущественным правам унитарных предприятий: диссертация па соискание ученой степени кандидата юридических наук: 12.00.03. М.,2007.
134. Кастальский В.Н. Залог исключительных прав. М., 2008.
135. Кашанин А.В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права.2007.№2.
136. Кашанин А.В. Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведения произведений в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права.2007.№4.
137. Кашанин А.В. Развитие учения о форме и содержании произведения в доктрине авторского права. Проблема охраноспособности содержания научных произведений // Вестник гражданского права.2010.№2.
138. Козина Е.А. Гражданско - правовое регулирование предоставления комплекса исключительных прав по договору франчайзинга. Дисс... канд. юрид. наук. М., 2005.
139. Кондрин А. Авторское право в Интернете // Бизнес - адвокат. 2002. №13.
140. Корецкий В.И. Авторские правоотношения в СССР. Сталинабад, 1959.
141. Крушина О.Г. Залог исключительных прав. Дис... канд. юрид. наук. М.,2005.

142. Кузнецов М.Н. Охрана результатов творческой деятельности в международном частном праве. М., 1988.
143. Котельников Н.В. Правовая культура отношений в области создания и использования программного обеспечения для ЭВМ. // Правовая культура России на рубеже столетий: Материалы Всероссийской науч.- теорет. конф./ Под ред. Н.Н. Вопленко. - Волгоград, 2001.
144. Калятин В.О. Право использования произведения: Автореферат дис... канд.юрид.наук. М., 1999.
145. Калятин В.О. Сущность права на результаты интеллектуальной деятельности (на примере авторского права) // Журнал российского права. 1999. №9.
146. Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права): учебник для вузов. М., 2000.
147. Калятин В.О. Право в сфере Интернета. М., 2004.
148. Калятин В.О. Залог исключительных прав // Патенты и лицензии. М., 2001. №6.
149. Калятин В.О. Личные неимущественные права автора объекта интеллектуальной деятельности. М., 2006.
150. Калятин В.О. База данных как объект комплексного правового регулирования/ Актуальные вопросы российского частного права. М., 2008.
151. Калятин В.О. О правовых последствиях отчуждения оригинала произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. №7.
152. Калятин В.О. Хранение произведения в цифровой форме как способ его использования / В.О. Калятин // Вестник экономического правосудия РФ. – 2017. – № 1.
153. Кархалев Д.Н. Гражданско-правовые механизмы защиты и меры ответственности. Уфа, 2004. (<http://www.ex-jure.ru/law/news.php?newsid=490>).
154. Касьянов А.С. Отчуждение исключительного права на основании смешанных договоров // ИС. Авторское право и смежные права №8, 2011.
155. Каминская Е.И. Личные неимущественные права в части четвертой Гражданского кодекса РФ/ Актуальные вопросы российского частного права. М., 2008.
156. Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд. // Вестник экономического правосудия РФ №11, 2014.
157. Карапетов А.Г., Косарев А.С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование // Вестник экономического правосудия РФ. Приложение к Ежемесячному журналу. 2019. № 5. Специальный выпуск.
158. Карнушин В.Е. Секундарные права в гражданском праве Российской Федерации: общие вопросы теории, секундарные права в Гражданском кодексе РФ / под ред. В.П. Камышанского. М., 2016.
159. Кархалев Д.Н. Гражданско-правовые механизмы защиты и меры ответственности. Уфа, 2004 (<http://www.ex-jure.ru/law/news.php?newsid=490>).
160. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации/ под ред. А.Л. Маковского. М., 2008.
161. Комментарий к четвертой части Гражданского кодекса Российской Федерации/ под ред. И.А. Близнеца, А.Ю. Ларина. М., 2008.
162. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой) (постатейный): в 2 т. / С.А. Горленко, В.О. Калятин, Л.Л. Кирий [и др.]; отв. ред. Л.А. Трахтенгерц; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. 2-е изд. М.: «Инфра-М», 2016.
163. Кондратьева Е.А. Объекты интеллектуальных прав: особенности правовой охраны. М., 2014.
164. Корнеев В.А., Кольздорф М.А. Спорные вопросы регулирования баз данных // Закон. 2019. № 5.

165. Коростылева С. Личные неимущественные права. Особенности использования права на обнародование // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. №12.
166. Корчагина Н.П. Моргунова Е.П. Погуляев В.В. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ. М., 2008.
167. Корчагина Н.П. Права авторов и иных правообладателей как предмет взыскания // Право и экономика. 2007. №7.
168. Корчагина Н. Проблемы, связанные с обращением взыскания на интеллектуальную собственность // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2007. №3.
