РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАУК

ИНСТИТУТ НАУЧНОЙ ИНФОРМАЦИИ ПО ОБЩЕСТВЕННЫМ НАУКАМ

ПРАВО БУДУЩЕГО: ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ, ИННОВАЦИИ, ИНТЕРНЕТ

Ежегодник

Выпуск 1

МОСКВА
2018

ББК 67.404.2
П 68
DOI: 10.31249/prae/2018.01.00

Серия
«Правоведение»

Центр социальных научно-информационных исследований

Отдел правоведения

Редакционная коллегия:
Е.В. Алферова – канд. юрид. наук; *Г.Н. Андреева* – канд. юрид. наук; *Е.Г. Афанасьева* – канд. юрид. наук (отв. ред.); *Е.П. Губин* – д-р юрид. наук, профессор; *В.Н. Листовская; Ю.С. Харитонова* – д-р юрид. наук, профессор; *Р.М. Янковский*

Отв. за выпуск – *Е.А. Афанасьева*

П 68 **Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет:** Ежегодник. Вып. 1 / РАН. ИНИОН. Центр. социал. науч.-информ. исслед. Отд. правоведения; Каф. предпринимательского права МГУ им. М.В. Ломоносова; Отв. ред. Афанасьева Е.Г. – М., 2018. – 207 с. – (Сер.: Правоведение).
ISBN 978-5-248-00893-3

Рассматриваются правовые проблемы охраны интеллектуальной собственности, исключительных прав в условиях развития новых технологий, поиска баланса интересов правообладателей и пользователей. Анализируются международные договоры и национальное законодательство об авторском праве, смежных правах, праве промышленной собственности, средствах индивидуализации, судебная и деловая практика. Исследуются вопросы правового регулирования Интернета, развития цифровой экономики, высокотехнологичного бизнеса, новых финансовых технологий.

Для научных сотрудников, преподавателей, аспирантов, студентов, всех читателей, интересующихся проблемами охраны интеллектуальных прав и регулирования новых информационных технологий.

The problems of protection of intellectual property, legal means for the exclusive rights realization in the conditions of the development of new technologies, the search for a balance of interests of rightholders and users are considered. International treaties and national legislation on copyright, neighbouring rights, industrial property law, means of individualization, judicial and business practice are analyzed. The issues of legal regulation of the Internet, development of the digital economy and high-tech business are investigated.

For researchers, professors, graduate students, students, all readers interested in the issues of intellectual property law and the regulation of new information technologies.

ББК 67.404.2

ISBN 978-5-248-00893-3 © ИНИОН РАН, 2018

СОДЕРЖАНИЕ

Вступительное слово (*Е.Г. Афанасьева*) 9
Вступительное слово (*Ю.С. Харитонова*) 10

Раздел 1

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА: ОСНОВНОЙ ВЕКТОР ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

Г.Н. Андреева. Цифровая экономика, экономическая конституция и интеллектуальная собственность: Сопряжение понятий. (Статья). 12
С.В. Усольцева. Правовое регулирование интеллектуальной собственности в условиях цифровой экономики. (Обзор законопроектной работы). (Статья). 19
А.А. Карцхия. Цифровое право как будущее классической цивилистики. (Статья). 26
О.С. Авдонина. Пределы использования интеллектуальной собственности в цифровой экономике. (Статья). 41
И.А. Черешнева. Право интеллектуальной собственности в условиях глобальных перемен: Проблема взаимодействия технологий и права. (Статья). 46

Раздел 2

АВТОРСКОЕ ПРАВО И СМЕЖНЫЕ ПРАВА В НОВОЙ ЦИФРОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Ю.С. Харитонова. К вопросу об охраноспособности результата деятельности искусственного интеллекта. (Статья). 52

П.М. Морхат. Особенности развития права интеллектуальной собственности в контексте использования искусственного интеллекта. (Статья). 65
М.В. Телюкина. Цифровое произведение как объект гражданских прав. (Статья). 70
Р.Ш. Рахматулина. Объекты авторского права в цифровом пространстве и формы их выражения. (Статья). 77
Е.Г. Афанасьева, М.Г. Долгих. Современное лицо плагиата. (Статья). 83
И.С. Данилов. Актуальные проблемы правового регулирования деятельности информационных посредников в России и США. (Статья).....92
Голденфейн Д., Хантер Д. Блокчейны, произведения-сироты и общественное достояние. (Реферат). 100
Са-и-Меллу де А. Важнейшие аспекты и проблемы коллективного управления авторскими и смежными правами в цифровой среде в Португалии, Испании и Евросоюзе. (Реферат). 107
Соуза-и-Силва Н. Права, смежные с авторскими, в Португалии, Испании и Евросоюзе. (Реферат). 112

Раздел 3

ПРАВО ПРОМЫШЛЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ: НЕКОТОРЫЕ СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ

В.С. Екимова. Залог исключительных прав – возможность для развития. (Статья). 117
Р.Ф. Гафуров. Модернизация российской системы регистрации товарных знаков: Свой путь vs процедура оппозиции. (Статья). 122
Е.А. Афанасьева, Е.Г. Афанасьева. Ужасные и опасные [товарные знаки]? (Обзор). 129
Е.С. Лосева. «Лишь в чувстве меры истинное благо» – пределы законодательной защиты торговых секретов в США. (Обзор). 136

Раздел 4

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И НОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ В ОТДЕЛЬНЫХ СФЕРАХ ЖИЗНИ ОБЩЕСТВА

А.Н. Левушкин. Проблемы определения и защиты интеллектуальной собственности при реализации электронной медицины в цифровой экономике. (Статья). 141
М.С. Любенко. Фэшн-дизайн как объект интеллектуальных прав: Законодательство, судебная и деловая практика в Европе и США. (Обзор)..... 148
А.М. Галкина. Правовые проблемы стрит-арта. (Статья). 156
Е.А. Афанасьева. Правовое регулирование виртуальной и дополненной реальности. (Обзор)..... 166

Раздел 5

СОВРЕМЕННОЕ ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И СОХРАНЕНИЕ КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ

Г.Н. Андреева. Проблемы защиты коллективной интеллектуальной собственности коренных народов. (Обзор)..... 173
Полименопуло Е. Культурное наследие коренных народов и его художественное выражение: «Локализация» прав интеллектуальной собственности и требования ЮНЕСКО. (Реферат). 190
Защита интеллектуальной собственности с маорийским культурным элементом. (Реферат). 198

Сведения об авторах 205

CONTENTS

Introduction (*E.G. Afanasieva*) 9
Introduction (*Yu.S. Kharitonova*).....10

Part 1

INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND DIGITAL ECONOMY: THE MAIN VECTOR OF INTERACTION

G.N. Andreeva. Digital economy, economic constitution and intellectual property: Interface of concepts. (Article) 12
S.V. Usoltseva. Legal regulation of the intellectual property in the digital economy (Review of the legislative work). (Article).....19
A.A. Kartskhiya. Digital law as a future of classic civil law. (Article).....26
O.S. Avdonina. Limits on the use of intellectual property in the digital economy. (Article).....41
I.A. Chereshneva. Intellectual property rights in a changing world: The problem of interaction between technology and law. (Article).....46

Part 2

COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS IN THE NEW DIGITAL REALITY

Yu.S. Kharitonova. On the issue of the protection of the result of artificial intelligence. (Article) 52

P.M. Morkhat. On the issue of the peculiarities of the development of intellectual property law in the context of the use of artificial intelligence. (Article) 65
M.V. Teliukina. Digital product as a civil law object. (Article) 70
R.Sh. Rakhmatulina. Copyright objects in the digital space and forms of their expression. (Article) 77
E.G. Afanasieva, M.G. Dolgikh. Contemporary face of a plagiarism. (Article) 83
I.S. Danilov. Current problems of online intermediaries' regulation in Russia and the USA. (Article) 92
Goldenfein J., Hunter D. Blockchains, orphan works, and the public domain. (Synopsis) 100
Sá e Mello de A. Main issues and some problems of collective management of copyright and neighbouring rights in the digital environment. The scheme in Portugal and Spain and in Community law. (Synopsis) 107
Sousa e Silva N. Related rights (to copyright). The scheme in Portugal and Spain and in Community law. (Synopsis) 112

Part 3

INDUSTRIAL PROPERTY LAW: SOME MODERN PROBLEMS

V.S. Ekimova. Security interest in intellectual property as opportunity for development. (Article) 117
R.F. Gafurov. Modernization of the Russian trademark registration system: Own way vs opposition procedure. (Article) 122
E.G. Afanasieva, E.A. Afanasieva. Dreadful and dangerous [trademarks]? (Review) 129
E.S. Loseva. «Too swift arrives as tardy as too slow» – the limits of the legislative protection of trade secrets in the USA. (Review) 136

Part 4

INTELLECTUAL PROPERTY AND NEW TECHNOLOGIES IN SOME SPHERES OF COMMUNITY LIFE

A.N. Levushkin. Problems of definition and protection of intellectual property during implementation of e-medicine in the digital economy. (Article) 141

M.S. Lubenko. Fashion design as object of intellectual rights: Legislation, judicial and business practice in Europe and USA. (Review).....148
A.M Galkina. Legal issues of street art. (Article).....156
E.A. Afanasieva. Legal regulation of virtual and augmented reality. (Review) 166

Part 5

MODERN INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND CULTURAL HERITAGE CONSERVATION

G.N. Andreeva. Problems of protection of the collective intellectual property of indigenous people. (Review).....173
Polymenopoulou E. Indigenous cultural heritage and artistic expressions: «Localizing» intellectual property rights and UNESCO claims. (Synopsis) 190
Protecting intellectual property with a Māori cultural element: User guide. (Synopsis).....198

Information about the authors 205

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО
(*Е.Г. Афанасьева*)

Это издание, с одной стороны, открывает серию тематических ежегодников, с другой – продолжает традиции совместных проектов отдела правоведения ИНИОН РАН и кафедры предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова, в числе которых изданный в прошлом году сборник «Право интеллектуальной собственности»[1]. Тематики сборника и ежегодника перекликаются, однако ежегодник ориентирован прежде всего на новейшие тенденции в развитии права интеллектуальной собственности, в первую очередь связанные с новыми технологиями и цифровой экономикой.

Основные аспекты взаимодействия цифровой экономики и права интеллектуальной собственности рассматриваются в разделе 1. Среди них – правовые режимы для цифровых объектов интеллектуальной собственности, перспективы использования распределенных реестров как источников информации о принадлежности интеллектуальных прав, вопросы создания и функционирования электронных библиотек и ряд других.

В разделах 2 и 3 представлены материалы по современной проблематике основных институтов права интеллектуальной собственности – авторского права и смежных прав, права промышленной собственности. В них исследуются вопросы принадлежности прав на произведения, созданные системами искусственного интеллекта, особенности цифровых произведений / произведений в цифровой форме; показано, как новые технологии помогают плагиаторам и как они будут помогать их разоблачать;

[1] См.: Право интеллектуальной собственности: Сб. науч. тр. / РАН. ИНИОН. Центр. социал. науч.-информ. исслед. Отд. правоведения; Кафедра предпринимательского права МГУ им. М.В. Ломоносова; отв. ред. Афанасьева Е.Г. – М., 2017.

определяются границы ответственности информационных посредников и рассматриваются технологические способы решения проблем произведений-сирот и коммерциализации иных объектов интеллектуальной собственности, влияние новых технологий на коллективное управление объектами авторских и смежных прав, некоторые перспективы развития институтов ноу-хау и товарных знаков.

В разделе 4 показаны особенности режимов интеллектуальной собственности в самых разнообразных сферах жизни общества (от медицины до стрит-арта и виртуальной реальности) и влияние новых технологий на отношения в этих сферах.

В материалах заключительного раздела 5 соединяются прошлое и будущее: речь идет о том, как средства современного права интеллектуальной собственности могут помочь в сохранении культурного наследия.

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО
(*Ю.С. Харитонова*)

В представленный вниманию читателя выпуск ежегодника включен ряд статей, тезисы которых обсуждались на конференции, проведенной 13 апреля 2018 г. на юридическом факультете Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова по инициативе кафедры предпринимательского права на тему «Интеллектуальная собственность в условиях цифровой экономики». Дискуссия была посвящена актуальным проблемам права интеллектуальной собственности с учетом происходящих системных изменений, связанных с цифровизацией экономики, в условиях развития высоких технологий и глобализации общественных отношений. Модераторы мероприятия доктор юридических наук, профессор кафедры предпринимательского права Ю.С. Харитонова и кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права Е.Г. Афанасьева сформулировали общую цель встречи: в ходе обсуждения определить влияние происходящих изменений на правовое обеспечение оборота исключительных прав в связи с осуществлением предпринимательской деятельности и предложить пути решения выявленных проблем.

Энтузиазм, в атмосфере которого прошла работа участников конференции, продемонстрировал остроту поднятых вопросов, а значит – обсуждение будет продолжено. В планах кафедры пред-

принимательского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова сделать конференции по праву интеллектуальной собственности ежегодными.

Активный ход обсуждения поставленных на повестку вопросов показал потребность в таких мероприятиях, а также необходимость иметь возможность ознакомления с выступлениями участников дискуссии в печатном виде для продолжения работы в заданном направлении.

Раздел 1
ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА: ОСНОВНОЙ ВЕКТОР ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

Г.Н. Андреева

ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА, ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ: СОПРЯЖЕНИЕ ПОНЯТИЙ (Статья)

DOI: 10.31249/prae/2018.01.01

Аннотация. *В статье анализируются проблемы установления взаимосвязей понятий «экономическая конституция», «интеллектуальная собственность» и «цифровая экономика» для их дальнейшего гармоничного использования в законодательстве.*

Ключевые слова: *цифровая экономика; экономическая конституция; интеллектуальная собственность; программа «Цифровая экономика»; конституционные ценности.*

G.N. Andreeva. Digital economy, economic constitution and intellectual property: Interface of concepts. (Article)

Abstract. *In article problems of establishment of interrelations of the concepts «economic constitution», «intellectual property» and «digital economy» for their further harmonious use of the legislation are analyzed.*

Keywords: *the economic constitution; intellectual property; digital economy; Program «Digital economy»; constitutional values.*

В «Словаре русского языка» С.И. Ожегова слово «сопряженный» раскрывается как «взаимно связанный, сопровождаемый чем-нибудь»[1]. Термин «сопряжение» давно и активно используется

[1] *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. – М.: Русский язык, 1990. – С. 747.

в естественных науках для обозначения взаимосвязей различных элементов и явлений, сопутствия чего-либо чему-либо, совмещения объектов или явлений. В последние годы он стал применяться в философии, лингвистике и других общественных науках[1]. В данной работе он используется для показа взаимосвязей между понятиями «цифровая экономика», «экономическая конституция» и «интеллектуальная собственность» с позиций науки конституционного права.

Почему автору данной статьи кажется важным выяснение взаимосвязей данных понятий? Как известно, в правовом государстве базовым актом, который «выстраивает» всю национальную правовую систему, является конституция. В зависимости от того, насколько положения отраслевых актов соотнесены с конституцией, взаимосвязаны с ней, можно говорить о более или менее гармонизированной правовой системе. Большое значение для гармонизации правовой системы играет установление взаимосвязи, сопряженности базовых понятий, особенно тогда, когда появляются новые понятия. Широкое распространение цифровых технологий, взрывной характер их развития и формирование цифровой экономики делают эту задачу особенно актуальной.

Понятие «цифровая экономика» не присутствует в Конституции РФ. Как известно, этот термин (калька с англ. digital economy) появился позже, в 1995 г., и вошел в обиход с легкой руки американского ученого Н. Негропонте, который использовал его для разъяснения коллегам преимуществ новой экономики в сравнении со старой в контексте интенсивного развития информационно-коммуникационных технологий. Научным сообществом в настоящее время данное понятие оценивается как размытое, неопределенное[2], некоторые специалисты выделяют два подхода: первый отличается тем, что под цифровой экономикой понимают экономику, основанную на цифровых технологиях (т.е. речь идет о сфере электронных товаров и услуг), второй подход предполагает

[1] Например, появились работы, характеризующие сопряжение как фундаментальный принцип организации и развития материи. См.: *Похлебаев С.М., Похлебаева О.С.* Сопряжение как фундаментальный принцип организации и развития материи // Наука и школа. – М., 2009. – № 6. – С. 30–31.

[2] Цифровая экономика: Как специалисты понимают этот термин // Сайт РИА Наука. – Режим доступа: https://ria.ru/science/20170616/1496663946.html (Дата обращения: 11.04.2018.)

широкое толкование понятия как охватывающего экономическое производство с использованием цифровых технологий.

В ситуации отсутствия данного понятия в конституции, как представляется, для целей данной статьи возможно использование легального определения цифровой экономики утвержденной в России «Стратегии развития информационного общества РФ на 2017–2030 годы»: «Цифровая экономика – это 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»[1]. Данное понятие охватывает различные онлайн-услуги, интернет-торговлю, интернет-банкинг, интернет-рекламу, краудфандинг и многое другое. Правовое регулирование этих явлений прямо затрагивает и экономическую конституцию, и интеллектуальную собственность.

Понятие экономической конституции в науке конституционного права выступает в качестве полисемантического[2], в данном случае важно его значение, позволяющее рассматривать конституционные нормы, регулирующие экономическую жизнь в стране, настолько тесно взаимосвязанные между собой (и с другими нормами конституции), что изменение (или изменение толкования, понимания) одних конституционных норм влечет трансформацию понимания других взаимосвязанных с ними конституционных норм. Цифровая экономика в приведенном выше понимании Стратегии выступает как часть экономики государства в целом, причем часть, которая имеет тенденцию быстрого роста. Строго говоря, как часть целого, цифровая экономика должна строиться на тех же демократических принципах, что и вся экономическая конституция государства. Однако в силу своей специфики цифровая экономика требует изменения текущего законодательства, и это подразумевает повышенный контроль осуществляемых изменений с точки зрения конституционности, поскольку при применении новых технологий возникают и новые угрозы для реализации прав

[1] Официальный сайт Президента Российской Федерации. – Режим доступа: http://kremlin.ru/acts/bank/41919 (Дата обращения: 11.04.2018.)

[2] См.: *Андреева Г.Н.* К вопросу о понятии экономической конституции // Конституционное и муниципальное право. – М., 2010. – № 7. – С. 9–14.

человека, появляется возможность недопустимой централизации данных и их использования вопреки интересам общества. Цифровая экономика рассматривается как перспективное направление. Для его реализации принята упомянутая Стратегия, которая предполагает на первом этапе (2017–2019) создание организационных, финансовых, законодательных механизмов для подготовки перехода к инновационной экономике, а на втором (2020–2025) – полномасштабное внедрение цифровой экономики и утвержденная в 2017 г. Программа «Цифровая экономика Российской Федерации». В данном документе отмечается, что «в России в настоящее время урегулировано большинство вопросов, возникающих в рамках информационно-коммуникационных технологий в различных сферах деятельности. Однако регуляторная и нормативная среда имеет ряд недостатков, в ряде случаев создавая существенные барьеры на пути формирования новых институтов цифровой экономики, развития информационно-коммуникационных технологий и связанных с ними видов экономической деятельности»[1]. Правовые аспекты Программы осуществляются на основе Плана мероприятий по направлению «Нормативное регулирование». При этом если Стратегия предусматривает совершенствование нормативно-правового регулирования в сфере обеспечения безопасности обработки информации и баланса между своевременным внедрением современных технологий обработки данных и защитой прав граждан (подп. «а» и «б» п. 31), т.е. в определенной мере упоминает о значимости ориентации на конституционные ценности, то в Программе и Плане они отступают далеко на задний план и являются «точечными». Акцент сделан на тех предложениях, которые поступили от разработчиков Программы (более 400 экспертов и представителей бизнеса), что неизбежно повлекло перекосы в ней (например, большое внимание уделено правовому регулированию обеспечения оплаты на платных скоростных трассах, в то время как на большей части территории России остро стоят вопросы создания транспортной инфраструктуры как таковой). Поскольку по Плану предполагается разработка более 50 пакетов законопроектов в 2018–2019 гг., это означает серьезное изменение

[1] Программа «Цифровая экономика Российской Федерации», утвержденная Распоряжением Правительства Российской Федерации от 28 июля 2017 г. № 1632-р // Официальный сайт Правительства Российской Федерации. – Режим доступа: http://static.government.ru/media/files/9gFM4FHj4PsB7915vLVuPgu4bvR7MO.pdf (Дата обращения: 28.03.2018.)

правового регулирования различных сфер экономики и трансформацию интерпретации экономической конституции России. Каким образом эти изменения отразятся на конституционно-правовой стороне дела – пока непонятно, однако очевидно, что будут существенно затронуты различные экономические права, являющиеся важной частью экономической конституции, и, прежде всего, право интеллектуальной собственности, которое играет в цифровой экономике первостепенную роль. Следует отметить, что данная неопределенность и разработка подобного рода программ «снизу» на основе ведомственных интересов и интересов отдельных групп бизнеса таят в себе опасность недооценки общегосударственного характера проблемы создания цифровой экономики. Избираемая с помощью Программы стратегия затрагивает будущие поколения и современное общество в целом, поэтому в конституционно-правовом смысле она требует участия всего общества в поисках ответа на фундаментальные вопросы о том, на каких конституционных ценностях должно базироваться правовое регулирование цифровой экономики и как обеспечить их сохранение в условиях глубокой трансформации общества на основе цифровых технологий; как должно будет выглядеть это новое цифровое российское общество, живущее в условиях цифровой экономики; каким образом будут распределяться в нем блага; как будут решаться вопросы обеспечения конкуренции, занятости и т.д. Ответы на эти вопросы должны быть найдены на широкой демократической основе, без адекватной значимости проблемы ответов общества любые программы становятся скорее нащупыванием направления по созданию цифровой экономики и проведением интересов отдельных, пусть и продвинутых, групп бизнеса, чем реальным поиском направления действий для всего общества. Российские вложения в данное направление, которые по оценке «Forbes» за последние пять лет составляют около 1 трлн руб.[1], пока не привели к созданию крупномасштабного сектора цифровой экономики, и это дополнительный довод для широкого общественного обсуждения поиска путей перехода к цифровой экономике.

Вопросы изменения правового регулирования интеллектуальной собственности занимают важное место в Плане. В частно-

[1] *Антов Т.* Триллион впустую. Почему в России так и не появилась цифровая экономика. – Режим доступа: http://www.forbes.ru/finansy-i-investicii/359897-trillion-vpustuyu-pochemu-v-rossii-tak-i-ne-poyavilas-cifrovaya (Дата обращения: 11.04.2018.)

сти, предполагается: внести в Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ) изменения, уточняющие описания объектов интеллектуальной собственности в форме цифровых, в том числе трехмерных, моделей при их государственной регистрации; усовершенствовать регулирование договоров об отчуждении исключительного права; подготовить проект федерального закона о подтверждении юридических фактов, связанных с правами на результаты интеллектуальной деятельности; изменить налогообложение доходов от распоряжения правами на результаты интеллектуальной деятельности; внести изменения в регулирование правил оборота программ для ЭВМ, вопросов создания, использования и распространения киберфизических систем, формирования и функционирования электронных библиотек и др. Велика вероятность, что при этом будет существенно изменен режим права интеллектуальной собственности. Возникает вопрос: какие ориентиры и ограничения для изменений дает в этом плане конституционное регулирование? В Конституции РФ регулирование интеллектуальной собственности является важной частью экономической конституции. Вместе с тем оно урегулировано таким образом, что отделено от регулирования права частной собственности (ст. 35 Конституции РФ) и «увязано» со свободой литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания (ст. 44 Конституции РФ). Кроме того, российская Конституция входит в группу тех относительно новых конституций, которые для защиты права интеллектуальной собственности используют данное «зонтичное» понятие, превратив его в конституционное[1]. Однако и само данное понятие, и данная модель пока не демонстрируют преимуществ в защите права интеллектуальной собственности перед другими моделями, во всяком случае их конституционная ценность в практическом плане недостаточно изучена[2]. С этой точки зрения место права интеллектуальной собственности в рамках экономической конституции в России является доктринально еще не вполне установившимся, и его возможности регулирующего

[1] Согласно ст. 44 Конституции РФ, «интеллектуальная собственность охраняется законом».

[2] См. об этом: *Андреева Г.Н.* Конституционные основы права интеллектуальной собственности в зарубежных странах // Право интеллектуальной собственности: Сб. науч. тр. / РАН. ИНИОН. Отдел правоведения; МГУ им. М.В. Ломоносова. Каф. предпринимательского права; отв. ред. *Афанасьева Е.Г.* – М., 2017. – С. 16–17.

и ориентирующего воздействия на текущее законодательство ограничены. Как представляется, и в вопросе о месте права интеллектуальной собственности в конституционном регулировании надо ориентироваться на достижение гармоничного сочетания общего блага для общества с защитой прав и интересов граждан, т.е. на общие конституционные ценности правового государства. Тем не менее и интеллектуальная собственность, и экономическая конституция имеют уже конституционно-правовое оформление, общее направление их развития в рамках правовой парадигмы более или менее предсказуемо. Что же касается программных документов о цифровой экономике, в том числе тех, которые прямо предусматривают изменение ГК РФ и других отраслевых актов, то в них использован узкоспециальная терминология и понятийный аппарат и предпринята попытка неюридическим языком урегулировать отношения цифровой экономики в отрыве от имеющегося понятийного аппарата Конституции и ГК РФ, в то время как последние, наоборот, должны быть базовыми. Соответственно, перед учеными-юристами стоит задача внести юридическую определенность в эту проблему.

Таким образом, если подвести итог размышлениям о сопряжении понятий цифровая экономика, экономическая конституция, интеллектуальная собственность, то они в данное время не являются гармонично совмещенными. Появление цифровой экономики затрагивает основы правового демократического государства и его фундаментальные ценности, и достижение гармоничной взаимосвязи указанных понятий (отражающих гармонию стоящих за ними явлений) требует нового решения фундаментальных вопросов жизни общества, обстоятельные ответы на которые возможны только при участии всего общества, а также в результате углубленной научной разработки проблемы адекватного правового оформления цифровой экономики.

С.В. Усольцева

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ (ОБЗОР ЗАКОНОПРОЕКТНОЙ РАБОТЫ) (Статья)

Аннотация. *В статье рассматриваются направления совершенствования гражданского законодательства Российской Федерации в сфере интеллектуальной собственности в цифровых условиях. Раскрывается содержание основных направлений, описываются предполагаемые проекты нормативных правовых актов.*

Ключевые слова: *программа «Цифровая экономика»; проекты федеральных законов о внесении изменений в Гражданский кодекс и (или) иные нормативные правовые акты в сфере интеллектуальной собственности.*

S.V. Usoltseva. Legal regulation of the intellectual property in the digital economy. (Review of the legislative work). (Article)

Abstract. *In the article the directions of improvement of the civil legislation of the Russian Federation in the sphere of intellectual property in digital conditions are considered. The article reveals the content of the main directions, describes the proposed draft regulatory legal acts.*

Keywords: *the program «Digital economy»; draft Federal laws on introducing amendments to the Civil code and (or) other legal acts in the sphere of intellectual property.*

В 2017 г. в Российской Федерации принят План мероприятий по направлению «Нормативное регулирование» программы

«Цифровая экономика»[1] (далее – План), который содержит несколько пунктов, предполагающих внесение изменений в Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ) и (или) иные нормативные правовые акты в части регулирования отношений интеллектуальной собственности[2].

Новой является сама форма работы над предусмотренными Планом законопроектами. В качестве координационного центра выступает Рабочая группа по направлению «Нормативное регулирование» автономной некоммерческой организации «Цифровая экономика»[3] (далее – Рабочая группа). В качестве соисполнителей привлекаются представители как научного, так и бизнес-сообщества. Ответственным за реализацию Плана в целом является Минэкономразвития России. В Плане не только перечислены предполагаемые законопроекты, но и сформулированы пункты, описывающие ожидаемый результат.

Первым среди соответствующих законопроектов – и одновременно вызвавшим на данный момент, пожалуй, больше всего разногласий – в Плане назван проект федерального закона о внесении изменений в ГК РФ в части признания информации объектом гражданских прав. Запрос на признание информации самостоятельным объектом гражданских прав сформировался в бизнес-среде и связан с возрастанием ценности данных, сведений как таковых, в том числе несистематизированных («необработанных»). Интересно, что утверждения о «декларативности» ст. 128 ГК РФ вдруг оказываются неубедительными при постановке вопроса о том, надо ли включать в эту статью информацию. Выясняется, что право и законодательство действительно представляют собой *системы*. Способы решения поставленного вопроса варьируются от радикальных до весьма осторожных. Так, предлагается подумать о возможности урегулирования отношений, связанных

[1] Текст документа доступен по адресу: http://static.government.ru/media/files/P7L0vHUjwVJPlNcHrMZQqEEeVqXACwXR.pdf (Дата обращения: 12.02.2018.)

[2] Следует отметить, что ряд направлений, предусмотренных Планом, не затрагивают отношения интеллектуальной собственности в буквальном смысле, однако тесно с ними связаны, могут оказать на них существенное влияние; предполагаемые изменения охватывают широкий спектр отношений, как уже урегулированных ГК РФ, так и совершенно новых для российского права (например, робототехника и киберфизические системы).

[3] См.: Цифровая экономика. – Режим доступа: https://data-economy.ru/organization (Дата обращения: 12.04.2018.)

с передачей информации как коммерчески ценного объекта, в рамках договорных конструкций. Вообще принцип свободы договора предполагает возможность заключения любых договоров, включая непоименованные. В этом смысле колебания судебной практики и сомнения налоговых органов могут быть устранены относительно легко (например, упоминанием о возможности заключения такого рода договоров в части второй ГК РФ).

Что касается конструирования абсолютного права на информацию, то такой подход представляется неверным направлением в развитии законодательства. Для обоснования этого утверждения необходимо сопоставление категорий информации и интеллектуальной собственности. Отождествлять знания, и тем более информацию вообще, с охраняемыми результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации неверно, а переход к «экономике знаний» (экономике «информационного типа») не должен приводить к *абсолютизации* понятия информации в противовес «личностно окрашенному» понятию права интеллектуальной собственности. Представляется, что существующий коммерческий интерес может быть удовлетворен способами, не требующими пересмотра основ (например, посредством корректировки норм об отдельных видах договоров, а также использования конструкции базы данных), что и было предложено на заседаниях соответствующей Рабочей группы. По данным на 9 апреля 2018 г., практически принято решение об отказе в рамках Плана от разработки отдельного законопроекта о признании информации в качестве объекта гражданских прав.

В конце марта 2018 г. обнародован проект федерального закона № 424632–7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», предложенный депутатами Государственной думы Федерального Собрания РФ В.В. Володиным и П.В. Крашенинниковым (далее – законопроект № 424632–7) и предусматривающий в том числе дополнение части второй ГК РФ новой ст. 783.1 «Особенности договора об оказании услуг по предоставлению информации». Согласно указанной статье законопроекта № 424632–7, договором, в силу которого исполнитель обязуется совершить действия по предоставлению определенной информации заказчику (договор об оказании услуг по предоставлению информации), может быть предусмотрена обязанность одной из сторон или обеих сторон не совершать в течение определенного периода действий, в результате которых информация может быть раскрыта третьим лицам. Одно-

временно предлагается внести изменение в абз. 2 п. 2 ст. 1260 части четвертой ГК РФ, касающийся определения понятия «база данных». Если сегодня под базой данных понимается представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов, то в соответствии с законопроектом № 424632–7 предлагается определить ее как совокупность самостоятельных *данных или сведений*, систематизированных таким образом, чтобы эти данные или сведения могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины.

Второе направление, предусмотренное Планом, связано с урегулированием электронной формы сделок. Сформировались два подхода: суть одного из них состоит том, что действующее законодательство не требует изменений, так как содержит все необходимые для использования электронной формы сделок положения; второй подход основан на признании необходимости создания правовых условий для формирования сферы электронного гражданского оборота (План принял второй вариант). При обсуждении этого направления на заседании Рабочей группы А.В. Егоровым была изложена позиция Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ: электронная форма сделки должна быть урегулирована отдельно, не следует приравнивать ее к письменной форме; возможно, необходимо общее правило о допустимости совершения сделки в электронной форме, если не предусмотрена именно письменная форма. Отдельного обсуждения заслуживает в таком случае вопрос, для каких именно сделок законодатель «сохраняет» требование традиционной («бумажной») письменной формы.

В законопроекте № 424632–7 предлагается иной вариант: устанавливается диспозитивное правило о соблюдении письменной формы также в случаях выражения лицом своей воли с помощью электронных или иных аналогичных технических средств (например, путем передачи сигнала, в том числе при заполнении формы в сети Интернет) (п. 1 ст. 160 в редакции законопроекта).

Третьим направлением, указанным в Плане, является регулирование смарт-контрактов, т.е. автоматизированных (самоисполняемых) сделок. Предусмотрена разработка проекта федерального закона в части определения указанных сделок, а также создание базы типовых договоров (примерных условий договора, в частности по аналогии с ИНКОТЕРМС). При обсуждении данного направления на заседании Рабочей группы (в частности, представителями ИЦЧП был представлен краткий обзор зарубежного

опыта) отмечалось, что во всех правопорядках идет поиск концепции, выбор модели правового регулирования смарт-контрактов, которую затем предстоит «вписать» в систему права и законодательства каждой отдельной страны. Было предложено использовать смарт-контракты только для коммерческого оборота. Один из важных вопросов: признание или отрицание возможности оспаривания заключенных смарт-контрактов (возможность «поворота»).

В законопроекте № 424632–7 предлагается следующая формулировка: «оспаривание состоявшегося исполнения таких обязательств допускается исключительно в случаях, когда доказано вмешательство сторон сделки или третьих лиц в процесс исполнения» (п. 3 ст. 1 законопроекта). Представляется, что отсутствие ясного решения по типу «допускается – не допускается» в данном случае, скорее, «минус» для реализации предлагаемого решения на практике. Так, неясна последовательность действий лица, которое полагает, что указанное вмешательство было: чтобы оспорить (обратиться в суд), нужно сначала доказать факт вмешательства? Абсурдность такого варианта очевидна. Тогда, видимо, предполагается, что в суде выясняется, было ли вмешательство, а уже потом решается вопрос о самой сделке. Дополнительно возникают вопросы о том, что понимать под вмешательством, как это соотносится с известными категориями, отражающими пороки воли субъекта сделки и др. Думается, такое решение является дестабилизирующим для правоприменительной практики.

Четвертое направление Плана связано с электронным документом как таковым (его понятие, процедура хранения и использования электронного дубликата (электронного образа) документа). Вопрос, не относящийся прямо к отношениям интеллектуальной собственности, однако тесно связан с некоторыми из них (в частности, актуален для библиотек и электронных библиотек). Росархивом был представлен разработанный собственными силами проект федерального закона, который, возможно, будет рассматриваться как реализация соответствующего пункта Плана.

Несколько законопроектов, предусмотренных Планом, развивают основные его направления (упрощение процедур заключения лицензионных договоров и договоров об отчуждении исключительного права, уточнение правил оборота интеллектуальных прав на программы для ЭВМ, уточнение возможности описания объектов интеллектуальной собственности в форме цифровых, в том числе трехмерных моделей при их государственной регистрации, совершенствование особенностей взаимоотношений совладельцев

исключительного права, закрепление возможности использования распределенных реестров в сфере интеллектуальной собственности).

Рассмотрим более подробно последнее из названных направлений, учитывая высокую степень практического и теоретического интереса к технологии блокчейна, а именно: эта технология и подразумевается, когда речь идет о распределенных реестрах.

Как представляется, распределенные реестры в сфере интеллектуальной собственности планируется использовать для того, чтобы решить извечную проблему интеллектуальных прав: кто автор (правообладатель)? Иными словами, в случаях возникновения споров об авторстве применительно к определенному результату интеллектуальной деятельности запись в реестре должна служить доказательством авторства. Этот вопрос актуален для сферы авторского права и иных сфер, где возникновение интеллектуальных прав не зависит от регистрации, депонирования или выполнения иных формальностей. Кроме того, распределенные реестры могут служить подтверждением принадлежности исключительных прав определенным лицам, т.е. по этим данным легко определить правообладателя конкретного результата интеллектуальной деятельности.

Почему именно блокчейн? Видимо, те свойства технологии, о которых так много говорят на различных обсуждениях, дают основание надеяться, что информация об авторах и (или) иных правообладателях будет достоверной. Однако сама эта технология пока только осваивается (например, официально проводится эксперимент по регистрации прав на недвижимое имущество). Риски, о которых предупреждают специалисты, а главное, практические трудности, которые пока просто не выявлены, могут внести коррективы в планы «коллективного законодателя». Как отметил в интервью журналу «Закон» И.А. Дроздов, осознание таких рисков привело к выбору «менее чувствительной» сферы для реализации планов по использованию распределенных реестров[1]. Думается, многочисленная общность авторов и правообладателей не согласится с оценкой сферы интеллектуальных прав как допускающей не до конца продуманные эксперименты. Но если сравнивать регистрацию прав на недвижимость и регистрацию факультативного

[1] Интервью Игоря Дроздова. – Режим доступа: https://zakon.ru/discussion/2018/3/5/yuristov_nuzhno_podtolknut_k_tomu_chtoby_oni_ovladevali_sovremennym_tehnologiyami__intervyu_igorya_d (Дата обращения: 12.04.2018.)

характера, которая может иметь место в сфере авторского права, конечно, первое затрагивает более широкие социальные слои. При этом проводимый под эгидой Росреестра эксперимент опровергает утверждение о том, что для эксперимента выбирают «менее социально значимые» сферы. Скорее, само проведение экспериментов («пилотных проектов») должно быть подвергнуто анализу и по возможности опираться на определенную концептуальную базу.

Применительно к реестрам в сфере интеллектуальных прав можно отметить, что регистрация вообще может быть: а) обязательной (правопорождающей); б) необязательной (факультативной); в) играющей роль доказательства, которому изначально придается больший вес в сравнении с иными доказательствами того же факта. Исходя из отечественного законодательства в сфере интеллектуальных прав, охраняемых по авторско-правовому типу, на сегодня возможен лишь вариант «б». Но тогда роль реестра сводится к «учетному документу», который тоже может быть полезен, но юридическая роль которого «нулевая». Варианты «а» и «в» объективно потребуют пересмотра, причем серьезного, российского законодательства в сфере интеллектуальных прав, при этом понятно, что регистрация или отсутствие таковой следует за принципами охраны, а не опережает их. Реализация проекта «распределенные реестры в сфере интеллектуальной собственности» только для того, чтобы следовать «модным тенденциям» или для достижения иных целей, не связанных с необходимостью упорядочения общественных отношений и совершенствованием существующего правового регулирования, как представляется, непозволительная роскошь. Также следует постоянно иметь в виду принцип «технологической нейтральности», предполагающий, что вводимое правовое регулирование не должно быть связано именно и только с определенной, конкретной технологией.

Для всей сферы законопроектной деятельности в Российской Федерации актуальными являются: 1) необходимость выработки алгоритма выявления отношений, требующих правового урегулирования; 2) соблюдение системности при внесении изменений в законодательство и 3) полное использование потенциала действующего законодательства. Для юридической науки важно найти ответ на вопрос о существовании объективных границ правового регулирования.

А.А. Карцхия

ЦИФРОВОЕ ПРАВО КАК БУДУЩЕЕ КЛАССИЧЕСКОЙ ЦИВИЛИСТИКИ (Статья)

Аннотация. *Современные тенденции формирования нового Цифрового права рассматриваются автором статьи на основе анализа современного «технологического ландшафта», технологической среды как новой среды правового регулирования. Раскрывается содержание законопроектов о цифровых правах, цифровых финансовых активах. Потенциал правового регулирования сферы применения современных цифровых технологий в цифровой экономике, по мнению автора, следует наращивать в самом оперативном порядке в целях раскрытия возможностей практического использования и преимуществ цифровых технологий в современной российской цифровой экономике.*

Ключевые слова: *цифровые права; цифровая экономика; цифровые технологии; гражданский цифровой оборот; концепция цифровых прав; цифровое право; токен и криптовалюта.*

A.A. Kartskhiya. **Digital law as a future of classic civil law. (Article)**

Abstract. *Modern formation trends of a new Digital law is an object of the author's considers through the consideration on the basis analysis of a modern «technological landscape», the technological environment as a new environment of legal regulation. The author analyzes the draft laws on digital rights, digital financial assets. According to the author, the potential of legal regulation of the sphere of application of modern digital technologies in the digital economy should be increased in the most expeditious manner in order to reveal the possibilities of practical use and advantages of digital technologies in the modern Russian digital economy.*

Keywords: *digital rights; digital economy; digital technologies; civil digital turnover; digital rights concept; digital law; token and cryptocurrency.*

Я мыслю – значит я существую.
(лат. – Cogito ergo sum)
«Метафизические размышления»
(Рене Декарт, 1625)

Материя – объективная
реальность, данная нам в ощущениях.
«Материализм и эмпириокритицизм»
(В.И. Ленин, 1909)

Виртуальная реальность,
электронная реальность,
компьютерная модель реальности
(англ. virtual reality, VR) – созданный
техническими средствами мир
(объекты и субъекты).
(Wikipedia, 2010)

По щучьему веленью, по моему хотенью –
ступайте, ведра, сами домой…
(«Емеля». Русская народная сказка)

Современное общество находится на этапе глобального перехода к новому технологическому укладу, связанному с «цифровой экономикой» и «цифровой революцией», особенности которых определяются не только изменениями в технологиях, но и в не меньшей (если не в большей) степени состоянием общественных институтов, включая формы и модели экономической организации, механизмы государственного управления, а также общественные системы ценностей и идеологии.