169. Костин А.В. Комментарий научного редактора перевода статьи «Анализ упущенной выгоды и экономического ущерба от нарушения прав интеллектуальной собственности» // Business Valuations Guide №1, 2007. (http://www.labrate.ru/profiko/BVG-article_2007-01_kostin_page_174-175.htm)
170. Котельников Н.В. Программы для ЭВМ и базы данных как объекты гражданско-правовой защиты. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Волгоград, 2003.
171. Котенко Е.С. Авторские права на мультимедийный продукт // СПС «Консультант – Плюс».
172. Коциоль Х. Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право – пример для Европы? // Вестник гражданского права. 2012. Т. 12. № 6.
173. Коциоль Х. Традиционный подход к превенции в деликтном праве // Вестник гражданского права №5, 2014.
174. Кравченко А.А. Секундарные права в российском гражданском праве: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2016.
175. Кудрявцева Г.А. Авторское право на перевод в СССР. Автореферат кандидатской диссертации на соискание степени кандидата юридических наук. М., 1970.
176. Кувыркова А.Ю. Лицензионный договор о предоставлении права использования объекта интеллектуальных смежных прав // Законодательство. 2009. №5.
177. Клык Н.Л. Охрана интересов сторон по авторскому договору. Красноярск, 1987.
178. Кривошеев М.И., Федулин В.Г. Интерактивное телевидение. М., 2000.
179. Лабзин М.В. Научные концепции понимания права интеллектуальной собственности / М.В. Лабзин // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. – 2014. – № 8.
180. Лабзин М.В. Исключительное право как элемент правоотношения // Актуальные проблемы российского права. 2018.
181. Лабзин М.В. Право запрещать как юридическое содержание исключительного права // Патенты и лицензии. 2009. N 7.
182. Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М., 1981.
183. Локк Дж. Два трактата о правлении // Локк Дж. Сочинения: в 3 т. Т. 3. М., 1988.
184. Липцик Д. Авторское право и смежные права. М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО., 2002.
185. Макагонова Н.В. Авторский договор на телевидении: диалектика становления и развития // Юридический мир. 1997. №11.
186. Макагонова Н.В. Авторское право. Учебное пособие. 1999.
187. Максимов А. Использование произведений, перешедших в общественное достояние // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2007. №11.
188. Малахов П.С. Имущественные права и обязанности как объекты сделок в банковской сфере. Дис... канд. юрид. наук. Томск, 2007.
189. Мамяева И.Э. Основы изобретательского права. Лениздат. 1976.
190. Мартынов Б.С. Права авторства в СССР // Учен. зап. Вsesoюзн. ин-та юрид. наук. Вып. IX. 1947.

191. Матвеев Ю.Г. Международная охрана авторских прав. М.,1987.
192. Матвеев Ю.Г. Международные конвенции по авторскому праву. М.,1978.
193. Матвеев Ю.Г. К вопросу о присоединении СССР к Всемирной (Женевской) конвенции об авторском праве 1952г. // Проблемы советского авторского права / Отв. ред. М.М. Богуславский, О.А. Красавчиков. Свердловск, 1980.
194. Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели: дис...доктора юрид. наук. М., 2016.
195. Мерзликина Р.А. Право интеллектуальной собственности. М.,2008.
196. Моргунова Е.А. Коллективное управление авторскими правами на современном этапе. М.,2005.
197. Минц А.М. Интеллектуальная собственность как фактор повышения конкурентоспособности промышленного предприятия: аспекты оценки и управления: диссертация на соискание ученой степени кандидата экономических наук: 08.00.05. М.,2006.
198. Мирошникова М.А. Сингулярное правопреемство в авторских правах. СПб., 2005.
199. Михеева Л.Ю. Объекты гражданских прав: правовые позиции, содержащиеся в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» / Л.Ю. Михеева // Судья. – 2015. – № 10.
200. Мэггс П.Б., Сергеев А.П. Интеллектуальная собственность. М.,2000.
201. Набиев С. «Обязательная доля» при наследовании авторских прав // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006.№7.
202. Назаров А.Г. Пределы осуществления исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011.
203. Наумова Е. Правовая природа исключительного права // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2008.№8.
204. Нерсесянц В. С. Философия права Гегеля. М., 1998.
205. Никитина М.И. Издательский договор на литературное произведение в авторском праве: Автореферат кандидатской диссертации на соискание степени кандидата юридических наук. М.,1954.
206. Никитина М.И. Авторское право на произведения науки, литературы и искусства. Казань, 1972.
207. Новак Д.В. Неосновательное обогащение в гражданском праве. М., 2010.
208. Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1.