Цифровые технологии создают новую реальность, отличную от того физического мира, в котором мы живем. Они создают новую технологическую среду, в которой действует такой социальный феномен, как право, система права. Более того, цифровые технологии начинают диктовать свои условия, к которым необходимо адаптироваться правовым институтам, в том числе институтам гражданского права.

Часто разрыв между реальным и цифровым миром не позволяет нам использовать всю доступную информацию, производимую

множеством «умных» устройств по всему миру. Для преодоления этого разрыва и в целях более полной реализации человеческого потенциала применяются технологии дополненной реальности *(augmented reality, AR)*. Новая цифровая реальность уже сегодня проявляется в широком применении высокоскоростного индустриального Интернета *(internet of things)*, интегрированных промышленных сетей и искусственного интеллекта, сервисов автоматической идентификации, сбора и обработки глобальных баз данных *(big data)*, облачных сервисов и вычислений *(cloud computing)*, «умных» робототехнических комплексов *(smart everything)*, в развитии социальных сетей, разнообразных IT-платформ и сервисов в цифровой среде.

Определенно, сбывается пророчество, заложенное в русской народной сказке «По щучьему веленью, по моему хотенью», в которой главный герой Емеля с помощью виртуальной силы и под неослабным влиянием известного русского фактора («лень-матушка») управляет объектами материального мира, силой мысли приводит в действие физические предметы и даже преображает человека по своему разумению, а еще повелевает мыслями и чувствами людей, невзирая, что называется, на чины и звания.

Новая технологическая среда правового регулирования. Благодаря новым цифровым технологиям формируется и новая среда правового регулирования, в которой можно выделить следующие *ключевые технологические факторы*:

– Интернет вещей, промышленный интернет *(internet of things)*;

– искусственный интеллект *(artificial intelligence)* и машинное обучение и робототехника;

– технологии виртуальной и дополненной реальности *(augmented reality)*, квантовые технологии и нейротехнологии;

– технологии на принципах распределенного реестра *(blockchain)*, криптовалюты, токены, майнеры, смарт-контракты, ICO...;

– глобальные базы данных *(big data)*;

– облачные компьютерные сервисы и вычисления *(cloud computing)*;

– «умные» комплексы и устройства *(smart everything)*;

– социальные сети *(Facebook, VK, Twitter, Telegram...)*;

– киберпространство, интернет-торговля, киберспорт, киберфейк, «электронное правительство» и кибербезопасность.

В течение последних нескольких лет новая технология – блокчейн, как ожидается, заменит многие современные цифровые платформы. Поскольку цифровая дистрибуция является основой почти каждого современного сервиса, технология распределенного реестра (блокчейн) станет основным фактором влияния, как в свое время создание Интернета. Концепция технологии *blockchain* впервые была представлена Сатоси Накамото в 2008 г. для создания цифровой валюты *bitcoin*. Сатоси Накамото – это псевдоним неизвестного изобретателя, который утверждает, что анонимность нужна для того, чтобы защитить как себя, так и промышленные технологии, способы организации социальной сферы. В настоящее время постоянно создаются новые криптовалюты (*litecoin, Dash, Zcash* и др.), часть из которых достигла впечатляющей рыночной капитализации. Эти валюты также получают признание в качестве средств платежа для крупнейших участников рынка – *Amazon* и *Hotels.com*. Вместе с тем технология *blockchain* поддерживает гораздо больше возможностей, чем только криптовалюты. С запуском технологической платформы *ethereum* и соответствующего маркера «эфир» (ETH) в 2015 г. стало возможным построить блокчейн-приложения для практического использования в любом секторе экономики: для совершения любой сделки посредством смарт-контрактов (будь то традиционные («фиат») деньги, товары или золото, или нефть, энергетика, недвижимость и даже права на интеллектуальную собственность).

Преимущество использования блокчейна для сделок заключается в том, что это позволяет проводить быстро, децентрализовано и безопасно транзакции без посредников (брокеров, агентов). Данные хранятся в блокчейне, как правило, в достоверном и неизменном виде. В сфере интеллектуальной собственности использование блокчейн-технологии позволяет решать ряд проблемных вопросов, прежде всего в области авторских и смежных прав. Среди них можно выделить следующие вопросы.

Блокчейн-защита позволяет более надежно регистрировать права интеллектуальной собственности, что приводит к уменьшению количества споров, способствуя сбору роялти и т.д.

Блокчейн-аутентификация позволяет обнаруживать контрафактные или поддельные товары. В настоящее время уже несколько блокчейн-приложений построены для отслеживания и идентификации продукции, таких как алмазы или предметы роскоши, что выявляет подделки. Например, приложения *Blockverify, Everledger* и *VeChain*, последнее из которых представляет собой решение по

управлению цепочкой товарной стоимости, которая может быть использована для отслеживания каждого элемента (товара) в процессе его производства и реализации.

Смарт-контракт представляет собой умный блокчейн-код для надежности сделок и сохранения сведений о них, включая защиту прав и интересов правообладателей, например блокчейн-приложение для юридически обязывающих смарт-контрактов, которые заключаются и исполняются при помощи искусственного интеллекта и отражаются в публичном блокчейне. «Умные» реестры могут включать сведения, необходимые для потенциальных лицензиатов (в частности, о лицензионном сборе, об условиях и ограничениях использования). Блокчейн реестры также способны обеспечивать возможность заключения смарт-лицензионных договоров, которые автоматически исполняются, в том числе в части уплаты лицензионного сбора и регистрации лицензии в реестре. То же самое касается и других видов сделок, перехода прав или создания обременений. Цифровые временные отметки, «прикрепленные» к каждой сделке, могли бы гарантировать полную прослеживаемость и проверяемость прав интеллектуальной собственности в цифровом имущественном обороте.

Ведение IP-реестров и сервисов – способ замены всех существующих централизованных IP-реестров на децентрализованные системы с блокчейн-технологией, где записи станут более надежными, а изменения вводятся почти мгновенно.

«Цифровой сертификат подлинности» служит для обеспечения безопасности и эффективности каталогизации нематериальных объектов и интеллектуальных прав, а также фиксации и регистрации прав на интеллектуальную собственность, которые будут доступны в глобальном масштабе.

На основе технологии блокчейн ведение реестров прав интеллектуальной собственности может стать реальным способом для правообладателей усилить контроль за интеллектуальными правами, законными интересами и самими авторскими произведениями. Особенно это касается обладателей защищенного авторским правом интернет-контента. Публичные блокчейн-реестры содержат все сведения о полной цепочке правообладателей и переходе прав на объекты IP, что обеспечит прозрачность, защищенность, доказуемость прав авторов, прав пользователей и правообладателей.

Иными словами, технология блокчейн может выступать в качестве ***правового инструмента (средства)***:

– для признания прав интеллектуальной собственности и регистрации объектов этих прав – *цифровой сертификат подлинности*;

– управления интеллектуальными правами и объектами этих прав, включая их коммерциализацию или иное практическое использование (например, в случаях свободного использования или добросовестного использования *(fair use)*);

– обеспечения и защиты интеллектуальных прав и имущественных интересов правообладателей;

– распоряжения исключительным правом;

– введения в цифровой имущественный оборот исключительных прав.

Тем не менее технология блокчейн не является совершенным продуктом: блокчейн в настоящее время требует огромного количества ресурсов вычислительной мощности и, следовательно, энергии. Затраты являются значительными при возможности обработки ограниченного количества транзакций в единицу времени. Сильной стороной блокчейн-технологии является ее «вандалоустойчивость», что важно для IP-менеджмента: практически невозможно внести коррективы в систему блокчейн, но в некоторых случаях такая корректировка может потребоваться, например, по решению суда.

Так или иначе, блокчейн-технологии обещают стать революционным способом защиты авторского контента и авторских прав в Интернете и киберпространстве в целом, в том числе при их каталогизации и коммерциализации. Ведение государственных или иных реестров прав на основе технологии блокчейн приравняет надежность правовой защиты авторских прав к защите промышленной собственности.

Управление правами интеллектуальной собственности с использованием технологии блокчейна может также рассматриваться в качестве системы управления цифровыми правами (DRM), которые обеспечат правообладателям более эффективную защиту своих произведений в цифровой среде в течение длительного времени. В большинстве стран уже давно действуют правила, направленные на техническую защиту авторских произведений и интересов правообладателей по технологии DRM от обхода защиты или взлома контента в порядке, установленном законом.

Например, в ст. 1299 ГК РФ предусмотрены технические средства защиты авторских прав, которыми признаются любые технологии, технические устройства или их компоненты, контро-

лирующие доступ к произведению, предотвращающие либо ограничивающие осуществление действий, которые не разрешены автором или иным правообладателем в отношении произведения. Закон фактически запрещает создавать подобного рода технологии, технические устройства или их компоненты, а также использовать их с указанными целями.

В ст. 6 и 7 Директивы 2001/29/ЕС предусмотрены положения о технических средствах защиты авторских прав, в том числе электронных, и сведений об управлении (распоряжении) правами. Эти положения требуют от государств-участников предоставлять правовую защиту от «актов обхода любых эффективных технологических мер» и «любых действий, направленных на удаление или изменение любой информации об управлении правами». Не только ЕС, но и многие другие страны имеют аналогичные правила на основе Договора ВОИС по авторскому праву, который был ратифицирован 96 государствами-членами, в том числе и США. Эти положения могут применяться также к блокчейн-технологиям и стимулировать удобное для правообладателей использование таких систем.

Блокчейн технологии важны и для формирования блокчейн (электронных) реестров прав, которые подтверждают цифровые права на объекты, указанные в таких реестрах посредством ведения соответствующих записей, кодов (определенной последовательности знаков). Независимо от того, кем создаются блокчейн реестры – частными компаниями или государственными органами, – правовой статус и юридическая значимость таких электронных реестров должны иметь одинаковую юридическую силу и свойства цифровой записи как доказательства prima facie, которое свидетельствует подлинность цифровой записи электронного реестра.

Нужно определить порядок оспаривания этих записей со стороны правообладателей или пользователей и обязательный порядок исполнения записи, зафиксированной на блокчейн-платформе. Любая схема управления IP, которая будет работать на блокчейн-технологии, потребует выделения достаточных средств для функционирования такой системы, в том числе платности такого рода услуг (регистрационных действий) в соответствии с действующим законодательством.

Автоматизированное лицензирование операций по технологии блокчейн повлечет за собой вопросы о договорных средствах правовой защиты в случае неисправности, о нарушениях и гарантиях исполнения договоров. Правообладатели и пользователи

должны иметь необходимые инструменты для оспаривания таких сделок и защиты своих прав, включая право на расторжение лицензионного соглашения.

Возможность использования авторских произведений без посредников поставит также вопрос о нужности организаций по коллективному управлению авторскими правами, поскольку обоснование необходимости этого правового института в значительной степени опирается на общее мнение, что масштабное самостоятельное использование произведений для большинства авторов и правообладателей не представляется возможным или экономически целесообразным. Технология блокчейн может в корне изменить эту позицию и в конечном счете поставить под сомнение необходимость существования самой системы коллективного управления правами.

Таким образом, для реализации идеи создания более эффективной системы управления интеллектуальной собственностью и ее монетизации требуются не только вычислительные мощности, но и законодательные решения.

Цифровое пространство и цифровая экономика. Цифровые технологии создают технологическое пространство, среду, новые условия правового регулирования. Многие страны, стимулирующие развитие цифровой экономики, формируют стратегии в этой сфере, например: *Digital Single Market Strategy* (ЕС), формирование единого цифрового пространства ЕАЭС (с 2014 г.), международная электронная торговля по правилам ЮНСИТРАЛ, «Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы» (далее – Стратегия), которая ставит цель создание цифровой экономики.

Цифровая экономика понимается в Стратегии 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.

Сферами применения цифровых технологий являются:

– финансовый и банковский сектор (Fintech);

– образование и повышение профессиональной квалификации (EdTech);

– здравоохранение и медицина (HealthTech);

– интеллектуальная энергетика (Internet of Energy, IoE);

– цифровое правоприменение (LegalTech) или (RegTech);

– создание и развитие глобальных технологических центров международного уровня для формирования новых рынков в целях стимулирования возможностей национального бизнеса (International Tech Hubs);

Цифровые социальные институты, цифровой контент, виртуальная собственность *(virtual property)*, права в сети Интернет и IT технологии. Новая технологическая среда обусловила активизацию законотворчества в этой сфере. Например, законопроект о дополнениях в ГК РФ[1], которым фактически предусматривается создание принципиально нового института гражданского права – цифрового права.

Целью законодательной инициативы, как отмечают разработчики в пояснительной записке к законопроекту, является «закрепление в гражданском законодательстве нескольких базовых положений, отталкиваясь от которых российский законодатель мог бы осуществлять регулирование рынка существующих в информационно-телекоммуникационной сети новых объектов экономических отношений (в обиходе – "токены", "криптовалюта" и пр.), обеспечивать условия для совершения и исполнения сделок в цифровой среде, в том числе сделок, позволяющих предоставлять массивы сведений (информацию)». Необходимость регулирования рынка «цифровых объектов» посредством признания их правового статуса и правил оборота обусловлена фактическим наличием таких объектов в цифровой экономике сегодняшнего дня.

В перспективе в развитие логики законопроекта выявляется объективная потребность создания самостоятельного неоклассического правового направления, использующего не только традиционные, классические институты и правовые конструкции частного или публичного права. Речь идет, по сути, о «форматировании» в самой ближайшей перспективе цифрового права в широком смысле, не ограниченного классической цивилистической, частноправовой доктриной. Это подтверждается отсылками в законопроекте к специальным законам, определяющим порядок создания цифровых прав, сферы их использования и особенности оборота.

[1] Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», Законопроект № 424632–7. – Режим доступа: http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=424632–7

Представляется теоретически и практически важным рассмотреть концепцию и основные положения законопроекта.

Концепция цифровых прав. Как отмечается в пояснительной записке к законопроекту, в гражданское законодательство вводится новое базовое понятие «цифровое право» вместо термина «токен», изначально обозначавший устройство для идентификации (в настоящее время он стал использоваться в IT-лексиконе для обозначения шифров, владение которыми дает в Сети определенные возможности), предлагается отвечающее традициям российского права понятие «цифровое право».

В законопроекте также определяются такие новые понятия, как «цифровые права», «цифровые деньги», закрепляется гражданско-правовой режим новых цифровых объектов гражданских прав – токенов и криптовалют, особенности их гражданского оборота, а также способы защиты цифровых прав граждан и юридических лиц по сделкам, совершаемым с этими объектами.

Уточняются виды объектов гражданских прав в новой редакции ст. 128 ГК РФ, к которым проектом отнесены *«вещи (включая наличные деньги и документарные ценные бумаги), иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, цифровые права)»* при сохранении последующего текста прежней редакции этой статьи: *«…результаты работ и оказание услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага»*.

Под **цифровым правом** понимаются удостоверенные совокупностью электронных данных (цифровым кодом или обозначением) права на объекты гражданских прав в децентрализованной информационной системе (само описание объектов должно быть доступно обладателю цифрового права в рамках информационной системы).

Таким образом, цифровые права (вместо токенов) признаются законопроектом как вид имущественных прав. Они смогут удостоверять права на все объекты гражданских прав (кроме нематериальных благ) и участвовать в гражданских правоотношениях как оборотоспособные объекты гражданских прав.

Объектами цифровых прав не признаются неотчуждаемые и непередаваемые нематериальные блага, к которым в соответствии со ст. 150 ГК РФ относятся: жизнь и здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, честь и доброе имя, деловая

репутация, неприкосновенность частной жизни, неприкосновенность жилища, личная и семейная тайна, свобода передвижения, свобода выбора места пребывания и жительства, имя гражданина, авторство, иные нематериальные блага, принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона.

Разумность такого отграничения имущественных прав от прав на нематериальные блага наталкивает на мысль о возможности установления цифровых прав человека и гражданина наряду с гарантированными Конституцией РФ политическими, социальными, экономическими и иными правами. В развитие идеи – вполне своевременно ставить вопрос о закреплении цифровых прав человека и гражданина, к примеру: право на цифровой иммунитет от «фейковой» информации в сети Интернет, на защиту персональных данных и сведений о личной жизни, право на кибербезопасность, право на свободный доступ к интернет-коммуникациям и т.д.

Возвращаясь к законопроекту, следует отметить, что концептуально разработчики проекта исходят из того, что «цифровое право» представляет собой новую юридическую фикцию, которая по своей сущности близка к ценной бумаге. Поэтому под цифровым правом предлагается понимать совокупность электронных данных (цифровой код, обозначение), которая удостоверяет права на объекты гражданских прав. Исходя из этого, «цифровое право может удостоверить лишь права на вещи, иное имущество, результаты работ, оказание услуг, исключительные права», отмечается в пояснительной записке.

Следует отметить, что сторонником такого подхода к цифровым правам с позиции применения по аналогии классических гражданско-правовых институтов, таких как бездокументарные ценные бумаги, является Л.А Новосёлова[1], а А.И. Савельев считает возможным распространить на цифровые объекты (токены) правовые режимы уже существующих и наиболее применимых типов прав (вещное, обязательственное, исключительное, корпоративное и пр.)[2]. Вместе с тем выделяется научная позиция А.Г. Серго[3],

[1] См.: *Новосёлова Л.А.* «Токенизация» объектов гражданского права // Хозяйство и право. – М., 2017. – № 12. – С. 29–44.

[2] См.: *Савельев А.И.* Некоторые риски токенизации и блокчейнизации гражданско-правовых отношений // Закон. – М., 2018. – № 2. – С. 36–51.

[3] См.: *Серго А.Г.* Наноправо: На пороге будущего // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – М., 2018. – № 1.– С. 7–14.

полагающего, что в перспективе должна сформироваться новая комплексная отрасль права – наноправо. Определенный подход к адаптации традиционных правовых систем к современным цифровым технологиям предложен автором настоящей статьи[1].

Обладателем цифрового права признается лицо, которое в силу того, что оно имеет уникальный доступ к цифровому коду, способно распоряжаться цифровым правом. В то же время законопроект предусматривает механизм номинального владения цифровыми правами, в рамках которого владелец будет вести учет цифровых прав третьих лиц, обладающих уникальным доступом.

Цифровые права могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому на тех же условиях, что и объекты гражданских прав, права на которые они удостоверяют (т.е. в силу ст. 129 ГК РФ – любым способом, если они не ограничены в гражданском обороте), с особенностями, устанавливаемыми ГК РФ и иными законами.

Переход цифровых прав на объекты гражданских прав осуществляется исключительно посредством внесения в информационную систему («распределенный реестр») сведений о передаче цифрового права приобретателю. Обременение или ограничение распоряжения объектами гражданских прав, права на которые удостоверяют цифровые права, возникают исключительно при внесении сведений об обременении или ограничении распоряжения такими цифровыми правами в информационную систему, если иное не предусмотрено законом. Предполагается, что приобретатель цифрового права знает о таком обременении или ограничении.

Иными словами, оборот «цифровых прав» будет осуществляться только посредством внесения записей в информационную систему («распределенный реестр» – т.е. технология блокчейн), включая возможность купли-продажи таких прав. В этом смысле создается правовая база для «цифрового оборота» «цифровых прав» (охватывающая и «цифровые деньги»), который заключается в последовательных записях программного кода, выполняемого компьютером по правилам распределенного реестра.

Цифровое право может удостоверять право (требование), переход которого осуществляется в таком же порядке, кроме

[1] См.: *Карцхия А.А.* Оцифрованное право: Виртуальность в законе // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – М., 2018. – № 2. – С. 5–20.

случаев, когда уступка права (требования) должна быть совершена в нотариальной форме либо в силу закона требует согласия должника. Законопроект специально оговаривает, что должник не вправе отказаться от исполнения обязательства со ссылкой на отсутствие основания обязательства либо на его недействительность и не вправе выдвигать против удостоверенного цифровым правом требования кредитора такие возражения, которые отсутствуют в описании объекта.

Принципиально важным также является применение ***принципа легализации*** к цифровым правам, т.е. такие права могут признаваться только в случаях, предусмотренных законом. Такой концептуальный подход позволит, по замыслу разработчиков законопроекта, отграничить важные для экономики объекты («токены») от малозначительных или потенциально небезопасных объектов (бонусы по картам лояльности, виртуальные предметы в сетевых играх и пр.).

Логика законопроекта предполагает, что внесение изменений прежде всего в ГК РФ послужит только началом формирования законодательного блока цифрового права. Предполагается, что будут разработаны и федеральные законы, содержащие нормы публичного права для всестороннего регулирования цифровых прав, их признания, сферы использования и особенностей оборота. Предлагается закрепить, например, в Федеральном законе от 27 июня 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» важный критерий существования цифрового права в информационной системе, который бы отвечал установленным законом признакам децентрализованной информационной системы («распределенный реестр»).

Цифровым правам предоставляется судебная защита наравне с иными правами на объекты гражданских прав. Требования граждан и организаций, вытекающие из сделки с цифровым правом, подлежат судебной защите, если они соответствуют условиям, установленным ГК РФ и другими законами.

В законопроекте вводится также новое понятие «цифровые деньги» (эквивалентно понятию «криптовалюта»). Цифровыми деньгами признаются объекты, аналогичные цифровым кодам и обозначениям (как совокупность электронных данных), созданные в информационной системе, отвечающей установленным законом признакам децентрализованной информационной системы, и используемые пользователями этой системы для осуществления платежей. Тем не менее цифровые деньги законным средством платежа

не являются, но в перспективе они смогут служить физическим и юридическим лицам в качестве платежного средства в контролируемых объемах в случаях и на условиях, установленных законом дополнительно.

Цифровые деньги можно будет использовать наряду с иностранной валютой также при формулировании условий соглашений о валютной оговорке (ст. 317 ГК РФ).

Цифровые деньги, как изложено в проекте закона, представляют собой условные единицы, созданные с помощью вычислительных технологий. Оборот цифровых денег в случаях и в предусмотренных законом пределах будет осуществляться по правилам оборота цифровых прав. Поскольку оборот цифровых денег будет осуществляться в информационной системе («распределенный реестр»), их фиксация и переход от одного лица к другому будет совершаться с помощью электронной записи (программного кода) для обладателя цифровых денег.

Это даст возможность включить цифровые деньги в конкурсную массу должника и в наследственную массу, что позволит разрешать коллизии, с которыми сталкивается в настоящее время судебная практика. Например, в отношении квалификации правового статуса криптовалюты: является ли криптовалюта, составляющая содержимое криптокошелька, находящегося в сети Интернет по установленному адресу веб-сайта с определенным идентификатором, объектом гражданских прав или криптовалюта представляет собой информацию и ввиду этого не может быть отнесена к объектам гражданских прав[1].

В то же время концептуальная возможность осуществления такого права должна быть обеспечена наличием возможности принудительного совершения записи о новом обладателе прав на данный объект. Таким образом, цифровые деньги не удостоверяют права на какие-либо объекты.

Для цифровых прав и цифровых денег предусматриваются идентичные правила обращения. В частности, цифровые права могут выступать в качестве предмета купли-продажи, но из общего смысла законопроекта следует, что цифровые деньги также могут быть предметом купли-продажи, уподобляясь в этом деньгам

[1] См., напр: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.05.2018 N 09 АП-16416/2018 по делу N А40–124668/2017. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=MARB009;n=1444056#08878871109440023

(валюте, которая является предметом купли-продажи, а не только средством платежа).

В итоге следует признать, что активная разработка законодательной базы в сфере регулирования цифровой экономики и цифровых технологий потребует значительных интеллектуальных усилий, которые необходимо предпринимать в самом оперативном порядке для стимулирования практического использования преимуществ и раскрытия возможностей цифровых технологий в современной российской цифровой экономике.

О.С. Авдонина

ПРЕДЕЛЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКЕ (Статья)

Аннотация. *Исходя из разработанной автором концепции о секундарном характере права на защиту исключительных прав, анализируются подходы, связанные с видоизменением притязаний авторов в эпоху цифровой экономики. Появление режима эксклюзивности неохраноспособной информации приводит к необходимости признать, что с увеличением стоимости информации, превращением ее в объект сделок не только как составляющей охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, дискуссия о возможном снятии интеллектуальных иммунитетов становится все более динамичной.*

Ключевые слова: *интеллектуальная собственность; цифровая экономика; секундарное право; исключительное право; недобросовестная конкуренция; защита интеллектуальных прав.*

O.S. Avdonina. Limits on the use of intellectual property in the digital economy. (Article)

Abstract. *Based on the author's concept of the second nature of the right to protection of exclusive rights, the author analyzes the approaches associated with the modification of the authors' claims in the era of the digital economy. The emergence of a regime of exclusivity of non-capable information leads to the need to recognize that with the increase in the cost of information, turning it into an object of transactions not only as part of the protected results of intellectual activity, the discussion about the possible removal of intellectual immunities is becoming more dynamic.*

Keywords: *intellectual property; digital economy; secondary right; exclusive right; unfair competition; intellectual property protection.*

По своей правовой природе входящие в состав права (правомочия) на защиту исключительных прав возможности по совершению фактических и юридических действий являются секундарными, позволяющими носителю данного права (правомочия) односторонними действиями влиять на динамику существующего охранительного правоотношения. В то же время право на защиту исключительного права имеет свои пределы, а специфика защищаемого объекта – интеллектуальной собственности – обусловливает выделение общих и специальных пределов права (правомочия) на защиту[1]. Общие пределы определены внешними границами действия права: ограничения, установленные законами, усмотрение правообладателя, условия договора, объем дееспособности субъекта интеллектуального права; характер права в зависимости от его оборотоспособности; этап реализации интеллектуального права и т.п. Специальные пределы характеризуются территориальным и временным характером правомочий субъектов интеллектуальных прав, а также объемом патентования признаков объектов промышленной собственности.

В настоящее время нам представляется очень важным обратить внимание на то, что в условиях развития цифровой экономики может быть выделена самостоятельная группа пределов – в сфере регулирования антитраста. С 2012 г. не утихают споры о соотношении гражданского и антимонопольного законодательства и целесообразности снятия предусмотренных ст. 10, 11 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» «антимонопольных иммунитетов» для исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Итак, в соответствии с ч. 4 ст. 10 («Запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением»), ч. 9 ст. 11 («Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов») требования настоящих статей не распространяются на соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. ФАС России выдвигается инициатива исключения указанных пунктов из Закона и прямого распространения действия антимонопольного законодательства на лицензионные соглашения.

[1] См.: *Авдонина О.С.* Защита прав на интеллектуальную собственность: Понятие, характеристика // Вестник арбитражной практики. – М., 2016. – № 4. – С. 4–9.

С увеличением стоимости информации, превращением ее в объект сделок не только как составляющей охраняемых результатов интеллектуальной деятельности дискуссия о возможном снятии интеллектуальных иммунитетов становится все более динамичной. Сделка по объединению компаний «Байер» и «Монсанто» во многом связана не только с материальным производством, но и с объединением технологий и обменом информацией.

В связи с этим разрабатывается конструкция, которая позволила бы ограничить возможности защиты абсолютного интеллектуального права правообладателя в случае непрямого доминирования правообладателя на рынке. Доминирование путем оказания влияния на смежные рынки получило название «сетевой эффект» и рассматривается как один из элементов наличия доминирующего положения.

По данному вопросу сформировались два подхода. Одна группа ученых высказывается за сохранение незыблемым принципа абсолютного характера исключительных прав, вторая – борется за расширение круга отношений, к которым следует применять антимонопольное законодательство в целях отмены иммунитетов исключительных прав. При этом речь должна идти не о том, что государство устанавливает пределы осуществления исключительных прав, создавая систему ограничений, которая позволяет соблюдать баланс интересов, а о совершенно иных пределах реализации субъективного права на защиту исключительного права – ограничениях публично-правового характера.

С традиционных позиций гражданское законодательство предусматривает исчерпывающий перечень механизмов, с помощью которых можно эффективно бороться со злоупотреблениями в данной сфере: ст. 10 ГК РФ, которая может применяться судами, в том числе по собственной инициативе; срочный характер охраны исключительных прав; перечень видов объектов, которым не предоставляется охрана; принудительные лицензии; возможность досрочного прекращения прав на некоторые виды интеллектуальной собственности; факты свободного использования[1]. В случае же применения правил об ограничении антимонопольных имму-

[1] См.: *Павлова Е., Калятин В., Суспицына М.* Гражданско-правовое и антимонопольное регулирование исключительных прав: Инструмент на выбор? // Конкуренция и право. – М., 2013. – № 4. – С. 50–60.

нитетов речь должна идти о мерах не судебного, а административного контроля (ФАС России и ее территориальные органы)[1].

В этом смысле, на наш взгляд, порождение сетевого эффекта следует рассматривать как основание для ограничения субъективного права на защиту исключительного права на результат интеллектуальной деятельности и приравненные к нему средства индивидуализации.

Можно согласиться, что действия обладателей исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации могут приводить к злоупотреблению правами. В связи с этим ограничения антимонопольного иммунитета кажутся нужными. В то же время необоснованность конкурентных преимуществ правообладателей, приобретающих исключительные права, и отсутствие эффективных механизмов судебного контроля за нарушениями в данной сфере с использованием гражданско-правовых методов остаются под вопросом.

По мысли идеологов реформы антимонопольного законодательства, сетевые эффекты в результате такого непрямого доминирования на товарных рынках могут быть связаны с особенностями использования исключительного права в рамках различных договорных конструкций.

Ранее нами были выделены следующие виды договорных конструкций, применимых в сфере оборота прав на результаты интеллектуальной деятельности в зависимости от возможности защищать свои интеллектуальные права.

1. Договоры, по которым с передачей исключительного права переходит право (правомочие) на его защиту (договор об отчуждении исключительного права; договор о передаче исключительных прав на исключительных условиях (исключительная лицензия); договор авторского заказа, по которому предусмотрено отчуждение заказчику исключительного права на произведение или исключительная лицензия; договор об использовании результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта; договор о распоряжении правом на коммерческое обозначение путем купли-продажи или аренды предприятия).

2. Договоры, при исполнении которых право на защиту возникает у приобретателя в силу прямого указания в законе, установленного в отношении конкретного вида договора. В данных

[1] См.: *Филиппова С.Ю., Харитонова Ю.С.* Имидж коммерсанта: Правовое регулирование и способы охраны. – М.: Статут, 2018.

договорах в составе правомочий правообладателя допустимо непосредственное указание на переход права на защиту (договор коммерческой концессии; договор доверительного управления исключительными правами; договор залога исключительных прав с невозможностью отчуждения последнего).

3. Договоры, в соответствии с условиями и природой которых право (правомочие) на защиту исключительных прав отсутствует в силу наличия общих способов защиты нарушенного обязательственного права (договор авторского заказа с условием о предоставлении заказчику права использования произведения в установленных договором пределах; договор неисключительной лицензии; договор залога исключительных прав с возможностью отчуждения последнего)[1].

Исходя из этого деления, следует признать, что ограничение права на защиту в случае применения антимонопольными органами доктрины сетевых эффектов возможно только в отношении тех участников договорных конструкций, в которых право защиты принадлежит сторонам договора.

В то же время правообладатели могут в определенных ситуациях признаваться недобросовестными. Во всех случаях, на наш взгляд, недобросовестность при осуществлении права (правомочия) на защиту интеллектуальной собственности не напрямую и не открыто, но посягает на законные интересы иных лиц. В связи с этим защита иных участников оборота будет наиболее эффективной именно с применением норм антимонопольного законодательства. Недобросовестность субъектов права интеллектуальной собственности проявляется в намеренном удержании приобретенного права (правомочия) на защиту, исключающего его использование в конкурентной среде, либо в активном злоупотреблении правом.

[1] См.: *Авдонина О.С.* Субъективные пределы защиты исключительных прав: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – М., 2017.

И.А. Черешнева

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛЬНЫХ ПЕРЕМЕН: ПРОБЛЕМА ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ТЕХНОЛОГИЙ И ПРАВА (Статья)

Аннотация. *В статье анализируется влияние стремительного развития цифровых технологий на право интеллектуальной собственности; ставится вопрос о возможностях взаимодействия права и технологий; отдельно затрагиваются проблемы правового регулирования института промышленной собственности.*

Ключевые слова: *право интеллектуальной собственности; цифровая экономика; право промышленной собственности; технология распределенных реестров; lex informatica.*

I.A. Chereshneva. Intellectual property rights in a changing world: The problem of interaction between technology and law. (Article)

Abstract. *The article attempts to analyze the ongoing revolutionary changes in society and their impact on intellectual property rights. It raises the question of the possibility of interaction between law and technology. The article specifically addresses the issues of legal regulation of industrial property rights.*

Keywords: *intellectual property rights; digital economy; industrial property rights; technology of distributed registry; lex informatica.*

На современном этапе развития общества прорывные инновационные и информационные технологии выступают одной из причин необратимых, глубинных и трансформирующих изменений.

Революционность таких изменений не только затрагивает сферу промышленности и производства, но и проникает в систему отношений человек – человек, включая отношения человек – машина не в субъектно-объектном, а скорее в субъектно-субъектном значении. Особая роль информации и цифровизации ставит перед правом задачу поиска новых способов взаимодействия, выстраивания отношений и определения пределов допустимого, с одновременным сохранением фундаментального понимания права как искусства добра и справедливости.

Право интеллектуальной собственности – краеугольный камень стремительно происходящих изменений, поскольку именно оно наиболее «плотно» соприкасается с инновациями, высокими технологиями. Интеллектуальное и информационное право будут сообща облекать в правовую форму новые «цифровые» конструкции. Говоря о праве интеллектуальной собственности, необходимо отметить, что породившая его промышленная революция ознаменовала собой революцию в отношении к праву творчества, интеллектуальному праву как принадлежащего миру идей. Само наименование «право интеллектуальной собственности» восходит к отождествлению права на материю и права нематериального, отсюда и характерное для мира вещей понятие «собственности», которое впоследствии было заменено термином «интеллектуальные права» как более отвечающим сути данного явления. Можно сказать, что этот переход от «материального» понимания права интеллектуальной собственности к «идеальному» также был революционным, как и те изменения, которые происходят сейчас. По аналогии с подразделением развития науки на периоды нормальной науки и научных революций, цифровизация общественных отношений – это и есть та самая научная революция, воплотившаяся в праве. Идея, оставаясь по своей природе нематериальной, в цифровую эпоху облекается в виртуальную форму. Виртуальность мира обусловливает необходимость разработки новых подходов к правовому регулированию, соотношению технологии и права, их взаимному влиянию друг на друга. Производными от такого взаимодействия, в частности, выступают следующие концепции «lex informatica» и «код есть закон» (code is law).

«Lex informatica» представляет собой подход, согласно которому «если в правовом режиме содержание норм определяется законом и судебными решениями, в lex informatica правила пове-

дения определяются техническими возможностями и практикой применения технологий»[1]. Фактически, речь идет о замене законодательства технологиями, что, на наш взгляд, нивелирует значение права и не может рассматриваться как перспективное взаимодействие права и технологий.

Концепция «код есть закон» отражает представления юристов о происходящих изменениях в обществе относительно влияния информационных технологий и компьютерных программ на поведение людей. Если в «lex informatica» технологии заменяют законодательство, то в концепции «code is law» технологии частично берут на себя функции права как общественного регулятора. Позволим себе объемное цитирование, отражающее позицию зарубежных авторов по данной проблематике. «Технология, которая устанавливает новые нормы, вызывает вопросы о приемлемости таких норм, но и тогда, когда технология используется “только” для того чтобы обеспечить исполнение действующих правовых норм, ее приемлемость остается под вопросом, так как редукция “должен” или “не должен” к “в состоянии” или “не в состоянии” угрожает таким основополагающим условиям правоприменения, как гибкость и интерпретация норм человеком»[2]. Как раз отсюда и вытекает потребность в сбалансированности мира реального и виртуального.

По справедливому замечанию М.А. Федотова, «проблема программного кода как средства регулирования киберпространства и деятельности в нем весьма сложна ввиду принципиальной новизны этого социального регулятора и неясности его соотношения с другими регуляторами»[3]. Однако такая неясность не должна порождать излишнюю «зарегулированность» цифровой среды. Взаимодействие права и технологий должно осуществляться посредством диалога: право намечает контуры, помогает инновациям раскрыть заложенный в них потенциал на благо всего общества, а не ограничивает научно-технический прогресс, принимая законодательные акты декларативного характера. Декларативность таких актов заключается в том, что абсолютно новую и зачастую непонятную простому обывателю или человеку не технической

---

[1] См.: *Войниканис Е.А.* Парадигмальный подход к исследованию интеллектуальных прав: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2016. – С. 193.

[2] См.: Там же. – С. 194.

[3] См.: *Федотов М.А*. Проблемы доктрины информационного права // Труды по интеллектуальной собственности. – М., 2012. – Т. 10, № 1. – С. 42.

специальности сферу знаний пытаются «загнать» в ранее сформированную правовую модель, не отвечающую требованиям времени.

Существующей системы защиты авторского и патентного права в современных условиях уже явно не достаточно в силу того, что последняя в некоторых случаях используется во вред, а не во благо. Так, в Декларации Института Макса Планка говорится о том, что «роль патентов в корпоративных бизнес-планах резко изменилась» – «патенты все больше используются как стратегический ресурс для наступательной борьбы с конкурентами, нежели инструмент защиты и коммерциализации разработок»[1]. Проводя аналогию, характерную для судебной доктрины англо-саксонской системы права, патент из щита превратился в меч. Поскольку патентная защита связана с большими трансакционными издержками, постольку субъекты предпринимательской деятельности выбирают иные способы регулирования и защиты: договорные, установление режима коммерческой тайны и др. Означает ли это, что патентное право становится неактуальным в современных условиях? Безусловно, нет, скорее, оно должно быть более гибким. Уже сегодня существуют инновационные компании, такие как TrademarkNow, облегчающие процесс патентования. В основу алгоритма заложен программный метод «умного распознавания» основных характеристик объектов патентования на основе ключевых элементов их описания в патентных заявках и сравнения этих характеристик с характеристиками любых прочих уже запатентованных объектов. В результате пользователь программы получает процент, отражающий степень патентопригодности объекта, в том числе его новизны по отношению к другим подобным или отдаленно подобным, но уже запатентованным объектам[2].

Наряду с TrademarkNow технология распределенных реестров также позволяет снизить издержки, возникающие в процессе патентования объекта интеллектуальной собственности. Распределенный реестр – база данных, в рамках которой шифрованные копии информации о транзакциях хранятся и валидируются одно-

---

[1] См.: *Иванов А.Ю.* Принудительное лицензирование для инновационного развития: О необходимости балансировки режима интеллектуальных прав // Закон. – М., 2017. – № 5. – С. 78–93.

[2] См.: *Дробышев П.* Инновации в юриспруденции: Обзор достижений и тенденций в области IT-технологизации юридического бизнеса в англоязычных юрисдикциях. – Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2017/12/16/innovacii_v_yurisprudencii_obzor_dostizhenij_i_tendencij_v_oblastiit-tehnologizacii_ yuridicheskogo_b_71828

временно на основе консенсуса на компьютерах участников Сети, технология распределенного реестра позволяет улучшить защиту данных от возможного изменения или удаления[1]. Распределенный реестр можно представить как цифровое гражданское общество. Эта аналогия отвечает децентрализованной природе таких реестров. Как известно, право промышленной собственности относится к регистрационной системе интеллектуальных прав, т.е. объект получает правовую защиту с момента государственной регистрации (выдачи патента), осуществляемой компетентным органом (Роспатентом). В связи с этим цифровое гражданское общество не может взять на себя публичную функцию, отсюда вытекает возможность использования централизованной системы технологии распределенного реестра. В случае сохранения изначальной природы этой технологии речь может идти только о факультативном общественном способе фиксации права на результаты интеллектуальной деятельности. По справедливому замечанию Ю.С. Харитоновой, внесение данных в распределенный реестр не является удостоверением факта, если не связано с действиями уполномоченного лица. Внесение в реестр результатов интеллектуальной деятельности может служить лишь подтверждением существования в определенный момент времени самого объекта, которому может быть предоставлена охрана со стороны объективного права, а также лицо, которое считает себя автором (иным правообладателем) в отношении названного РИД[2].

Таким образом, стремительное развитие информационных и инновационных технологий вызывает к жизни необходимость поиска новых подходов к взаимодействию права и технологий, их взаимопроникновению и влиянию. Задача права заключается в том, что обеспечить развитие технологий, создав правовой фундамент для их реализации посредством соблюдения баланса. Поскольку право интеллектуальной собственности наиболее тесно соприкасается с цифровыми технологиями ввиду их нематериальности, постольку целесообразно в правовом регулировании интеллектуальных прав учитывать социально-культурный аспект, выражающийся в развитии цифровой эпохи, и как следствие, в изменчивости не только технологий, но и права. При этом право

[1] См. цит. по: *Харитонова Ю.С.* Правовое значение фиксации интеллектуального права с помощью технологии распределенных реестров // Право и экономика. – М., 2018. – № 1. – С. 15–21.

[2] См.: *Харитонова Ю.С.* Указ. соч. – С. 15–21.

интеллектуальной собственности, на наш взгляд, нуждается в смене парадигмы, поскольку технологии не должны подменять собой право, да и не в состоянии это сделать. Поэтому целесообразно сфокусироваться не на противопоставлении виртуального и реального миров, а на их сотрудничестве, которое может быть выражено в разработке междисциплинарных подходов к научным исследованиям.

В заключение приведем цитату из доклада «Наука и технология в принятии судебных решений» 1993 г., актуальность которой не нуждается в дополнительном комментарии: «В настоящий момент параллельные дороги ученых и юристов обычно подчиняются законам евклидовой геометрии – они не пересекаются – хотя обе дисциплины нередко осмысливают одни и те же предметы. А когда их пути пересекаются, результатом чаще является непонимание, чем конструктивная коммуникация»[1], – а ведь должно быть наоборот.

[1] *Войниканис Е.А.* Указ. соч. – С. 199.

Раздел 2
АВТОРСКОЕ ПРАВО И СМЕЖНЫЕ ПРАВА В НОВОЙ ЦИФРОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Ю.С. Харитонова

К ВОПРОСУ ОБ ОХРАНОСПОСОБНОСТИ РЕЗУЛЬТАТА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА (Статья)

Аннотация. *В последнее время чрезвычайно актуальной является дискуссия относительно самостоятельности тех результатов, которые возникают в качестве последствий действия робота или так называемого искусственного интеллекта. В фокусе полемики среди представителей профессионального сообщества находится вопрос о том, как квалифицировать произведения литературы и искусства, созданные роботами и / или программами, работающими на основе искусственного интеллекта. С ответом на поставленный вопрос неразрывно связана и повестка о принадлежности прав на созданные результаты, включая часть программного кода, созданного самой самообучающейся компьютерной программой, условно обозначаемой как робот или искусственный интеллект.*

Российское законодательство пока не относит результаты деятельности систем искусственного интеллекта к охраняемым результатам интеллектуальной деятельности, но в практике уже есть предпосылки для предоставления таким результатам правовой охраны.

Ключевые слова: *исключительное право; результат деятельности систем искусственного интеллекта; искусственный интеллект; критерии охраноспособности произведения; творческая деятельность.*

Yu.S. Kharitonova. On the issue of the protection of the result of artificial intelligence. (Article)

Abstract. *In recent years, the discussion about the independence of the results that arise as the consequences of the action of the robot or the so-called artificial intelligence is extremely relevant. The focus of the debate*

among the representatives of the professional community is the question of how to qualify the works of literature and art created by robots and/or programs running on the basis of artificial intelligence. The answer to this question is inextricably linked to the agenda of ownership of the rights to the created results, including part of the program code created by the most self-learning computer program, conditionally designated as a robot or artificial intelligence.

The Russian legislation does not yet refer the results of artificial intelligence systems to the protected results of intellectual activity, but in practice there are already prerequisites for granting legal protection to such results.

Keywords: *exclusive right; the result of systems of artificial intelligence; artificial intelligence; criteria for eligibility of a work; creative activity.*

В настоящее время продукты, созданные системами искусственного интеллекта, часто оказываются в фокусе внимания юристов. Речь идет о возможности предоставления правовой охраны результатам действия автономных роботов и интеллектуальных систем.

Оставляя за рамками данной статьи вопросы о правосубъектности автономных роботов и интеллектуальных систем как неоправданно рано возникающие в юридическом пространстве, мы хотели бы рассмотреть проблемы предоставления защиты правам владельцев роботов или разработчиков на результаты, которые создаются в результате реализации алгоритмов, заложенных в компьютер человеком.

Актуальность данной темы связана с тем, что создатели сложных интеллектуальных систем и их владельцы заинтересованы в коммерциализации не только самой программы и робототехники на основе применения своих разработок, но и результатов применения соответствующего программного обеспечения. Таким образом, в экономическом пространстве также сформирован заказ на получение легальной возможности охранять результаты деятельности системы искусственного интеллекта.

В силу ст. 1259 ГК РФ объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения. К объектам авторских прав не относятся сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер (п. 6 ст. 1259). То есть охране подлежат произведения,

которые получили выражение вовне и происхождение которых имеет творческий характер. На наш взгляд, решение поставленной практикой задачи зависит от того, как определяется критерий творческого происхождения охраняемого результата интеллектуальной деятельности в судебной практике. Ведь поскольку в ГК РФ нет закрепления понятия творчества, то на практике для защиты прав правообладателей приходится обращаться к судебным правовым позициям. Данные акты могут носить противоречивый характер, и не всегда позиции судов сформулированы достаточно ясно. В то же время, как показывает проведенный анализ, результаты действия систем искусственного интеллекта вполне могут подпадать под понятие охраняемых объектов. Здесь необходимо сделать оговорку – мы не признаем за роботами наличия творческой функции, какой бы совершенный алгоритм не был использован для их работы. Однако исследования в области так называемого эмоционального интеллекта показывают, что уже сегодня люди одинаково реагируют на проявление эмоций со стороны и робота, и человека[1]. Из этого мы можем сделать вывод о том, что в обозримом будущем появятся такие объекты, создаваемые искусственным интеллектом, которые и восприниматься будут человеком как произведения в смысле ст. 1255 ГК РФ.

Так что же общего у результата творческой деятельности и результата деятельности искусственного интеллекта? Могут ли быть результаты действия робота признаны охраняемыми объектами в имеющейся системе критериев охраноспособности?

Технические характеристики творческой деятельности неоднократно становились объектами рассмотрения в судебной практике. Например, в последнее время остро встал вопрос о возможности предоставления охраны объектам, создание которых связано с использованием техники и программного обеспечения, что во многом лишает нас возможности говорить о защите прав создателя на такие малотворческие результаты деятельности[2]. В частности,

[1] Do we need emotionally intelligent artificial agents? First results of human perceptions of emotional intelligence in humans compared to robots / *Fan L., Scheutz M., Lohani M., McCoy M., Stokes Ch*. – Mode of access: http://robotic.legal/en/do-we-need-emotionally-intelligent-artificial-agents/

[2] См.: *Рахматуллина Р.Ш.* Творческий и нетворческий аспект объектов интеллектуальной собственности // Конвергенция частного и публичного права: Проблемы совершенствования современного законодательства: Сб. материалов Всерос. науч.-практ. конф., посвященной памяти заслуженного юриста РФ, д-ра юрид. наук, профессора Н.М. Коршунова. – М., 2013. – С. 217–220.

любое изображение, сделанное с помощью фотоаппарата или видеокамеры, может стать охраняемым объектом авторского права, даже если участие человека в создании такого объекта, на первый взгляд, заключалось только в нажатии (иногда неосознанном) соответствующей клавиши, запускающей работу устройства.

Фотографии, как представляется, по способам создания и выражения вовне обладают заметным сходством с объектами, создаваемыми искусственным интеллектом. Поэтому для целей настоящего исследования вполне оправданно провести сравнение этих групп объектов.

Суды довольно подробно останавливались на решении данного вопроса, и если соединить все сказанное в единое целое, получим следующее. Под творческой деятельностью фотографа следует понимать такие его действия по созданию результата интеллектуальной деятельности, как: выбор экспозиции, размещение объекта фотоснимка в пространстве, выбор собственной позиции для совершения фотосъемки, установка света и / или адаптация своего местонахождения и места нахождения объекта фотосъемки под имеющееся освещение, подбор световых фильтров для объектива, выставление выдержки затвора, настройка диафрагмы, настройка резкости кадра, проявление фотопленки (для пленочных фотоаппаратов), проявление фотографий (для пленочных фотоаппаратов), обработка полученного изображения при помощи специальных компьютерных программ (для цифровых фотоаппаратов)[1]. По смыслу вынесенных решений при наличии указанных действий процесс фиксации с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности по созданию любой фотографии или видеозаписи признается творческим, приводящим к созданию охраняемого объекта авторского права.

В то же время из приведенных характеристик мы видим, что искусственный интеллект в состоянии в рамках алгоритмов создавать фотографии, которые вполне могут быть признаны, исходя из правовой позиции судов, охраняемыми. Полагаем, на современном

[1] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19.12.2016 № С01–1158/2016 по делу № А40–18849/16; Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 13.04.2018 № 08 АП-1462/2018 по делу № А70–10483/2017; Апелляционное определение Московского городского суда от 08.02.2018 по делу № 33–4101/2018; Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 20.09.2017 по делу № 33–6696/2017 и др.

этапе развития технологий решенным является вопрос о создании охраняемого объекта с помощью не только устройства-фотоаппарата, но и с помощью программного обеспечения, созданного с элементами искусственного интеллекта. Например, российская компания «Prisma Labs» выпустила бесплатное iOS-приложение Prisma, которое с помощью технологии нейросетей переносит стили известных художников на фотографии пользователей[1]. В результате применения данной технологии мы обнаруживаем вполне охраноспособный объект, обладающий и новизной, и оригинальностью, и индивидуальным стилем, относящимся к одному из направлений в искусстве. Права на такой объект принадлежат фотографу (или лицу, которому фотограф передал первоначальное авторское право), несмотря на то что приложение не просто накладывает на фотографию фильтр, но и полностью перерисовывает изображение. Но вопрос остается открытым: в скором будущем искусственный интеллект можно будет применять для автономного создания такого рода «произведений», доверяя роботу выбор композиции, модели, установки света и иных параметров съемки. Примером служит недавно представленный обществу проект «Next Rembrandt», демонстрирующий работу алгоритма, который может довольно точно повторить стиль Рембрандта на основании анализа 346 картин знаменитого художника[2]. Чтобы создать портрет, алгоритм на основе анализа приемов, которые использовал мастер, создает и печатает на холсте объект, обладающий оригинальностью и новизной, которые не предвидели разработчики алгоритма. С формальной точки зрения, отраженной в судебной практике, можно говорить о создании охраноспособного объекта, возникновение которого лишь отчасти предопределили задания человека роботу.

В литературе подчеркивается[3], что действующее законодательство не устанавливает никаких специальных условий, которые были бы необходимы для признания фотографических произведений объектом авторского права и для предоставления ему соответствующей охраны, в связи с этим автор (фотограф) уже в силу самого факта создания произведения (любой фотографии) обладает

[1] Prisma. – Режим доступа: https://prisman.ru/

[2] Next Rembrandt. – Mode of access: https://www.nextrembrandt.com/

[3] См.: Право интеллектуальной собственности: Учебник / *Е.С. Гринь, В.О. Калятин, С.В. Михайлов* и др.; под общ. ред. *Л.А. Новоселовой*. – М.: Статут, 2017. – Т. 2: Авторское право.

авторскими правами на него вне зависимости от его художественного значения и ценности.

При таких обстоятельствах, учитывая положения ст. 1255, 1259 ГК РФ, у суда, как правило, отсутствуют основания подвергать сомнению факт использования истцом творческого труда при создании фотографии. Фотоизображение является итогом творческой деятельности фотографа и объектом авторского права, подлежащего охране[1].

При этом в некоторых случаях в судебных актах подчеркивается, что, в отличие от съемки как сообщения о факте (п. 6 ст. 1259 ГК РФ), у фотографа возникают исключительные права на фотографию, если он вложил свое видение объекта фотографирования с использованием художественных средств фотоискусства[2].

Напротив, фотография может быть лишена охраны как результат интеллектуальной деятельности, если она представляет собой фиксацию документа с помощью соответствующих технических средств, лишенную творческого, художественного элемента, оригинальности и неповторимости. И не помогают даже доводы о том, что при изготовлении фотографии истцом были проведены действия по улучшению качества изображения, по коррекции цвета и кадрированию изображения с использованием графической программы. Напомним, что, по мнению большинства судебных инстанций, как указано выше, обработка полученного изображения при помощи специальных компьютерных программ (для цифровых фотоаппаратов) являются составляющей творчества фотографа. В данном же случае, поскольку речь шла о фотографии документа, суд указал, что применение программ обработки изображения само по себе не свидетельствует о создании спорной фотографии как произведения искусства, поскольку данные действия были направлены на изготовление читаемой копии документа, отражающей все его реквизиты[3]. Поэтому наличие в спорной фотографии творческого, художественного элемента, оригинальности и креативности, на которые ссылался истец, материалами дела, по мнению суда, не подтверждено.

---

[1] Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 20.09.2017 по делу № 33–6696/2017.

[2] Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.11.2013 № 17 АП-13102/2013-ГК по делу N А50–10903/2013.

[3] Апелляционное определение Пензенского областного суда от 28.11.2017 по делу № 33–3954/2017.

Приведенные позиции позволяют говорить о том, что для признания созданного с помощью технических устройств объекта охраняемым суды выдвигают требование художественности. Еще в 1960-е годы известный исследователь Л.А. Переверзев провел анализ оригинальности и нормы с точки зрения кибернетики. В своей книге «Искусство и кибернетика» он сделал очень любопытное заключение: «Понятие оригинальности с точки зрения кибернетики изначально связано с наименее вероятным внезапным отклонением в ряду одинаковых сигналов (или форм), воспринимаемых нами в некоторой последовательности»[1]. Мы получим лишь суррогат искусства, представляющий собой фактическое разрушение формы, наполненной содержанием. Стремление к оригинальности ради нее самой неизбежно приводит к разрушению первоначального смысла сообщения. При оценке созданного произведения с точки зрения культуры и искусства принято принимать в расчет содержание и цели художественного творчества. Поэтому, как следует из логики ученого, неверным был бы правовой подход, позволяющий защищать только оригинальное.

В рассматриваемом контексте речь должна идти не об оригинальности или новизне, так как в силу положений п. 28 постановления Пленума Верховного суда РФ № 5, Пленума Высшего Арбитражного суда РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» охране подлежит любое произведение в силу презумпции его творческого происхождения. По смыслу сформулированной правовой позиции для признания произведения охраноспособным не имеют решающего значения характеристика текстов по смысловой нагрузке, характеру изложения и их ориентированность на различные читательские аудитории[2].

Скорее здесь можно говорить о некоем качестве объекта, которое связано с оценкой не только формы, но и содержания произведения. Оригинальность, стиль, новизна могут быть обнаружены и в результатах, созданных системой искусственного интеллекта. Критикуя мифические возможности кибернетизации искусства,

---

[1] *Переверзев Л.А.* Искусство и кибернетика. – М.: Искусство, 1966. – С. 135.

[2] См.: пункт 3 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом Верховного суда РФ 23.09.2015.)

Л.А. Переверзев писал, что «можно разложить художественные приемы на ряд минимальных действий, обозначенных порядковым номером и сведенных в таблицы и номограммы, где пересечение линий, соединяющих исходные точки выбранных тем, фабул, сюжетов, жанров, тональностей и т.д., будет давать последовательность операций, необходимых для создания очередного произведения под Баха или Чайковского, Шекспира или Пушкина, Репина или Пикассо, а степень требуемой оригинальности будет достигнута без всяких творческих мук и поисков за счет случайного разброса значений, доверенного воле случая»[1]. Но проблема в том, что все эти способы создания произведений диаметрально противоположны принципу творческого преобразования материала.

Слова Л.А. Переверзева не устарели и сегодня. О необходимости учета цели и художественной задачи сегодня говорят и создатели разного рода перформансов и инсталляций. О творческом потенциале роботов общество рассуждает все активнее. Однако робототехника заметно продвинулась вперед. Например, значительные успехи достигнуты в создании искусственным интеллектом текстов, которые не несут в себе решения каких-то сверхзадач с точки зрения искусства, но обладают качествами, позволяющими признать их охраняемыми объектами с точки зрения формальных требований.

В то же время проблема оценки охраноспособности текстового произведения с точки зрения не только формы, но и содержания уже сегодня обсуждается юридическим сообщество вне зависимости от дискуссии о роботах. Так, в одном из дел решался вопрос о нарушении исключительного права на контент (текстовые произведения), размещенный на интернет-сайте. Согласно заключению судебной лингвистической экспертизы, контент с лингвистической точки зрения обладает признаками оригинальности, новизны и творческого характера, поскольку тексты имеют относительно новую и оригинальную форму; в них налицо реализация авторского индивидуального стиля. Эксперты пришли к выводу, что контент, размещенный на сайте, обладает признаками творческого характера по подбору материала и его расположению. Текстовый материал сайта, а именно: спорные произведения (75 статей), не относятся к сообщениям о событиях и фактах, имеющим исключительно информационный характер (сообщения о новостях дня, программы телепередач, расписания движения

[1] *Переверзев Л.А.* Указ. соч. – С. 136.

транспортных средств и т.п.) (п. 6 ст. 1259 ГК РФ). На основании этих доводов суд пришел к выводу о нарушении авторского права на статьи[1].

В другом же случае по иску Д. к КГАУ «Редакции газеты "Наш Красноярский край"» о признании права авторства, взыскании авторского гонорара, компенсации морального вреда гражданину в защите права отказали по следующим основаниям. Чтобы получить правовую охрану, созданное произведение должно быть творческим, т.е. оригинальным (уникальным). Из содержания опубликованной статьи «Человек, предсказавший нападение», написанной по фактам, изложенным в письме, следует, что статья является сообщением о событии, имевшем место в жизни генерала Т., в ней сообщается об успешной деятельности Т., содержатся сведения о поощрениях за достижения по службе в рядах Советской армии. В этой связи суд пришел к выводу, что опубликованная информационная статья в силу ее содержания не является объектом авторского права[2]. Учитывая обстоятельства отсутствия у истца авторского права на статью, суд пришел к выводу о том, что нет оснований для вывода о нарушении ответчиком авторских прав истца.

Действительно сложно бывает отделить сообщение о факте от авторского текста. Хотя, на наш взгляд, в данном случае представление информации из письма в виде текста статьи должно рассматриваться как охраноспособное произведение в силу приведенной выше презумпции творческого характера любых объектов авторского права. Тем более что суд в том же акте указал: письмо истца Д. было использовано редакцией в качестве информационного сообщения, на основе данного письма проработана тема и подготовлена оспариваемая статья.

Приведенные примеры не дают возможности ответить однозначно на вопрос, будут ли охраноспособными тексты, созданные с помощью роботов. Сегодня есть несколько компаний, специализирующихся на автоматическом создании не только связных (см. «Яндекс. Рефераты»), но и осмысленных текстов («Narrative Science», «Automated Insights», «Yseop»). Созданные с помощью роботов новостные заметки уже публикуются в «The Los Angeles

[1] Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 16.09.2014 по делу № 33–7869/2014.

[2] Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 13.07.2016 по делу № 33–9066/2016.

Times», «Associated Press» и «Yahoo News»[1]. И в данном случае решение вопроса о предоставлении защиты, например рефератам, созданным с помощью искусственного элемента, будет принципиально важным. На наш взгляд, данные объекты могут обладать признаками охраноспособности, как это сформулировано сегодня в ГК РФ и судебной практике.

Показательным в этом смысле является еще одно дело, касающееся защиты прав на научную работу. В ходе разбирательства суд установил, что ознакомившись с авторефератом докторской диссертации покойного С., Т. заинтересовался его работой. С. занимался той же научной проблематикой, но использовал для термодинамического моделирования другую программу для ЭВМ. Т. же применил в своей работе новую программу моделирования. Эти программы для ЭВМ строятся на разных физических принципах. У Т. возникла идея сравнить результаты, полученные с помощью этих разных программ, что и было сделано им в соавторстве. В ходе судебного разбирательства ответчик указал, что когда он и авторский коллектив готовили тезисы докладов, указанные в иске Т., делали ссылки только на автореферат и докторскую диссертацию С., но не на работы Т., о которых не знали, ссылаясь на ранее опубликованные труды С. С. не имел претензий относительно ссылки в тезисах на его диссертацию.

В результате суды посчитали, что Т. не доказал факт наличия объекта авторского права, соответствия его критериям объекта авторского права, определенным законодательством, а также факт принадлежности ему авторских прав на указанные им произведения и права на их защиту, а также факт неправомерного использования этих авторских прав на этот объект ответчиками. Этот вывод был сделан на основе того, что произведения, опубликованные под фамилией Т., представляют собой в большей части своего объема описание технологических и физико-химических процессов – химических реакций, способов решения технических задач с приложением химических формул, графиков, констатацией фактов: процессов взаимодействия. <...> По этой причине авторство на оспариваемые Т. произведения, на конкретные процитированные выдержки из указанных им произведений не доказано[2].

---

[1] Может ли робот писать новости. – Режим доступа: https://meduza.io/cards/mozhet-li-robot-pisat-novosti

[2] Определение Свердловского областного суда от 14.06.2012 по делу № 33–6699/2012.

То есть суд счел, что в работах Т. нет охраняемого объекта потому, что это всего лишь сообщение о факте – реализации его идеи относительно проведения испытания – и фиксация результатов этого испытания. В судебном акте даже сделано указание, что авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования (п. 5 ст. 1259 ГК РФ). А именно из них состоят оспариваемые истцом научно-технические произведения, которые, по мнению суда, не являются объектами авторского права (с учетом их правовой природы как описания технологических и физико-химических процессов средствами и способом компьютерно-математического моделирования).

Обратим внимание, что в настоящее время не обязательно искать в работах роботов какое-то сложное содержание. Но если сосредоточиться на форме выражения создаваемых ими объектов, то в целом алгоритмы вполне могут привести к созданию неповторимых произведений. Согласно разъяснениям, содержащимся в п. 28 постановления Пленума Верховного суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», при анализе вопроса о том, является ли конкретный результат интеллектуальной деятельности объектом авторского права, судам следует учитывать, что само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права.

Возражением на предоставление правовой охраны результатам применения искусственного интеллекта иногда является указание на то, что робот выступает инструментом получения того или иного объема информации в машиночитаемом виде, которое достигается в рамках коммерческой эксплуатации искусственного интеллекта.

Однако в отношении человека суд указал, что создание фотографического произведения при оказании возмездных услуг само по себе не исключает интеллектуальной деятельности фото-

графа, притом что в данном случае фотографирование осуществлялось не в качестве любительской съемки[1].

Отсутствие разумного механизма защиты прав заинтересованных лиц ставит вопрос о необходимости сохранения данного критерия для предоставления охраны результату деятельности искусственного интеллекта.

Определение творческой составляющей как принципиальной идеи, лежащей в основе выделения объектов авторского права, как мы показали, может быть обнаружено в различных объектах, создаваемых роботами. Разница между произведениями робота и человека определяется только законом, который называет правообладателем исключительно человека. В остальном результаты деятельности человека и робота при решении одних и тех же задач будут отвечать единым критериям.

Введение правового режима для новых с точки зрения правопорядка объектов – результатов деятельности искусственного интеллекта – требует решения вопроса о том, что собой представляет объект, который возникает как самостоятельная ценность, и в какой момент он выражен вовне в окончательном виде.

В определенной мере обесценивание критерия творческого происхождения объекта авторского права демонстрирует и общее настроение правообладетелей, стремящихся сделать свои произведения максимально доступными в сети Интернет. Произведения получают ценность и возникает смысл их использовать тогда, когда есть экономический интерес в эксплуатации чужих идей. Поэтому логичным видится вывод Р.А. Будника о том, что волеизъявление правообладателя может быть направлено на освобождение произведения от барьеров на пути его использования как можно более широким кругом лиц, т.е. на включение в число пользователей произведения всей массы реально и потенциально заинтересованных субъектов, на максимизацию совокупного внимания пользователей[2].

Такой подход не отменяет возможности коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности в целом, но иначе расставляет акценты. Созданные с помощью алгоритмов объекты

---

[1] Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 20.09.2017 по делу № 33–6696/2017.

[2] См.: *Будник Р.А.* Диспозитивность как основа инклюзивного механизма регулирования авторских отношений // Право и экономика. – М., 2016. – № 8. – С. 36–41.

легче учитывать, контролировать, открывать доступ и получать прибыль.

Возможно, результаты, созданные автономным искусственным интеллектом, не признаны сегодня в качестве объектов исключительных прав, но на них могут быть установлены иные субъективные права как на обладающие ценностью и участвующие в обороте.

П.М. Морхат

ОСОБЕННОСТИ РАЗВИТИЯ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В КОНТЕКСТЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА (Статья)

Аннотация. *В настоящей статье рассмотрены некоторые аспекты развития права интеллектуальной собственности в контексте использования искусственного интеллекта, в том числе с учетом проблемы возможности признания системы искусственного интеллекта в качестве субъекта авторских и патентных прав. В частности, рассмотрены цели права интеллектуальной собственности в контексте признания правоспособности систем искусственного интеллекта, а также проблемы реализации некоторых механизмов права интеллектуальной собственности и некоторые потенциальные направления развития правового регулирования в этой области.*

Ключевые слова: *искусственный интеллект; право интеллектуальной собственности; авторское право.*

P.M. Morkhat. On the issue of the peculiarities of the development of intellectual property law in the context of the use of artificial intelligence. (Article)

Abstract. *Some aspects of the development of intellectual property law in the context of the use of artificial intelligence, including taking into account the problem of the possibility of recognizing the artificial intelligence system as a subject of copyright and patent rights, are considered in this article. In particular, the objectives of intellectual property law in the context of recognition of the legal capacity of artificial intelligence systems, as well as the implementation of some mechanisms of intellectual property law and some*

potential directions of development of legal regulation in this area are considered in this article.

Keywords: *artificial intelligence; intellectual property law; copyright.*

Новые вызовы современности, такие, как, например, развитие технологий искусственного интеллекта, роботизация, Интернет вещей, автомобили-роботы, трехмерная печать, нанотехнологии, биотехнологии, не могут не отражаться на развитии законодательства.

Рассмотрим некоторые аспекты развития права интеллектуальной собственности в контексте данного вопроса, в том числе с учетом проблемы возможного признания системы искусственного интеллекта в качестве субъекта авторских и патентных прав.

Научное осмысление проблем защиты прав систем искусственного интеллекта на результаты их интеллектуальной деятельности невозможно без надлежащего учета целей права интеллектуальной собственности и потенциальных негативных и положительных последствий обеспечения защиты таких прав.

Право интеллектуальной собственности направлено на защиту результатов интеллектуальной деятельности человека, причем такая защита вовсе не безгранична. В частности, одной из целей права интеллектуальной собственности является обеспечение создателю произведения или изобретения экономических выгод от его использования другими лицами. Искусственный интеллект не имеет и не может иметь подобной потребности[1].

Альтернативами наделения систем искусственного интеллекта правами на результаты их интеллектуальной деятельности являются либо передача всех прав человеку, каким-либо образом принимавшему участие в деятельности искусственного интеллекта, либо передача таких произведений и изобретений в общественное достояние. Переход работ, создаваемых искусственным интеллектом, в общественное достояние может затормозить развитие инноваций в этой сфере, поскольку не позволит тем компаниям, которые инвестируют в искусственный интеллект, получать от этого соответствующие экономические выгоды[2].

---

[1] См.: *Moriggi A*. The role of intellectual property in the intelligence explosion. – Mode of access: http://www.4ipcouncil.com/application/files/9615/1638/1031/The_Role_of_Intellectual_Property_in_the_Intelligence_Explosion.pdf

[2] Там же.

Фрэнк Де Коста и Ализа Каррано отмечают, что проблемы защиты интеллектуальной собственности в контексте применения искусственного интеллекта, как правило, связаны с двумя аспектами: обеспечение свободы действий при использовании искусственного интеллекта без нарушения интеллектуальных прав третьих лиц и защита инвестиций в исследования и разработки в сфере использования искусственного интеллекта[1].

Например, развитие технологий искусственного интеллекта, способного разрабатывать изобретения, может привести к появлению целого потока патентных заявок как на отдельные результаты интеллектуальной деятельности, так и на более широкие классы изобретений. В итоге это может привести к подавлению развития инноваций, поскольку каждый, кто работает в какой-либо конкретной области, должен будет получить лицензии на использование многочисленных запатентованных изобретений. Кроме того, повышается риск концентрации экономической власти в определенных областях или на рынках из-за наличия у отдельных субъектов ресурсов для получения многочисленных патентов[2].

Как указывают И. Понкин и А. Редькина, необходимость определенного пересмотра подходов к правовому регулированию реализации и защиты интеллектуальных прав обосновывается некоторыми авторами тем, что ряд новых технологий в области использования искусственного интеллекта, способных самостоятельно создавать произведения, угрожает сложившимся бизнес-моделям в креативной индустрии и даже приводит к обесцениванию определенных форм человеческого творчества[3].

Тимоти Батлер еще в 1982 г. писал, что суды в том случае, если определят, что авторство конкретного результата деятельности искусственного интеллекта фактически принадлежит ему, а не

---

[1] *Costa F.A. De, Carrano A.G.* Intellectual property protection for artificial intelligence // Westlaw journal intellectual property. – N.Y., 2017. – 30 August. – Mode of access: https://www.finnegan.com/print/content/46173/Intellectual-Property-Protection-for-Artificial-Intelligence.pdf?q=

[2] *Fraser E.* Computers as inventors – legal and policy implications of artificial intelligence on patent law // SCRIPTed. – San Francisco, 2016. – Vol. 13, N 3. – P. 305–333. – Mode of access: https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/12/13-3-fraser-1.pdf

[3] *Понкин И., Редькина А.* Искусственный интеллект и право интеллектуальной собственности // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – М., 2018. – № 2. – С. 35–44.

человеку, имеют в своем распоряжении несколько альтернативных путей решения проблемы:

– полностью отказаться от наделения искусственного интеллекта авторскими правами;

– наделить авторскими правами систему искусственного интеллекта либо распределить эти права между системой и человеком;

– распределить авторские права между правообладателем базового программного обеспечения и владельцем компьютера;

– создать вымышленного автора – человека и передать его авторские права правообладателю базового программного обеспечения или владельцу компьютера[1].

Дипак Сомайя и Лав Р. Варшней видят три возможных варианта развития правового регулирования в области защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности в контексте использования и функционирования искусственного интеллекта:

– приравнивание системы искусственного интеллекта к инструменту, подобному карандашу, что не повлияет на реализацию и защиту прав на интеллектуальную собственность;

– наделение системы искусственного интеллекта правовым статусом социального агента, не имеющего собственных прав; таким образом, все произведения, создаваемые с участием такой системы, переходят в общественное достояние;

– система искусственного интеллекта выступает как социальный агент, наделенный некоторыми аспектами интеллектуальных прав[2].

Альтернатива признанию правоспособности системы искусственного интеллекта в контексте права интеллектуальной собственности в виде признания совместного авторства человека и системы является менее радикальным вариантом, однако и она обладает определенными недостатками. В частности, институт соавторства предполагает закрепление за каждым из соавторов определенных прав и обязанностей, а экономические выгоды от

---

[1] См.: *Butler T.L.* Can a computer be an author – Copyright aspects of artificial intelligence // Hastings communications and entertainment law journal. – San Francisco, 1982. – Vol. 4, N 4. – P. 707–747. – Mode of access: https://repository. uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=hastings_comm_ent_law_journal

[2] См.: *Somaya D., Varshney L.R.* Embodiment, anthropomorphism and intellectual property rights for AI creations. – Mode of access: http://www.aies-conference.com/wp-content/papers/main/AIES_2018_paper_89.pdf

реализации прав на произведение или изобретение, как и обязательства, могут быть предварительно разделены посредством заключения соглашения. В ситуации совместного, гибридного автора в виде человека и машины заключение такого соглашения имеет мало смысла, а понятие машины, обладающей законными правами и обязанностями, абсурдно[1].

По мнению В.Н. Синельниковой и О.В. Ревинского, компьютерные программы или иные инновационные технологии являются лишь инструментом получения новых результатов, права на которые должны принадлежать разработчикам программ и (или) создателям соответствующего оборудования[2].

Исследователи также отмечают, что пока роботы не обладают самосознанием, они не будут беспокоиться о нарушении своих интеллектуальных прав, а отношения между создателями и пользователями роботов могут быть урегулированы имеющимися средствами[3]. В силу того, что человек все же принимает участие в создании произведений с помощью искусственного интеллекта, существующих законов в целом должно быть достаточно для защиты результатов такой деятельности[4].

В заключение отметим, что, на наш взгляд, право интеллектуальной собственности должно подвергнуться определенным изменениям с учетом развития новых технологий, в том числе потенциальных, однако нет насущной необходимости кардинально менять всю систему и принципы данной отрасли права для того, чтобы обеспечить признание правосубъектности систем искусственного интеллекта. Машины не должны быть обособленными от человека.

---

[1] См.: *Butler T.L.* Op. cit.

[2] См.: *Синельникова В.Н., Ревинский О.В*. Права на результаты искусственного интеллекта // Копирайт. – М., 2017. – № 4. – С. 26.

[3] См.: Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита / *Ахмедов Г.А., Войниканис Е.А., Глазунова К.Д., Зайченко Н.В., Княгинина И.К., Королева И.А., Липатова Ю.А., Митягин К.С., Смирнова В.Р., Леонтьев К.Б., Евдокимова М.И., Савина В.С., Гурко А.В.* – М., 2017. – Режим доступа: http://www.rvc.ru/upload/iblock/85d/Trends_in_Intellectual_Property.pdf

[4] См.: The intellectual property system for the fourth industrial revolution // The intellectual property system study group for the fourth industrial revolution. – Mode of access: http://www.meti.go.jp/english/press/2017/pdf/0419_001a.pdf

М.В. Телюкина

ЦИФРОВОЕ ПРОИЗВЕДЕНИЕ КАК ОБЪЕКТ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ (Статья)

Аннотация. *Цифровые технологии стремительно внедряются в нашу жизнь, и постепенно этот процесс будет только ускоряться. В настоящей статье рассмотрен такой уникальный объект, как цифровое произведение, выявлены его гражданско-правовые особенности, предложена система признаков. Основные проблемы обусловлены тем, что произведение может быть создано в традиционном виде и преобразовано в цифровую форму, и наоборот – быть создано в цифровом виде и преобразовано в традиционную форму.*

Ключевые слова: *объект гражданских правоотношений; цифровое произведение; воспроизведение; цифрование; интеллектуальная деятельность; производное произведение.*

M.V. Teliukina. Digital product as a civil law object. (Article)

Abstract. *The digital technologies are implemented in our lives. This process only becomes faster. This article analyses a digital product as an object of civil law. Some civil law features of this object are mentioned, the classification of digital products is made. The main problem is that the product can be created in a traditional way and converted into digital form, or created in a digital way and transformed to the traditional type.*

Keywords: *civil law object; digital product; reproduction; digitization; intellectual operation; repetitive product.*

Цифровые технологии захватывают все более широкий круг общественных отношений, юридические, гражданско-правовые – в том числе. Слова «мы живем в цифровую эпоху» уже давно не

просто слова. Цифровые отношения – это реальность, за которой законодательство, как правило, не успевает. А если законодатель пытается данную сферу урегулировать, то часто это происходит по принципу «хотели как лучше, а получилось как всегда». Между тем в научном сообществе вопросы адаптации правового регулирования к новой цифровой реальности активно обсуждаются[1].

Цифровые объекты – это программы для ЭВМ, базы данных, интернет-сайты, мультимедийные продукты. Очевидны перспективы развития цифровой сферы как в локальных, так и в глобальных проектах. В качестве примера можно привести уже осуществляемое Роспатентом использование технологии блокчейн, о чем в своем докладе на конференции «Интеллектуальная собственность в условиях цифровой экономики», прошедшей в апреле 2018 г. в МГУ им. М.В. Ломоносова, рассказала заместитель руководителя Федеральной службы по интеллектуальной собственности Л.Л. Кирий. Некоторые авторы, говоря о цифровых объектах, проводят аналогию с криптовалютой, оперируя термином «цифровой товар»[2].

Целью настоящей статьи является выявление проблем, связанных с гражданско-правовым статусом объекта, именуемого цифровым произведением, и попытка ответить на вопрос о том, является ли этот объект объектом гражданских отношений, каково его место в системе иных объектов.

---

[1] См., например: *Войниканис Е.А., Калятин В.О.* База данных как объект правового регулирования: Учеб. пособие для вузов. – М.: Статут, 2011; *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Закону РФ об авторском праве и смежных правах. – М.: Спарк, 1996; *Дементьева Е.С.* Проблемы правового регулирования цифровой формы произведения // ИС. Авторское право и смежные права. – 2016. – № 7. – С. 53–60; № 8. – С. 35–44; *Котенко Е.С.* Авторские права на мультимедийный продукт: Монография // СПС «КонсультантПлюс». – Режим доступа: http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&cacheid=ABE2812F8F496CED5994906B5DDA89C4&BASENODE=32799&ts=1259408596009489951364637261&base=CMB&n=17431&rnd=0.6954309820043365#003419380008436157; *Мирских И.Ю., Мингалева Ж.А.* К вопросу о правовом регулировании информации в условиях информационной экономики // Вестник Пермск. ун-та. Юрид. науки. – 2017. – № 4. – С. 430–445; *Нагродская В.Б.* Модернизация авторских прав на музыкальные произведения в цифровой среде и модели открытого контента // Актуальные проблемы российского права. – 2015. – № 12. – С. 66–72; *Энтин В.Л.* Авторское право в виртуальной реальности (Новые возможности и вызовы цифровой эпохи). – М.: Статут, 2017.

[2] См.: *Савельев А.И.* Криптовалюты в системе объектов гражданских прав // Закон. – 2017. – № 8. – С. 136–153.

Произведение может находиться в особом метафизическом пространстве, в котором оно также способно видоизменяться под воздействием различных технологических возможностей.

Конструкция «цифровое произведение» (далее ЦП) стала реальностью, но однозначный ответ на вопрос о том, что это такое и каков его правовой режим, в доктрине отсутствует. Ответа требуют следующие вопросы.

1. Нуждается в уточнении терминология – если мы используем конструкцию «цифровое произведение», то, наверное, необходимо подкорректировать привычный термин «произведение» – говорить «стандартное», или «традиционное», произведение, либо в порядке уточнения терминологии целесообразно установить, что под произведением мы будем понимать традиционный объект нематериального характера, а под цифровым произведением – этот объект, выраженный в особой форме с применением специальных технологий?

2. Необходимо ли согласие автора на выражение произведения в цифровой форме, и как назвать этот процесс? Возможны несколько вариантов – цифрование, оцифровывание, цифровизация. Думаю, на данном этапе развития отношений эти термины можно использовать как синонимы. При этом следует учесть, что процесс перевода произведения в цифровую форму может быть творческим.

3. Подлежит ли применению в отношении ЦП режим исчерпания прав?[1]

4. Можно ли вообще считать, что ЦП – это произведение, или это всего лишь один из способов воспроизведения произведения? Мы ведь не говорим, например, о журнальном или книжном произведении?

5. Следует ли дифференцировать цифровую и сетевую формы? Если ответить на этот вопрос положительно, то необходимо будет отличать цифровые и сетевые произведения. Цифровая форма предполагает некие действия, в том числе творческого характера, а сетевая – просто размещение объекта в Интернете.

[1] Подробнее об этом см.: *Савельев А.И.* Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. – М., 2011. – № 3. – С. 102–128.

О необходимости различать цифровую и сетевую формы говорят ученые[1].

6. Как определить некоторые объекты – например, компьютерные игры? Отметим, что доктрина использует термин «мультимедийный продукт», практика часто относится к компьютерным играм как к программе для ЭВМ[2], при этом неясно – является ли вообще компьютерная игра произведением? Однозначно ответить сложно в силу того, что компьютерная игра – некий аналог действия, жизни, при этом нередко в ней присутствует элемент обратной связи, когда поведение игрока влияет на дальнейшее развитие игры. В качестве примера можно привести еще один мультимедийный продукт, который назвать игрой вряд ли получится. Речь идет о так называемом виртуальном кладбище, суть идеи которого состоит в следующем. После смерти человека его страницы в социальных сетях не уничтожаются и не закрываются, а переносятся (платно или бесплатно) на особую виртуальную площадку – кладбище, куда можно зайти, положить цветы (виртуальные), поделиться фотографиями умершего и воспоминаниями о нем, послушать или добавить его любимую музыку, поговорить о нем, при этом будут отображаться все посещения и действия на странице, включая размещение произведений как существовавших ранее в цифровой (или сетевой) форме, так и не существовавших.

7. Можно ли считать цифровым произведением то, что доступно восприятию только ЭВМ, но не человека?