209. Новоселова Л.А., Рожкова М.А. Интеллектуальная собственность: некоторые аспекты правового регулирования. М., 2014.
210. Новоселова Л.А., Полежаев О.А. Правовые риски совершения сделок с объектами интеллектуальных прав на цифровых платформах // Закон. 2019. № 10.
211. Новосельцев О. Аудит интеллектуальной собственности при оценке нематериальных активов // Хозяйство и право. 1997.№4.
212. Новосельцев О.В. Право интеллектуальной собственности и имущество предприятия. Дис... канд. юрид. наук. М.,2000.
213. Овчинникова К.Д. Предприятие как объект гражданских прав в Германии, Италии, Франции, Англии и России. Дис... канд. юрид. наук. М.,2005.
214. Оуэн Л. Приобретение и продажа авторских прав на литературные произведения. М., 2000.
215. Павлова Е.А. Научно – практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав/ под ред. Новоселовой Л. А.. М., 2014.
216. Павлова Е.А. Европейское право интеллектуальной собственности: основные акты Европейского союза. М.,2016.

217. Павлова Е.А. Право на переработку и производное произведение // Вестник гражданского права. – 2019. – № 4.
218. Панкевич Б.И. Объект авторского права // Записки Новороссийского Университета. 1878.
219. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002.
220. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. (СПС «Консультант плюс»)
221. Погуляев В. Формула как объект авторского права // Право и экономика. 2003. №4.
222. Погуляев В. Моральные права и их экономическое содержание // Интеллектуальная собственность. 2005. №5.
223. Помарина Ю.В. Комментарий к Постановлению Пленума ВС РФ №5. Пленума ВАС РФ №29 от 26.03.09г. « О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса РФ» // Налоговый вестник: комментарии к нормативным документам для бухгалтеров. 2009. №6.
224. Понкин И. Особенности сети Интернет в свете выявления и доказывания нарушений авторского права//Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. №7, 2015.
225. Попов В.А. О понятии и признаках объекта авторского права // Проблемы советского авторского права. М., 1979.
226. Попова О. В. Операции с интеллектуальной собственностью: виды договоров // Аудиторские ведомости. 2009. №1.
227. Пиленко А.А. Новый закон об авторском праве: (текст закона, сопоставление с прежде действующим правом, подготовительные материалы). СПб., 1911.
228. Пиленко А.А. Право изобретателя. М., 2001 (по изданию 1902, 1903гг.).
229. Пирогова В.В. Исчерпание исключительных прав и параллельный импорт. М., 2008.
230. Плотников В.А. Доменное имя и нарушение прав владельца товарного знака // Законодательство. 2005. №5.
231. Право интеллектуальной собственности. Учебник для академического бакалавриата. Под редакцией Л.А. Новоселовой. М., 2016.
232. Проблемы осуществления и защиты гражданских прав: сборник статей к 100-летию со дня рождения профессора В.П. Грибанова /отв. ред. Е.А. Суханов и А.Е. Шерстобитов; Московский гос. ун-т им. М.В. Ломоносова, юрид. фак., кафедра гражданского права. – Москва: Статут, 2021.
233. Рабец А.М. Особенности внесения прав на объекты интеллектуальной собственности в уставный капитал юридического лица // Право и экономика. 2007. №2.
234. Раевич С.И. Исключительные права. Право на товарные знаки, промышленные образцы, изобретения, авторское право. 1926.
235. Рахмилович А.В. Название произведения как объект авторского права // Журнал российского права. 2002. №11.
236. Райгородский Н.А. Юридическое лицо как субъект авторского права // Очерки по гражданскому праву / Отв. ред. О.С. Иоффе. Л., 1957.
237. Райхер В.К. Абсолютные и относительные права (к проблеме деления хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву // Вестник гражданского права. 2007. № 2.
238. Рыбалов А.О. Проблемы классификации гражданских правоотношений: дис... канд. юрид. наук. С-Пб., 2007.
239. Рейли Р., Швайс Р. Оценка нематериальных активов. М., 2005.

240. Рожкова М.А. Оборотоспособность объектов гражданских прав // URL: <http://rozhkova.com/ARTICLE/AR93/AR93.pdf>
241. Рожкова М. А. О некоторых вопросах оборота исключительных прав и материальных носителей объектов интеллектуальной собственности // Журнал российского права. 2014. № 9 (213). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-nekotoryh-voprosah-oborota-isklyuchitelnyh-prav-i-materialnyh-nositeley-obektov-intellektualnoy-sobstvennosti>
242. Рожкова М.А. Об имущественных правах на нематериальные объекты в системе абсолютных прав (часть первая, вводная – вещные права, интеллектуальная собственность) // ЭЖ Закон // URL: https://zakon.ru/blog/2018/12/17/ob_imuschestvennyh_pravah_na_nematerialnye_obekty_v_sisteme_absolyutnyh_prav_chast_pervaya_vvodnaya
243. Рузакова О. Договоры о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами. Условия и порядок их прекращения и признания недействительными // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2008. №5.