Возможна постановка и других вопросов, ответы на которые только предстоит найти доктрине и практике.

Очевидно, с точки зрения теории объектов гражданских правоотношений цифровое, или мультимедийное, – как его иногда называют – произведение является крайне неоднозначным объектом.

В силу норм ст. 128 ГК РФ к объектам гражданских прав относятся вещи, включая наличные деньги и документарные ценные бумаги, иное имущество, в том числе безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, имущественные права; результаты работ и оказание услуг; охраняемые результаты

---

[1] См.: *Дадян П.Г.* Музыкальное произведение как самостоятельный объект авторского права: Теоретико-правовое исследование: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2015. – С. 46–49.

[2] См., например: Постановление ФАС Московского округа от 30.06.2011 № КГ-А40/6024–11,2 по делу № А40–14101/10-12-101.

интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага.

Представляется, что с учетом разнообразия результатов интеллектуальной деятельности следует уточнить подход ГК РФ и считать, что объектом является не сам результат деятельности, а права на него. Иначе говоря, объектом, например, лицензионного договора, по которому предоставляются права использовать произведение, является не само произведение, а исключительные (имущественные) права на его использование.

Рассмотрим некоторые особенности, присущие цифровым произведениям:

– числовая природа – выражение в виде последовательности цифр, кодирующей определенные параметры; при этом принципиально важно, какой программой и техническим устройством ЦП должно быть открыто – здесь проявляется зависимость от воспроизводящей техники;

– оторванность от носителя – выраженное в цифровой форме произведение не связано с тем материальным объектом (компьютером, например) или нематериальным объектом (компьютерная программа, например), посредством которых ЦП появилось. Оторванность проявляется в том, что доступ к ЦП может быть получен посредством использования и иных объектов, нежели те, которые участвовали в его создании;

– редактируемость – максимально простая и доступная; это означает, что как сам автор, так и иные лица (в том числе неустановленные) могут внести изменения, а также реизменения в произведение, и это впоследствии может быть сложно доказуемо или практически недоказуемо;

– исчезаемость (это свойство тесно связано с предыдущим) – возможность полного удаления, в том числе без ведома автора; свойства редактируемости и исчезаемости ЦП делают весьма актуальной идею создания каталога (реестра) цифровых произведений; ученые отмечают, что для целей реестра может быть использована технология блокчейн[1];

[1] См.: *Савельев А.И.* Договорное право 2.0: «Умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. – М., 2016. – № 3. – С. 32–60.

– интерактивность, т.е. возможность внесения контролируемых или частично контролируемых изменений по воле как автора, так и неустановленных субъектов;

– распространяемость без потери качества; как следствие – стирание разницы между оригиналом и копией; в результате понятие «подлинность произведения» утрачивает свою практическую значимость;

– возможность существования только в виртуальных рамках – некоторые объекты могут не иметь аналога в материальном мире; те, которые материальный аналог утрачивают, могут продолжать существование исключительно в цифровом виде;

– отказ от стереотипов презентации – привычные места восприятия произведений (галереи, концертные залы) деактуализируются; становятся возможными, например, цифровые выставки произведений, (как имеющих, так и не имеющих материальную форму, т.е. изначально созданных в цифровом формате);

– преобладание ЦП над материальными объектами.

С учетом названных особенностей, каждая из которых влияет на квалификацию, ответить на вопрос о правовой природе ЦП как объекта пока однозначно невозможно. На мой взгляд, в контексте обычного традиционного произведения целесообразно считать объектом гражданских правоотношений именно права на использование произведения, а в контексте цифрового – само цифровое произведение. Этот вывод обусловлен сущностными особенностями цифрового произведения и, безусловно, нуждается в дальнейшем осмыслении. Из сказанного следует, что ЦП может быть названо производным произведением, на создание которого необходимо согласие автора, равно как и на внесение в него любых изменений.

Отметим, что с высказанным подходом согласны не все ученые. По мнению В.Л. Энтина, в цифровом мире копии включают в себя воспроизведение на жестком диске компьютера (как, например, те, что находятся на жестком диске компьютера или на съемных материальных носителях), а также воспроизведение в оперативной памяти компьютера при просмотре произведения; сканирование произведения с целью перевода его в цифровую форму не содержит оригинального вклада авторского характера. Поэтому возникающая цифровая версия считается воспроизведе-

нием, а не производным произведением[1]. Такой подход представляется корректным для ситуаций, когда процесс оцифровывания не является творческим; однако в ряде ситуаций творческий элемент данному процессу присущ.

В завершение приведем мысль Г.Ф. Шершеневича, который писал, что «объектом права является известная последовательность и сочетание звуков, составляющая в совокупности цельное музыкальное произведение, которое является продуктом творчества музыкальной мысли композитора... право должно считаться возникшим с момента облечения музыкальной мысли в сочетание звуков»[2]. Перефразировать классика можно следующим образом: «Цифровое произведение – известная последовательность и сочетание обозначений, составляющая в совокупности особое произведение…»

[1] См.: *Энтин В.Л.* Авторское право в виртуальной реальности (новые возможности и вызовы цифровой эпохи). – М.: Статут, 2017.

[2] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. – М.: СПАРК, 1995. – С. 260.

Р.Ш. Рахматулина

ОБЪЕКТЫ АВТОРСКОГО ПРАВА В ЦИФРОВОМ ПРОСТРАНСТВЕ И ФОРМЫ ИХ ВЫРАЖЕНИЯ (Статья)

Аннотация. *Статья посвящена произведениям в цифровой форме. Автором выделены признаки таких произведений.*

Ключевые слова: *электронная форма; цифровая форма; «цифровое произведение».*

R.Sh. Rakhmatulina. Copyright objects in the digital space and forms of their expression. (Article)

Abstract. *The article is devoted to works in digital form. The author highlights the features of such works.*

Keywords: *electronic form; digital form; «digital work».*

Произведение как продукт духовного творчества должно существовать в какой-либо реальной форме.

По словам Г.Ф. Шершеневича, «продукт духовного творчества должен быть облечен в известную внешнюю форму, через посредство которой он мог бы сделаться доступным для других и в которой получил бы закрепление. Пока мысль не проявилась вовне, она не может составлять объект авторского права, потому что не имеет необходимой внешней формы»[1]. Авторским правом охраняются любые произведения независимо от формы их выра-

[1] *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения. – Казань, 1891. – С. 159.

жения: это может быть, например, план фасада дома, скульптура, рукопись, речь, произнесенная устно и воспринятая слушателями.

В ст. 2 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений термин «литературные и художественные произведения» охватывает все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены. В соответствии с п. 3 ст. 1259 ГК РФ произведения могут быть выражены в какой-либо объективной форме, в том числе в письменной, устной форме (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и иной подобной форме), в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме. В данном перечне отсутствует цифровая форма. И встает вопрос: надо ли выделить цифровую форму как самостоятельную объективную форму произведения или обособить произведение в цифровой форме в отдельное понятие «цифровое произведение»?

В связи с развитием цифровых технологий в интернет-пространстве возникли возможности перевода произведений в цифровые форматы. По словам Я.А. Карева, «отличие электронного документа от документа, составляемого на бумажном носителе (далее также – бумажный документ), заключается в особенностях его формы»[1]. Эта разница существенна. И наоборот, многие авторы, например, С.И. Болдырев и Д.А. Кобыляцкий, не видят различий между произведениями в электронной форме и в цифровой[2]. С этим нельзя согласиться, так как электронная форма объекта – не всегда цифровая. Произведения в электронной и цифровой форме не тождественны. Так, например, «электронная книга» – это практически всегда носитель произведения в цифровой форме. Перевести обычную книгу в электронную не составляет особого труда. Сегодня многие издательские компании прежде, чем издать произведение на бумажном носителе, исправляют и корректируют его в электронном виде. Произведение в этом случае изначально является электронным, «машиночитаемым»[3]. «Электронные

---

[1] *Карев Я.А.* Электронные документы и сообщения в коммерческом обороте: Правовое регулирование. – М., 2006. – С. 12.

[2] См.*: Болдырев С.И.* Авторские права в современном информационном телекоммуникационном пространстве Российской Федерации: Гражданско-правовое регулирование и защита: Дис. … канд. юрид. наук. – Курск, 2017; *Кобыляцкий Д.А.* Правовая охрана произведений в сети Интернет: Дис. … канд. юрид. наук. – Саратов, 2015.

[3] См.: *Серго А.Г.* Интернет и право. – М., 2003. – С. 135.

книги» – не только средство визуализации литературного произведения или произведения науки, но и возможность его охраны от нелегального копирования.

В последнее время популярными становятся «электронные книги» в интерактивном формате – книги с текстом и полиграфическими элементами, которые предлагают способы обучения и подготовки к сдаче экзаменов по различным предметам, изучение иностранного языка и т.д. Между просто электронной книгой и электронной книгой в интерактивном формате есть разница. Электронная книга – носитель произведения. Создание электронной книги в интерактивном формате – это создание нового производного произведения, в котором благодаря программному обеспечению появляются интерактивные персонажи, объекты и предметы. Вместе с тем в обоих случаях мы имеем дело с произведениями в письменной форме.

Электронная аналоговая форма представляет собой запись на магнитную ленту, диск или кассету. Она может ухудшаться и искажаться из-за повреждения электронных носителей. Оцифровка (перевод произведения в цифровой код) способна защитить информацию от различных искажений и помех. При этом распространено и бытовое понимание оцифровки как перевода произведения в электронную форму.

Произведения могут быть сразу созданы в цифровой форме, а затем распечатаны на бумаге. Объекты в цифровой форме имеют признаки, отделяющие их от объектов, выраженных в другой форме.

Во-первых, если «цифровой объект» был помещен в Интернет, доступ к этому объекту осуществляется сразу несколькими пользователями.

Во-вторых, произведение, выраженное в цифровой форме, оторвано от материального носителя. Интернет и мобильные устройства помогают осуществлять доступ к произведениям в цифровой форме, при этом электронные устройства не являются единственными носителями «цифровых произведений». Отсюда вытекает и еще одно отличие произведений в цифровой форме от произведений на бумажных носителях – по таким признакам, как тираж и количество изданных экземпляров.

Существуют разные методы хранения произведений в цифровой форме: лазерный диск, жесткий диск, сервер. Произведение может быть сразу создано без использования жесткого диска и храниться на разных открытых платформах (на сайтах, в облачных хранилищах и т.д.). Облачные технологии позволяют хранить

различные объекты и любые файлы. При этом интернет-сеть соединяет сервера и является масштабируемым хранилищем любых файлов. Без доступа в Интернет не будет доступа к различным носителям произведений, выраженных в цифровой форме, если только они не были сохранены на специальных запоминающих устройствах (флешках, картах памяти и др.).

В отличие от других произведений, в «цифровых» трудно определить оригинал и копию. Если при кодировании происходит потеря некоторых данных, то объект не сохраняется, тогда необходимо обратиться к первоначальному носителю (жесткий диск или книга).

Значимым признаком «цифровых произведений» является их распространение. Благодаря Интернету и развитию новых технологий «цифровые произведения» распространяются в Сети с большой скоростью. Различные технологии влияют на сам процесс распространения, способствуют появлению новых его способов, помогают обеспечить произведению популярность, общеизвестность, активизировав оборот в цифровом пространстве.

В университетах и школах на базе библиотек создаются «цифровые» библиотеки (как было выше сказано, их называют электронными). Произведения и документы, которые находятся в фондах библиотек, от картографических объектов до музыкальных произведений и фильмов, переводятся в цифровые параметры. С целью сохранения исторического, научного и культурного достояния народов России и формирования единого информационного пространства была создана Национальная электронная библиотека.

В соответствии с п. 3 ст. 18.1 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 78-ФЗ «О библиотечном деле» объектами Национальной электронной библиотеки являются созданные в электронной форме копии: печатных изданий; электронных изданий; неопубликованных документов, в том числе диссертаций; иных документов, представляемых в качестве обязательного экземпляра документов; книжных памятников. Данные объекты должны быть оцифрованы и использоваться с соблюдением прав правообладателей.

В связи с этим в Европейском сообществе рассмотрено несколько дел по поводу перепродажи электронных книг библиотеками, и суды по-разному трактуют такое использование электрон-

ными библиотеками произведений (*Technische Universität Darmstadt vs Eugen Ulmer KG*[1], Дело компании «Tom Kabinet»)[2]. Так, Суд ЕС при рассмотрении первого из названных дел в соответствии со ст. 5 (3) Директивы 2001/29/ ЕС «О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе» указал, что данная статья не распространяется в отношении распечаток книг на бумаге или их сохранения на USB-накопителях из специальных терминалов, установленных в общедоступных библиотеках. Таким образом, признается, что правила обращения и использования электронных книг сходны с правилами использования книг на бумажных носителях.

Новым явлением в культурной жизни стали цифровые сервисы и платформы, социальные сети, в которых распространяются объекты музейных фондов, театральных проектов, развлекательных телевизионных программ и т.д. Зрелищных онлайн-проектов и мероприятий, в которых участвуют люди из разных стран мира, с каждым годом становится все больше, и в процессе их реализации встают вопросы охраны авторских прав.

В разных конфигурациях в интернет-пространстве могут создаваться многообразные виртуальные «цифровые музеи». Платформы виртуальных музеев помогают путешествовать по музеям мира и знакомиться с экспонатами в мелких подробностях. Е.С. Котенко относит «виртуальные музеи», «экскурсии по виртуальным аналогам различных достопримечательностей» к мультимедийным продуктам, поскольку они включают разнородные охраняемые результаты интеллектуальной деятельности (фотографические произведения, видеоролики, литературные произведения, иногда музыкальные произведения), которые с помощью компьютерных программ переведены в электронную (цифровую) форму[3].

Такие «мультимедийные продукты» могут быть созданы государственными музеями, частными коллекционерами, музеями различных организаций.

В ходе реализации своих проектов и оцифровки музеи должны решать вопросы охраны объектов авторского права как

---

[1] Mode of access: https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/

[2] Mode of access: http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2015/01/28/the-dutch-courts-apply-usedsoft-to-the-resale-of-ebooks/

[3] См.: *Котенко Е.С.* Авторские права на мультимедийный продукт: Монография. – М., 2013. – С. 48–50.

ранее существовавших, так и вновь созданных оригинальных и производных объектов, полученных в результате оцифровки.

Проблемы соотношения различных форм существования и использования произведения хорошо иллюстрирует судебный процесс по поданному в ноябре 2017 г. ЗАО «Эрарта» к ИП Д.А. Шорину в Арбитражный суд Петербурга и Ленобласти иску о прекращении нарушения исключительных прав. Спор касался известной картины петербургского художника Д. Шорина «Пулково не принимает». Оригинал этой картины экспонируется в музее современного искусства «Эрарта»; музей продает ее копии в разных форматах, в том числе цифровом, по цене от 3,9 тыс. до 18,4 тыс. руб. за экземпляр. Картина написана в 2008 г., и все права на нее переданы музею. Иск был подан после того, как один из посетителей возмутился, увидев эту картину в «Эрарте»: по его словам, он купил «оригинал» в 2016 г. в одной из московских галерей за 17 тыс. евро. В ходе рассмотрения спора выяснилось, что в 2016 г. художник разместил на своем сайте предложение о продаже новой картины аналогичного содержания: печальная девушка лежит навзничь головой к зрителю, задрав ноги, а к ней из глубины картины приближается заходящий на посадку пассажирский самолет. Художник пояснил, что недовольство музея вызвано тем, что у него есть собственный магазин, в котором можно купить более качественные изображения на холсте, причем с собственноручной подписью автора[1].

«Цифровые произведения» – это разного рода объекты авторского права. Сейчас трудно представить произведения, которые не могли бы быть переведены в цифровые формы, что не является переработкой и основанием появления нового производного произведения. В данном случае можно сказать о некотором техническом и организационном содействии в форме оцифровки объекта авторского права (подп. 2 п. 1 ст. 1228 ГК РФ).

Таким образом, оснований для того, чтобы считать «цифровые произведения» отдельным объектом авторского права, нет. Словосочетание «цифровое произведение» означает выражение произведения цифровым способом.

[1] Суд отказал музею «Эрарта» в иске к художнику Дмитрию Шорину о нарушении авторских прав. – Режим доступа: https://www.dp.ru/

Е.Г. Афанасьева, М.Г. Долгих

СОВРЕМЕННОЕ ЛИЦО ПЛАГИАТА[*]
(Статья)

DOI: 10.31249/prae/2018.01.02

Аннотация. *Статья посвящена проблемам плагиата в учебных и научных работах: его классификации, методике выявления, правовой квалификации, значению новых технологий для плагиаторов и для тех, кто с ними борется; применимым к плагиаторам мерам ответственности и иному противодействию плагиату.*

Ключевые слова: *плагиат; интеллектуальные права; исключительные права; авторство; научное мошенничество; уголовная ответственность; административная ответственность; гражданско-правовая ответственность; дисциплинарная ответственность; ученая степень; право на забвение.*

E.G. Afanasieva, M.G. Dolgikh. Contemporary face of a plagiarism. (Article)

Abstract. *The article is devoted to the problems of plagiarism in educational and scientific works: its classification, methods of identification, legal qualification, the importance of new technologies for plagiarists and for those who struggle with them; measures of liability and other opposition to plagiarism.*

Keywords: *plagiarism; intellectual rights; exclusive rights; authorship; scientific fraud; criminal liability; administrative liability; civil liability; disciplinary liability; academic degree; right to oblivion.*

[*] Авторы благодарят СПС «КонсультантПлюс» за информационную поддержку.

Эта статья – о плагиате в научно-исследовательских и учебно-методических работах – от студенческих курсовых до докторских диссертаций, учебников и монографий.

Интуитивно все понимают, что такое плагиат. Уголовное законодательство оперирует этим термином в ч. 1 ст. 146 УК РФ и определяет его как присвоение авторства. В доктринальных источниках можно наблюдать попытки выделить некоторые дополнительные признаки этого явления, дать более развернутое его определение. Например, О.В. Богданова предлагает уточнить легальное определение плагиата, включив в него такие признаки, как умышленный характер и противоречие воле автора[1], а В.О. Витко считает, что возможен и плагиат по воле автора, поскольку согласие на передачу авторства юридически ничтожно[2]. Вряд ли можно согласиться с первым предложением, поскольку совершение данного преступления умышленно сомнений не вызывает и в расшифровке в законе не нуждается. Что касается воли автора, то при его согласии во всяком случае не будет плагиата в уголовно-правовом смысле, что, конечно, не означает правомерности отчуждения авторства[3].

Казалось бы, плагиат является общепризнанным злом. Однако очень многие участники учебно-методического и научно-исследовательского процессов с легкостью присваивают себе авторство на отдельные высказывания, а порой и на целые работы. В настоящее время далеко не каждая студенческая работа является полностью авторской, с добросовестно оформленными ссылками на первоисточник, без злоупотреблений цитированием. Еще печальнее то, что нередко плагиата не гнушаются и лица, претендующие на присуждение им ученой степени.

Рассмотрим это явление с точки зрения различных отраслей права.

Какие правовые последствия может влечь плагиат?

С точки зрения уголовного права возможна квалификация плагиата по ч. 1 ст. 146 УК РФ. Однако для того чтобы плагиатор

---

[1] См.: *Богданова О.В.* Присвоение авторства как способ нарушения авторских прав // Право и экономика. – М., 2016. – № 8. – С. 33–35.

[2] См.: *Витко В.* О признаках понятия «плагиат» в авторском праве // ИС. Авторское право и смежные права. – М., 2017. – № 2. – С. 7–16; № 3. – С. 7–18.

[3] При согласии автора на отчуждение авторства отсутствует последствие, предусмотренное в ч. 1 ст. 146 УК РФ, и вред непосредственному объекту рассматриваемого преступления не причиняется.

понес уголовную ответственность, требуется инициирование уголовного преследования самой жертвой плагиата (дела о плагиате относятся к категории дел частно-публичного обвинения). Кроме того, срок давности привлечения к уголовной ответственности за это преступление составляет всего два года. И, наконец, одним из элементов состава преступления является загадочный «крупный ущерб». В законе он не определен, а Верховный Суд РФ рекомендует при оценке ущерба «исходить из обстоятельств каждого конкретного дела (например, из наличия и размера реального ущерба, размера упущенной выгоды, размера доходов, полученных лицом в результате нарушения им прав на результаты интеллектуальной деятельности)», сводя, таким образом, ущерб к убыткам[1]. Однако, например, копирование плагиатором чужих текстов в свою диссертацию редко приносит жертве плагиата убытки, а получаемый плагиатором доход, как правило, является косвенным – от выплат надбавок «за степень». Включение в состав крупного ущерба причиненного жертве плагиата морального вреда также нельзя признать хорошим выходом из-за отсутствия правовой определенности (хотя, несомненно, такой вред может быть существенным, в особенности когда плагиатор пытается выставить в качестве плагиатора того, кого использовал в качестве «донора»)[2]. Все это означает, что с доказательством крупного ущерба при плагиате могут возникнуть сложности, если научное исследование не финансируется. Все это объясняет практически полную «мертвость» данного состава преступления.

В научной литературе уже традиционным стал термин «научное мошенничество», объединяющий такие явления, как плагиат и фальсификация[3]. Но квалификация подобных деяний

---

[1] См.: пункт 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 о незаконном использовании товарного знака».

[2] Кстати, в случае распространения плагиатором заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство настоящего автора произведения или подрывающих его репутацию, а такое ложное обвинение автора в плагиате является клеветой, в содеянном содержатся признаки преступления, предусмотренного ст. 128[1] УК РФ.

[3] Речь может идти как о фальсификации отдельных данных (например, статистических), так и целых публикаций. Например, известны случаи, когда разоблаченные плагиаторы фальсифицировали целые монографии: издавали их «задним числом», пытаясь создать впечатление, что они написали свои труды

в качестве мошенничества возможна только при наличии финансирования научного исследования (гранты, государственные задания)[1]. Возможно, было бы целесообразно сформулировать и ввести в УК РФ состав «научного мошенничества» (либо мошенничества в сфере интеллектуальной собственности), в который не входил бы такой признак, как причинение имущественного вреда.

У уголовно наказуемого плагиата есть дублер – административный деликт, предусмотренный ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ – «иное нарушение авторских прав». Однако элемент субъективной стороны – цель извлечения дохода (которая, кстати, отсутствует даже у уголовно наказуемого плагиата) – делает и этот состав практически неприменимым к случаям «научного воровства», к тому же и тут применение мер ответственности ограничено сроками давности.

Остается уповать на борьбу с плагиаторами гражданско-правовыми средствами? Казалось бы, компенсация морального вреда за нарушение авторства (неимущественного права) и компенсация за нарушение исключительного права должны представлять собой подходящие меры ответственности. Тем более что на требования о компенсации морального вреда за нарушение авторства исковая давность не распространяется. Однако привлечь к гражданско-правовой ответственности плагиатора получится только по требованию потерпевшего, а тот может быть не заинтересован в борьбе за свои права, подкуплен или запуган плагиатором. Вместе с тем очевидно, что с точки зрения гражданского права даже если плагиатор не привлечен к ответственности (жертва не хочет с ним связываться, простила плагиатора или добровольно согласилась на «трансплантацию» своей работы, например, за вознаграждение), он все равно не может считаться автором.

Какие еще варианты существуют? Например, лишение плагиатора ученой степени. Такое возможно, но только если с момента принятия диссертационным советом решения о присуждении

раньше «доноров», у которых они позаимствовали тексты. Этот вид фальсификации представляет большую опасность, поскольку фальсификатор пытается создать впечатление, будто плагиатором является не он, а жертва плагиата – добросовестный автор.

[1] Подробнее см.: *Шевелева С.В., Мусьял И.А.* Уголовно-правовая характеристика мошенничества в научной сфере // Российский юридический журнал. – М., 2017. – № 5. – С. 115–124.

ученой степени прошло не более 10 лет[1]. Значит, если плагиат всплыл по прошествии этого срока и если жертва не хочет добиваться привлечения плагиатора к гражданско-правовой ответственности за нарушение авторства, плагиатор останется безнаказанным?

Может быть, имеются какие-то еще возможности в рамках дисциплинарной ответственности? К дисциплинарной ответственности могут быть привлечены обучающиеся и работники. В некоторых вузах в уставах или локальных актах закреплен запрет плагиата и предусмотрена дисциплинарная ответственность студентов-плагиаторов вплоть до отчисления. Так, в Московской духовной академии действует Положение о применении дисциплинарных взысканий за нарушения академических норм в написании письменных учебных работ, согласно которому к лицу, допустившему плагиат в простой письменной работе, применяется дисциплинарное взыскание, а в случае, если речь идет о магистерской, кандидатской или докторской диссертациях, то такая работа снимается с рассмотрения без права повторной защиты в любых богословских учебных заведениях Русской православной церкви, а плагиатор подлежит отчислению из учебного заведения[2].

А если в плагиате уличен не обучающийся, а преподаватель? Могут ли к нему применяться дисциплинарные санкции как к работнику? Казалось бы, сможет ли такой преподаватель дальше требовать самостоятельности от студентов при написании курсовых и дипломных работ, если сам прославился как плагиатор? Соблазнительно было бы предложить вариант увольнения по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ за «совершение работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка, не совместимого с продолжением данной работы»; тем более что срок давности для применения такой меры ограничен только в случае, когда нарушение совершено вне места работы или не при исполнении трудовых обязанностей (в иных случаях ограничено только время с момента обнаружения нарушения). Однако преподаватель, работающий с совершеннолетними студентами, не выполняет функцию воспи-

[1] См. п. 66 Положения о присуждении ученых степеней, утв. Постановлением Правительства РФ от 24 сентября 2013 г. № 842.

[2] Сайт Московской духовной академии. – Режим доступа: www.mpda.ru/edu/plag/

тания[1]. Совершеннолетних уже поздно воспитывать. А значит, и уволить такого преподавателя «за аморалку» нельзя, можно только не заключить с ним трудовой договор на новый срок.

При слабости правовых институтов самым действенным способом борьбы с плагиаторами является предание факта плагиата максимальной огласке и разрушение профессиональной репутации плагиатора. И эта опасность должна висеть над плагиатором пожизненно. Нельзя обойти вниманием и вопрос о том, какую опасность представляет собой довольно свежая норма, внесенная в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» Федеральным законом № 264-ФЗ о так называемом «праве на забвение» (ст. 10.3): плагиатор, даже если вообразить, что он был привлечен к уголовной ответственности, после снятия или погашения судимости сможет требовать от оператора поисковой системы прекращения выдачи сведений о нем как «неактуальных». Интересен тот факт, что инициатором принятия этой нормы был депутат Алексей Казаков, который не так давно был лишен ВАКом ученой степени за плагиат[2].

Реализация «права на забвение» может привести к недопустимым ограничениям права на поиск, распространение информации и свободу слова. Сведения о выявленном плагиате никогда не должны считаться утратившими актуальность, во всяком случае когда речь идет о взрослом деликтоспособном плагиаторе, а не о пятикласснике, когда-то получившем двойку за скачанное из Интернета сочинение.

Поставив формы плагиата в научных работах в зависимость от возможности его правовой квалификации и грозящих плагиатору мер ответственности и иных санкций, полезно также классифицировать плагиат с методической точки зрения. Тут в качестве основных форм можно выделить «карбункул», «сэндвич», «салатик» и «сгущенку меняем на тушенку».

---

[1] Иную точку зрения (что преподаватели вузов выполняют воспитательную функцию) см., например: *Тарасенкова А.Н.* От увольнения до трудоустройства: Практические советы и рекомендации. – М., 2013. – Вып. 19. – (Библиотечка «Российской газеты»); Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве / *С.Л. Дегтярев, В.М. Жуйков, А.В. Закарлюка* и др.; под ред. *И.В. Решетниковой*. – 5-е изд. – М.: Норма: Инфра-М, 2011.

[2] См.: *Филипенок А.* Инициатор закона о праве на забвение лишился ученой степени. – Режим доступа: https://www.rbc.ru/society/21/02/2017/58abb18e9a7947eab30a7ca4

Термин «карбункул» широко употребляется сообществом «Диссернет» для характеристики «диссертации, украденной из одного источника одним цельным куском, фактически с заменой только титульной страницы и оглавления»[1]. «Карбункул» из всех форм плагиата является самым наглым и циничным.

«Сэндвич» – составление работы из двух или трех крупных фрагментов чужих работ.

«Салатик» – результат более тонкого и тщательного труда, это изготовление работы из скопированных из нескольких чужих работ фрагментов. Данная распространенная методика наглядно представлена на диссернетовских раскрасках: 5 страниц из одного источника раскрашены красным, 8 из другого зеленым… Еще 4 страницы красным, еще 12 зеленым… Помидорчики, огурчики... Перемешали, заправили – салатик готов. При проявлении плагиатором некоторого трудолюбия «салатик» может быть разбавлен собственным текстом и таким образом превращен в чуть более безобидный с виду «компотик».

«Меняем тушенку на сгущенку» – популярный среди плагиаторов метод. Он состоит из копирования текста чужой работы и автозамены одних слов и словосочетаний другими. Один из «отцов-основателей» «Диссернета» Сергей Пархоменко в своем докладе рассказывает о таком казусе: «Он защитил диссертацию по экономике о проблемах мясоперерабатывающей отрасли. При анализе выяснилось, что она практически целиком списана с диссертации о проблемах кондитерской промышленности, и при этом по всему тексту слово “шоколад” заменено при помощи команды “серч энд риплейз” на слово “говядина”. А все остальное – анализ, выводы, динамика, цены, конъюнктура – оставлено без изменений. Более того: при подробном рассмотрении оказалось, что “черный шоколад” заменен на “отечественная говядина”, “белый шоколад” – на “импортная говядина”, а “шоколад с орехами” – на “говядина любого происхождения на кости”». Впоследствии стало ясно, что метод тотальной контекстной замены – один из ключевых при изготовлении фальшивых диссертаций на самые разные темы. Этот метод во внутренней терминологии «Диссернета» до сих пор так и называется «игошинским методом», а диссертанты, прибегнув-

[1] См.: *Пархоменко С.* «Диссернет»: 5 самых ярких кейсов. – М., 2016. – Ноябрь. – Режим доступа: https://www.dissernet.org/publications/ou_5cazusov.htm

шие к нему, – «игошинцами»[1]. Такая форма плагиата может быть весьма опасной, особенно в исследованиях, посвященных медицине, пищевой промышленности, косметологии.

При привлечении плагиаторов к юридической ответственности (что, как мы видим, к сожалению, маловероятно) следовало бы проводить различия между этими разновидностями плагиата для реализации принципов соразмерности и справедливости, поскольку они опасны неодинаково.

Важно понимать, что никаких нижних порогов плагиата нет. Некорректных заимствований – без закавычиваний и ссылок – просто не должно быть. Вообще. Тем не менее в студенческих кругах сформировалась некая иллюзия допустимости плагиата. В настоящее время во многих вузах для студенческих и магистерских работ введена обязательная проверка на «антиплагиат». Такая проверка осуществляется с помощью компьютерных программ, которые распознают в тексте работы заимствования. Конечно, появление таких программ облегчило преподавателям жизнь: можно за считанные минуты загрузить работу и получить отчет о проценте заимствований и источниках таких заимствований. Если бы не множество «но». Такие программы считают несамостоятельной частью работы также и корректные заимствования, совершенно правильно и добросовестно оформленные, а также тексты, на которые авторское право вообще не распространяется (например, тексты нормативно-правовых актов). Следствием такого несовершенства программ явилось то, что приходится учитывать погрешность на добросовестные заимствования и устанавливать «минимальную долю оригинальности» и «максимальную долю плагиата». Базы источников, используемых такими программами, ограничены, и настоящий плагиат не всегда распознается. Получается ситуация, когда вузом или преподавателем устанавливается порог оригинальности, например в 60 или 80%, и студент считает, что он может спокойно заниматься заимствованием чужих текстов, не утруждая себя их закавычиванием и оформлением сносок, лишь бы вписаться в этот порог. А слово «плагиат» как-то стирается и начинает звучать едва ли не мило и обыденно, а не так страшно и уничижительно, как должно бы.

Мы видим, что развитие технологий предоставляет плагиаторам очень широкие возможности: уже нет необходимости идти

[1] Игорь Игошин – автор той самой диссертации об экономике мясоперерабатывающей промышленности.

в библиотеку и старательно переписывать от руки фрагменты из чужих монографий и диссертаций – можно просто ввести необходимую тему в поисковую строку, получить в ответ массу текстов и «скопипастить» их, даже не читая. С другой стороны, и выявление фактов плагиата с помощью Интернета и специальных программ стало делом несложным, а придание таких фактов огласке также весьма просто. Новые технологии дают совершенно новые возможности для координации деятельности исследователей, экспертов, журналистов, которые ведут с плагиаторами борьбу. Таким образом, новые технологии, облегчая жизнь плагиаторам, одновременно помогают выявлению плагиата и наказанию плагиаторов.

В настоящее время в отсутствие разумных и практически применимых правовых механизмов привлечения плагиаторов к юридической ответственности остается надеяться только на чуткость и нетерпимость к этому явлению профессионального сообщества и гражданского общества в целом. И если плагиаторов не способна остановить призрачная перспектива привлечения к юридической ответственности, то высокая вероятность применения репутационных санкций способна это сделать.

И.С. Данилов

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ИНФОРМАЦИОННЫХ ПОСРЕДНИКОВ В РОССИИ И США (Статья)

Аннотация. *Стремительное развитие информационных технологий обусловливает необходимость их адекватного правового регулирования. Информационные посредники являются ключевыми фигурами в сети Интернет, поскольку во многом именно они позволяют пользователям быстро и эффективно распространять их материалы. Для их нормального функционирования необходимы правовые гарантии, защищающие их от последствий неправомерных действий пользователей. Однако в России их правовое регулирование на данный момент является неполным и не всегда позволяет защитить их права. В связи с этим полезно обратится к опыту США в данной сфере и найти решения существующих проблем.*

Ключевые слова: *авторское право; информационный посредник; Интернет; информационные технологии; ответственность; Россия; США; гражданское право.*

I.S. Danilov. Current problems of online intermediaries' regulation in Russia and the USA. (Article)

Abstract. *Fast developement of information tecnology makes adequate regulation of it necessary. Online intermediares are key figures of the Internet because they allow users to distribute their materials quickly and effectively. Their normal functioning requires legal garanties which defend them from the consequences of users' misconduct. But contemporary regulation of online intermediaries in Russia is not complete and can not always allow to protect*

their rights. So it is useful to study the USA experience in this sphere and find solutions to the existing problems.

Keywords: *copyright law; onliline intermediary; Internet; information technology; liability; Russia; USA; civil law.*

Важным нововведением, добавленным в Гражданский кодекс РФ в 2013 г., стала ст. 1253.1, регулирующая ответственность информационных посредников. Появление такой фигуры связано с развитием информационно-телекоммуникационных технологий, в частности сети Интернет. На этапе принятия эта статья вызвала бурные дискуссии законодателей, правообладателей, потребителей и самих информационных посредников[1]. Получившаяся в результате законодательная конструкция является во многом несовершенным компромиссом между интересами вышеперечисленных групп. Под информационными посредниками в ст. 1253.1 понимаются три категории лиц. Первая – лица, осуществляющие передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети, в том числе сети Интернет. Вторая – лица, предоставляющие возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения. Третья – лица, предоставляющие возможность доступа к этому материалу. В статье подробно урегулированы особенности ответственности только первых двух категорий, касательно третьей есть лишь упоминание, что правила этой статьи применяются к ней. Такое регулирование является неполным. Существующая редакция статьи не позволяет четко определить особенности ответственности лиц, предоставляющих доступ к материалам, поскольку описанные правила ответственности двух других категорий лиц весьма специфичны и могут применяться лишь по отношению к ним. В то же время многие из этих лиц, действующих на территории России, например сервис LexisNexis, являются иностранными, и такая неопределенность в плане освобождения от ответственности может негативно сказаться на их работе. В связи с этим разумным будет дополнение ст. 1253.1 правилами, конкретизирующими ответственность этой категории лиц.

Информационный посредник отвечает за нарушение интеллектуальных прав на общих основаниях с учетом ряда особенностей. Общим для всех трех категорий информационных посредников

[1] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой): В 2 т. (постатейный) / *С.А. Горленко, В.О. Калятин, Л.Л. Кирий* и др.; отв. ред. *Л.А. Трахтенгерц*. – 2-е изд. – М.: ИНФРА-М, 2016. – Т. 1.

является ответственность при наличии вины. Для того чтобы информационный посредник из первой категории не нес ответственности за нарушение интеллектуальных прав, он должен одновременно соблюдать несколько условий. Он не должен: быть инициатором передачи противоправного материала, определять его получателя, изменять передаваемый материал (исключение составляют случаи, когда это технически необходимо для передачи данных), знать (или быть обязанным знать) о противоправности передачи такого материала.

Информационный посредник второй категории освобождается от ответственности, если он не знал и не должен был знать о противоправности размещенного материала и если он после получения письменного заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав, в котором указан сетевой адрес в сети Интернет, где размещен противоправный материал, своевременно принял необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения интеллектуальных прав. В статье сказано, что перечень необходимых и достаточных мер может быть установлен законом, однако на настоящий момент он нигде не закреплен. Это, а также критерий своевременности создают правовую неопределенность, негативно сказывающуюся на деятельности информационных посредников. С другой стороны, несмотря на то что информационные посредники могут действовать не только в сети Интернет, но и в других информационно-телекоммуникационных сетях, сетевой адрес в заявлении должен быть указан именно в сети Интернет, что необоснованно сужает круг лиц, которые могут отвечать за противоправное размещение информации.

Важно отметить, что даже в случаях, когда информационный посредник не несет ответственности за нарушение интеллектуальных прав, к нему могут быть предъявлены требования, не связанные с применением мер гражданско-правовой ответственности, например об удалении противоправной информации или ограничении доступа к ней. Эти положения направлены на обеспечение интересов правообладателей и согласуются с общими требованиями о прекращении противоправного поведения даже при отсутствии вины. Из вышеприведенного анализа следует, что ст. 1253.1 содержит необоснованные отклонения как в сторону интересов правообладателей, так и в сторону интересов общества, в связи с чем нуждается в серьезной доработке.

Таким образом, некоторые особенности российского законодательства об информационных посредниках свидетельствуют

о том, что это законодательство в настоящий момент является неполным и противоречивым. В связи с этим может быть полезен опыт права США, которое значительно раньше начало свою адаптацию к новым технологиям, что обусловливает необходимость анализа содержащихся в нем норм об информационных посредниках. Он позволит понять, существуют ли в праве США решения, которые при их включении в российское право смогут дать ответы на вопросы, связанные со смещением баланса интересов в сторону правообладателей.

Ответственности информационных посредников посвящена ст. 512 Закона об авторском праве США. Она была введена в 1988 г. Законом об ограничении ответственности в случае нарушения авторского права в Сети – The Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA)[1]. Она значительно объемнее аналогичной статьи в Гражданском кодексе РФ и более полно регулирует вопросы ответственности информационных посредников.

Стоит обратить внимание на определение информационного посредника. В части «k» ст. 512 содержатся два определения. Первое применяется в случае освобождения от ответственности при передаче информации информационным посредником. В такой ситуации под информационным посредником понимается лицо, которое оказывает услуги по передаче информации, маршрутизации или предоставлению соединения для цифровых сетевых коммуникаций между точками, выбранными пользователями, посредством материалов, выбранных пользователями, без изменения этих материалов. Во всех остальных случаях информационный посредник определяется как лицо, предоставляющее сетевые услуги или доступ к Сети или управляющее предназначенным для этого оборудованием (это определение охватывает в том числе лиц, подпадающих под первое определение). Первое определение является более подробным, чем аналогичное ему в российском праве, и позволяет считать информационными посредниками тех лиц, которые лишь соединяют определенных пользователей. Общее же определение информационных посредников дает возможность отнести к таковым всех лиц, представляющих услуги, связанные с Сетью. Этот подход является более прогрессивным, чем казуистичное определение из российского законодательства, описывающее отдельные случаи оказания услуг по информационному

[1] The Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA), 17 U.S.C. § 512.

посредничеству. В связи с этим представляется целесообразным дополнение ст. 1253.1 Гражданского кодекса РФ общим определением информационного посредника как лица, оказывающего услуги, связанные с информационно-телекоммуникационными сетями, в том числе сетью Интернет. Оно позволит судам подходить к определению информационных посредников исходя из реальных целей их деятельности, а не из формальных критериев подпадания их под одну из трех категорий, закрепленных в настоящий момент в Гражданском кодексе РФ.

В США предусмотрено четыре основных случая освобождения информационного посредника от ответственности. Первый, уже упомянутый выше, – передача информационным посредником информации. Он во многом схож со своим российским аналогом. Второй – системное кэширование передаваемой информации. Под кэшированием в данном случае понимается временное хранение информации в технических целях для улучшения ее доступности. Ключевыми условиями, освобождающими информационного посредника от ответственности в случае кэширования, являются передача информации иным лицом, нежели сам информационный посредник, отсутствие его вмешательства в автоматический процесс кэширования информации, а также удаление противоправной информации в случае получения надлежащим образом оформленного заявления правообладателя. Кэширование – важный случай освобождения информационного посредника от ответственности, поскольку оно по своей сути настолько же не зависит от информационного посредника, насколько и иные случаи освобождения его от ответственности, например в случае передачи информации. Тем не менее этот случай напрямую не закреплен в ст. 1253.1 ГК РФ. Несмотря на то что по российскому праву кэширование теоретически может подпадать под технологическое изменение материала в процессе его передачи, целесообразным представляется напрямую закрепить его в ст. 1253.1 ГК РФ как одно из оснований освобождения информационного посредника от ответственности. Это изменение позволит более точно предсказывать исход дел, связанных с информационными посредниками.

Третий случай – размещение пользователями информации в Сети посредством информационного посредника. По сути своей, он схож с российским случаем, связанным с предоставлением информационным посредником возможности размещения информации в информационно-телекоммуникационной сети. Как и в России, одним из необходимых условий освобождения от ответ-

ственности является своевременное удаление или ограничение доступа к информации в случае получения надлежащим образом оформленного заявления от правообладателя о нарушении его прав. Четвертый случай – освобождение от ответственности информационного посредника, предоставляющего ссылки на противоправную информацию через средства поиска информации. Для освобождения от ответственности такой информационный посредник не должен знать или быть обязанным знать о том, что он предоставляет ссылку на материал, нарушающий авторские права (а в случае получения такой информации должен своевременно удалить или ограничить доступ к нему). Он не должен напрямую получать финансовую выгоду от нарушения, а также должен в случае получения надлежащим образом оформленного заявления от правообладателя о нарушении его прав своевременно удалить или ограничить доступ к спорным материалам. Это исключение введено в первую очередь для поисковых систем (например, Google или Yahoo) и освобождает их от ответственности за выдачу ссылок на противоправные материалы. Такое исключение позволяет этим общественно полезным сервисам развиваться без опасений быть привлеченными к ответственности из-за особенностей работы их поисковых алгоритмов. В связи с тем, что в России также есть развитые поисковые системы, например Yandex и Rambler, целесообразным представляется ввести аналогичное ограничение ответственности в российское законодательство, поскольку оно соответствует тем целям, с которыми принимались нормы об информационных посредниках, в первую очередь цели ограничения их рисков.

Интересным является исключение, установленное для государственных или иных некоммерческих образовательных организаций. В случае если образовательная организация является информационным посредником, она при соблюдении определенных условий не несет ответственности за нарушения исключительного права со стороны ее сотрудников или аспирантов. Для этого противоправные материалы, опубликованные преподавателем или аспирантом, не должны входить в образовательную программу этой организации или быть ею рекомендованы для преподавания в течение трех лет, предшествующих нарушению. Организация не должна в течение трех лет, предшествующих нарушению, получать более двух заявлений о нарушении исключительного права этим преподавателем или аспирантом. Она также должна предоставлять пользователям своей Сети материалы, рассказывающие об

авторском праве США и соответствующие ему. Это исключение позволяет образовательным организациям не бояться последствий неправомерных действий своих сотрудников, за которые они отвечать не могут, и спокойно развивать свои образовательные Сети. Оно напрямую соответствует пониманию авторского права в Конституции США как средства развития науки и искусства и также может быть включено в российское законодательство.

Стоит обратить внимание на то, что ст. 512 Закона об авторском праве США предусматривает несколько механизмов, позволяющих в большей степени обеспечить интересы информационных посредников. Первым из них является прямо предусмотренная в части «f» ст. 512 ответственность для тех лиц, кто сознательно сообщает ложную информацию о нарушении авторского права. Такие лица обязаны возместить информационному посреднику все убытки, вызванные таким сообщением и последующим удалением или ограничением доступа к информации. Это положение является серьезной гарантией защиты информационных посредников от недобросовестных лиц, которые могут использовать механизм защиты от нарушений авторского права как средство недобросовестной конкуренции. В связи с тем, что такая проблема актуальна и для России, подобное положение следует включить в российское законодательство. Другая гарантия – освобождение информационного посредника от ответственности за добросовестное удаление материала или ограничение доступа к нему. Это положение защищает его от требований тех лиц, чей материал был законным образом удален или ограничен для доступа и которые понесли из-за этого убытки, даже в том случае, если впоследствии выяснится, что материал не нарушал авторское право. Для того чтобы воспользоваться этой гарантией, информационный посредник должен предпринять разумные меры для уведомления пользователя об удалении или ограничении доступа к его материалу, а в случае получения надлежащим образом оформленного встречного заявления от пользователя проинформировать об этом заявлении отправителя первоначального заявления (с сообщением о том, что спорный материал или доступ к нему будут восстановлены), а затем вернуть удаленный материал или восстановить к нему доступ. Механизм встречного заявления является важнейшей гарантией защиты прав пользователя, чей материал удаляют или доступ к материалу которого ограничивают. Встречное заявление представляет собой заявление пользователя, сделанное под угрозой ответственности, о том, что он добросовестно считает, что спорный

материал был удален или доступ к нему был заблокирован в результате ошибки или неправильного определения материала. Встречное заявление должно содержать контактные данные пользователя и его подпись. Оно позволяет избавить пользователя от убытков, причиненных удалением материала в том случае, когда материал удалили неправомерно, и тем самым обеспечивает его интересы. Поэтому механизмы, связанные с освобождением от ответственности информационного посредника за удаление материалов и встречным уведомлением, стоит включить в российское право.

Таким образом, законодательство Российской Федерации нуждается в серьезном дополнении и переработке в части норм, регулирующих ответственность информационных посредников. Существующие конструкции, во-первых, неточно определяют информационных посредников, а во-вторых, не позволяют им адекватно ответить на заявление о нарушении авторских прав в случае его ложности. В связи с этим представляется необходимым включить в Гражданский кодекс РФ существующее в праве США более общее определение информационного посредника, а также механизмы освобождения от ответственности в случае добросовестного заблуждения о правомерности своих действий и встречного заявления пользователя. Эти изменения сделают нормы об информационных посредниках в России способными защищать интересы различных категорий лиц, а не только правообладателей.

Голденфейн Д., Хантер Д.

БЛОКЧЕЙНЫ, ПРОИЗВЕДЕНИЯ-СИРОТЫ И ОБЩЕСТВЕННОЕ ДОСТОЯНИЕ

Реферат статьи: Goldenfein J., Hunter D. Blockchains, orphan works, and the public domain // Columbia journal of law a. the arts. – N.Y., 2017. – Vol. 41, N 1. – P. 1–46.

Ключевые слова: *блокчейн; произведения-сироты; авторское право; США.*

Keywords: *blockchain; orphan works; copyright; USA.*

Джейк Голденфейн и Дэн Хантер, преподаватели Суинбернской школы права (Австралия), останавливаются на проблеме так называемых произведений-сирот, автор которых не может быть определен и права которого, таким образом, не могут быть защищены надлежащим образом. Цель данной работы – предложить законодателям по всему миру инновационный подход к решению данной проблемы: использование блокчейна как специальной базы данных для хранения информации о произведениях-сиротах.

Авторы предлагают следующие механизмы.

1. Использование искусственно созданной технической системы для осуществления тщательного поиска произведений.

2. Создание блокчейн-регистрации всех поисковых запросов по данному конкретному произведению (т.е. фактически отображение всех транзакций).

3. Ведение списка произведений-сирот, которые могут быть открыто использованы, – но только после «тщательного поиска» автора (как это предусмотрено законодательством в Евросоюзе).

Статья содержит описание «блокчейна» как регистрационной системы, технологических способов ее использования при

работе с произведениями-сиротами, а также возможной имплементации подобного механизма на основе законодательства разных государств.

Блокчейн и произведения-сироты. Блокчейн наиболее часто применяется при обращении валюты биткоин, представляющей собой децентрализованную и ничем не обеспеченную валюту, не связанную ни с одной страной в мире; говоря об истории биткоина, авторы упоминают имена его основателей: Вея Дая и Сатоси Накомото, создавших систему электронных денег, переводы которых контролируются через единую одноранговую сеть. Начав с шифропанка и криптографии, нацеленных на достижение полной анонимности в Сети, основатели биткоина предложили своим изобретением альтернативу официальным деньгам [с. 6–7].

Вместе с тем авторы замечают, что наибольший интерес после обсуждения биткоинов в интеллектуальной среде вызвал именно «блокчейн», т.е. автоматизированная регистрационная система. Не сама валюта, а механизм контроля за ней. В первую очередь блокчейн эффективен как сам по себе факт подтверждения записи в определенное время – будь то электронное письмо, файл, аудиозапись; помимо этого, он обеспечивает криптографическую конфиденциальность данных по аналогии с защитой банковских транзакций в Интернете или защитой текстовых сообщений в *WhatsApp* и *Viber* через создание специального «хэша» и образование в результате некой совокупности, называемой «блок». Удобство блокчейна состоит и в том, что он позволяет всем, кто участвует в обмене чем-либо с его помощью, знать о транзакциях других участников, а также дает возможность координировать экономическую сферу в государстве без излишних затрат времени и средств на, например, регистрацию в рамках официальных государственных систем.

Блокчейн и авторское право. Описывая те попытки, которые уже предпринимались в разных странах для регистрации произведений, авторы упоминают такие государственные проекты, как «Глобальная европейская база данных произведений» *(European Global Repertoire Database)* или Британский центр авторского права *(U.K. Copyright Hub)*, а также ряд частных проектов [с. 11–12]. В целом все они оказались недостаточно успешными, в частности, из-за отсутствия поддержки со стороны обществ по сбору авторских гонораров.

Использование блокчейна в сфере авторского права поможет сделать систему регистрации произведений более независимой от

государственных институтов: с помощью «хэшей» любой автор сможет подтвердить свое авторское право на ту или иную работу, а также предупредить его нарушение. В случае передачи интеллектуальных прав, например по лицензионному договору, блокчейн-система предложит авторам так называемые «умные контракты» *(smart-contracts)*, которые, по аналогии со счетом эскроу, позволят им избавиться от посредников (юристов, нотариусов) при заключении договора. Каждый автор сможет передать права в обмен на гонорар и дивиденды посредством специального кода в автоматизированной программе. Тем не менее авторы подчеркивают, что блокчейн сам по себе не сможет стать панацеей при разрешении проблемы произведений-сирот и перехода их, допустим, в общественное достояние: требуется не только законодательная база для регулирования подобных технических систем, но и государственные механизмы для введения их в действие.

Произведения-сироты: проблематика. Дж. Голденфейн и Д. Хантер объясняют, почему реформа авторского права в сфере регулирования авторских прав на произведения-сироты действительно нужна [с. 14–15]. Так, существование произведений-сирот препятствует авторскому самовыражению, порождает непреднамеренную цензуру и широкое распространение нарушений авторских прав, – даже если оно не имеет своей целью извлечение прибыли.

По словам авторов, в течение прошлых 10 лет были предприняты попытки создать различные механизмы, как то: тщательный поиск, централизованная база данных, лицензионные договоры, – однако многообразие подходов не может сделать систему универсальной. Так, например, в ЕС, согласно Директиве о европейских произведениях-сиротах, «культурные институты» (публичные библиотеки, музеи, архивы, общественное телерадиовещание) могут использовать произведения на некоммерческой основе только в очень ограниченном масштабе, например в формате низкокачественных копий в различных каталогах; в иных правопорядках возможно коммерческое использование любыми лицами. Каждый из этих подходов – некий компромисс, не позволяющий разрешить проблему комплексно [с. 16].

Технологические способы решения проблемы произведений-сирот.

1. *Автоматический тщательный поиск.* Описывая технологию тщательного поиска изначальных авторов произведений-сирот, Дж. Голденфейн и Д. Хантер отмечают трудности при

определении как самих критериев «тщательности» поиска, так и того, кто сможет их устанавливать: должны ли это делать органы государства, частные фирмы или сами пользователи? Выходом в подобном случае становятся автоматизированные системы регистрации. Так, в 2008 г. в Европе заработала система *ARROW*, участниками которой были национальные библиотеки, издательства, ассоциации авторов. Эта система была основана на веб-поисковике, используя который каждый человек мог узнать о «статусе» того или иного произведения; в 2013 г. ее деятельность постепенно сошла на нет в связи с тем, что она включала в себя небольшой круг произведений (книги и рукописи) и была рассчитана на предоставление информации узкому кругу пользователей. Другая схожая система *EnDow* основана на более четких критериях (ответы на вопросы об авторе книги, дате его смерти, перехода авторских прав); ее создатели первыми предложили использование «краудсорсинга», т.е. усилий всех потенциальных читателей для поиска авторов произведений.

Рассуждая над этим подходом, Дж. Голденфейн и Д. Хантер, во-первых, предлагают использовать отпечатки пальцев для регистрации в системе, а во-вторых, останавливаются на идее предоставления участникам поиска некоторых (в том числе коммерческих) прав на произведение.

2. *Система блокчейн-регистрации.* Дж. Голденфейн и Д. Хантер считают, что имеющиеся национальные системы регистрации объектов авторских прав не слишком функциональны. Принимая во внимание все их недостатки, они предлагают создать расширенный реестр произведений, который будет отслеживать попытку отыскать ту или иную книгу или автора (нечто вроде интернет-поиска). Это автоматически поспособствует поиску автора востребованной книги, а также сможет стать источником для проверки тщательности поиска, например со стороны государственных органов. Кроме того, Дж. Голденфейн и Д. Хантер подчеркивают, что система блокчейн в перспективе позволит предоставить авторские права тем, кто желает воспользоваться произведением и осуществляет тщательный, добросовестный поиск [с. 24], – нечто вроде «публичной лицензии» на использование. Здесь проводится аналогия с титульной системой Торренса в Британии, по которой выгодоприобретатель получает право собственности на недвижимость после записи в реестре, т.е. приобретает право юридически как результат записи в реестре.

Помимо вышеизложенного, в работе предлагается применение блокчейна для сделок по предоставлению лицензий *(smart contracts)*, а также выход за пределы исключительно произведений-сирот и сотрудничество с ассоциацией *Creative Commons* в рамках некоммерческого использования произведений.

Правовые основы для разрешения проблемы произведений – сирот. Что уже существует? Дж. Голденфейн и Д. Хантер касаются некоторых существующих правовых механизмов, которые уже применяются в авторском праве сегодня, однако не затрагивают произведений-сирот напрямую. В первую очередь, это пропуск сроков исковой давности по праву справедливости, в результате чего настоящий автор сиротского произведения утрачивает право на подачу иска в защиту своего авторского права.

Кроме того, упоминается возможность использования доктрины «добросовестного использования» *(«fair use»)*, при которой произведение может быть использовано без согласования с автором; однако здесь возникает проблема того, что цели подобного применения могут быть исключительно некоммерческими.

Структурная реформа авторского права. Возможно ли приспособить новую регистрационную систему блокчейн к уже существующему авторскому праву – как национальному (США), так и международному?

Отвечая на этот вопрос, авторы работы подчеркивают, что система блокчейн призвана не столько приспособиться под уже существующие нормы, сколько, напротив, способствовать их изменению. В целом Дж. Голденфейн и Д. Хантер критикуют излишнюю деформализацию современного американского авторского права: если до середины XX в. оформлять авторские права нужно было особым образом, то теперь презюмируется защита любого написанного произведения. Раньше формальные требования по регистрации авторского права позволяли заранее отделять те произведения, которые автор хотел бы защитить от свободного использования, и те, которые могли бы попасть в общественное достояние; теперь же возможности использования произведений заранее ограниченны [с. 28].

В то же время идея обязательной регистрации произведений и авторского права на них не поддерживается; Дж. Голденфейн и Д. Хантер отмечают, что современные технологии (в частности, блокчейн) помогли бы фактически определить, насколько сам автор произведения стремится защитить свой труд, например путем постоянного обновления информации о написанной работе, о своем

творчестве. В таком случае любой потенциальный пользователь мог бы связаться с автором и договориться об условиях использования напрямую через подобный онлайн-ресурс.

Правовые механизмы урегулирования вопроса. Дж. Голденфейн и Д. Хантер указывают на следующие правовые способы, которые могут поспособствовать разрешению проблемы произведений-сирот:

1) *уменьшение ответственности.* Идея проста: если пользователь произвел тщательный поиск автора в системе и не смог его найти, то в случае каких-либо споров (если автор вдруг объявится и подаст иск) суд должен уменьшить размер возмещения убытков до стоимости лицензии на авторские права по данному произведению. Также авторы проводят мысль о том, что механизм блокчейн поможет в урегулировании вопроса еще на досудебной стадии в административном порядке, поскольку суду не придется выяснять степень «тщательности» поиска автора;

2) *исключения из авторского права.* В этом пункте говорится о неприменении многих положений по авторскому праву в отношении произведений-сирот, – и не только в рамках некоммерческого использования, но и в коммерческих целях. Иначе многие произведения так и не смогут стать популярными и найти своего читателя;

3) *обязательное лицензирование.* Авторы предлагают усовершенствование системы получения лицензий на использование произведений. Благодаря автоматизированной блокчейн-системе, при обнаружении автора произведения-сироты, пользователь сможет получить лицензию на использование работы без посредника в виде государства *(smart-contract)*, что не только сделает механизм более удобным, но и сократит государственные расходы;

4) *отказ от коллективных лицензий.* В данном параграфе подвергается критике идея коллективного получения лицензий через посредника в виде директора по маркетингу *(CMO)*, который сам осуществляет поиск авторов, предоставляет лицензию и, если автор не найден, оставляет деньги себе. Посредник в системе блокчейн не предусмотрен, поскольку она нацелена на непосредственный контакт пользователя и автора [с. 35–36];

5) *отказ от двухуровневого подхода.* Дж. Голденфейн и Д. Хантер рассуждают о том, что в настоящее время механизмы осуществления тщательного поиска произведений и, соответственно, затраты различаются в зависимости от того, направлено ли использование произведения на коммерческие или же некоммер-

ческие цели. Единая автоматизированная система и прямые соглашения с автором позволят установить единый индивидуальный подход.

В качестве заключения авторы работы вновь концентрируют свое внимание на положительных моментах введения системы блокчейн: автоматизированном поиске автора, определении критериев тщательности подобного поиска, помощи в закреплении за произведением статуса «сироты», возможности прямого взаимодействия автора и пользователей через заключение лицензионных договоров напрямую. Также они предупреждают о проблемах, с которыми может столкнуться подобная автоматизированная система. Помимо уже указанных сложностей законодательного урегулирования блокчейна, это все большее проникновение инновационных технологий в правовую сферу. Если блокчейн будет введен в действие, юристам придется овладевать многими инженерно-техническими навыками, чтобы не уступить свои рабочие места профессионалам в этих областях.

Р.С. Дорофеев

Са-и-Меллу де. А.

ВАЖНЕЙШИЕ АСПЕКТЫ И ПРОБЛЕМЫ КОЛЛЕКТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ АВТОРСКИМИ И СМЕЖНЫМИ ПРАВАМИ В ЦИФРОВОЙ СРЕДЕ В ПОРТУГАЛИИ, ИСПАНИИ И ЕВРОСОЮЗЕ

Реферат статьи: Sá e Mello de A. Principais aspectos e alguns problemas da gestão colectiva de direitos de autor e de direitos conexos no ambiente digital. O regime em Portugal e em Espanha e no direito Comunitário // Revista da Ordem dos advogados. – Lisboã, 2016. – Ano 76, Vol. 1. – P. 77–103.

Ключевые слова: *авторское право; смежные права; коллективное управление; Португалия; Испания; Евросоюз.*

Keywords: *copyright; neighbouring rights; collective management; Portugal; Spane; The European Union.*

Статья профессора Лиссабонского португалоязычного университета гуманитарных наук и технологий Алберту де Са-и-Меллу посвящена коллективному управлению авторскими и смежными правами.

В соответствии со ст. 72 Кодекса Португалии об авторском праве и смежных правах (КАИСПП) управление авторскими правами осуществляется самим правообладателем или надлежащим образом управомоченным лицом, а ст. 73 устанавливает, что национальные и иностранные организации по управлению авторскими правами действуют как представители правообладателей. Организации для управления авторскими и смежными правами, согласно Закону 26/2015, могут создаваться в формах ассоциаций или некоммерческих кооперативов [с. 79].

Закон не раскрывает понятия управления авторскими правами и не говорит о том, какие правомочия в составе авторского права могут быть переданы другим лицам. Например, возникает вопрос: могут ли передаваться в управление неимущественные права? Есть мнение, что в силу их неотчуждаемости это невозможно, однако закон таких ограничений не предусматривает. Кроме того, управление неимущественными правами не подразумевает их отчуждения, значит, нет препятствий для того, чтобы организации коллективного управления (далее – ОКУ) занимались, например, защитой права на неприкосновенность произведения.

Заключая договор с ОКУ, правообладатель только поручает ей осуществление и защиту прав (например, ст. 1709, 1739 ГК Испании прямо называют такой договор договором поручения). Ни передачи права, ни предоставления права использования объекта в данном случае не происходит; ОКУ лишь получает правомочия заключать с третьими лицами договоры неисключительной лицензии.

В ст. 32 португальского закона говорится о том, что правообладатель может заключить с ОКУ договор об управлении и представительстве на срок не более пяти лет с возможностью продления (по испанскому праву этот срок составляет три года) и что ОКУ распоряжаются правами, привилегиями и правомочиями представляемых. Однако, отмечает автор, это противоречит ст. 27 того же закона, по которой все распоряжение сводится к возможности заключать с третьими лицами лишь договоры неисключительной лицензии.

В странах Центральной и Северной Европы ОКУ получают права в доверительное управление с агентскими полномочиями [с. 84].

А. де Са-и-Меллу обращается к вопросам так называемого принудительного управления. В случаях, когда для правообладателя это самый удобный или вообще единственный способ получить вознаграждение от использования объекта его прав, закон порой вводит обязательное коллективное управление. В португальском праве таких случаев немного, и таким управлением занимается некоммерческая организация, объединяющая ОКУ. Испанское законодательство об интеллектуальной собственности предусматривает значительно больше случаев принудительного управления. Этот институт помогает обеспечить правомерное использование охраняемых объектов в сети Интернет. 26 февраля 2014 г. в Евросоюзе была принята Директива 2014/26/EU о коллек-

тивном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальных лицензиях на музыку онлайн.

В португальском контексте автор пишет о предусмотренной ст. 178/4 КАИСПП передаче в коллективное управление смежных прав артистов-исполнителей (правомочий запрещать или разрешать доведение до публики проводным или беспроводным путем их исполнений). В доктринальных источниках можно встретить критику отнесения этого случая к принудительному коллективному управлению и сомнения в его правомерности с точки зрения соответствия Бернской конвенции и европейским директивам. Но из буквы закона не следует, что это случай принудительного коллективного управления. Вместе с тем фактически индивидуально управлять правомочиями в отношении передачи в Сеть записанного исполнения затруднительно; это единственный вариант получать вознаграждение за экономическое использование фонограмм. И тут, считает автор, никакого противоречия нет.

А. де Са-и-Меллу называет две важные черты коллективного управления: одного правообладателя может представлять только одна ОКУ; правообладатель может продолжать индивидуально осуществлять те права, которые он передал в управление, разрешая некоммерческое использование их объектов [с. 90–91]. Иначе безвозмездное использование вообще оказалось бы невозможно, поскольку ОКУ сами не вправе разрешать безвозмездное использование третьим лицам, ведь их цель – добиваться максимальной выгоды для правообладателей.

Правообладатели, передав права в управление, сохраняют за собой возможность их осуществлять, не конкурируя с ОКУ и предварительно уведомляя их об этом.

Далее в статье затрагивается вопрос о коллективных соглашениях о публичном использовании объектов авторских и смежных прав, которые заключаются ОКУ с организациями, объединяющими пользователей, о так называемых клиринговых центрах и клиринговых домах, обеспечивающих взаимодействие правообладателей и потенциальных пользователей, о проблеме выбора критериев для распределения собранных сумм. Португальский закон о воспроизведении и копировании для личных целей устанавливает, что суммы вознаграждения за такое использование включаются в цену электроники и что они подлежат распределению, в том числе и среди бенефициаров, не вступивших в ОКУ. Правила такого распределения подлежат установлению «супер-ОКУ» – AGECOP. Это соответствует положениям Директивы 2014/26/uE,

которая устанавливает, что ОКУ принимают и публикуют на своем сайте правила распределения вознаграждения среди правообладателей. Автор отмечает, что ни на законодательном уровне, ни на уровне актов Евросоюза методика распределения вознаграждения не урегулирована. Испанский закон об интеллектуальной собственности лишь устанавливает, что такое распределение должно быть справедливым и пропорциональным использованию (основываться на предоставляемых пользователями количественных данных).

Схожие правила содержит и Закон Португалии о коллективном управлении: правила распределения должны приниматься общим собранием членов ОКУ, распределение вознаграждения должно проводиться регулярно, быстро, аккуратно и тщательно, а критерии распределения должны быть объективными, исключающими произвол и обеспечивающими пропорциональность. Португальский закон требует от ОКУ публиковать расценки на лицензии, при установлении которых им следует исходить из экономической ценности использования объектов, справедливости и, по возможности, из реального объема использования [с. 95]. Этих положений, по мнению А. де Са-и-Меллу, недостаточно. Директива требует объективности, недискриминационности, разумности тарифов, адекватности вознаграждения экономической ценности использования объектов и оказываемых ОКУ услуг. Автор отмечает, что Испания и Португалия не торопятся имплементировать Директиву в национальное законодательство, а между тем срок, отведенный для ее имплементации, истек в 2016 г.

Помимо ОКУ, Директива предусматривает существование так называемых организаций независимого управления, которые, в отличие от ОКУ, являются коммерческими. Они создаются двумя и более продюсерами аудиовизуальных произведений, изготовителями фонограмм, видеозаписей, вещательными организациями, которые заключают лицензионные договоры в отношении объектов, права на которые им принадлежат или были им переданы, например артистами-исполнителями, издателями книг, музыкальных произведений, газет. Вполне вероятно, что такие организации составят конкуренцию ОКУ. Однако остается не вполне понятным, в какой мере на них, с учетом их предпринимательского характера, должны распространяться вышеуказанные требования, адресованные ОКУ.

А. де Са-и-Меллу также уделяет внимание вопросам имплементации положений Директивы о гарантиях прав правооблада-

телей, не являющихся членами ОКУ, но состоящих с ними в непосредственных правоотношениях; об ограничениях на использование доходов, получаемых ОКУ; о взаимодействии ОКУ разных стран при трансграничном использовании объектов авторских и смежных прав; об особенностях коллективного управления правами на музыкальные произведения, доступные для загрузки и прослушивания онлайн; о выработке общих технических и правовых условий выдачи мультитерриториальных лицензий на использование произведений онлайн.

Вполне возможно, что в будущем развитие технологий даст правообладателям эффективные и быстрые возможности лично и непосредственно управлять своими правами и общаться с потенциальными пользователями напрямую, однако потребность в профессиональном управлении со стороны ОКУ, считает автор, сохранится [с. 103].

Е.Г. Афанасьева, Е.А. Афанасьева

Соуза-и-Силва Н.

ПРАВА, СМЕЖНЫЕ С АВТОРСКИМИ, В ПОРТУГАЛИИ, ИСПАНИИ И ЕВРОСОЮЗЕ

Реферат статьи: Sousa e Silva N. Direitos conexos (ao direito de autor). O regime em Portugal e em Espanha e no direito Comunitário // Revista da Ordem dos advogados. – Lisboã, 2016. – Ano 76, Vol. 1. – P. 355–445.

Ключевые слова: *авторское право; смежные права; Португалия; Испания; Евросоюз.*

Keywords: *copyright; neighbouring rights; collective management; Portugal; Spane; The European Union.*

Статья адвоката, преподавателя Португальского католического университета Порту Нуну Соузы-и-Силвы посвящена смежным правам. Смежные / «соседние» / «родственные» / «связанные» права (англ. *«neighbouring rights», «related rights»*; фр. *«droit voisins», «droit connexes»*; исп. *«derechos afines»*; нем. *«verwandte Schutzrechte», «Leistungsschutzrechte», «Nachbarrechte»*; ит. *«diritti conessi»*) – сравнительно новый институт. Его формирование связано с появлением и развитием технологий записи, воспроизведения и передачи объектов авторских прав и преследует цель поощрить инвестиции в такую деятельность, а также защитить артистов-исполнителей, игра которых в новых условиях перестала быть чем-то эфемерным.

Изначально эти интересы защищались в рамках института недобросовестной конкуренции. Предметом самостоятельной международной охраны смежные права впервые стали в 1961 г., когда был выбран вариант принятия самостоятельной (Римской) конвенции по смежным правам, а не дополнения существующих.

В КАИСПП смежные права получили признание только в 1985 г. (хотя и с обратной силой). Молодость института, считает Н. Соуза-и-Силва [с. 360], сказывается и на недостаточном внимании, которое ему уделяется в доктрине. Такая «маргинализация» типична именно для «стран авторского права». На те объекты, которые в «странах авторского права» охраняются в режиме смежных прав, в «странах копирайта» распространяется авторское право, там стандарты оригинальности мягче.

Н. Соуза-и-Силва отмечает, что в отношении музыкального альбома, передаваемого по радио, может существовать одновременно множество прав: на текст, музыку, на исполнение, на фонограмму и на вещание. И эти права независимы друг от друга – смежные от авторских и смежные между собой. И для законного использования такого исполненного, записанного и переданного произведения надо от всех правообладателей получить разрешение. Чтобы обеспечить использование объектов в условиях такого наслоения прав, нужны ограничения и исключения.

Есть и другие категории смежных прав. Например, авторское право не защищает деятельность спортсменов, новостные сообщения. Но на них можно было бы распространить смежные права. Со спортивной деятельностью так произошло во Франции (Спортивный кодекс) и Италии, а с новостными сообщениями – в Германии и Испании. Так что можно выделить две категории смежных прав – «классические», которые существуют в отношении объекта параллельно с авторскими (например, фонограммные права), и иные, у которых есть самостоятельный объект защиты (например, базы данных). Н. Соуза-и-Силва прослеживает развитие института на международном и европейском уровне и приходит к выводу о том, что в Португалии он нуждается в реформировании.

В отличие от других стран, в Португалии не охраняются не обладающие оригинальностью фотографии, описания культурных и спортивных событий, чертежи, типографское оформление опубликованных работ. Но закрытый характер перечня объектов смежных прав еще не означает, что прав, не вошедших в него, вообще не существует.

Помимо традиционно относимых к смежным прав артистов-исполнителей, изготовителей фонограмм и видеозаписей, прав на радиовещание как таковых предлагается квалифицировать право на базу данных, на название работы, а также право публикатора на ранее не опубликованные неохраняемые произведения, на неохра-

няемые критические и научные работы, находящиеся в общественном достоянии. В доктрине высказано мнение об отнесении к смежным правам прав издателя и прав на спектакль [с. 379]. При более подробном рассмотрении прав артистов Н. Соуза-и-Силва отмечает, что в случае импровизации возникают авторские права, а не исполнительские; не могут считаться субъектами исполнительских прав стриптизеры и порноактеры, раз они не исполняют чьи-то произведения, а демонстрируют свое тело [с. 383–384].

Ст. 9 Римской конвенции предоставляет странам-участницам возможность признавать смежные права и за теми артистами, которые не исполняют произведения литературы и искусства, например за артистами цирка. Но Португалия этой возможностью не воспользовалась. В результате клоуны, престидижитаторы, акробаты остаются за пределами правовой защиты. Правда, их защита (равно как спортсменов и манекенщиц) возможна через признание авторских прав на номера. Н. Соуза-и-Силва приводит пример решения французского кассационного суда, согласно которому артисты, участвующие в реалити-шоу, – не исполнители [с. 384], а также положения Закона об авторском праве Австралии 1968 г., в котором установлено, что к исполнению не относится чтение новостей, занятия спортом и участие зрителей в представлении. Автор комментирует странную, по его словам, формулировку ст. 189 КАИСПП о том, что защита не распространяется на исполнение, осуществляемое по трудовому договору. Это положение должно толковаться ограничительно (в том смысле, что работник не имеет лишь права на дополнительное вознаграждение).

Объектами смежных прав по португальскому праву являются фонограммы и видеозаписи (которые следует отличать от фильмов, являющихся объектами авторских прав), причем признание смежных прав за изготовителями видеозаписей не основано на международных договорах. Третий объект смежных прав по португальскому праву – радиовещание, под которое подпадает эфирное вещание (радио- и теле-), но не передача по кабелю.

И наконец, есть смежные права, которые к таковым относит не кодекс, а доктрина, «смежные со смежными» [с. 393]. Это права *sui generis* изготовителей баз данных, вложившего в них «существенные инвестиции». За ними признается право запрещать извлечение и последующее использование всего или существенной части содержимого. При этом под базой данных понимается собрание независимых произведений, данных или иных элементов, систематизированных или методически упорядоченных, к которым есть

индивидуальный доступ электронными или иными средствами. Четыре решения Суда ЕС определили границы прав изготовителя базы данных, которые оказались более узкими, нежели можно было предположить. Во-первых, основанием для признания смежных прав на базу данных является лишь ее целенаправленное создание *(BHB vs William Hill)*. Во-вторых, Суд ЕС дал толкование понятию «извлечение и последующее использование данных»: под ним должно пониматься любое несанкционированное извлечение всего содержимого базы данных или его части, даже несущественной, если в результате происходит накопление существенной ценности, в том числе и без использования технических средств (дело *Directmedia Publishing*); если такое извлечение и последующее использование лишает правообладателя возможности получать доходы от базы данных, которые компенсировали бы его инвестиции (дело *Innoweb*). Исключительное право на базу данных действует 15 лет, но этот срок может начинать течь заново с каждым новым существенным инвестированием в актуализацию или верификацию ее элементов.

Автор относит к смежным правам и право на название произведения (ст. 4 и 314 КАИСПП), сопоставляя условия охраноспособности данного объекта и средств индивидуализации [с. 396].

Еще одно из смежных прав – право публикатора. Цель его признания – стимулирование обнародования ранее не обнародованных работ, срок охраны авторских прав на которые уже истек. На такие произведения признаются исключительные права первого публикатора сроком на 25 лет. К примеру, в 2002 г. в берлинской библиотеке была обнаружена опера Вивальди «Монтесума», написанная в 1733 г. Права на нее стали предметом спора, который рассмотрел в 2009 г. Федеральный верховный суд Германии. Суд решил, что «негативные факты» доказать трудно, поэтому пусть публикатор заявит о том, что произведение не было обнародовано, а его оппонент опровергает этот факт. Заключения музыковедов о том, что в те времена в Венеции было принято выставлять партитуры на всеобщее обозрение, убедили суд в том, что произведение следует считать обнародованным, поэтому публикатор не приобрел исключительного права на него. Иную позицию в 2003 г. занял суд Магдебурга в споре по поводу «диска из Небры», известного артефакта 1600 г. до н.э., обнаруженного в 1999 г. при нелегальных раскопках. Суд решил, что раз этот предмет давно никто не видел, резюмируется, что он не был обнародован [с. 398].

Объектами смежных прав в Португалии признаются также критические и научные публикации, не охраняемые авторским правом. Срок их действия – 25 лет (в сравнении с 30 в Польше и 20 в Италии) [с. 399].

В целом же права издателя не получили в Португалии признания как смежные. Вместе с тем ст. 76 КАИСПП устанавливает обязательность при свободном использовании указывать издателя и выплачивать ему справедливое вознаграждение.

Право на постановку основано на ст. 117 КАИСПП, которая требует согласия авторов, артистов и постановщиков для записи, демонстрации и передачи спектакля в эфир. Однако, по мнению Н. Соузы-и-Силвы, оно охраняется не как абсолютное, а путем ограничения доступа в помещения, где проходят спектакли, и определения условий их посещения в договорном порядке. И если кто-то правомерно присутствует на спектакле и с согласия актеров осуществляет видеосъемку, а потом выкладывает видеозапись в Интернет, то по португальскому праву заставить ее удалить невозможно – нет оснований.

Н. Соуза-и-Силва также останавливается на отдельных правомочиях в составе смежных прав, на случаях свободного использования, а также на сроках охраны, которые для большинства «классических объектов смежных прав» составляют 50 лет (и начинают течь с момента, когда произошло исполнение, когда была произведена первая видеозапись или состоялась первая передача, или с момента, когда видеозапись была правомерно опубликована или доведена до публики). Есть и не вполне ясные положения закона о том, что этот срок может быть продлен до 70 лет для артистов-исполнителей, чье исполнение зафиксировано на фонограмме, а также для производителя фонограммы в случае, если она была правомерно опубликована или доведена до публики в течение 50 лет.

Статья завершается развернутыми рекомендациями автора по совершенствованию португальского законодательства о смежных правах и сравнительной таблицей, в которой права артистов-исполнителей, изготовителей фонограмм, звукозаписей и права вещательных организаций сопоставляются по таким признакам, как объект, субъект, состав правомочий, наличие неимущественных прав, срок действия.

Е.Г. Афанасьева, Е.А. Афанасьева

Раздел 3
ПРАВО ПРОМЫШЛЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ: НЕКОТОРЫЕ СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ

В.С. Екимова

ЗАЛОГ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ – ВОЗМОЖНОСТЬ ДЛЯ РАЗВИТИЯ (Статья)

Аннотация. *В наши дни интеллектуальная собственность является наиболее ценным активом в бизнесе. Правообладатели могут использовать интеллектуальную собственность в качестве залога. По мнению автора, нормы о залоге исключительных прав не в полной мере могут обеспечить потребности экономического оборота. В статье рассматриваются залог на получение патента и защита прав залогодержателя исключительного права, которые на данный момент не нашли отражения в российском законодательстве.*

Ключевые слова: *залог исключительных прав; право на получение патента; защита залогодержателя.*

V.S. Ekimova. Security interest in intellectual property as opportunity for development. (Article)

Abstract. *Nowadays the intellectual property is considered to be one of the most valuable assets of business. Possessors of rights can secure their loans using their intellectual property as collateral. The author claims that Russian legal regulation does not cover essential issues such as protection of security holder from infringement of encumbered assets and capability for creation security interest in patent application.*

Keywords: *security interest in intellectual property; patent application; protection of security holder.*

В наше время возрастает значение интеллектуальной собственности в бизнесе. Нематериальные активы предприятия в большинстве случаев составляют основную и самую ценную его часть.

Рынок интеллектуальной собственности становится более ликвидным. За рубежом залог исключительных прав является одним из способов привлечения денежных сумм на начальной стадии ведения бизнеса, в частности в сфере инноваций. Российские банки все чаще выдают кредиты под залог исключительных прав.

Гражданский кодекс РФ ответил на вызовы, выдвигаемые рыночной экономикой, и в марте 2014 г. в нем появилась новая ст. 358.18 «Залог исключительных прав», согласно которой допускается залог прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий. Реформа, касающаяся залога исключительных прав, была начата, но, по мнению автора, пока не окончена. Не все нормы о залоге исключительных прав и прав по договору об отчуждении исключительного права и лицензионному договору достаточно проработаны и ясны.

Актуальными являются две проблемы: допустимость залога права на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец и предоставление защиты залогодержателю в случае нарушения заложенного исключительного права третьими лицами.

В российском законодательстве нет ответа на вопрос, возможно ли заложить право на получение патента (п. 1 ст. 1357 ГК РФ), более того законодатель не дал правовой оценки этому праву[1]. Данное право не может быть исключительным, так как согласно ст. 1353 ГК РФ исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец признается и охраняется при условии их государственной регистрации; право на получение патента возникает в силу создания результата интеллектуальной деятельности и существует до его регистрации. Представляется, что право на получение патента имеет особую правовую природу. Но для нас важным является возможность отчуждения данного права (п. 3 ст. 1357 ГК РФ).

Между подачей заявки на получение патента и выдачей патента, как правило, проходит более полутора лет. Получается, что у лица, создавшего результат интеллектуальной деятельности, на руках есть ценный актив, но использовать его полностью все это время оно не может. Представляется необходимым ввести допол-

[1] См.: *Еременко В.И.* Правовая охрана селекционных достижений в Российской Федерации // Законодательство и экономика. – М., 2015. – № 1. – С. 34–67; № 2. – С. 7–27.

нение в ст. 358.18 ГК РФ, прямо указав на допустимость залога права на получение патента.