244. Рузакова О.А. Система договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами: Автореф. дисс... .доктора юрид. наук. М., 2007.
245. Рясенцев В.А., Мартемьянов В.С., Масляев А.И. Правовое регулирование отношений, основанных на создании и использовании алгоритмов и программ // Советское государство и право. 1987. №2.
246. Савельева И.В. Правовое регулирование отношений в области художественного творчества. М.,1976.
247. Савельев А.И. Лицензирование программного обеспечения в России: законодательство и практика. М.,2013.
248. Савельев А.И. Свободные лицензии на программное обеспечение в контексте реформы гражданского законодательства // Вестник гражданского права,2012,№4.
249. Савельев А.И. Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права,2016,№3.
250. Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5.
251. Савельев А. Часть 3. Юридическая дефиниция смарт-контракта [Электронный ресурс] // ЭЖ Закон.ru. – URL: https://zakon.ru/blog/2017/10/30/chast_3_yuridicheskaya_definicija_smart-kontrakta
252. Савина В.С. Публично-правовые ограничения и запреты в праве интеллектуальной собственности // ИС. Авторское право и смежные права. 2020. № 2.
253. Савина В.С. Особенности правовой охраны фотографий как объектов авторского права в цифровую эпоху // ИС. Авторское право и смежные права. 2018. № 5
254. Садовский П. Наследование интеллектуальной собственности // эж - ЮРИСТ. 2005. №23.
255. Самигулина А.В. Исключительные права в составе предприятия // Право: теория и практика, 2006. №10.
256. Свердлов Г.А. Основы правового регулирования творческих отношений. Свердловск, 1985.
257. Свиридова Е.А. Свободное использование произведения как объекта авторского права. М.,2014.
258. Свядосц Ю.И. Буржуазное патентное право. М., 1967.
259. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.,2006.

260. Серго А.Г., Пуцин В.С. Основы права интеллектуальной собственности. М.,2005.
261. Серго А.Г. Правовые проблемы сети Интернет // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права.2006.№8.
262. Серго А.Г. Доменное имя и объекты интеллектуальной собственности // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права.2006.№10,11.
263. Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М.,1956.
264. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации/ В.В. Байбак, Р.С. Бевзенко, С.Л. Будылин и др.; отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2018.
265. Силонов И. Авторские и смежные права в шоу-бизнесе // Интеллектуальная собственность. 1998. №3.
266. Симолин А.А.Охрана личных прав автора в новом законе об авторском праве 20 марта 1911г. // Вопросы права.1912. Кн X (2).
267. Симолин А.А. Два вопроса из области авторского права//Юридический вестник. 1914.Кн I.
268. Симолин А.А. Авторское право и право на фабричные рисунки и модели. Казань., 1916.
269. Синайский В.И. Авторские права и права на изобретения / Учебник русского гражданского права. М.,2002 (по изданию 1914-1915гг.).
270. Синельникова В. Н., Матвеев А.Г. Объекты интеллектуальной собственности, получающие охрану в XXI веке // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2019. - № 2 (44).
271. Синельникова В.Н., Мальцев М.Н. Правовой режим интернет-сайтов как объектов интеллектуальных прав// Патенты и лицензии. Интеллектуальные права, 2019. №9.
272. Сеницын С. А. Принудительная лицензия как универсальное и прогрессивное средство защиты частного и публичного интереса при осуществлении патентных прав» / Защита исключительных прав на изобретения, используемые в лекарственных препаратах: проблемы правового регулирования и направления совершенствования законодательства: монография, под редакцией Олега В. Гутникова, Сергея А. Сеницына. М., 2019.
273. Сеницын С.А. Сравнительное патентное право: актуальные проблемы. М.: Инфотропик Медиа, 2022.
274. Sitdikova R. Concept of interest in copyright: definition and types//Kazan University Law Review. 2019. T.4. № 3.
275. Ситдикова Р.И. Содержание понятия «нарушение исключительных прав»// Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2020. №12.
276. Смирнова Е.Ю. Правовая охрана элементов, составляющих программу для ЭВМ // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015. № 7.
277. Слабак А. Вопросы соавторства в судебной практике // Советская юстиция. 1985. №2.