По мнению Дж. Свинсона, право на получение патента можно заложить, используя конструкцию залога исключительного права, которое возникнет в будущем[1]. Парадоксально, но по российскому законодательству к залогу имущественного права, которым и является исключительное право, будут применяться положения о залоге будущей вещи. Залог исключительного права, которое возникнет в будущем, и залог права на получение патента влекут разные правовые последствия. Различается момент возникновения залога. В первом случае залог возникает с момента регистрации изобретения, полезной модели, промышленного образца и выдачи патента (этот вывод можно сделать из п. 2 ст. 341 ГК РФ). Во втором – с момента заключения договора залога права на получение патента. По мнению И.С. Чупрунова, вторым отличием является момент прекращения залога: залог права на получение патента прекращается с момента регистрации изобретения, полезной модели, промышленного образца и выдачи патента или вынесении решения об отказе в такой регистрации, поэтому он может обеспечивать лишь обязательство, срок исполнения которого не превышает период существования заложенного права[2]. С данным мнением нельзя согласиться, так как в соответствии с п. 2 ст. 334 ГК РФ залогодержатель имеет право преимущественно перед другими кредиторами удовлетворить обеспеченное залогом требование за счет имущества, причитающегося залогодателю при исполнении третьим лицом обязательства, право требовать исполнения которого является предметом залога. То есть залогодержатель права на получение патента вправе удовлетворить свои обеспеченные требования за счет полученного патента на изобретение, полезную модель и промышленный образец. Однако стоит принять во внимание, что статья была написана И.С. Чупруновым до реформы залогового права.

В российском правопорядке возможность защитить свои права предоставляется правообладателю, организации по управлению правами на коллективной основе и иным лицам в случаях, установленных законом (п. 2 ст. 1250 ГК РФ). В ст. 1254 ГК РФ указано,

---

[1] См.: *Swinson J.V.* Security interest in intellectual property in Australia // Bond law review. – Brisbane, 2002. – Vol. 9. Iss. 1. Article 9. – P. 18.

[2] См.: *Чупрунов И.С.* Залог в сфере интеллектуальных прав // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве: Сб. ст. / Рук. авт. кол. и отв. ред. *М.А. Рожкова*. – М.: Статут, 2010. – С. 92–128.

что лицензиат по договору исключительной лицензии вправе защищать свои права теми же способами, что и правообладатель. Некоторые ученые считают, что залогодержателю также должна быть предоставлена возможность защищать свои права при нарушении заложенного исключительного права[1]. Однако едва ли можно обосновать это ссылкой на ст. 347 ГК РФ, поскольку она рассчитана на нарушение вещных прав залогодержателя.

Интеллектуальная собственность – это особого рода монополия[2], и ее коммерческая ценность заключается в том, что пользование ею доступно ограниченному кругу лиц. Нарушая исключительное право путем неправомерного использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, лицо уменьшает коммерческую ценность интеллектуальной собственности. В качестве примера можно привести неправомерное использование товарного знака. Допустим, нарушитель выпускает продукцию под «украденным» товарным знаком, причем продукцию ненадлежащего качества. У покупателей такого некачественного товара складывается негативное мнение о качестве товара и о правообладателе товарного знака, вследствие чего спрос на рынке на товар, выпускаемый под таким знаком, падает. Падает и коммерческая ценность товарного знака. В таких случаях необходимо оперативно отреагировать на нарушение исключительного права. Правообладатель не всегда сможет это сделать. Залогодержатель же заинтересован в высокой коммерческой ценности заложенного права, особенно если между залогодателем и залогодержателем заключено соглашение, что в случае обращения взыскания исключительное право переходит к залогодержателю. На основании вышесказанного представляется необходимым ввести в ч. 4 ГК РФ норму, которая бы предоставляла залогодержателю исключительного права возможность защищать свои права способами, перечисленными в ст. 1250 и 1252 ГК РФ.

Обратимся к зарубежному опыту. В Германии существуют две модели залога исключительного права: собственно залог *(Pfandrecht an Rechten)* и титульное обеспечение *(Sicherungsabtretung)*. Во второй модели залогодатель отчуждает исключительное право залого-

---

[1] См.: *Рахматуллина Р.Ш.* Залог интеллектуальных прав: Проблемы регулирования и правоприменения // Законы России: Опыт, анализ, практика. – М., 2014. – № 11. – С. 41–45.

[2] См.: *Никулина В.С.* Правовая защита товарного знака и борьба с недобросовестной конкуренцией. – М.: Статут, 2015. – С. 6.

держателю, а впоследствии, если обеспечиваемое обязательство будет исполнено, залогодержатель отчуждает исключительное право обратно залогодателю. При таком залоге залогодержатель становится правообладателем и поэтому может защищать исключительное право от нарушений со стороны третьих лиц. Однако и в первой модели залогодержатель вправе защищать исключительное право от нарушений на основании § 1227 и § 1273 (2) Германского гражданского уложения. Согласно Закону о товарных знаках, залогодержатель вправе требовать по суду прекращения дальнейшего неправомерного использования объекта исключительного права и возмещения убытков, причиненных нарушением, несмотря на то что правообладателем является залогодатель[1].

Необходимо также упомянуть, что в законодательстве европейских стран используется подход к залогу интеллектуальной собственности, позволяющий к основному предмету залога (исключительному праву) также добавить дополнительный предмет – суммы, полученные от нарушителя исключительного права в качестве возмещения убытков[2]. Как было сказано выше, коммерческая ценность объекта интеллектуальной собственности может снизиться в результате его неправомерного использования. Залог – это право на ценность заложенного имущества, поэтому залог сохраняется до тех пор, пока будет существовать фактический или юридический заменитель этой ценности[3]. Логично предположить, что коммерческая ценность исключительного права при его нарушении падает, и, следовательно, возмещение, которое получит правообладатель за такое нарушение, является фактическим заменителем ценности «испорченного» исключительного права.

Таким образом, залог исключительного права предоставляет большие экономические и правовые возможности для развития бизнеса и инноваций. Очевидно, что правового регулирования, содержащегося лишь в ст. 358.18 ГК РФ, недостаточно, поэтому необходимо конкретизировать положения о залоге исключительных прав с учетом их правовой природы.

---

[1] См.: *Ikeda M*. Basic study on the intellectual property security system in Germany – security systems as distribution and management schemes for intellectual property rights // Institute of intellectual property bulletin. – Tokio, 2008. – P. 141–142.

[2] См.: United Nations Commission on International Trade Law. UNCITRAL Legislative guide on secured transactions supplement on security rights in intellectual property. – N.Y., 2011. – P. 34.

[3] См.: *Бевзенко Р.С., Егоров А.В*. Поправки о залоге: Новые возможности для маневра. – М.: Актион-Медиа, 2015. – С. 43.

Р.Ф. Гафуров

МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИЙСКОЙ СИСТЕМЫ РЕГИСТРАЦИИ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ: СВОЙ ПУТЬ VS ПРОЦЕДУРА ОППОЗИЦИИ (Статья)

Аннотация. *В настоящей статье автор рассматривает проект Роспатента об изменении действующей системы регистрации товарных знаков в России. Предлагаемый Роспатентом вариант с использованием процедуры оппозиции исследуется автором с точки зрения анализа законодательства Европейского союза о регистрации товарных знаков. Автор находит в предлагаемом проекте как достоинства, так и недостатки, однако приходит к выводу о возможности устранения существующих недостатков без проведения коренных изменений процедуры действующей регистрационной системы.*

Ключевые слова: *товарный знак; регистрация товарного знака; система оппозиции; Роспатент; Евросоюз.*

R.F. Gafurov. Modernization of the Russian trademark registration system: own way vs opposition procedure. (Article)

Abstract. *In this article, the author reviews the Rospatent project on changing the current system for registration of trademarks in Russia. The variant proposed by Rospatent using the opposition procedure is examined by the author from the point of view of the analysis of the European Union legislation on the registration of trademarks. The author finds advantages and disadvantages in the proposed project, but comes to the conclusion that it is possible to eliminate existing shortcomings without fundamental changes in the procedure of the current registration system.*

Keywords: *trademark; registration of a trademark; the opposition system; Rospatent; the European Union.*

Действующая отечественная процедура регистрации товарных знаков выглядит вполне работоспособной, однако она не лишена и своих минусов. Во-первых, очень длительные сроки проведения экспертиз, что выливается в торможение экономических процессов на рынке в связи с невозможностью коммерциализировать товарный знак. Во-вторых, загруженность экспертов Роспатента порой приводит к необоснованным отказам в регистрации[1], что также затягивает регистрацию. В-третьих, сами правообладатели иногда не против наличия некоторого сходства регистрируемого обозначения с их товарными знаками, они не видят угрозы смешения, тем не менее Роспатент отказывает в регистрации, несмотря на согласие «ущемленной стороны»[2].

Основываясь на системе регистрации Европейского союза, Роспатент подготовил и вынес на общественное обсуждение так называемый «проект оппозиции»[3], который предусматривает коренное изменение действующей процедуры регистрации товарных знаков.

Европейская система регистрации товарных знаков основана на системе оппозиции, т.е. эксперты проверяют лишь абсолютные основания для отказа в регистрации, тогда как относительные основания не рассматриваются по общему правилу. В отношении относительных оснований свои возражения могут подавать лишь заинтересованные лица.

Регистрацией товарных знаков занимается специализированный орган – EUIPO (European Union Intellectual Property Office), что можно перевести как Бюро по интеллектуальной собственности Европейского союза. До 23 марта 2016 г. этот орган назывался «Office for Harmonization in the Internal Market», или OHIM.

Можно выделить следующие *этапы регистрации по системе Европейского союза.*

1. Начинается процедура регистрации с подачи заявки в компетентный орган, занимающийся экспертизой и регистрацией заявляемых обозначений. В соответствии со ст. 25, 26 Council

---

[1] См., напр.: Заключение Палаты по патентным спорам от 12.09.2016 (Приложение к решению Роспатента от 17.10.2016 по заявке № 2013744232) // СПС «КонсультантПлюс».

[2] См., напр.: Заключение Палаты по патентным спорам от 02.12.2013 (Приложение к решению Роспатента от 22.02.2014 по заявке № 2011734538) // СПС «КонсультантПлюс».

[3] Процедура оппозиции по товарным знакам. – Режим доступа: http://www.rupto.ru/press/news_archive/inform2016/Proekt_oppozit

Regulation (EC) N 207/2009 в заявке должны быть представлены документы: заявление на регистрацию, указание товаров и услуг, в отношении которых должен быть зарегистрирован товарный знак, и т.д. После подачи заявки EUIPO проверяет соответствие заявки формальным требованиям, предъявляемым к ней законом.

2. Если заявка соответствует требованиям, EUIPO проводит экспертизу обозначения на наличие абсолютных оснований для отказа в регистрации товарного знака, что указано в ст. 37 Council Regulation (EC) N 207/2009[1]. Сами основания перечислены в ст. 7, и они фактически идентичны отечественным абсолютным основаниям. Например, заявленное обозначение не подлежит регистрации, если товарный знак не обладает различительной способностью, противоречит принципам морали и нравственности и т.д.

3. После проведения указанной экспертизы в случае отсутствия абсолютных оснований для отказа заявитель вправе, руководствуясь ст. 38 Council Regulation (EC) N 207/2009, попросить регистрирующий орган провести экспертный поиск и по относительным основаниям, для предотвращения возможных споров о возможности смешения с уже зарегистрированными товарными знаками третьих лиц. Результат такого поиска оформляется в виде отчета и направляется заявителю, а также правообладателям товарных знаков, с которыми может возникнуть угроза смешения. Этот отчет не является самим по себе отказом в регистрации, он выполняет лишь информирующую функцию.

4. С данного этапа начинается сама процедура оппозиции. После указанных действий заявка официально публикуется для ознакомления с ней всех третьих лиц.

5. С даты публикации у заинтересованных лиц есть три месяца на подачу возражений против регистрации заявляемого обозначения. Оснований для подачи такого заявления можно выделить два: 1) товарный знак не подлежит регистрации по абсолютным основаниям; 2) товарный знак не подлежит регистрации по относительным основаниям. Стоит особо отметить, что на данном этапе позволяется подавать возражения и по абсолютным основаниям в том числе. В этом случае EUIPO направляет заявителю сообщение о получении возражения и еще раз проверяет обозна-

[1] Council Regulation (EC) N 207/2009 of 26 February 2009 on the European Union trade mark (codified version). – Mode of access: https://www.oami.europa.eu/ohimportal/trade-marks

чение на отсутствие абсолютных оснований. Информирование заявителя возражения о результатах экспертизы не проводится.

Второй случай, если подается возражение по относительным основаниям. Подать такое возражение имеют право лица, которые являются правообладателями товарных знаков с ранним приоритетом, и которые считают, что регистрация такого обозначения сможет привести к смешению товарных знаков в обороте.

6. Согласно ст. 41, 42 Council Regulation (EC) N 207/2009, в случае подачи возражения по относительным основаниям у заявителя возражения есть два месяца на предоставление аргументов и доказательств заявителю обозначения о том, что заявленный товарный знак не может быть зарегистрирован. После получения аргументов у заявителя обозначения, в свою очередь, есть два месяца на предоставление аргументов заявителю возражения в защиту заявляемого обозначения. У заявителя возражения также есть возможность предоставить контраргументы. Обычно на этом данная процедура заканчивается, однако регистрирующий орган вправе дать возможность сторонам продолжить дискуссию.

7. В конце концов регистрирующий орган прерывает такие «переговоры» сторон и принимает одно из трех возможных решений: 1) заявляемое обозначение не вызовет смешение с товарным знаком другого лица и подлежит регистрации, в таком случае лицо, подавшее возражение, должно возместить расходы заявителю обозначения, связанные с процедурой оппозиции; 2) заявляемое обозначение может вызвать сходство до степени смешения с другими товарными знаками и не подлежит регистрации, в этом случае заявитель обозначения возмещает расходы заявителю возражения; 3) заявляемое обозначение может вызвать сходство до степени смешения в отношении части товаров и услуг, для которых оно регистрируется, в этом случае заявляемое обозначение подлежит регистрации, за исключением тех товаров, которые могут вызвать смещение, все издержки делятся пополам.

8. После принятия положительных решений для заявителя по процедуре оппозиции или если возражений в течение трех месяцев с даты публикации заявления не поступило, заявленное обозначение регистрируется, заявителю выдается свидетельство в соответствии со ст. 45 Council Regulation (EC) N 207/2009.

Таким образом, оппозиционная система отличается от отечественной системы тем, что регистрирующий орган по своей инициативе не проверяет относительные основания для отказа в реги-

страции, поэтому в случае отсутствия возражений срок регистрации товарных знаков значительно сокращается.

Роспатент предлагает изменить процедуру и перейти на оппозиционную систему регистрации. Предлагается проводить регистрацию по следующей процедуре: 1) подача заявки; 2) проведение формальной экспертизы в течение одного месяца; 3) экспертиза обозначения (проводится в течение трех месяцев в отношении соответствия товаров и услуг требованиям МКТУ), а также проверка обозначения на соответствие «абсолютным» основаниям, предусмотренным п. 1–5 ст. 1483 ГК РФ; 4) если нарушения «абсолютных» оснований не выявлено, то осуществляется публикация в открытом источнике информации о проведении экспертизы обозначения с положительным результатом, но не проводится государственная регистрация; 5) после появления публикации в течение трех месяцев заинтересованные лица имеют право подать возражения против регистрации товарного знака по всем основаниям, предусмотренным в законе; если такое возражение подано, сторонам дается шесть месяцев для урегулирования спора; если стороны к согласию так и не приходят, Роспатент в рамках административной процедуры принимает окончательно решение о регистрации товарного знака или об отказе в регистрации.

Сопоставляя законодательное регулирование процедуры регистрации в Европейском союзе и представленном проекте, можно заметить много сходств даже по срокам. Однако слепое перенесение норм иностранного права в отечественный правопорядок может повлечь больше отрицательных последствий, чем положительных. К тому же в проекте ничего не говорится об очень важном инструменте процедуры оппозиции – возможности заявителя обозначения просить регистрирующий орган о проведении экспертного поиска и по относительным основаниям, чтобы предотвратить возможные будущие споры.

Юридическое сообщество в целом очень прохладно встретило проект, например, в своем правовом заключении[1] юридическая фирма «Городисский и партнеры» выделила следующие недостатки проекта: 1) упрощение экспертизы может привести к регрессу отечественной «школы экспертов»; 2) существующая система, предусматривающая возможность оспаривания заявки в любой

[1] Процедура оппозиции по товарным знакам – мнение. – Режим доступа: http://www.gorodissky.ru/publications/articles/protsedura-oppozitsii-po-tovarnym-znakam-nashe-mnenie/

момент после ее поступления в Роспатент (ст. 1493 ГК РФ), функционирует лучше, чем будет функционировать процедура оппозиции; 3) увеличится количество споров; 4) фактически время регистрации товарных знаков может и увеличиться в результате введения шестимесячного срока на урегулирование спора, а также возможного его продления в рамках принятия решения самим Роспатентом.

Эти опасения обоснованны. В проекте действительно содержится множество пробелов и недосказанностей, например не совсем понятно, как будут сочетаться новые положения об оппозиции со ст. 1493 ГК РФ; почему в данный момент возражения против регистрации может подать «любое» лицо, а в проекте упоминается только «заинтересованное», это сознательная замена или всего лишь пренебрежения к терминам?

Однако, на мой взгляд, проект имеет и серьезные положительные черты. Во-первых, при некоторой его доработке время для регистрации товарных знаков действительно может существенно сократиться (например, если уменьшить срок самостоятельного урегулирования спора сторонами с шести до трех месяцев).

Во-вторых, наибольшее количество споров по регистрации товарных знаков возникает в связи с п. 6 ст. 1483 ГК РФ, к тому же проверка по данному основанию является наиболее сложной и длительной. Проект исходит из того, что теперь Роспатент не будет обращать внимание на возможные сходства до степени смешения, а предоставит возможность самим правообладателям спорных товарных знаков в случае, если они считают свои права нарушенными, оспаривать их.

В-третьих, новая процедура стимулирует правообладателей к мониторингу ситуаций с заявками на товарные знаки, что даст правообладателям возможность оспаривать товарные знаки недобросовестных конкурентов, сходные до степени смешения с их товарными знаками, еще до момента государственной регистрации. В итоге это поможет им предотвратить возникновение многочисленных убытков как денежных, так и репутационных.

Таким образом, «проект оппозиции» нуждается в серьезной доработке, еще до конца не решен вопрос целесообразности его введения, однако при должном внимании и помощи со стороны юридического сообщества многие проблемы, связанные с длительностью регистрации, могут быть решены.

В то же время Роспатент ведет работу по сокращению процедуры регистрации и по другим направлениям, например по

словам заместителя заведующего отделом регистрации средств индивидуализации Роспатента Елены Орловой[1], начиная с лета 2016 г. этот срок сократился до девяти месяцев благодаря расширению штатного состава экспертов, а также обновлению программного обеспечения ведомства.

Таким образом, на мой взгляд, если у Роспатента есть возможность сохранить действующую, устоявшуюся процедуру регистрации товарных знаков и разрешить проблемы длительности без коренного изменения самой процедуры, необходимо действовать именно в этом направлении.

[1] Цит. по: *Добрикова Е*. Сроки регистрации товарных знаков планируется сократить с девяти до шести месяцев. – Режим доступа: http://www.garant.ru/news/1094961/

Е.А. Афанасьева, Е.Г. Афанасьева

УЖАСНЫЕ И ОПАСНЫЕ [ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ]? (Обзор)

DOI: 10.31249/prae/2018.01.03

Ключевые слова: *товарные знаки; регистрация товарных знаков; США; Евросоюз; Австралия.*

Keywords: *trademark; registration of a trademark; USA; the European Union; Australia.*

Незамужняя дева из Итона
Весьма деликатно воспитана.
«Стульев голые ножки
неприличны немножко», –
отвернувшись от них, говорит она.
(Лимерик в переводе М. Редькиной)

Как известно, Парижская конвенция по охране промышленной собственности разрешает отказывать в регистрации аморальных и противоречащих публичному порядку товарных знаков (ст. 6 quinquies (B-3)), хотя и не обязывает страны-участницы это делать. Многие из них этой возможностью воспользовались и включили в свое законодательство такое противопоказание к предоставлению обозначению правовой охраны.

В статье «Это безобразие! Изучение (гипотетически) скандальных и аморальных товарных знаков в разных юрисдикциях» [3] приводится ряд примеров отказной практики ведомств по патентам и товарным знакам. Так, в 2013 г. апелляционный совет ведомства США по патентам и товарным знакам рассмотрел дело компании *Star Belly Stitcher, Inc.*, которая оспаривала отказ в регистрации товарного знака AWSHIT WORKS для одежды и головных

уборов. Отказ был обоснован тем, что использование этого обозначения применительно к данным товарам будет аморальным и скандальным. Заявитель утверждал, что заявленное слово является фантазийным и что «SHIT» не отделяется от остальной его части и не акцентируется, однако эксперт ведомства настаивал на оскорбительности обозначения, которое «представляет собой вульгарную жаргонную комбинацию, используемую в качестве восклицания, выражающего удивление, гнев или крайнее недовольство». По мнению совета, для обоснования отказа в регистрации даже не требуется, чтобы вульгарное значение было единственным или наиболее распространенным. Совет, правда, отметил, что восприятие слов как скандальных и аморальных со временем меняется: что сейчас воспринимается как скандальное, завтра может превратиться в обыденное (например, если в 1938 г. ведомство отказало в регистрации товарного знака «QUEEN MARY» для женского нижнего белья, посчитав, что такое использование будет восприниматься как непристойное, то сейчас такую заявку едва бы ли отвергли по этому основанию). Однако на исход дела это соображение не повлияло [3, с. 2–3].

В другом случае это же ведомство отказало в регистрации в качестве товарного знака для безалкогольных напитков бутылки в форме кисти руки с поднятым средним пальцем. Апелляционный совет пришел к выводу, что этот жест оскорбителен и непристоен и подчеркнул, что товары заявителя продаются в том числе и в супермаркетах, где они выставляются на полки на всеобщее обозрение и будут видны в том числе и детям. Любопытно, что при этом в толковании жеста совет ссылался на словарь двухлетней давности [3, с. 4].

В Евросоюзе отказ в регистрации может быть мотивирован противоречием заявленного знака «публичному порядку или принятым принципам морали», причем регистрирующее ведомство не обязано доказывать намерение заявителя шокировать или оскорбить людей – достаточно вероятности, что обозначение будет воспринято как шокирующее или оскорбительное. При этом учитывается, для каких товаров и услуг испрашивается регистрация (у разных товаров разные потребители, поэтому и пороги допустимого могут различаться). В качестве одного из примеров автор приводит спор об обозначении SCREW YOU, которое заявлялось в отношении широкого спектра товаров, от одежды и алкогольных напитков до презервативов и ассортимента секс-шопов. Отказ был обоснован ссылкой на противоречие публичному порядку и при-

нятым принципам морали, поскольку словосочетание вульгарно и оскорбительно. Апелляционный совет поддержал решение эксперта регистрирующего ведомства в отношении всех товаров, кроме ассортимента секс-шопов, придав таким образом значение контексту использования товарного знака и кругу потребителей, на которых ориентированы товары.

От приведенных примеров отличается еще один европейский кейс. В 2011 г. европейское регистрирующее ведомство отказало в регистрации изобразительному товарному знаку, состоящему из герба СССР *(Couture Tech Ltd. vs OHIM)*, заявленному, в частности, для косметики, ювелирных украшений и ресторанного обслуживания. Обозначение было признано противоречащим публичному порядку и принятым принципам морали, как «ассоциирующееся с советским тоталитарным режимом и его идеологией, которые имели трагические последствия для многих стран, народов и людей». С учетом «геноцида и других преступлений, совершенных советским режимом… его официальный символ может оскорбить тех людей в странах-участницах, которых это непосредственно затронуло» [3, с. 8]. Последовало судебное разбирательство, и суд поддержал апелляционный совет, указав, что обозначению должно быть отказано в регистрации, если оно противоречит публичному порядку или принятым принципам морали, пусть даже только в части Евросоюза.

Кстати, отмечает автор, интересно, что пока шло разбирательство по поводу регистрации этого знака в качестве европейского, его удалось зарегистрировать в отношении 10 и 32 классов товаров в Великобритании [там же].

Австралийский закон о товарных знаках устанавливает, что в регистрации должно быть отказано, если обозначение состоит из скандальных элементов или включает их. При этом ведомство по товарным знакам исходит из того, что одного лишь предположения, что обозначение может при каких-то обстоятельствах показаться кому-то оскорбительным, для отказа недостаточно. Поэтому получили регистрацию такие обозначения, как UNFKNBLVBLE! и FARKOF, а обозначение NUCKIN FUTS, заявленное для орешков и других закусок, эксперт сперва не пропустил, решив, что этот перевертыш скандальный и оскорбительный, поскольку звучит слишком похоже на часто употребляющееся ругательство, однако в конце концов в 2012 г. товарный знак был зарегистрирован под условием неиспользования в отношении товаров для детей [3, с. 10–11].

Интересен австралийский кейс 2008 г. по поводу заявленного на регистрацию для одежды и напитков обозначения POMMIEBASHER. Первоначально в регистрации было отказано со ссылкой на скандальность. При рассмотрении апелляции было решено, что хотя заявленное слово исторически употреблялось в отношении тех, кто с явным неодобрением относится к Англии и англичанам, но все-таки до расизма и оскорбительности такое неодобрение не дотягивает, и товарный знак в конце концов зарегистрировали [3, с. 10].

Автор отмечает сближение судебной практики США, Австралии и Евросоюза: все юрисдикции признают, что восприятие слов со временем меняется, и что ведомства, которые регистрируют товарные знаки, должны принимать во внимание эти социальные и культурные перемены. Кроме того, во всех трех регионах можно наблюдать придание значения контексту. И везде в конечном счете решение бывает субъективным, зависит от конкретного эксперта, к которому на рассмотрение попадает заявка [3, с. 11].

Законодательные запреты регистрации скандальных, аморальных, оскорбительных знаков часто критикуют за несоответствие свободе слова и наделение регистрирующих ведомств полномочиями по охране морали (оппоненты отвечают, что отказ в регистрации товарного знака не препятствует использованию обозначения для индивидуализации товаров, просто оно будет слабее защищено)[1].

И вот, наконец, совсем недавно в США эта критика перешагнула доктринальные рамки [2].

Верховный суд США в решении по делу *Matal vs Tam* признал не соответствующим Конституции США запрет на регистрацию оскорбительных / порочащих («disparaging») знаков. Речь в этом деле шла о регистрации в качестве товарного знака названия азиатско-американского ансамбля музыки и танца «THE SLANTS» (один из переводов названия – «косоглазые»): ведомство сочло, что такой товарный знак оскорбителен для выходцев из Азии. Верховный суд не согласился с решением ведомства, придя к выводу о том, что положение Закона о товарных знаках о запрете оскорбительных (порочащих) товарных знаков «нарушает основополагающий принцип свободы слова, которая гарантирована

[1] Подробнее об этом: *Афанасьева Е., Долгих М.* Скандальные и аморальные товарные знаки // ЭЖ-Юрист. – М., 2015. – № 16. – С. 12.

Первой поправкой к Конституции: оскорбительность высказываемых идей – не основание для запрета высказываний».

Вскоре по тому же основанию в решении *In re Brunetti* суд Федерального округа признал противоречащим Конституции США положение Закона о товарных знаках, запрещающее регистрацию аморальных и скандальных товарных знаков. В деле *Brunetti* заявитель хотел зарегистрировать обозначение FUCT в отношении одежды и аксессуаров. Ведомство по патентам и товарным знакам отказало в регистрации, так как сочло, что это фонетический эквивалент «fucked», которое даже в современном обществе воспринимается как вульгарное. Суд согласился с тем, что спорное обозначение вульгарно, но отметил, что Первая поправка защищает и такие высказывания частных лиц, которые могут показаться значительной части общественности оскорбительными. Регистрирующее ведомство на момент публикации не сообщило, будет ли оно добиваться пересмотра этого решения в Верховном суде.

Видимо в ближайшее время в США можно будет наблюдать отмену или по крайней мере ослабление еще одного ограничения для регистрации товарных знаков. В ряде штатов запущен процесс легализации марихуаны. Таким образом, незаконная продажа марихуаны преобразуется во вполне легальную розничную торговлю, а это означает, что у представителей этого бизнеса возникнет потребность в его индивидуализации и рекламе, в том числе с использованием товарных знаков. Однако, отмечает Рассел Джейкобс [1], тут неизбежно возникнут сложности: федеральное законодательство о товарных знаках не поспевает за этими рыночными реалиями, продолжая рассматривать продажи каннабиса как преступные, а не как хотя и жестко регулируемую, но разрешенную и открыто осуществляемую торговлю, подобную торговле такими товарами, как алкоголь или табак. Поэтому для обозначений, используемых в отношении товаров и услуг, связанных с марихуаной, федеральная регистрация в режиме товарных знаков остается недоступной. В таком правовом климате, считает автор, преимущества могут получить недобросовестные конкуренты. Сложившаяся ситуация не лучшим образом скажется и на потребителе теперь уже легальной продукции – ведь вместо вызывающего доверие бренда у него появится альтернатива – некачественная или, что еще хуже, опасная подделка. В условиях, когда на уровне отдельных штатов каннабис легализован, а на федеральном уровне – нет, Р. Джейкобс видит выход в урегулировании режима товарных знаков на уровне штатов. Небольшие изменения в законах

о товарных знаках тех штатов, которые легализовали марихуану, могут, по мнению автора, обеспечить защиту потребителей, основанную на двух принципах:

1) доступность регистрации на уровне штата товарных знаков для товаров и услуг, связанных с каннабисом, разрешенных в соответствии с законодательством этого штата (такая регистрация повлечет презумпцию правообладания, действительности исключительных прав);

2) взаимное признание регистрации товарных знаков каннабиса между штатами с легализованным каннабисом и аналогичными режимами товарных знаков, связанных с каннабисом.

Регистрация товарного знака на уровне штатов и взаимное признание таких знаков штатами, легализовавшими марихуану, даст правообладателю эксклюзивные права на весь географический диапазон легального рынка каннабиса. Предприятия за пределами этих штатов не смогут использовать эти торговые марки, поскольку там такая деятельность будет считаться неправомерной. Штатам, приступающим к эксперименту по легализации каннабиса, считает автор, следует уделять первоочередное внимание ответственному потреблению и конкуренции, чтобы легализация увенчалась успехом.

Товарные знаки могут способствовать продвижению более качественных товаров и поощрению честной конкуренции. Достоинства охраны товарных знаков на уровне штатов – низкие пошлины и лаконичные, относительно простые формы документов, заполняемых для регистрации товарного знака.

Вместе с тем реализация этого предложения не исключит конфликты между товарными знаками производителей товаров с каннабисом, зарегистрированными на уровне отдельных штатов, и товарными знаками, зарегистрированными на федеральном уровне в отношении смежных товаров, которые не содержат каннабис. Например, предприниматель из Вашингтона может получить регистрацию на уровне штата товарного знака COLUMBIA CONFECTIONERY на десерты, содержащие каннабис, а предприниматель из штата Орегон – федеральную регистрацию для товарного знака COLUMBIA CONFECTIONERY на десерты, не содержащие каннабиса. Регистрация такого товарного знака в Вашингтоне не будет способна перевесить федеральную регистрацию. Более того, федеральный суд может постановить, что торговля вашингтонскими десертами является нарушением прав орегонского правообладателя (даже если рынки распространения товаров различны), так как орегонская регистрация на федеральном уровне

имеет приоритет. Эта проблема останется неразрешимой до тех пор, пока федеральная регистрация не будет доступна товарным знакам, используемым для товаров и услуг, связанных с каннабисом. А до этого времени, заключает автор, работающей альтернативой способно стать взаимное признание таких знаков на уровне штатов.

Таким образом, мы видим, что обозначения, которые еще вчера не могли быть зарегистрированы как товарные знаки, по крайней мере в некоторых юрисдикциях сегодня получают перспективы регистрации и, следовательно, правовой охраны в режиме исключительных прав. Такие товарные знаки едва ли представляют для кого-то реальную опасность. Настоящая угроза исходит не от обозначений, которые кому-то могут показаться скандальными, аморальными или оскорбительными, а от регистраций, способных ограничить честную конкуренцию. И в этом смысле регистрация в качестве товарного знака, например, казалось бы, вполне невинного слова *«Parma»* для мясных продуктов[1] гораздо менее безобидна, чем регистрация AWSHIT, способного вогнать в краску пуритански воспитанную героиню известного лимерика, или изображения, напоминающего лист конопли.

Список литературы

1. Jacobs R.W. Cannabis trademarks: A state registration consortium solution // Wash. & lee law review online. – Wash., 2017. – Vol. 74, N 1. – P. 162–183. – Mode of access: http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr-online/vol74/iss1/8
   Джейкобс Р.У. Товарные знаки для конопли: Вариант регистрации на уровне консорциума штатов.
2. Shimanoff E.J. Immoral and scandalous trademarks, oh my! // Lexology. – Mode of access: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=60445c09-8587-49a7-a5ec-ffad14ff2c45
   Шиманофф Э.Дж. Аморальные и скандальные товарные знаки, вот это да!
3. That's outrageous! A study of (allegedly) scandalous and immoral trademarks across jurisdictions // Conslegis. – Mode of access: http://www.consulegis.com/wp-content/uploads/2014/10/Thats-Outraguous-A-Study-of-Allegedly-Scandalous-and-Immoral-Trademarks-Across-Jurisdictions.pdf
   Это безобразие! Изучение (гипотетически) скандальных и аморальных товарных знаков в разных юрисдикциях.

[1] О проблеме регистрации топонимов в качестве товарных знаков подробнее см.: *Афанасьева Е.Г., Афанасьева Е.А.* Географические указания и товарные знаки – конфликт или мирное сосуществование?: Обзор // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4: Государство и право. Реферативный журнал. – М., 2018. – № 4. – В печати.

Е.С. Лосева

«ЛИШЬ В ЧУВСТВЕ МЕРЫ ИСТИННОЕ БЛАГО» – ПРЕДЕЛЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ЗАЩИТЫ ТОРГОВЫХ СЕКРЕТОВ В США (Обзор)

Ключевые слова: *интеллектуальная собственность; коммерческая тайна; секреты производства; ноу-хау; США; Закон о защите торговых секретов; подсудность; гражданско-правовая ответственность.*

Keywords: *intellectual property; trade secret; know-how; USA; the Defend trade secrets act; jurisdiction; civil liability.*

Торговые секреты – специфичный институт права интеллектуальной собственности, чьи природа и положение в правовой системе продолжают оставаться достаточно неопределенными, вызывая множество споров (как в доктрине, так и на практике) об оправданности правовой охраны составляющих торговые секреты сведений и ее допустимых пределах. Авторы рассматриваемых статей – судебный юрист Конор Такер и доцент факультета права Северо-Западного университета США Лаура Г. Педраза-Фаринья – анализируют проблему предоставления торговым секретам адекватной защиты в США в контексте недавних изменений в законодательстве (в частности, принятия Закона о защите торговых секретов) и нужд инновационных сфер производства.

Конор Такер [2] анализирует появление двухуровневой юрисдикции в отношении торговых секретов (федеральной наряду с прежде существовавшей юрисдикцией штатов). Отнесение ряда дел к подсудности федеральных судов обусловлено (согласно докладу Сената) неоднородностью правового регулирования охраны торговых секретов на уровне штатов (несмотря на то что большинство из них восприняло Единообразный закон о торговых секретах).

Автор указывает на узкую сферу применения норм о федеральной защите торговых секретов, в частности – на возможность охраны торговых секретов в основном технического характера (с предоставлением защиты деловой информации на уровне штатов).

Прежде всего, Конор Такер отмечает основные нововведения Закона о защите торговых секретов [2, с. 7] – возможность защиты прав на торговые секреты в федеральных судах, новую меру ответственности («гражданскую конфискацию») и уточнение некоторых терминов («торговый секрет», «незаконное присвоение», «ненадлежащие средства»). Далее он останавливается на одной из ключевых фраз закона: «Обладатель незаконно присвоенного секрета вправе обратиться с иском… если торговый секрет связан с продуктом или услугой, используемыми или предназначенными для использования в торговле между штатами или международной торговле». Автор акцентирует внимание на том, что ни Единообразный закон о торговых секретах, ни соответствующие законы штатов прежде не содержали указания на то, какие именно торговые секреты подлежат судебной защите [2, с. 9].

Новый закон, в свою очередь, четко определяет, что торговый секрет должен, во-первых, быть тесно связанным с продуктом или услугой. Данное требование приводит к тому, что на защиту могут претендовать в основном обладатели торговых секретов технического характера (например, дизайнов или рецептов). Что касается иных торговых секретов, связанных с продуктами или услугами опосредованно (таких, как бизнес-планы или негативная информация – примеры методов, использовать которые не рекомендуется), они попадают под регулирование Закона об экономическом шпионаже и законов штатов (призванных обеспечить баланс между защитой торговых секретов и местными нормами договорного, корпоративного и трудового права).

Вторым требованием, предъявляемым рассматриваемым законом к торговым секретам для получения защиты на федеральном уровне, является использование соответствующих товаров и услуг в торговле между штатами или международной торговле. Оно подразумевает, что товары и услуги должны *действительно использоваться* в обороте (а не просто затрагивать его) и пересекать границы штатов. И хотя в современных условиях под это требование попадает большинство товаров и услуг, существуют сравнительно крупные фирмы, действующие в пределах одного штата. Однако таковыми в основном являются организации, оказывающие услуги (например, ландшафтного дизайна); торговые секреты,

связанные с продуктами, с большей вероятностью будут чаще удовлетворять рассматриваемому требованию. Тем не менее использование узких формулировок является еще одним существенным отличием нового закона от ранее применявшихся.

В целом автор положительно оценивает введение узко ограниченной федеральной защиты торговых секретов, указывая на ее широкие перспективы. Во-первых, она может послужить средством борьбы с троллингом, способствовать снижению судебных расходов, унификации правового регулирования и практики в отношении торговых секретов технического характера (с сохранением возможности разнообразного регулирования деловой информации на уровне штатов), а также предотвращению злоупотребления конфискацией как мерой гражданско-правовой ответственности. Кроме того, предоставление федеральной защиты торговым секретам, связанным с продуктами и услугами, участвующими в торговле с другими штатами и государствами, стимулирует рост объема производства. Однако необходимо иметь в виду, что появление федеральной подсудности по ряду дел приведет штаты к необходимости модификаций регулирования иных публично-правовых сфер (таких, как трудовая мобильность).

Проблеме оправданности защиты торговых секретов посвящает свою статью и Лаура Г. Педраза-Фаринья [1]. Она, однако, фокусируется не на преимуществах исключения ряда торговых секретов из круга защищаемых (как на федеральном уровне, так и на уровне штатов), а подвергает сомнению необходимость защиты некоторых торговых секретов в целом.

Автор начинает с утверждения о том, что, хотя разработками конкретных инноваций зачастую занимаются отдельные фирмы, отнюдь не они являются местом рождения инноваций в технически сложных областях; данную роль выполняют неформальные информационные сети, внутри которых фирмы взаимодействуют. Опираясь на социологические и экономические исследования, Педраза-Фаринья приводит убедительные, хотя и не очевидные с точки зрения логики и доктрины, данные. Они свидетельствуют о том, что сильная охрана торговых секретов и жесткий контроль со стороны менеджеров за неформальным (в том числе – обоюдным) информационным обменом между работниками различных фирм – неудачная политика в сфере инноваций. Напротив, вместо усиления защиты торговых секретов путем федерализации и унификации следует грамотно моделировать законы штатов в соответствии с характеристиками и потребностями инновационных

производств (поскольку инновационные кластеры, как правило, формируются в определенных географических областях и нередко связаны с расположенными в соответствующих областях университетами).

Согласно устоявшимся представлениям, низкий уровень правовой защиты информации может привести к ряду негативных последствий [1, с. 1584]. Главные среди них – чрезмерные усилия участников оборота по сохранению потенциально ценных сведений в тайне (при этом стоимость подобных усилий далеко не всегда оказывается оправданной), фрагментация исследований, а также слабое развитие человеческого капитала (поскольку работодатели не будут склонны обучать персонал ценным навыкам и знаниям, имея в виду возможность работников перейти к конкурентам и передать им полученную информацию).

Однако автор статьи считает, что данные последствия не наступают при наличии двух условий: сложности инновационной сферы (в которой знания развиваются быстро и распределяются между множеством фирм) и существовании местного сообщества с сильными социальными нормами (и санкциями за их несоблюдение), поощряющими открытый обмен информацией [1, с. 1586]. В подобной ситуации между фирмами происходит свободный обмен информацией, который не только не вредит их экономическим интересам, но и работает в их пользу, служа своеобразной страховкой от неудачных затратных исследований. К тому же преодоление ряда барьеров в развитии некоторых инноваций может оказаться слишком трудным и затратным для субъектов, занимающихся соответствующими разработками самостоятельно, в то время как коллективное решение проблем способно повысить эффективность (в том числе – экономическую). В указанных условиях исчезает и проблема недостаточных вложений в обучение персонала (поскольку теряет значение сам факт работы в той или иной фирме – навыки сотрудника так или иначе используются всеми участниками информационной сети), равно как и необходимость ограничений возможностей сотрудников по трудоустройству (например, в виде соглашений о неразглашении). Последние не только негативно влияют на развитие инноваций в целом, но и признаются неправомерными в некоторых штатах.

Наконец, Лаура Г. Педраза-Фаринья приходит к следующему заключению: изменения в регулировании режима торговых секретов, направленные в сторону сужения их защиты и усиления регулирования на уровне штатов, необходимы для развития инноваций.

Подобные нововведения неизбежно приведут к переменам в использовании фирмами инструментов защиты своих прав, предоставляемых договорным и патентным правом (поскольку торговые секреты рассматриваются как средства заполнения пробелов патентной защиты – в отношении информации, не способной получить данную защиту, либо в случаях, когда получение патента неоправданно с точки зрения финансов и времени). Возможным последствием слабой защиты торговых секретов может стать повышение уровня секретности со стороны участников оборота, однако это, по мнению автора, более предпочтительно, нежели существующий режим торговых секретов, используемых в инновационных сферах.

Таким образом, рассмотренные статьи демонстрируют противоречивые тенденции в развитии доктрины и законодательства США о защите торговых секретов: унификацию и обращение к федеральному регулированию, с одной стороны, и призывы к усилению дифференциации регулирования в соответствии с нуждами конкретных областей производства – с другой. Однако оба автора в той или иной мере выступают за сужение сферы защиты торговых секретов и признают значительную роль законов штатов в данной правовой сфере, отмечая также, что любые глобальные политико-правовые изменения, касающиеся регулирования торговых секретов, неизбежно затронут иные области правового регулирования на уровне штатов.

Список литературы

1. *Pedraza-Fariña L.G.* Spill your (trade) secrets: Knowledge networks as innovation drivers // Notre Dame law review. – Notre Dame, 2017. – Vol. 92, N 4. – P. 1561–1610.
   Педраза-Фаринья Л.Г. Раскройте ваши (торговые) секреты: Информационные сети как двигатели инноваций.
2. *Tucker C.* The DTSA's federalism problem: federal court jurisdiction over trade secrets // Fordham intellectual property, media and entertainment law journal. – Fordham, 2017. – Vol. 28, N. 1. – P. 1–69.
   Такер К. Проблема федерализма в Законе о защите торговых секретов: юрисдикция федеральных судов по делам о защите торговых секретов.

Раздел 4
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И НОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ В ОТДЕЛЬНЫХ СФЕРАХ ЖИЗНИ ОБЩЕСТВА

А.Н. Левушкин

ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ ПРИ РЕАЛИЗАЦИИ ЭЛЕКТРОННОЙ МЕДИЦИНЫ В ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКЕ (Статья)

Аннотация. *В статье рассматриваются некоторые проблемы определения и защиты интеллектуальной собственности при применении электронной медицины в цифровой экономике. В Российской Федерации существует закрытый перечень охраняемых объектов интеллектуальной собственности, который не позволяет должным образом эффективно регулировать процесс распространения инноваций и новых технологий в медицине в условиях распространения цифровых ресурсов. Следование предлагаемым в статье рекомендациям позволит эффективнее внедрять электронную медицину и использовать цифровые ресурсы.*

Ключевые слова: *интеллектуальная собственность; цифровая экономика; электронная медицина; регистрационное свидетельство; патентная защита; зависимые изобретения.*

A.N. Levushkin. Problems of definition and protection of intellectual property during implementation of e-medicine in the digital economy. (Article)

Abstract. *The article deals with some problems of definition and protection of intellectual property in the application of electronic medicine in the digital economy. In the Russian Federation, there is a closed list of protected intellectual property, which does not allow to regulate properly the process of dissemination of innovations and new technologies in medicine in the conditions of the spread of digital resources.*

The implementation of the recommendations proposed in the article can result in more effective implementation of e-medicine and digital resources use.

Keywords: *intellectual property; digital economy; electronic medicine; registration certificate; patent protection; dependent inventions.*

Важность развития цифровой экономики в социальных сферах, таких как медицина (здравоохранение), растет с каждым годом. Здоровье нации, свободное предпринимательство, развитие ресурсов цифровой экономики являются важнейшими факторами устойчивости всей национальной экономики. В связи с этим становятся актуальными проблемы защиты интеллектуальных прав в электронной медицине. Уровень защиты интеллектуальной собственности в значительной степени определяет решение правообладателей о выходе на зарубежные рынки и передаче в рамках цифровой среды технологий в другие страны.

Традиционно медицинская деятельность представляется как разновидность профессиональной деятельности. Сторонами правоотношений в этой сфере являются медицинская организация (медицинский работник) и пациент. «Обращаясь за медицинской помощью, человеку довольно часто приходится сообщать доктору некоторые аспекты своей личной, интимной и семейной жизни, а в процессе оказания этой самой помощи врачу становятся известны сведения о заболеваниях, перенесенных процедурах и иных медицинских особенностях данного лица»[1].

Развитие электронного здравоохранения требует обеспечения свободного, легитимного и безопасного обмена медицинской информацией. Помимо технических средств, немаловажную роль здесь играют правовые и организационные средства.

К цифровой медицине сегодня относятся:

1. Телемедицина. Дистанционное оказание медицинской помощи, постоянный мониторинг состояния здоровья, автоматизированный анализ медицинской информации – это лишь некоторая часть тех преимуществ, которые заключены в потенциале телемедицины и электронного здравоохранения[2]. Зарубежное законода-

[1] См.: *Левушкин А.Н., Пушкарева А.Н.* Публичный договор об оказании платных медицинских услуг и защита врачебной тайны: Теория и практика применения // Гражданское право. – М., 2016. – № 3. – С. 14.

[2] См.: *Журавлев М.С.* Правовое обеспечение электронного документооборота в телемедицине // Информационное право. – 2017. – № 4. – С. 10–15.

тельство часто уточняет, какие именно медицинские услуги могут предоставляться посредством телекоммуникационных технологий.

Эффективность внедрения телемедицинских технологий проявляется следующим образом. Телемедицина за счет дистанционности и мобильности повышает доступность медицинской помощи, особенно для тех граждан, которые по объективным причинам ограничены в доступе к традиционной инфраструктуре здравоохранения. Автоматизация информационного обмена ускоряет процесс принятия решений, позволяет использовать преимущества автоматизированной обработки больших объемов информации. Поддержание инфраструктуры электронного здравоохранения в долгосрочной перспективе потребует гораздо меньше затрат, чем поддержание инфраструктуры традиционного здравоохранения при обеспечении высокого качества оказания медицинской помощи.

Телемедицина подразумевает обязательную идентификацию и авторизацию субъектов телемедицинских отношений. Пациент, которому предоставляется дистанционная медицинская услуга, должен быть уверен в личности врача и его профессиональной квалификации. Врач, в свою очередь, обязан надлежащим образом убедиться, что он оказывает медицинскую помощь конкретно определенному лицу.

2. Интегрированная электронная медицинская карта – документ, в котором содержится персональная информация о пациенте, его обращениях за медицинской помощью, оказанных услугах, проводимой терапии, инвазивных вмешательствах, прививках, особенностях организма (аномалиях развития, перенесенных травмах, аллергических реакциях и др.).

Электронная медицинская карта амбулаторного пациента уже в ближайшем будущем может значительно облегчить работу персонала поликлиник. Это перспективное направление в развитии амбулаторного звена медицинской помощи. Бумажные варианты постепенно уйдут в небытие. Несовершенство ведения и хранения бумажных медицинских карт часто приводит к конфликтным ситуациям. Электронная медицинская карта значительно упрощает оказание и получение медицинской услуги, ведение статистики и деятельность организационно-методического отдела любого лечебно-профилактического учреждения.

При всем своем удобстве, как и любое новшество, электронная медкарта имеет некоторые минусы. Например, в случае отключения энергопитания она становится абсолютно недоступной для просмотра. Кроме того, необходимо обеспечить надлежащий

уровень защиты информации, содержащейся в электронной медицинской карте, от неправомерного доступа к ней, так как такая информация относится к тайне частной жизни пациента.

Электронная медицинская карта призвана полностью оптимизировать деятельность лечебно-профилактических учреждений. В перспективе регистратура станет не нужна, а в случае создания всеобщей единой электронной медицинской карты, т.е. единой базы данных, можно будет объединить в Сеть все медицинские учреждения страны. Это позволит обеспечить дальнейшее развитие телемедицины.

3. Электронная передача рецептов (ЭПР) и электронного назначения (ЭН), являющихся дополняющими друг друга частями системы «Электронный рецепт» (СЭР). На сегодняшний день все поликлиники Москвы подключились к сервису «Электронный рецепт». Благодаря этому упростилась процедура выписки лекарств льготникам, наладился автоматизированный учет. Врач также может оперативно определить наличие лекарственных препаратов в прикрепленных к поликлинике аптеках и ознакомиться с другими рецептами этого пациента, чтобы предотвратить возможный конфликт лекарств.

Одним из главных элементов построения системы электронного здравоохранения является обеспечение электронного документооборота, предоставляющего возможности для свободного и при этом легитимного обмена информацией о состоянии здоровья граждан. С одной стороны, информация о состоянии здоровья должна быть максимально доступна всем лицам, имеющим законный интерес в ее получении. С другой стороны, поскольку эти сведения являются чувствительными (sensitive) и конфиденциальными, требуется обеспечить их максимальную информационную безопасность[1]. Собственно, в решении этих двух во многом противоположных друг другу, но не взаимоисключающих задачах и состоит основная проблема правового обеспечения электронного документооборота[2].

В Российской Федерации уже несколько лет предпринимаются попытки развития Единой государственной информационной системы в сфере здравоохранения (ЕГИСЗ). Предполагается, что ЕГИСЗ будет содержать в себе максимально широкий перечень сведений из различных информационных систем, баз данных

[1] См.: *Журавлев М.С.* Указ. соч. – С. 10–15.

[2] Там же. – С. 10.

и регистров. Данная система призвана стать платформой для обеспечения доступа граждан к медицинским услугам в электронной форме, а также для взаимодействия информационных систем в сфере здравоохранения на всех уровнях. Исходя из перечня сведений, подлежащих включению в ЕГИСЗ, а также состава поставщиков информации в ЕГИСЗ, можно сделать вывод (хоть и с некоторыми оговорками) о формировании в Российской Федерации централизованной модели хранения электронных записей о здоровье граждан.

Процедура регистрации лекарственных средств, предусмотренная Федеральным законом от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств», более детально урегулирована Министерством здравоохранения РФ (Минздравом России). При государственной регистрации лекарственного препарата для медицинского применения заявитель представляет в Минздрав РФ в электронной форме и на бумажном носителе заявление о государственной регистрации лекарственного препарата для медицинского применения, а также необходимые документы, из которых формируется регистрационное досье на лекарственный препарат для медицинского применения. Для формирования заявления и подачи досье в электронной форме Минздравом РФ создан специализированный интернет-портал, позволяющий загрузить все материалы, заполнив веб-формы.

Право интеллектуальной собственности призвано обеспечить сохранение и защиту новшеств, методов, традиционных знаний при их использовании в сфере электронной медицины, предусмотреть справедливое и равноправное распределение получаемых от такого использования выгод.

На сегодняшний день охрана прав на интеллектуальную собственность в медицине ограничивается чаще всего регистрационным свидетельством. Данное свидетельство дает разрешение:

– на применение объекта интеллектуальной собственности в тех или иных медицинских учреждениях;

– промышленное производство объекта интеллектуальной собственности;

– продажу и продвижение на рынок объекта интеллектуальной собственности.

Вместе с тем следует отметить тот негативный фактор, что регистрационное свидетельство на объекты интеллектуальной собственности не является подтверждением исключительного права, а обладатель свидетельства не может запретить иным лицам без его разрешения использовать разработанные медицинские

информационные технологии, торговую марку, упаковку, аналогичный способ производства и т.д.

Поэтому одной из рекомендаций по совершенствованию защиты прав интеллектуальной собственности в сфере медицинской деятельности является более широкое использование патентной защиты. Именно она может предоставить монопольные права на конкретные объекты интеллектуальной собственности – изобретения, промышленные образцы и полезные модели.

Гражданский кодекс РФ предусматривает возможность использования и защиты зависимого изобретения. Оно является охраняемым при применении по определенному назначению продукта, в котором используется охраняемое патентом и имеющее более ранний приоритет другое изобретение. Согласно ст. 1358.1 ГК РФ изобретение, относящееся к продукту или способу, также является зависимым, если формула такого изобретения отличается от формулы другого запатентованного изобретения, имеющего более ранний приоритет, только назначением продукта или способа. То есть если есть действующий патент на активное вещество, то изобретение на его применение будет рассматриваться как зависимое от этого патента.

Из самого определения патентных прав и законодательно закрепленного определения зависимого изобретения следует, что зависимое изобретение не может быть использовано без согласия обладателя патента на основное изобретение. В этом смысле ст. 1358.1 ГК РФ важна для правоприменения в сфере медицинской деятельности и фармацевтического производства, поскольку снимает часто возникающие вопросы о нарушении патента, когда ответчик использует собственное запатентованное изобретение, зависимое от того, с которым связан иск. Однако, если зависимое изобретение «представляет собой важное техническое достижение и имеет существенные экономические преимущества» в сравнении с изобретением, по отношению к которому оно зависимо, возможна принудительная лицензия в порядке, установленном п. 2 ст. 1362 ГК РФ. Так, например, в странах Латинской Америки, ЮАР и Индии существует принудительное лицензирование жизненно важных и необходимых лекарственных препаратов, что представляется вполне обоснованным, оправданным и необходимым для реализации в Российской Федерации.

В России пока не было таких прецедентов, возможно, вследствие того, что для получения такой лицензии необходимо решение суда. В любом случае, как представляется, всегда остается возможность договориться и получить согласие патентообладателя на

использование как на безвозмездной основе, так и с выплатой роялти. На практике в фармацевтической отрасли такие случаи также могут трансформироваться в получение кросс-лицензии, что взаимовыгодно для компаний-производителей.

В целом, несмотря на то что зависимые изобретения можно рассматривать как дополнения к основным, несомненно, они также способствуют прогрессу. «Плотный» патентный ландшафт в области перспективных и хорошо зарекомендовавших себя препаратов стимулирует поиск лекарственных средств нового поколения, обладающих иными механизмами действия и более высоким медицинским потенциалом. Но в такой области, как фармацевтика и медицина, ограничения в виде патентов на зависимые изобретения, в частности от компаний-оригинаторов, могут приводить к затруднению в выпуске на рынок дженериков и конечной доступности препаратов. В связи с этим, например, в ряде стран (Европа, Латинская Америка, ЮАР) введен запрет на патентование изобретений, относящихся к применению препаратов в терапевтических и диагностических целях, что, в свою очередь, ограничило возможность получения патентов на зависимые изобретения в сфере медицины и фармацевтики. Данная мера не только способствует разработке новых лекарственных препаратов и применению высокотехнологичных методов лечения, но и не лишает пациента возможности получения качественной медицинской помощи.

В России же применение в терапевтических и диагностических целях указано как возможный объект патентования, более того, срок действия таких патентов может быть продлен, так же как и патента на активное вещество или препарат. Высказывались предложения о признании непатентоспособными объектов, относящихся к препаратам, используемым в терапевтических и диагностических целях, а это ограничило бы возможности получения патентов на зависимые изобретения. Однако необходимо признать, что в настоящее время никаких инициатив по внесению изменений в ГК РФ в данной области правового регулирования и защиты объектов интеллектуальных прав не рассматривается. Представляется, что такое решение могло бы как способствовать разработке новых лекарственных препаратов и электронных технологий в медицине и фармации так и дать возможность пациентам получить качественную высокопрофессиональную медицинскую помощь и воспользоваться эффективными методами лечения в условиях применения новых цифровых методик и процедур.

М.С. Любенко

ФЭШН-ДИЗАЙН КАК ОБЪЕКТ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ: ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО, СУДЕБНАЯ И ДЕЛОВАЯ ПРАКТИКА В ЕВРОПЕ И США (Обзор)

Ключевые слова: *авторское право; дизайн; индустрия моды; Европа; охраноспособность; патентное право; США; товарный знак.*

Keywords: *copyright; design; fashion industry; Europe; protectability; patent law; USA; trademark.*

В мире интеллектуальной собственности фэшн-дизайн[1] долгое время оставался в тени, но сейчас с каждым годом значение интеллектуальных прав в индустрии моды растет, наблюдается тенденция их обособления в отдельный институт. Так, к примеру, в США, Италии и в ряде других стран во многих университетах есть программа «Fashion law», в юридических фирмах постепенно появляется практика по таким делам. Однако ключевой вопрос о том, как государство и дизайнеры должны защищать интеллектуальные права в индустрии моды, до конца так и не решен.

Защита интеллектуальной собственности лежит в основе большинства европейских бизнес-моделей в индустрии моды. Европа была и остается центром высокой моды, поэтому защита фэшн-дизайна является особенностью европейской правовой культуры. В отличие от Соединенных Штатов, в Европейском союзе модные товары, включая традиционные категории одежды, аксес-

[1] *Фэшн-дизайн* (*fashion design*) – данный термин активно употребляется в зарубежной литературе в отношении дизайна одежды, обуви и аксессуаров, а также ювелирных изделий.

суары и обувь, могут быть защищены в соответствии с национальными и европейскими законами о правах на дизайн и национальными законами об авторском праве.

Европейский союз реализовал единую в масштабах всей Европы защиту прав на дизайн изделий, основу которой составляют Директива по защите дизайна ЕС (98/71/ЕС) и Регламент ЕС 6/2002. Директива установила правило, согласно которому дизайн, чтобы быть охраноспособным, должен обладать такими характеристиками, как «новизна» и «индивидуальный характер». Новизна определяется тем, известны ли общественности идентичные модели, а индивидуальный характер имеется, если на взгляд информированного потребителя дизайн отличается по общему впечатлению от других публично представленных дизайнов.

Регламент ЕС 6/2002 распространяет защиту как на зарегистрированные, так и на незарегистрированные права на дизайн. Сроки охраны прав на зарегистрированный и незарегистрированный дизайн изделий в Евросоюзе различны: зарегистрированные права защищены на пять лет с даты подачи заявки с возможностью продления на срок до 25 лет, тогда как незарегистрированный дизайн защищен только в течение трех лет с даты, когда он был представлен общественности, и этот срок не может быть продлен. Такой вариант хорош для защиты «товаров с коротким сроком службы», поскольку процесс регистрации может быть долгим и дорогостоящим. Это весьма логичный и удобный подход, особенно для индустрии моды, в которой одним из определяющих факторов является цикл моды.

В качестве примера защиты незарегистрированных прав следует привести дело 2007 г. *Karen Millen vs Dunnes Stores*. Популярный британский бренд *Карен Миллен* подал в Высокий суд Ирландии иск против *Dunnes Stores* о нарушении незарегистрированных прав на дизайн своей одежды. Истец основывал свои требования на положениях Регламента. Судебная инстанция, рассматривавшая апелляцию ответчика, направила два вопроса в Суд ЕС, который в конечном итоге приходит к определениям: 1) индивидуальный характер имеется тогда, когда общее впечатление потребителя от дизайна отличается от впечатления, которое создается другим дизайном либо дизайнами по отдельности, а не соединением черт, позаимствованных из ранее существовавших моделей; 2) что правообладателю не нужно доказывать индивидуальный характер незарегистрированного дизайна ЕС, достаточно просто указать особенности, которые отражают индивидуальный характер дизайна.

Дизайн может также получить защиту в соответствии с национальными законами об авторском праве, но условия для получения такой защиты, включая требования к степени оригинальности, определяются каждым государством-членом. Перед модельерами стоит сложная задача – продемонстрировать оригинальный характер их работ, в то время как фэшн-дизайн обычно соответствует текущим тенденциям и, следовательно, может не отвечать требованию оригинальности. Судебная практика только подтверждает данный факт: часто суды государств-членов отказывают в защите авторских прав, указывая на то, что дизайн не оригинален.

Между тем защита авторских прав, предоставляемая в соответствии с национальными законами, отличается от прав на дизайн *sui generis* по Регламенту 6/2002 и Директиве 98/71/ЕС, что порождает расхождения в судебной практике. Франческа Монтальво Витцбург выделяет два подхода [3]. Первый подход заключается в попытке объединения требований новизны для защиты дизайна с требованием оригинальности для авторских прав. Например, в 2011 г. Парижский апелляционный суд постановил в деле *SAS Chaussea vs SARL Menport CA*, что модель обуви была оригинальной (в пользу защиты авторских прав), а также обладала новизной и индивидуальным характером (требование к защите дизайна), поскольку ни одна идентичная модель не была представлена публично и впечатление потребителя от данной модели было отличным от других представленных моделей обуви. Между тем Франческа Монтальво Витцбург критикует такой подход, опасаясь, что объединение критериев для защиты авторских прав и прав на дизайн может перерасти в их смешение.

Противоположный подход заключается в стремлении различать авторские права и права на дизайн [3]. Так, модели одежды или обуви может быть отказано в защите авторских прав, но предоставлена защита прав на дизайн. Это было продемонстрировано недавним решением Верховного суда Франции по делу *J-M Weston vs Manbow, Cass.*: суд отклонил защиту авторских прав на модель обуви, поскольку она имела те же характеристики, что и существовавшая ранее модель, но оставил в силе право на дизайн, поскольку рассматриваемые модели не были идентичными.

Однако не все ученые находят такую широкую защиту интеллектуальной собственности в индустрии моды на территории ЕС оправданной. Так, Ирина Оберман Хаги приходит к выводу о ее чрезмерности и необоснованности [4, с. 94]. Автор отмечает, что судятся в основном крупные фирмы, которые больше заинте-

ресованы в коммерческой выгоде и ограничении конкуренции, а не в восстановлении своих прав, в то время как у начинающих дизайнеров, которые имеют непосредственный личный интерес к своим творениям, нет средств для оплаты судебных издержек. Автор считает, что вместо того, чтобы принимать законы или расширять сферу существующих прав интеллектуальной собственности, лучшим решением будет, чтобы дизайнерские сообщества культивировали внесудебные методы борьбы с копированием. И. Оберман Хаги приводит в пример различные онлайн-сообщества, в том числе *Etsy* и особенно блог «Вы думали, мы не заметили» *(«You Thought We Didn't Notice»)*. Они отслеживают случаи копирования чужих фэшн-дизайнов, осуждают и высмеивают тех, кто этим занимается, тем самым стараясь выработать в обществе отрицательное отношение к копированию и уважение к оригинальным дизайнам, делая копирование убыточными [4, с. 96].

В США защита интеллектуальных прав в индустрии моды развита намного слабее; как известно, она осуществляется только через патент или товарный знак. Фэшн-дизайн не подлежит защите в соответствии с действующим законодательством США об авторском праве. Ф. Монтальво подробно рассматривает предложенные Д. Ниммером две концепции, которые подпадают под термин «фэшн-дизайн» *(«fashion designs»)*: «дизайн ткани» *(«fabric designs»)* и «фасон одежды» *(«dress designs»)* [3]. Дизайн ткани – это образцы, используемые для самого предмета одежды (например, цветочный принт на блузке подлежит защите авторским правом). Однако фасон одежды, который определяет форму, стиль, крой и размеры для преобразования ткани в готовое платье или другую одежду, не защищены авторским правом [3].

Скотт Хемфилл и Джинни Сак, критически изучив эффекты от копирования дизайна, предлагают различать «близкое копирование» *(close copying)* и «неточное копирование» *(non-precise copying)* фирмами «быстрой моды» *(fast fashion firms)*. Эти фирмы способны скопировать фэшн-дизайн в течение нескольких дней после его первого появления на подиумах; иногда, впрочем, они выжидают, чтобы посмотреть, какие модели лучше всего примут потребители, и скопировать самые популярные [2, с. 126].

Так, например, дизайнеры Анна Суи и Диана фон Фюрстенберг подали в суд на фирму «быстрой моды» *Forever 21* за близкое копирование дизайна ткани; вместе с тем такие компании, как *H&M* и *Zara*, как правило, остаются безнаказанными, поскольку они занимаются «неточным копированием». Авторы резюмируют,

что даже те дизайнеры, которые считают творчество в некотором смысле общим достоянием, оказываются менее толерантными, когда копирование слишком близко к оригиналу [2, с. 129]. Поэтому Хемфилл и Сак считают, что в законодательстве об интеллектуальной собственности США нужно установить защиту дизайнеров от близкого копирования.

Согласно разделу 101 Закона об авторском праве США одежда – это «потребительский товар» *(«useful articles»)*, поэтому фэшн-дизайн может получить защиту авторским правом только если он отделим от «полезных» составляющих товара и может существовать независимо от них [1, с. 133]. Судебная практика различает «отделимость» «физическую» и «концептуальную». Физическая отделимость проявляется в том, что декоративные элементы «действительно могут быть удалены из исходного предмета и проданы отдельно, без ущерба для функциональности товара». Концептуальная отделимость – в том, что одежда вызывает у потребителя представление, отдельное от основной функции одежды, и «добавление этого свойства» не было вызвано желанием улучшить функциональность одежды. Например, цветочный принт может существовать отдельно от платья, а фасон платья, его форма, стиль – не могут.

Костюмы, выпускные платья, рабочие униформы, а также некоторые предметы одежды, которые в состоянии выполнять дополнительную функцию, отличную от основной функции одежды (покрытие тела человека), могут подлежать или не подлежать защите авторским правом [3]. Так, в 2005 г. Суд второго округа в деле *Chosun Int'l, Inc. vs Chrisha Creations, Ltd.* установил, что костюмы для Хэллоуина могут быть защищены авторским правом, если элементы дизайна костюма могут быть отделены от общей функции костюма как одежды.

Этот же суд в 2012 г. принял иное решение по делу *Jovani Fashions vs Fiesta Fashions*, отказав в защите авторских прав на дизайн выпускного платья, а именно – на «расположение декоративных блесток и кристаллов на лифе платья; горизонтальный атлас на линии талии платья; слои тюля на юбке». Со ссылкой на дело 1954 г. *Mazer vs Stein* суд установил, что истец не смог выполнить требования отделимости, поскольку элементы дизайна, для которых он искал судебную защиту, нельзя отделить физически от рассматриваемого платья и продать отдельно. Суд также добавил, что одежда, помимо покрытия тела, выполняет декоративную функцию, так что декоративные элементы одежды обычно

относятся к общей функции одежды, а не отделяются от нее. Однако, независимо от того, какой подход может использовать суд для определения «отделимости», защита авторских прав попрежнему в лучшем случае будет предоставляться не целому модному изделию, а лишь фрагментарно.

Поскольку решение Верховного суда по делу *Mazer vs Stein* определило, что оригинальный дизайн потребительских товаров может быть защищен авторским правом (впоследствии эта позиция нашла отражение в Законе об авторском праве в 1976 г. [3], суды США занялись разработкой разнообразных тестов на отделимость, чтобы установить, являются ли элементы дизайна одежды чисто функциональными и утилитарными, или могут ли оригинальные дизайны существовать отдельно от утилитарной цели [5, с. 273].

Прояснить вопрос защиты фэшн-дизайна авторским правом может широко обсуждаемое судебное решение 2017 г. по делу *Star Athletica, L.L. C. vs Varsity Brands, Inc.,* которое многие адвокаты по интеллектуальной собственности охарактеризовали как важное для индустрии моды событие. *Varsity Brands* подали иск против *Star Athletica*, ссылаясь на нарушение пяти своих защищенных авторским правом дизайнов для черлидинговой униформы. Окружной суд по Западному округу штата Теннесси вынес решение в пользу *Star Athletica* на том основании, что фэшн-дизайн не защищен авторским правом: он служил утилитарной функцией одежды как черлидинговой униформы и поэтому не может быть «физически или концептуально» отделен. Решение районного суда было отменено Апелляционным судом по шестому округу, который указал, что данный графический дизайн может быть отдельно идентифицируемым, потому что дизайн, нанесенный на форму, и сама по себе форма *(blank uniform)* черлидинга могут одновременно рассматриваться и как графический дизайн, и как форма для черлидинга. Суд также отметил, что дизайн мог существовать независимо, поскольку его можно было разместить на различных видах одежды или повесить на стену в качестве «искусства в рамке».

Верховный суд в своем решении истолковал Закон об авторском праве 1976 г., определив, когда «изобразительный, графический или скульптурный элемент», включенный в потребительский товар, может претендовать на авторско-правовую защиту. Суд установил двухступенчатый тест *(two-prong test)*, решив, что под защиту авторского права попадают такие элементы, которые могут

восприниматься: 1) как двух- или трехмерное произведение искусства отдельно от потребительского товара и 2) как охраняемая изобразительная, графическая или скульптурная работа – сама по себе или закрепленная в какой-либо другой материальной среде выражения, если ее можно представить отдельно от потребительского товара, в который она включена.

Ключевой компонент решения суда – отказ от обсуждения различий между физической и концептуальной отделимостью, что может положительно сказаться на судебной практике, которая страдает от отсутствия единого понимания отделимости [1, с. 133].

Отмечая значение данного решения, нельзя не упомянуть его критику. Многие юристы считают, что его влияние еще предстоит увидеть. Ожидаются массовые иски по защите авторских прав, что может оказать негативный эффект на тенденции в индустрии моды, которые связаны с некоторой степенью копирования базовых стилей.

И наконец, новым словом в развитии индустрии моды стало появление такого феномена, как «носимые технологии» *(wearable technology)*, которые Жанна Л. Шредер называет будущим вызовом для системы защиты интеллектуальных прав [6, с. 805]. В настоящее время «носимые технологии» только появляются, например *Apple Watch, Google Glass*. Являясь воплощением технологий, они попадают под защиту авторского и патентного права. Автор задается вопросом, как будет регулироваться защита дизайна технологий, когда потребитель захочет еще больше разнообразия в дизайне «носимых технологий» (как известно многие ювелирные дома уже предлагают *Apple* сотрудничество).

Список литературы

1. Афанасьева Е.Г., Афанасьева Е.А. Проблемы защиты интеллектуальных прав в американской индустрии моды // Право интеллектуальной собственности: Сборник научных трудов / РАН. ИНИОН; под ред. Е.Г. Афанасьевой, Р.М. Янковского. – М., 2017. – С. 132–139.
2. Hemphill C.S., Suk J. The law, culture, and economics of fashion // Stanford law revew. – Stanford, 2010. – Vol. 61, N 5. – P. 102–134.
   Хемфилл С.С., Сак Д. Право, культура и экономика моды.
3. Montalvo Witzburg F. Protecting fashion: A comparative analysis of fashion design protection in the United States and Europe // Cardozo art a. entertaiment law journal [online]. – 2016. – 27 Apr. – Mode of access: http://www.cardozoaelj.com/2014/09/19/protecting-fashion-a-comparative-analysis-of-fashion-design-copyright-protection-in-the-u-s-and-europe/

Монтальво Витцбург Ф. Защита моды: Сравнительный анализ защиты дизайна одежды в США и Европе.
4. Oberman Khagi I. Who's afraid of Forever 21: Combating copycatting through extralegal enforcement of moral rights in fashion designs // Fordham intellectual property, media and entertainment law journal. – N.Y., 2016. – Vol. 27, N 1. – P. 68–101.
   Оберман Хаги И. Кто боится «Forever 21»: Борьба с копированием через внесуденые формы защиты моральных прав в дизайне одежды.
5. Ruff E. If the shoe fits: The effects of a uniform copyright design test on local fashion designers // The John Marshall review of intellectual property law. – Chicago, 2017. – Vol. 17, N 2. – P. 263–277.
   Рафф Э. Если туфелька впору: Как унифицированная проверка дизайна на охраноспособность влияет на деятельность местных дизайнеров.
6. Schroeder J.L. Technology, gender and fashion // Cardozo art a. entertainment law journal. – N.Y., 2016. – Vol. 34, N 3. – P. 754–805.
   Шредер Ж.Л. Технологии, гендер и мода.

А.М. Галкина

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ СТРИТ-АРТА (Статья)

Аннотация. *В статье рассматриваются объекты стрит-арта как произведения изобразительного искусства. Изучены проблемы осуществления авторских прав на произведения стрит-арта, проводится различие между легальными и нелегальными произведениями стрит-арта, рассмотрены доводы об отсутствии необходимости правового регулирования сферы стрит-арта.*

Ключевые слова: *стрит-арт; право интеллектуальной собственности; авторское право; произведение искусства; право собственности.*

A.M. Galkina. Legal issues of street art. (Article)

Abstract. *The article considers the works of street art as pieces of art. The problems of the use of copyright on works of street art are studied and the difference between legal and illegal street art is discussed. Also the article describes the theory about absence of necessity of legal regulation of the sphere of street art.*

Keywords: *street art; intellectual property right; copyright; piece of art; property right.*

Понятие стрит-арта. Стрит-арт – направление в современном изобразительном искусстве, имеющее ярко выраженный урбанистический характер и подразумевающее нанесение художником изображения на частную или публичную собственность[1].

[1] См.: Стрит-арт. – 2015. – Режим доступа: http://contemporary-artists.ru/street_art.html

Особенностью этого направления является использование городских территорий для различного рода арт-проектов. Для стрит-арта характерна актуальность, злободневность: большая часть таких произведений направлена на выявление проблем современного общества. Популярность стрит-арта растет, и во многих городах мира, в частности Бристоле, Вифлееме, Тайчжуне, проводятся экскурсии по местам наиболее известных граффити[1].

Стрит-арт как произведение изобразительного искусства. Согласно ГК РФ, произведение, чтобы быть охраноспособным, должно существовать в объективной форме и быть создано в результате самостоятельного творческого труда. Произведения стрит-арта отвечают названным признакам. Кроме того, им присущи такие черты изобразительного искусства, как материальная форма, уникальность, художественность, изобразительность[2]. Следовательно, произведения стрит-арта охраноспособны с точки зрения ст. 1225 ГК РФ, в п. 1 которой в перечне объектов интеллектуальных прав упоминаются произведения изобразительного искусства.

Правовая природа нелегальных произведений стрит-арта. Одной из главных проблем сферы стрит-арта является защита произведений, созданных нелегально (на объекте собственности без согласия собственника)[3].

Существует две точки зрения по поводу действия авторских прав на произведения нелегального стрит-арта. Сторонники первой из них, например В.А. Удалкин, говорят о том, что поскольку в данном случае автор нарушает общие принципы гражданского права, злоупотребляет своим правом, произведению должно быть отказано в защите[4]. Создание нелегального стрит-арта может квалифицироваться как административное правонарушение (ст. 7.17, 20.1 КоАП РФ) и даже преступление (ст. 167, 213, 214 УК РФ)

---

[1] См.: *Smith C.Y.N.* Street art: An analysis under U.S. intellectual property law and intellectual property's Negative space theory // DePaul journal of art, technology a. IP law. – Chicago, 2015. – Vol. 24, N 2. – P. 263.

[2] См.: *Павлова Е.А.* Авторское право на произведения изобразительного искусства: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1984. – С. 20.

[3] См.: Graffiti and intellectual property law? – 2016. – July. – Mode of access: http://linkilaw.com/blog/where-does-graffiti-fall-under-intellectual-property-law

[4] См.: *Удалкин В.А.* Граффити: Порча имущества или объект авторского права? – Режим доступа: http://pravmisl.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=1209

и наказываться штрафом, обязательными или исправительными работами.

Существует и другая точка зрения. Так, Селия Лерман считает, что если стрит-арт соответствует минимальным требованиям охраноспособности, он должен быть защищен авторским правом даже в том случае, когда изображение выполнено нелегально; поскольку авторское право касается только нематериальной части произведения, правонарушения художника в отношении материального объекта нанесения граффити не должны исключать его защиту авторским правом[1]. По мнению С. Лерман, административные и уголовно-правовые санкции являются достаточным наказанием для тех, кто нелегально рисует граффити; лишение их авторских прав было бы ненужным дополнением[2].

Однако следует помнить, что права художников на стрит-арт ограничены. Действительно, авторское право распространяется только на нематериальный аспект произведения, в то время как права на его физическое воплощение остаются у собственника[3]. Получается, что художники не имеют права на материальную составляющую своих произведений, а владелец здания не может заявить иск о нарушении авторского права, так как он не приобретает авторские права на произведение.

С другой стороны, авторы нелегального стрит-арта могут осуществлять право на защиту целостности и неприкосновенности произведения в отношении третьих лиц, так как им художники не причиняют вреда своими действиями.

Таким образом, в доктрине существует мнение, что произведение стрит-арта соответствует минимальным требованиям охраноспособности и может быть защищено авторским правом.

Согласие собственника как ключевой элемент для признания стрит-арта легальным. Ключевое значение для признания стрит-арта легальным имеет согласие собственника имущества, на котором размещено произведение. При наличии согласия собственника создание произведения стрит-арта не порождает санкций в отношении художника.

---

[1] См.: *Smith C.Y.N.* Op. cit. – P. 296.

[2] Ibid. – P. 316.

[3] См.: *Lerman C.* Protecting artistic vandalism: graffiti and copyright law // New York university journal of intellectual property a. entertainment law. – N.Y., 2013. – Vol. 2, N 2. – P. 312.

Тем не менее согласие собственника на создание произведения не всегда гарантирует соблюдение прав художников. В контексте данной проблемы можно рассмотреть дело о центре стрит-арта *5 Pointz* в Нью-Йорке. Произведения стрит-арта были нанесены на здание с согласия собственника. Позднее собственник решил разрушить принадлежащую ему постройку и возвести на ее месте два новых многоэтажных здания, что влекло за собой уничтожение всех произведений стрит-арта. Художники обратились в суд, тем не менее их иск не был удовлетворен. Через несколько дней после данного решения владелец здания закрасил все произведения стрит-арта на еще не разрушенном здании. Он аргументировал свои действия тем, что, по его мнению, уничтожение произведений должно было привести к окончанию спора. Судья Блок, выносивший решение по делу, неоднократно критиковался в правовой литературе, в том числе в статье Сусанны Фишер[1].

По мнению С. Фишер, произведения стрит-арта, пользующиеся «признанным авторитетом», имеющие социальную и культурную ценность, должны охраняться. Проблема состоит в том, что зачастую судьи сами решают, достойно ли то или иное произведение защиты, вместо того чтобы привлечь к делу искусствоведа. Поэтому существует опасность, что «нетрадиционным» формам искусства не будет обеспечена охрана, хотя они и представляют социальную и культурную ценность.

Таким образом, даже наличие согласия собственника не всегда гарантирует, что права автора произведения стрит-арта будут в полной мере защищены.

Личные неимущественные права авторов на произведения стрит-арта. Российское законодательство выделяет следующие личные неимущественные права авторов:

1) право авторства (п. 1 ст. 1265 ГК РФ);

2) право на имя (п. 1 с. 1265 ГК РФ);

3) право на обнародование произведения (ст. 1268 ГК РФ);

4) право на отзыв (ст. 1269 ГК РФ);

5) право на неприкосновенность произведения (п. 1 ст. 1266 ГК РФ).

---

[1] См.: *Fischer S.F.* Who's the vandal? The recent controversy over the destruction of 5 Pointz and how much protection does moral rights law give to authorized aerosol art? // John Marshall review of intellectual property law. – Chicago, 2015. – Vol. 14, N 3. – P. 326–356.

Право авторства. Согласно ст. 1257 ГК РФ автором произведения признается гражданин, творческим трудом которого оно создано. Согласно этой же статье, автором считается лицо, указанное на оригинале или экземпляре произведения, если не доказано иное.

Основными проблемами в данной сфере являются присвоение и приписывание авторства на произведения. В качестве примера можно привести случай, когда произведение стрит-арта без согласия автора было использовано в индустрии моды: спор между брендом Роберто Кавалли *(Roberto Cavalli)* и художниками Ревоком *(Revoke)*, Рэйсом *(Reyes)* и Стилом *(Steel)*. Роберто Кавалли для одного из платьев использовал созданную группой художников картину без их согласия, дополнительно поставив под рисунком свою подпись, чем нарушил право авторства художников[1]. То, что произведение находится в месте, доступном для всеобщего обозрения, не означает, что его можно без согласия автора использовать в коммерческих целях, а тем более – присваивать авторство.

Право на имя. Суть данного права заключается в возможности автора произведения самостоятельно выбирать, под каким обозначением будут существовать его произведения. Автор может использовать и разрешать использование своих произведений под собственным именем, псевдонимом или коллективным псевдонимом. Данное право играет ключевую роль в творчестве уличных художников. Подавляющее большинство райтеров стремится скрыть свое настоящее имя, поэтому выбирает для себя определенный псевдоним. В сфере уличного искусства такой псевдоним называется «тег». Многие райтеры, чье настоящее имя до сих пор неизвестно, стали популярными не только среди уличных художников, но и в международном сообществе. В качестве примера можно привести такую культовую фигуру, как художник стрит-арта, творящий под псевдонимом Бенкси. Бенкси является одним из наиболее известных райтеров, его работы находят признание по всему миру, а в 2016 г. под псевдонимом Бенкси вышла книга *«Wall and Piece»* («Стена и мир»).