278. Старостина Е.С. Ограничения авторских прав по законодательству Российской Федерации и Великобритании: сравнительно-правовое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2019.
279. Степанова О.А. Договоры об использовании идеальных результатов интеллектуальной деятельности: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук: 12.00.03. М.,1998.
280. Судариков С. А. Авторское право. М., 2013.
281. Судариков С.А. Фундаментальные принципы интеллектуальной собственности. Право интеллектуальной собственности. 2007. № 2
282. Суханов Е.А. Вещные права и права на нематериальные объекты // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ, 2007. №7.

283. Суханов Е.А. Интеллектуальная собственность: правовое регулирование, проблемы и перспективы // Законодательство, 2001.№3.
284. Телюкина М.В. Проблемы определения места фотографии в системе объектов гражданских правоотношений // Хозяйство и право. – 2018. – № 8.
285. Торкановский Е.П. Личные и имущественные права авторов литературных произведений по советскому праву. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Куйбышев, 1953.
286. Трахтенгерц Л.А. Программы для ЭВМ как объекты авторского права // Право и экономика. 1999.№3.
287. Третьяков С.В. Формирование концепции вторичных прав в германской цивилистической доктрине // Вестник гражданского права. 2007. №. 2;
288. Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. – 2007. – № 3.
289. Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения»//Основные проблемы частного права: сб. ст. к юбилею А.Л. Маковского. М., 2010.
290. Третьяков С.В. Право на чужое поведение и право на его защиту// Вестник Гражданского права №3, 2019. Том 19.
291. Третьяков С.В. Распоряжение правом на чужое поведение: юридическая природа и догматическая квалификация // Вестник гражданского права. 2019. № 2.
292. Третьяков С.В. Субъективное право как «последняя абстракция» цивилистики: генезис и структурные компоненты классической волевой теории // Вестник Гражданского права, №2, 2020. Том 20.
293. Филатова У.Б. Институт права общей собственности в странах романо-германской правовой семьи (Германии, Австрии, Швейцарии, Франции и России: сравнительно-правовое исследование): дис... докт. юрид. наук. М., 2015.
294. Филин Д. Охрана персонажа: проблемы и перспективы // Интеллектуальная собственность. 2005.№5.
295. Хасимова Л.Н. К вопросу о государственной регистрации лицензионного договора // Юридический мир.2006.№1.
296. Хейфец И.Я. Авторское право. М.,1931.
297. Черничкии Г.Н. Юридические особенности заключения лицензионных договоров // Современное право. 2006.№8.
298. Чернышева С.А. Правоотношения в области художественного творчества. М.,1979.
299. Чернышева С.А. Правовое регулирование авторских отношений в кинематографии и на телевидении. М.,1984.
300. Чернышева С.А. Исполнение обязанностей сторон по авторскому договору // Советская юстиция. 1986.№7.
301. Чернышева С.А. Авторский договор в гражданском праве России. М.,1996.
302. Чертков В.Л. Судебная защита прав и интересов авторов. М.,1971.
303. Чертков В.Л. Авторское право и право собственности на произведения изобразительного искусства // Советское государство и право. 1973. №1.
304. Чертков В.Л. Авторское право в периодической печати. М.,1989.
305. Чураева О.В. Купля - продажа предприятия как имущественного комплекса. Дис... канд. юрид. наук. СПб., 2003.
306. Шерстобитов А.Е. Вопросы гражданско-правового регулирования отношений по передаче программных средств ЭВМ // Вестник Моск. Ун-та.Сер. 11. Право. 1983.№2.
307. Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературное произведение. Казань,1891.
308. Шершеневич Г.Ф. Авторские права. // Учебник русского гражданского права. М., 1995 (по изданию 1907г.).

309. Шестаков Д.Ю. Интеллектуальная собственность в Российской Федерации: теоретико - правовой анализ. Дис... канд.юрид.наук. М., 2000.
310. Шуваев В.А. Гражданско - правовое регулирование лицензионного договора на использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Автореферат дис...канд. юрид. наук. М., 2009.
311. Шиловост О. Общие положения о договорных способах распоряжения исключительными правами // Хозяйство и право, 2008. №9.
312. Шишляев Д.В. Оценка стоимости нематериальных активов и интеллектуальной собственности в РФ: диссертация на соискание ученой степени кандидата экономических наук.: 08.00.10. М., 2006.
313. Штумпф Г. Договор о передаче ноу-хау (перевод с нем. Дергачева В.И.).М., 1976.
314. Эдельман Б. Мысли об авторском праве и путях его развития в странах Европейского экономического сообщества // Бюллетень по авторскому праву. 1994. №3.
315. Эрдлевский А.М. О наследовании права на обнародование произведения // Подготовлен для СПС «Консультант Плюс».2004.
316. Эртманн П. О структуре субъективных частных прав // Вестник гражданского права. 2007. № 3 //СПС «Консультант плюс»
317. Юрасов М.Ю. Смарт-контракт и перспективы его правового регулирования в эпоху технологии блокчейн [Электронный ресурс]. – URL:https://zakon.ru/blog/2017/10/9/smart-kontrakt_i_perspektivy_ego_pravovogo_regulirovaniya_v_epohu_tehnologii_blokchejn#_ftn5
318. Ягельницкий А.А. Категория правопреемства в российском гражданском праве: дис... канд. юрид. наук. М., 2011.
319. Яковлев В.Ф. О частном и публичном праве в правовой системе России. Выступление на научной конференции в Институте государства и права Российской академии наук (Москва, 31 марта 2000 г.)

Литература на иностранном языке

320. Alpin T. Copyright Law in the Digital Society. The Challenges of Multimedia. Oxford,2005.
321. Alpin T., Davis J. Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials. OXFORD University Press, 2017.
322. Attaran A. Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Options for TRIPS Council // Harvard University Centre for International Development. 2002. (http://www.hks.harvard.edu/var/ezp_site/storage/fckeditor/file/pdfs/centersprograms/centers/cid/publications/faculty/wp/087.pdf)
323. Baird D.G. The Future of Law and Economics: Looking Forward //64 University Chicago law review. 1129, 1132. 1997.
324. Bently L., Sherman B. Intellectual Property Law. Third Edition. OXFORD University Press, 2009.
325. Bently L., Sherman B. The Making of Modern Intellectual Property Law. Cambridge studies in Intellectual Property Rights. Cambridge University Press, 2008.
326. Benkler Y. From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access // Fed. Comm. L.J. 2000. N 52.
327. Boyle J. Foreword: the Opposite of Property? // Law and Contemporary Problems. 2003. Vol. 66. N 1 & 2. Winter/Spring.
328. Bird R., Cahoy D. The Impact of Compulsory Licensing on Foreign Direct Investment: A Collective Bargaining Approach // American Business Law Journal. 2008. Vol. 45. Issue.

329. Carrier M. *Innovation for the 21st Century: Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*. Oxford, 2009.
330. Coase R. The Problem of Social Cost // *Journal of Law and Economics*. 1960. Vol. 3.
331. Colombet C. Major principles of copyright and neighbouring rights in the world. Unesco – Paris, 1987.
332. Colston C. *Principles of intellectual property law*. London, 1999.
333. Cohen J.E. *Information Rights and Intellectual Freedom* // *Ethics and the Internet* / Anton Vedder, ed. Antwerp: Intersentia, 2001.
334. Cook Trevor *EU Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2015.
335. Crowne E.A. Fishing TRIPS: A loot at the history of the agreement on trade-related aspects of intellectual property. *Creighton International & Comparative Law Journal*. 2011. Vol. 2. (<https://dspace.creighton.edu/xmlui/bitstream/handle/10504/38574/2CICLJ77.pdf?sequence=1>)
336. *Competitive European regions through research and innovation: Practical guide to EU Funding opportunities for research and innovation*. REV 1 30/09/2008.
337. Concept Paper Relating to Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: communication from the European Communities and their members States, IP/C/W/339, Council for Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, WTO dated 4th March 2002.
338. *Concise International and European IP Law: TRIPS, Paris Convention, European Enforcement and Transfer of Technology*.
339. Consultation paper of Patent office «The UK implementation of the Directive on the enforcement of intellectual property rights (2004/48/EC)» (<http://www.ipo.gov.uk/consult-enforcement.pdf>).
340. Crowne E.A. Fishing TRIPS: A loot at the history of the agreement on trade-related aspects of intellectual property. *Creighton International & Comparative Law Journal*. 2011. Vol. 2. (<https://dspace.creighton.edu/xmlui/bitstream/handle/10504/38574/2CICLJ77.pdf?sequence=1>)
341. Dagan H. The Craft Of Property // *California Law Review*. 2003. N 92.
342. Dogan S.L. An exclusive right to evoke // *Boston College Law Review*. 2003. №2.
343. Dan-Cohen M. The Value of Ownership // *Global Jurist Frontiers*. 2001. Vol. 1.-N2.
344. Dietz Adolf. The Moral Rights of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries// *Columbia-VLA Journal of Law& the Arts*. Vol. 19. №3-4. 1995.
345. Dutfield G., Suthersanen U. *Global Intellectual Property Law*. Edward Elgar Publishing, 2008.
346. Engel Ch. The Role of Law in the Governance of the Internet // Max-Planck-Projektgruppe "Recht der Gemeinschaftsguter". Bonn, 2002. N 13.
347. Elder S. Duration of Copyright // *The Yale Law Journal*. 1905. Vol. 14. № 8 Jun., 1905. P. 418.
348. Elias S., Stim R. *Paten, Copyright and trademark: an intellectual property desk*. Bercley, 2004.
349. Fanaeian N. Is Real Property More Real Than Intellectual Property? // *IPLstandard*. 2002. Vol. 1.N2.
350. Fawcett J., Torremans P. *Intellectual property and Private International Law*. Second edition. Oxford, 2011.
351. Ficsor M. *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
352. Fisher W. *Theories of intellectual property* // *New essays in the legal and political theory of property/* edited by R. Munzer. Cambridge, 2001.
353. Fisher W. *Intellectual Property and Innovation: Theoretical, Empirical, and Historical Perspectives* // *Industrial Property, Innovation, and the Knowledge-based Economy, Beleidsstudies Technologie Economie*. 2001. Vol. 37.

354. Francesco P. Entropy in Property // *Am. J. Corp. L.* 2002. N 50.
355. Froomkin A.M. Toward A Critical Theory of Cyberspace // *Harvard Law Review.* 2003. Vol. 116. N 3. P. 751 - 873.
356. Garcia K., McCrary J. A Reconsideration of Copyright's Term // *Alabama Law Review*, Forthcoming, U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 19-11, <https://ssrn.com/abstract=3357965>
357. Geller P. Copyright History and the Future: What's Culture Got to Do with It? // *Journal of the Copyright Society of the USA.* 2000. Vol. 47. <https://ssrn.com/abstract=243115> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.243115>
358. Gordon W.J. Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives // *The Commodification of Information.* Elkin-Koren Niva, Neil Weinstock Netanel, eds. Kluwer Law International. 2002. N 149.
359. Halpern M., Mehrotra A.K. From International Treaties to Internet Norms: The Evolution of International Trademark Disputes in the Internet Age // *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law.* 2000. N21.
360. Hansmann H., Santilli M. Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis// *The Journal of Legal Studies.* Vol. XXXVI (1). 1997.
361. Heller M.A. The Dynamic Analytics of Property Law // *Contemporary Legal Scholarship.* 2001. Vol. 2. N 1.
362. Hellena R. Howe, Jonathan Griffiths *Concepts of Property in Intellectual Property Law.* Cambridge University Press, 2013.
363. Hughes Justin. The Philosophy of intellectual property // *Georgetown Law Journal.* 1998 .№77.
364. *International Encyclopaedia of Intellectual Property Treaties.* Alfredo Ilardi and Michael Blakeney. Oxford University Press, 2004.
365. Jolly A. *The Handbook of European Intellectual Property Management: Developing, Managing and Protecting Your Company's Intellectual Property.* 2007.
366. Jongsma D. Parody after Deckmyn. A comparative overview of the approach to parody under copyright law in Belgium, France, Germany and the Netherlands // *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law.* 2017. Vol. 48, Iss. 6 // URL: <https://ssrn.com/abstract=3192306>
367. Johnson D.R., Post D.G. And How Shall the Net Be Governed? A Meditation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law // *Coordinating the Internet.* Kahin B. and Keller J., eds. MIT Press, 1997.
368. Joo T. Contract, Property and the Role of Metaphor in Corporations Law // *UC Davis Law Review.* 2002. Vol. 35.
369. Keays A.C. Software trade secret protection. 1991 // *Software law journal.* Volume IV, December 1991, Number 4.
370. Ladeur K.-H. *The Theory of Autopsies As an Approach to a better Understanding of Postmodern Law.* SanDomenico, 1999.
371. Landes W., Posner R. An economic Analysis of Copyright Law // *Journal of Legal Studies.* 1959.№18.
372. Lemley M.A. Place and Cyberspace // *California Law Review.* 2003. Vol. 91.
373. Lemley M.A. Romantic Authorship and the Rhetoric of Property // *Texas Law Review.* 1997. N 75.
374. Lemley M.A. The Law and Economics of Internet Norms // *Chicago-Kent Law- Review.* 1998. N73.
375. Lemley M.L. Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations // *California law review.* 2002. (<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol90/iss6/3>)

376. Lessing L. Innovation, Regulation, and the Internet // American Prospect. 2000. Vol. 11.N 106.
377. Litman J. Information Privacy, Information Property // Stanford L. Rev. 2000. N 52.
378. Major A.M. Norm Origin and Development in Cyberspace: Models of Cyber norm Evolution // Washington University Law Quaterley. 2000. Vol. 78:59.
379. Malwin B. Nimmler. The Right to Publicite. Law and Contemporary Problems 19 (1954)).
380. Maume P. Compulsory licensing in Germany (<http://papers.ssrn.com/>)
381. Menell P. Intellectual property: general theories (<http://encyclo.findlaw.com/1600book.pdf>)
382. Merges R., Reynolds G. The proper scope of the copyright and patent power // Harvard Journal on Legislation. 2000. Vol. 37 (<https://ssrn.com/abstract=987742>).
383. Moscon V. Neighbouring rights: in search of a dogmatic foundation. The press publishers' case // Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-17 (<https://ssrn.com/abstract=3208601>).
384. Ochoa T. Limits on Duration of Copyright: Theories and Practice. 2010 (<https://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/802/>)
385. Patterson D. Fashionable nonsense // Tex. L. Rev. 2003. N 81.
386. Post D.G. The Free Use of our Faculties: Jefferson, Cyberspace, and the Languages of Social Life // Drake Law Review. 2001. N 49.
387. Randin M.J. Reinterpreting Property. Chicago, 1993.
388. Reyman J. The Rhetoric of Intellectual Property: Copyright Law and the Regulation of Digital Culture. Taylor & Francis Ltd, 2010.
389. Samuelson P. Digital Rights Management (and, or, vs.) the Law // Communications of the ACM. 2003. Vol. 46. N 4.
390. Solum L.B. The Layers Principle: Internet Architecture and the Law // University of San Diego. 2003.
391. The Economic Structure of Intellectual Property Law. M. Landes, Richard A. Posner. The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
392. The Europeanization of Intellectual Property Law. Towards a Europeanization Legal Methodology. Edited by Justine Pila and Ansgar Ohly. Oxford University Press, 2013.
393. Torremans P. Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research. Edward Elgar, 2007.
394. Mark V.B. Partridge. Copyright litigation: Determining Copyright Damages // IP Litigator, March/April, 2000.
395. Underkuffler L.S. The Idea of Property: Its Meaning and Power. Clarendon, Oxford University Press. 2003.
396. Zittrain J. Balancing Control and Anarchy on the Internet // The Chronicle of Higher Education. October 13, 2000.
397. Zittrain J. Internet Points of Control // Boston College Law Review. 2003. N 43.
398. Zittrain J. The Copyright Cage // Legal Affairs. July/August 2003.
399. A.R. Miller, M.H. Davis Intellectual Property. Patents, Trademarks and Copyright. St. Paul, Minn. 2000.
400. Migumi Ogawa. The New Copyright Management Business Law. // Media and Arts Law Review. Vol. 6 №3. Sept. 2001.
401. Said Z. Fixing Copyright in Characters: Literary Perspectives on a Legal Problem // Cardozo Law Review. 2013. Vol. 35.
402. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2246511).
403. Samuelson P. Justifications for Copyright Limitations & Exceptions (https://www.law.berkeley.edu/files/Justifications_for_Copyright_Limitations_and_Exceptions_-_Pamela_Samuelson.pdf).

404. Senftleben M. Quotations, Parody and Fair Use // 1912–2012: A Century of Dutch Copyright Law / ed. by P.B. Hugenholtz, A.A. Quaadvlieg, D.J.G. Visser. Amstelveen, 2012. URL: <https://ssrn.com/abstract=2125021>
405. Seville Catherine. EU Intellectual Property Law and Policy. Edward Elgar Publishing, Inc.2009.
406. Smith H. Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information // Yale Law journal. 2007. 116:1742 (<http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/567.pdf>)
407. Vaver D. Intellectual property rights. Critical concept in law. New-York, 2006.
408. Washington Declaration on Intellectual Property and the Public Interest (<http://infojustice.org/washington-declaration-html>)
409. Waterstone M. A New Vision of Public Enforcement // Minnesota law review. № 92. 2007.
410. Webb J.M., Locke L.A. Intellectual Property Misuse: Developments in the Misuse Doctrine // Harvard Journal of Law & Technology. 1991. Vol. 4. P. 257, 264 (<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v04/04HarvJLTech257.pdf>).
411. Westermann P. Festschrift fur Karlheinz Quack zum. Berlin, 1991.
412. World intellectual property indicators 2012 (<http://ru.scribd.com/doc/116377813/World-Intellectual-Property-Indicators-2012>).
413. World Intellectual Property Report «The Changing Face of Innovation» (2011) (http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/944/wipo_pub_944_2011.pdf).