Право на обнародование и отзыв произведений. Согласно ст. 1268 ГК РФ, правом на обнародование произведения считается право осуществить действие или дать согласие на осуществление

[1] См.: Уличные художники обвинили Роберто Кавалли в воровстве. – 2014. – Режим доступа: https://www.buro247.kz/fashion/news/ulichnye-khudozhniki-obvinili-roberto-kavalli-v-vorovstve.html

действия, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа, публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо любым другим способом. Произведения стрит-арта можно считать обнародованным в момент создания, непосредственно в момент завершения их авторами.

Право на обнародование произведения обратимо. Это осуществляется посредством права на отзыв произведения, которое в ст. 1269 ГК РФ определено как право отказаться от ранее принятого решения об обнародовании произведения. Интерес представляет собой то, в какой мере право на отзыв может быть реализовано по отношению к произведениям стрит-арта.

Согласно ст. 1269 ГК, право на отзыв может быть осуществлено только самим автором произведения до фактического обнародования произведения. Как было сказано выше, обнародование произведений стрит-арта происходит непосредственно в момент их создания. Следовательно, применительно к произведениям стрит-арта нельзя говорить о возможности осуществления автором права на отзыв. Это, конечно, не означает, что художник не может удалить или закрасить свое произведение по согласованию с собственником объекта, на который оно нанесено.

Одной из ключевых особенностей стрит-арта является его недолговечность. Стрит-арт может быть удален под воздействием естественных природных явлений, посредством действий коммунальных служб или других художников.

Право на неприкосновенность произведений. Смысл права на неприкосновенность произведения, согласно ст. 1266 ГК РФ, заключается в том, что внесение изменений, сокращений и дополнений в произведение, снабжение произведения иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями не допускается без согласия автора.

Применительно к произведениям стрит-арта смысл данного права заключается в том, что у автора существуют правомочия для защиты произведения от различных воздействий: нанесений рисунков, пометок другими художниками, иными лицами, какое-либо иное искажение произведения.

Так, известен случай, когда певица Кэти Перри появилась на публике в платье из коллекции Москино *(Moschino)*, в дизайне которого было без согласия автора использовано граффити художника Джозефа Тирни *(Joseph Tierney)*, творящего под псевдонимом Райм *(Rime)*. Более того, создатель платья – дизайнер Джереми

Скотт – нанес собственные наброски поверх рисунка, чем нарушил еще и право автора на неприкосновенность произведения[1].

Исключительные права. Следует рассмотреть исключительные права на произведения стрит-арта, суть которых заключается в использовании автором своего произведения любым не запрещенным законом способом и получении прибыли от реализации своего произведения.

Основной проблемой охраны обнародованных произведений является использование их третьими лицами в коммерческих целях. Согласно ст. 1276 ГК РФ, произведения стрит-арта не могут быть использованы третьими лицами с целью извлечениями прибыли.

Примером незаконного использования произведения стрит-арта в коммерческих целях является спор между художницей Майей Хайюк, с одной стороны, и певицей Сарой Бареллис и брендом *Coach* – с другой. Бареллис использовала граффити Хайюк как основное изображение в своих рекламных и промоматериалах без согласования с автором. Хайюк подала в суд и взыскала с обоих ответчиков по 150 тыс. долл.[2] Интерес представляет вопрос о том, как этот спор был бы разрешен по российскому праву. Очевидно, что произведение Хайюк является произведением изобразительного искусства и было неправомерно использовано без согласия автора. Так, согласно ст. 1229 ГК РФ: «Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом». Статья 1276 ГК РФ допускает свободное использование произведения, постоянно находящегося в месте, открытом для свободного посещения, за исключением случаев, если изображение произведения является основным объектом использования или изображение произведения используется в целях извлечения прибыли. Следовательно, в подобном случае иск автора был бы удовлетворен.

---

[1] См.: Intellectual property law, trademarks, copyright, and fashion. 2017 / *Gray E., Watts R., Chapman S., Cooke J.* – Mode of access: http://threadnz.com/fashion/intellectual-property-law-trademarks-copyright-and-fashion-2/

[2] См.: Elie Muralist Maya Hayuk sues Sara Bareilles and Coach for copyright infringement. – 2014. – Mode of access: http://www.boweryboogie.com/2014/08/muralist-maya-hayuk-sues-sara-bareilles-coach-copyright-infringement/

В качестве другого примера можно рассмотреть конфликт певицы Кайзы и уличного художника, творящего под псевдонимом Джейми Хеф. Хеф обвинял Кайзу в неправомерном использовании его граффити. Речь шла о клипе певицы на песню *Hideaway*, где на заднем плане в кадре появляется работа Хефа. В данном случае произведение Хефа не являлось основным объектом воспроизведения, оно лишь случайно попало в кадр. Несмотря на то что видео было снято с коммерческой целью, вряд ли можно говорить о том, что именно произведение Хефа послужило причиной успеха видео. Кроме того, если проводить параллели с российским правом, важно обратить внимание на п. 2 ст. 1276 ГК, согласно которому допускается свободное использование изображений произведений архитектуры. В данном случае основной целью изображения и основным объектом изображения являлось здание, но не произведение Хефа. В этом состоит отличие данного казуса от казуса «Баррелис и Коач против Хайюк», так как в «казусе Хайюк» основным объектом изображения являлось именно произведение стрит-арта.

Право доступа. Право доступа не относится ни к исключительным, ни к личным неимущественным правам, так как его содержание состоит во вторжении в право собственности на вещь, в которой воплощено произведение изобразительного искусства; посредством права доступа автору как бы передается часть правомочия собственника по пользованию произведением-вещью в конкретных определенных законом пределах. Право доступа есть право автора изобразительного произведения требовать от собственника оригинала произведения предоставления возможности воспроизводить свое произведение. По мнению В.А. Удалкина, автор в процессе реализации права доступа осуществляет право на воспроизведение произведения[1].

Применительно к произведениям стрит-арта право на доступ может быть легко реализовано автором, так как работа изначально находится в местах, открытых для всеобщего доступа. Спор может возникнуть в том случае, если собственник здания каким-либо образом закроет доступ к изображению. В таком случае автор вправе требовать, чтобы собственник допустил его к своему произведению. С другой стороны, если стрит-арт был создан нелегально, собственник объекта сможет противопоставить требованию автора

[1] См.: *Удалкин В.А.* Интеллектуальные права на произведения изобразительного искусства: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010. – С. 171.

заявление о том, что его предъявление является злоупотреблением правом.

Необходимость правовой защиты произведений стрит-арта. Несмотря на то что стрит-арт, как было показано выше, соответствует признакам охраноспособности, в доктрине существует мнение о том, что сфера стрит-арта является своеобразным исключением и не нуждается в правовом регулировании.

Некоторые ученые считают, что уличное искусство относится к художественному направлению, регулирование которого правом интеллектуальной собственности не только не способствует творчеству художников, но и препятствует ему. Применительно к данной сфере можно говорить об обычае как источнике норм, так как нормы поведения, касающиеся отношений между рейтерами, разрабатывались на протяжении всего периода существования граффити самими райтерами и не были закреплены в законодательстве.

Аналогичную точку зрения высказывает Элизабет Розенблатт в статье «Теория негативного пространства в сфере интеллектуального права»[1]. По мнению Э. Розенблатт, индустрия стрит-арта идеально вписывается в пространство со слабым регулированием нормами права интеллектуальной собственности. Автор считает, что творческую индустрию можно отнести к сфере слабого правового регулирования в следующих случаях: 1) когда целью творчества является вознаграждение, которое не зависит от исключительных прав; 2) когда существует высокая заинтересованность общественности или создателя в свободном доступе к произведению без ущерба для творчества; 3) когда исключительное право может нанести ущерб дальнейшему творчеству; 4) когда художники предпочитают инвестировать ресурсы в дальнейшее творчество, а не в охрану или обеспечение соблюдения прав интеллектуальной собственности.

Постепенное разрушение и непостоянность данных произведений искусства мотивируют их создателей к тому, чтобы генерировать новые идеи и поддерживать такую черту стрит-арта, как «соответствие событиям действительности»[2]. Отсутствие правового регулирования не будет препятствовать созданию уличного искусства, стрит-арт продолжит процветать и без поддержки какими-либо экономическими стимулами.

---

[1] Цит. по: *Smith C.Y.N.* Op. cit. – P. 283.

[2] Ibid. – P. 287.

Тем не менее большая часть деятелей юриспруденции и культуры придерживается мнения о том, что правовое регулирование сферы стрит-арта необходимо, несмотря на то что это достаточно «вольное» направление в искусстве. Так, например, Селия Лерман считает, что правовая защита стрит-арта не только не приведет к увеличению количества нелегальных произведений, но и мотивирует художников к тому, чтобы находить больше легальных мест для изображения граффити.

Заключение. Сфера стрит-арта в данный момент стала очень популярной. Уличное искусство выходит на новый уровень, райтерами создаются уже не просто надписи и примитивные изображения на стенах, но настоящие картины.

Следовательно, дальнейшее развитие правового регулирования института «нетрадиционного искусства» неизбежно. Необходимо в процессе правоприменения совершенствовать способы защиты прав авторов на произведения современного искусства и стрит-арта в частности.

Несмотря на отсутствие специального законодательства о стрит-арте, на него распространяются нормы авторского права на произведения изобразительного искусства. Тем не менее правоприменителю необходимо помнить и об особенностях такого искусства, как стрит-арт.

В тех случаях, когда для регулирования отношений по поводу произведений стрит-арта норм законодательства об авторском праве и обычаев окажется недостаточно, пробелы могут быть восполнены с учетом общих принципов гражданского права, в частности: принципа незлоупотребления правом, неприкосновенности собственности, беспрепятственного осуществления гражданских прав, справедливости и других.

Е.А. Афанасьева

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ВИРТУАЛЬНОЙ И ДОПОЛНЕННОЙ РЕАЛЬНОСТИ (Обзор)

DOI: 10.31249/prae/2018.01.04

Ключевые слова: *интеллектуальная собственность; интернет-право; неприкосновенность частной жизни; конфиденциальная информация; персональные данные; умные вещи; виртуальная реальность; дополненная реальность; права потребителей; США; компьютерные игры; интернет-торговля.*

Keywords: *intellectual property; Internet law; privacy; confidential information; personal information; smart things; virtual reality; augmented reality; consumer rights; USA; computer games; Internet commerce.*

В своей статье, посвященной виртуальной реальности, Кристал Нванери обращается к научно-фантастическому роману Эрнеста Клайна *«Первому игроку приготовиться»*. Один из героев романа, Джеймс Хэллидей, создатель платформы виртуальной реальности OASIS, оставляет в игре три ключа и пасхальное яйцо, отыскав которые и пройдя сквозь лабиринты OASISa, игрок станет обладателем его многомиллиардного состояния. Корпорации и пользователи сбиваются с ног, чтобы получить доступ к этим богатствам. События происходят в 2045 г. – в сравнительно недалеком будущем [3, с. 601].

С появлением коммерчески жизнеспособных гаджетов и игр, связанных с виртуальной реальностью, аналогичное будущее видится К. Нванери вполне правдоподобным. Однако прежде чем шагнуть в это будущее, юристы, консультирующие разработчиков программного обеспечения и производителей контента, должны

ознакомиться с правовыми последствиями появления виртуальной реальности (*virtual reality* – VR) и дополненной реальности (*augmented reality* – AR), используемых в коммерческих целях, чтобы наилучшим образом защитить интересы своих клиентов.

В соответствии с одним из подходов виртуальная реальность представляет собой созданный техническими средствами мир, передаваемый человеку через его ощущения и имитацию физического воздействия. Таким образом, виртуальная реальность способна полностью воссоздать и симулировать физическое окружение человека за счет звуковых, тактильных и визуальных программных средств с помощью специальных устройств, таких как шлем или очки, перчатки и джойстики со встроенными гироскопическими системами и технологиями 3 D и HDMI. Все чаще в понятие виртуальной реальности включается мир, существующий в рамках компьютерных игр, где реализованы возможности симуляции различных действий в созданном разработчиками программном пространстве. С технической же стороны виртуальная реальность представляет собой средство симуляции определенных действий человека в рамках предоставленного интерфейса определенного программного продукта [1, с. 148].

Казалось бы, человечество так или иначе знакомо с виртуальной реальностью еще с конца 1950-х годов, когда появились первые видеоигры, и уже тогда ученые заговорили о юридических последствиях VR, однако по-настоящему виртуальная реальность вошла в нашу жизнь с приходом «цифровой эры». Портативные устройства VR только недавно превратились в товары массового потребления. Поэтому правовое регулирование этой сферы стало так актуально именно сейчас. Какие же юридические проблемы готовит нам сегодняшняя индустрия VR и AR?

Современная технология VR способна очень правдоподобно моделировать реальность. Например, шлем *«Oculus Rift»* содержит датчики, которые определяют ориентацию и наклон головы пользователя, и состоит из маски с экраном, достаточным, чтобы охватить около ста градусов зрения пользователя. Программисты, купившие программное обеспечение у *«Oculus»*, создали множество игр. Некоторые из них акцентируют внимание на опыте от первого лица, другие же предлагают пользователю иной уникальный опыт – взглянуть на вымышленный мир отстраненно, «с позиции бога».

Возможности и масштабы применения VR значительно отличаются от цифровых миров видеоигр, которые регулируются и постоянно расширяются одной компанией, выпускающей серии

одной линейки игры в течение нескольких лет. VR-игры разрабатываются для устройств, так же как приложения для смартфонов и планшетов, – разработчики самостоятельно создают контент, а пользователи могут загружать приложения через магазин *«Oculus»*.

Что же касается дополненной реальности, то техническая лаборатория при Вашингтонском университете определяет AR как «мобильную или внедренную технологию, которая воспринимает, обрабатывает и выводит данные в реальном времени, распознает и отслеживает объекты реального мира и предоставляет контекстную информацию или симуляцию человеческих чувств» [2, с. 1]. Ярким примером дополненной реальности является мобильная игра *«Pokémon Go»*, которая была запущена в июле 2016 г. и в течение нескольких недель приобретала по 45 млн уникальных пользователей в день. Увы, ее популярность стала падать так же быстро: игра потеряла четверть своей пиковой аудитории уже в августе. Игра *«Pokémon Go»* стала своего рода первопроходцем, популяризировав концепцию «дополненной реальности».

Для игроков *«Pokémon Go»* приключения начинаются, стоит выйти из дома – незнакомцы становятся союзниками, а общественные места – полем для исследования. Игра дает потенциально бесконечные возможности для творчества разработчиков, которые могут «расширить» физический мир. AR накладывает искусственные элементы на окружающие объекты, в отличие от виртуальной реальности, которая предлагает автономные искусственные среды. Технолог Томи Ахонен назвает AR «восьмым средством массовой информации» после печати, записи, кино, радио, телевидения, Интернета и мобильного телефона и прогнозирует рост популярности AR огромными темпами [2, с. 1].

Несмотря на то что новые технологии ранее были применены в таких приложениях, как *Waze* (предлагает навигацию в режиме реального времени), *Google Sky* (помогает ориентироваться на звездном небе), и информационных приложениях, таких как *Yocp's Monocle* (показывает рейтинги местных компаний), приложения AR могут пойти еще дальше – например, предоставлять в режиме реального времени изложения теле- и киносценариев для глухих или тактильные субтитры для слепых. Дополненная и виртуальная реальности могут быть использованы для обучения (например, вождению) и способны значительно снизить стоимость и риски, связанные с обучением людей выполнению опасных заданий, таких как сварка или даже хирургическое вмешательство.

В связи с распространением игры *«Pokémon Go»* выявился ряд правовых проблем, которые возникают в дополненной реальности. Это проблемы безопасности (и кибербезопасности), конфиденциальности, свободы мнений, электронной коммерции и ответственности посредников. К ним также относятся вопросы, связанные с вводом «чувствительной» информации, которую принимает устройство или платформа AR или VR, а также защитой передаваемой информации.

Здравоохранение и безопасность – области, вызывающие особую озабоченность в связи с новыми технологиями AR и VR, которые способны отвлечь пользователей от полного осознания их физического окружения. Пользователь может получить травму, натолкнувшись на предметы реального мира, или отвлечься, например, находясь за рулем автомобиля. С момента запуска *«Pokémon Go»* поступили десятки сообщений об авариях, предположительно связанных с приложением. А. Хобсон приводит данные из одной статьи в медицинском журнале *«JAMA internal medicine»*, согласно которым *«Pokémon Go»* в течение 10 дней стала причиной 14 автокатастроф. По мнению авторов этой статьи, играть в игры с дополненной реальностью до разработки специальных норм – небезопасное занятие. Член Ассамблеи штата Нью-Йорк Феликс Ортис заявил, что руководители компании *«Pokémon Go»* подлежат корпоративной ответственности и понесут наказание, если проблема безопасности не будет решена [2, с. 2].

Также немаловажно проверять AR-приложения на достоверность дополненных данных. Хотя авторы справочных приложений и практических видеороликов традиционно не считались виновными, если в результате их использования человек неправильно идентифицировал ядовитую змею или, например, несъедобный гриб, приложения AR, которые применяют искусственный интеллект для обеспечения позитивной идентификации, должны подвергаться более строгой проверке. Если приложение-ассистент ошибочно идентифицирует часть автомобиля, и эта ошибка приведет к травме, пользователи смогут подать в суд. Кроме того, производители и разработчики приложений могут быть обвинены в небрежности, если наложенная в реальном времени информация отвлекает пользователя от определения такой опасности, как, например, скала или движущееся транспортное средство. Полномочия по применению федеральных стандартов безопасности продукции к устройствам VR и AR должна получить Комиссия по безопасности потребительских товаров *(CPSC)*.

Создатели *«Pokémon Go»* столкнулись не только с собственно правовыми проблемами, но и с проблемами на грани права и этики. В Индии в адрес *«Pokémon Go»* были поданы жалобы в связи с неуважением чувств верующих (индусов и джайнистов, многие из которых являются вегетарианцами, и для которых было оскорбительно наличие яйцеподобного покемона в местах отправления культа). Аналогичные ситуации складывались в Мемориальном музее Холокоста в Вашингтоне и в японском Мемориальном парке мира в Хиросиме. Там покемоны также были удалены после жалоб посетителей. Эти инциденты стали поводом для дискуссий на тему свободы слова и этики в Интернете, а также в AR и VR. В различных юрисдикциях не совпадают нормативные требования, которые регулируют типы речи в зависимости от ситуации. Например, Хартия Европейского союза об основных правах требует, чтобы государства-члены криминализировали высказывания, содержащие ненависть и направленные против некоторых охраняемых объектов. В Соединенных Штатах законодательные и нормативные подходы к проблеме выражения мнения в значительной степени регулируются Первой поправкой.

Распространение AR и VR, вероятно, вызовет новые опасения по поводу таких вопросов, как пассивный сбор данных, распознавание лиц, наблюдение и целевая реклама. Как отмечает К. Нванери, риски, связанные с нарушением конфиденциальности, особенно актуальны для пользователей VR. По мере того как VR-гаджеты становятся более сложными, они также, вероятно, будут поставляться с периферийными устройствами, которые собирают биометрические данные, такие как частота сердечных сокращений пользователя и движения рук или зрачков. Благодаря таким технологическим разработкам компании смогут отслеживать каждый шаг пользователя. Например, политика конфиденциальности *«Oculus»* гласит, что компания будет собирать предоставленную пользователями информацию о том, как они получают доступ к VR-сервисам, информацию об играх, установленных на их устройствах и, самое главное, «информацию о физических движениях пользователей и объеме, в котором они используют гарнитуру виртуальной реальности». Сбор всей этой информации позволяет компаниям получать более широкое представление о потребителях, включая их физические характеристики, возраст, семейное положение или здоровье. Наличие таких обширных данных о пользователях может способствовать дискриминации или массовой слежке. Риски нарушения конфиденциальности возрастают,

если серверы компании, которая сохраняет такие данные, взломаны и информация попадает в чужие руки. Это означает, что компании, разрабатывающие VR-оборудование или приложения, должны окончательно решить, в каком объеме они будут отслеживать и сохранять пользовательские данные, и четко сообщать об этом пользователям через политику конфиденциальности [3, с. 623].

На федеральном уровне Федеральная торговая комиссия *(FTC)* применяет правила конфиденциальности, запрещающие «несправедливые или вводящие в заблуждение действия или практику в торговле или влияющие на торговлю». В 2010 г. FTC разработала руководящие принципы для онлайн-рекламы, которые требуют, чтобы потребителям было разрешено отказаться от отслеживания их онлайн-активности. В тех штатах, которые в деле обеспечения конфиденциальности потребителей пошли дальше существующих федеральных правил, сервисы, связанные с AR и VR, подпадают под более детальное правовое регулирование. В 2003 г. Калифорния приняла первый закон о требовании для операторов и web-приложений публиковать в обязательном порядке политику конфиденциальности. Отдельные штаты также ввели законы, ограничивающие сбор биометрических и геоданных учащихся.

Другая проблема, вызывающая тревогу, связана с тем, как правоохранительные и иные государственные органы будут рассматривать информацию, собранную компаниями посредствам AR и VR. Согласно доктрине «третьей стороны», правительство США может получать только добровольно переданную третьими сторонами информацию. Однако справедливо полагать, что пользователи могут испытывать дискомфорт по поводу возможности такого предоставления их «чувствительных» данных правоохранительным и иным государственным структурам.

AR и VR меняют способ взаимодействия потребителей с объектами патентных прав, товарными знаками и произведениями, защищенными авторскими правами, обнажая проблему добросовестного использования.

Применение AR-приложений в общественных местах в качестве триггеров, основанных на местоположении, может вызвать конфликты между владельцами AR-сервисов и владельцами мест, к которым они привязаны. Функция камеры в игре *«Pokémon Go»* позволяет пользователям делать снимки покемонов, «найденных» в реальном мире. Некоторые из этих фотографий могут включать товарный знак или защищенный авторским правом контент,

например логотипы компании. Возникает вопрос о правомерности записи или преобразования материалов, защищенных авторскими правами или товарными знаками.

В случаях публичного воспроизведения и исполнения объектов интеллектуальной собственности они могут быть определены как «общедоступные», если они транслируются в нескольких местах, что, вероятно, будет иметь место в VR и AR. Таким образом, проблема определения границ добросовестного использования объектов интеллектуальной собственности будет перенесена и в виртуальное пространство.

Поскольку виртуальная и дополненная реальности в настоящее время являются самой инновационной и стремительно набирающей обороты технологией в играх, в ближайшем будущем прецедентное право в этой области интеллектуальной собственности станет наиболее актуальным. Однако весьма вероятно, что VR и AR будут использоваться в других областях (в науке, медицине, образовании, архитектуре и дизайне, индустрии развлечений и других), где вряд ли можно будет опираться на судебную практику, касающуюся игр.

Безопасность пользователей, конфиденциальность, свобода выражения, этика и защита авторского права в VR и AR – эти сферы содержат пробелы в правовом регулировании, требующие вмешательства законодателей. К. Нванери призывает их поторопиться, так как уже на данный момент законодательное регулирование не поспевает за технологиями [3, с. 604].

Список литературы

1. Абдуллина Э.И. Правовые аспекты создания и использования сложных объектов интеллектуальных прав в виртуальной реальности // Актуальные проблемы российского права. – М., 2017. – № 9. – С. 147–152.
2. Hobson A. Reality check: The regulatory landscape for virtual and augmented reality // R street policy study. – Washington, 2016. – Vol. 69. – P. 1–5.
   Хобсон А. Проверка реальности: Состояние правового регулирования виртуальной и дополненной реальности.
3. Nwaneri C. Ready lawyer one: Legal issues in the innovation of virtual reality // Harvard journal of law & technology. – Boston, 2017. – Vol. 30, N 2. – P. 601–627.
   Нванери К. Готовься, юрист: Правовые вопросы в новой среде виртуальной реальности.

Раздел 5
СОВРЕМЕННОЕ ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И СОХРАНЕНИЕ КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ

Г.Н. Андреева

ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ КОЛЛЕКТИВНОЙ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ КОРЕННЫХ НАРОДОВ (Обзор)

DOI: 10.31249/prae/2018.01.05

Ключевые слова: *коллективная интеллектуальная собственность; права коренных народов; традиционные выражения культуры; наследие коренных народов; мультикультурализм; авторское право; патентное право; законодательство о недобросовестной конкуренции; законодательство о географических указаниях.*

Keywords: *collective intellectual property; rights of indigenous people; traditional cultural expressions; heritage of indigenous people; multiculturalism; copyright; patent law; legislation on unfair competition; legislation on geographical indications.*

К коренным народам в настоящее время относят около 5 тыс. групп населения, проживающих в 70 странах и включающих около 370 млн человек[1]. Традиционные выражения культуры и традиционные знания[2] коренных народов длительное время счи-

[1] Сайт ООН. – Режим доступа: www/un.org/ru/letsfightracism/indigenous.shtml

[2] Эти термины являются устоявшимися и используются для характеристики культуры коренных народов в актах и публикациях ВОИС и, соответственно, в научной литературе по интеллектуальной собственности коренных народов. Под традиционными выражениями культуры понимаются «материальные и нематериальные формы, в которых выражаются традиционные знания и культура» [2, с. 9]. Под традиционными знаниями коренных народов «обычно понимаются ноу-хау, навыки, инновации и практики, созданные коренными народами и местными общинами» [там же].

тались чем-то не требующим специальной защиты в качестве объекта интеллектуальной собственности, а нередко и не признавались таковыми в силу неопределенности субъекта данного права применительно к коренным народам. Однако в последние десятилетия по мере роста значения интеллектуальной собственности в целом в мире благодаря новым технологиям и бурному развитию туризма, распространению идей мультикультурализма, большей доступности знаний о жизни коренных народов, их достижениях и культуре; осознания коммерческой привлекательности и вместе с тем незащищенности правом многих аспектов жизни коренных народов, а также необходимости охраны их сакральных знаний как части самоидентификации и благополучия этих народов вопрос о защите их интеллектуальной собственности приобрел особое значение. Большое внимание ему уделяют международные организации, во многих странах произошли позитивные изменения в национальном законодательстве и в судебной практике, поскольку суды стали использовать свои возможности, чтобы расширить сферу защиты культурного наследия и коллективной интеллектуальной собственности коренных народов [4, с. 1314]. Предметом данного обзора является анализ современной ситуации в сфере правового регулирования интеллектуальной коллективной собственности коренных народов в оценке юристов разных стран.

Сложность правового регулирования коллективной интеллектуальной собственности предопределена целым рядом причин и прежде всего разницей в мировоззрении коренных народов и западном мировоззрении, отражением которого является право как на международном, так и на национальном уровнях. Западное правопонимание базируется на идее установления по возможности четко определенных правовыми актами во времени и пространстве прав и обязанностей, особенно в отношении права собственности (эта особенность западного мышления только в устойчивых географических и юридических границах в научной литературе образно охарактеризована как «улица кончается здесь, а частная собственность начинается там») [14, с. 96], поэтому наиболее важные права коренных народов имеют по западным меркам «расплывчатый» характер, сложный для фиксации в правовых нормах. Культурное наследие для коренных народов не является собственностью или владением в западном понимании, поскольку это то, что они унаследовали от прежних поколений и обязаны передать следующим [там же], и именно в этом для них состоит смысл их прав. В отличие от западного понимания культурного наследия,

которое можно сохранить, поместив, например, в музей и тем самым не утратить объект права интеллектуальной собственности, коллективная интеллектуальная собственность коренных народов должна использоваться и развиваться ими, поскольку для передачи следующим поколениям она должна быть «живой», т.е. сохраняться в повседневной жизни и деятельности коренных народов. Это требует решения целого комплекса социально-экономических проблем при участии коренных народов, причем в процессе их решения необходимо создавать атмосферу доверия и соблюдения права коллективной интеллектуальной собственности. Уважение к местным знаниям предполагает и право коренных народов делиться ими не в полной мере, если они считают, что утратят при этом что-то важное [14, с. 97]. Отсюда сложности в достижении согласия между государством и коренными народами, поскольку то, что государство признает и защищает в качестве культурного наследия, не обязательно согласуется с тем, что сами коренные народы считают своим культурным наследием [4, с. 1313].

Кроме того, мировосприятие коренных народов – целостное, сакрально связанное с местом их проживания и природой, соответственно, охрана культурного наследия не может осуществляться в отрыве от сохранения за коренными народами территорий и биоразнообразия мест их проживания, что, в свою очередь, предопределяет защиту права коллективной интеллектуальной собственности как части целого комплекса мероприятий – от территориального планирования до борьбы с вредными насекомыми для сохранения биоразнообразия. Как отмечают юристы, сложно, если вообще возможно, защитить культурное наследие коренных народов, не защищая окружающую среду, в которой они проживают [там же]. Так, сохранение различного рода ритуалов коренных народов, связанных с водой (омовениями в определенном, священном для них месте), включает признание права коренных народов на воду и широкого спектра сопутствующих и связанных с ним прав [8, с. 10]. В Европе, например, известность приобрело принятое в 2016 г. в Норвегии судебное решение в пользу представительницы коренного народа саамов, которая отказалась выполнять указание властей об обязательном сокращении численности стада оленей со 116 до 75, доказав в суде, что это нарушает ее право на традиционный образ жизни и культуру, поскольку при таком сокращении поддерживать прежний традиционный образ жизни было бы невозможно [11, с. 70].

Наконец, сложность для западного правового регулирования и правоприменения представляет коллективный характер права интеллектуальной собственности коренных народов, поскольку речь идет не о коллективе, составленном из конкретных лиц (как, например, в авторском коллективе монографии, что вполне успешно регулируется западным авторским правом), а о коллективе в «текучем» состоянии, состав которого со временем по мере рождения одних членов и смерти других меняется, но при этом права, относящиеся к культурному наследию, навсегда принадлежат им как носителям традиции. Это также отличается от общих подходов западного права (например, авторского, жестко устанавливающего и круг наследников, и сроки действия данного права) и требует специального регулирования.

Международно-правовое регулирование коллективной интеллектуальной собственности коренных народов. К настоящему времени принято уже значительное число международно-правовых актов, которые защищают коллективную интеллектуальную собственность коренных народов, в том числе Декларация по окружающей среде и развитию (Рио-де-Жанейро, 1992 г.), Декларация о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам 1992 г., Рамочная конвенция Совета Европы о защите национальных меньшинств 1995 г., Декларация ООН о правах коренных народов 2007 г., Конвенция № 169 МОТ «О коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах» 1989 г., Американская декларация о правах коренных народов 2016 г. и др. Хотя все эти акты анализируются в работах юристов, особое значение придается Декларации ООН о правах коренных народов 2007 г. и Американской декларации о правах коренных народов 2016 г. как самым значимым из недавно принятых документов [3, с. 14; 6, с. 180–181 и др.].

Часть 1 ст. 31 Декларации ООН о правах коренных народов 2007 г. содержит важное положение о том, что «коренные народы имеют право на сохранение, контроль, охрану и развитие своего культурного наследия, традиционных знаний и традиционных форм культурного выражения, а также проявлений их научных знаний, технологий и культуры, включая людские и человеческие ресурсы, семена, лекарства, знания свойств фауны и флоры, традиции устного творчества, литературные произведения, рисунки, спорт, традиционные игры и изобразительное и исполнительское искусство. Они имеют также право на сохранение, контроль,

защиту и развитие своей интеллектуальной собственности на такое культурное наследие, традиционные знания и традиционные формы выражения культуры». Во второй части ст. 31 установлено, что «совместно с коренными народами государства принимают действенные меры в целях признания и защиты этих прав».

Поскольку сохранение культурного наследия коренных народов и их права на интеллектуальную собственность, особенно нематериальную, прямо связано с владением землей и биологическими ресурсами, для создания условий их сохранения и развития важно соблюдение норм международного права, содержащихся в Конвенции о биологическом разнообразии 1992 г., которая в ст. 8 (п. j) связала воедино биологическое разнообразие, традиционные знания и традиционные выражения культуры, устанавливая, что государства «должны обеспечивать уважение, сохранение и поддержание знаний, нововведений и практики ведущих традиционный образ жизни коренных народов и местных общин, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия». Успешные проекты сохранения культурного наследия и биологического разнообразия места их проживания реализуются в ряде национальных парков. Так, в исследованиях о сохранении редких или уникальных типов заболоченных мест особо отмечаются примеры того, как использование культурных ценностей коренных народов, применение основанных на традиционных знаниях методов и участие соответствующего сообщества коренного народа способствовали сохранению и устойчивому развитию таких ценных экосистем, как болота в Ботсване, Канаде, Мавритании, Японии и других странах [10].

Один из новых международных актов – Американская декларация о правах коренных народов 2016 г., принятие которой было охарактеризовано в СМИ как «окончание 17-летнего ожидания коренных народов» [7, с. 11]. Несмотря на определенную противоречивость данного акта, он является существенным продвижением вперед в вопросе защиты коллективной интеллектуальной собственности коренных народов, поскольку ст. XXVIII, имеющая подзаголовок «Защита культурного наследия и интеллектуальной собственности», не только прямо указывает на их ценность и значимость, но и обязывает государства принимать меры по их защите.

Документы ЮНЕСКО, прежде всего Универсальная декларация ЮНЕСКО о культурном разнообразии 2001 г. и Конвенция о защите нематериального культурного наследия 2003 г., подчеркивают ценность системы автохтонных знаний коренных народов

и их вклад в культурное разнообразие человечества и сохранение нематериального культурного наследия [3, с. 18]. В рамках Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) защита интеллектуальной собственности осуществляется, прежде всего, обычными средствами защиты интеллектуальной собственности (см. раздел 3 данного обзора). Вместе с тем в настоящее время Комитет ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору ведет переговоры о выработке международного документа или нескольких документов об охране традиционных знаний и традиционных выражений культуры [2, с. 11].

Следует отметить, что правовое воздействие международно-правового и вытекающего из него национального регулирования является неоднозначным: усиливая защиту интеллектуальной собственности, оно нередко способствует тому, что в литературе называется «эстетизацией канибализации» или «экзотизацией» традиционных культурных ценностей [6, с. 181]. Здесь важны правильные акценты в культурной политике государств, особенно в отношении использования достижений коренных народов в развитии туризма и индустрии развлечений.

Конституционные положения о праве коллективной интеллектуальной собственности коренных народов. Изменение отношения к коренным народам и их культурному достоянию относительно недавно стало получать конституционное отражение. Этот вопрос еще не изучен в России в достаточной мере[1]. Конституционные положения о коренных народах создают основу для признания и углубления процессов автономии коренных народов [13, с. 54].

Конституционную основу для признания права коллективной интеллектуальной собственности коренных народов создают, в первую очередь, две группы конституционных норм: нормы о множественности культур государства и нормы, прямо устанавливающие право коллективной интеллектуальной собственности.

Конституционные положения о множественности культур в государстве, отражающие существование коренных народов, присутствуют в различных формулировках в конституциях целого ряда стран Латинской Америки (в Колумбии, Гватемале, Никара-

[1] См. об этом: *Андреева Г.Н.* Конституционные основы права интеллектуальной собственности в зарубежных странах // Право интеллектуальной собственности: Сб. науч. тр. / ИНИОН РАН. – М., 2017. – С. 18.

гуа, Боливии, Коста-Рике и др.) [13, с. 43]. В регионе они стали появляться в 90-х годах XX в., данное явление в науке получило наименование «мультикультурного конституционализма» как явления разрушения господствовавшего ранее универсалистского дискурса [13, с. 43]. Новое научное понятие и дискуссия о его содержании привлекли внимание общественности к проблемам коренных народов и стимулировали государства на создание министерств по делам коренных народов и иных государственных органов, занимающихся проблемами коренных народов [там же]. Нормы о многообразии культур (мультикультурализме) в государстве являются одним из первых шагов для признания права коренных народов на их культурное достояние, поскольку в отличие от монокультурного государства, признающего только господствующую культуру, культура коренных народов в государстве с множественностью культур занимает свое место. Вместе с тем в литературе отмечается, что практика реализации идеи мультикультурализма в разных странах различна. При узкой трактовке прав человека в области культуры, когда главной целью становится контроль за этническими конфликтами и поддержание социальной стабильности (обзор литературы по данной теме см., например: 6, с. 180), политика мультикультурализма способна стать новой стратегией воспроизводства социального неравенства. И наоборот, акцент в рамках политики мультикультурализма на развитии и сохранении культур коренных народов позволяет сделать шаг вперед в охране их интеллектуальной собственности, стимулирует усилия по восстановлению наследия предков коренных народов [6, с. 179].

Положения о коллективной интеллектуальной собственности коренных народов с использованием данного термина вошли в конституции Венесуэлы, Эквадора, Боливии и Мексики. Так, ст. 124 Конституции Венесуэлы 1999 г. устанавливает, что «гарантируется и защищается коллективная интеллектуальная собственность на познания, технологию и новшества индейских народов. Любая деятельность, связанная с генетическими ресурсами и познаниями, ассоциированными с ними самими, преследует коллективную выгоду. Запрещено регистрировать патенты на эти ресурсы и древние познания»[1]. Данная статья, таким образом, охватывает несколько аспектов защиты коллективной интеллектуальной

[1] Конституции государств Америки: В 3 т. – М.: Норма, 2000. – Т. 3: Южная Америка. – С. 340.

собственности: она устанавливает общий конституционный принцип ее защиты, конкретизирует объекты данного права, гарантирует коллективный характер получения выгоды от нее и устанавливает запрет на патентование в данной области.

Поднятие защиты коллективной интеллектуальной собственности на конституционный уровень означает ее признание в качестве конституционной ценности, обладающей повышенной защитой, остальное законодательство оценивается с точки зрения соответствия конституционным положениям, кроме того, это позволяет обращаться за ее защитой не только в обычные, но и в конституционные суды.

Пределы и возможности защиты коллективной интеллектуальной собственности коренных народов общими нормами авторского, патентного и других отраслей права. В национальной научной литературе и публикациях экспертов ВОИС большое внимание уделяется изучению вопроса о возможности защиты интеллектуальной собственности коренных народов с помощью обычных средств защиты интеллектуальной собственности. Эти возможности предопределяются особенностями национального законодательства в сфере интеллектуальной собственности и могут быть шире или уже. В некоторых странах в законодательство общего характера включаются положения о культурном наследии коренных народов. Так, раздел 76 Закона Ганы об авторском праве 2005 г. содержит положение об охраняемом данным актом культурном наследии Ганы, созданном, сохраненном и развитом этническими общинами Ганы или неизвестными авторами, причем особо отмечены ткани кенте и узоры адинкра [2, с. 27].

В целом же возможности обычных современных средств защиты интеллектуальной собственности применительно к праву коллективной интеллектуальной собственности ограничены, что признается и ВОИС [2, с. 9]. Это объясняется тем, что обычная защита права интеллектуальной собственности предполагает, что защищаемые объекты должны обладать, как правило, новизной (например, патенты, авторские права), само право – носить частный характер, а правообладателем должно быть конкретное лицо (хотя в некоторых случаях могут быть защищены и произведения, автор которых неизвестен). Когда же речь заходит о традиционных знаниях и культурном наследии коренных народов и местных общин, защите подлежат знания, навыки и умения, перешедшие от предшествующих поколений, нередко древние, и эти знания известны и принадлежат коренному народу или местной общине.

Соответственно, различие с общим подходом к защите права интеллектуальной собственности достаточно существенное. Тем не менее в определенных, хотя и ограниченных пределах обычные средства защиты права интеллектуальной собственности могут быть применены (и применяются) и для защиты права коллективной интеллектуальной собственности коренных народов. К таким средствам ВОИС относит некоторые положения авторского права, патентного права, законодательства об образцах, товарных знаках, географических указаниях, а также законы о недобросовестной конкуренции. Положения национального законодательства в определенной мере позволяют субъектам права интеллектуальной собственности предотвратить ее использование без разрешения, а также сделать свои товары и услуги отличающимися от товаров и услуг конкурентов и более привлекательными для потребителей [2, с. 9].

Авторское право, которое обеспечивает охрану литературных, художественных и научных произведений, в принципе может использоваться и для защиты традиционных выражений культуры, если национальное регулирование это допускает. На практике существует серьезная проблема разграничения копирования традиционных выражений культуры (что обычно запрещено) и работ, созданных на основе традиционных выражений культуры, которые послужили источником вдохновения для авторов [2, с. 26]. В Австралии, например, это выявилось уже в одном из первых судебных решений по вопросу о сохранении конфиденциальности традиционных знаний коренных народов, принятому Верховным судом Северной территории – в деле *Foster vs Mountford* (1976). Антрополог Маунтфорд приехал в Австралию для изучения традиций коренных народов. На встрече с представителями племени *Pitjantatjara* он задавал вопросы об их традициях и делал письменные заметки, которые затем опубликовал в книге «Кочевники пустыни», пользовавшейся большим успехом в Австралии. Совет племени *Pitjantatjara* подал иск о публикации без разрешения племени сообщенной антропологу конфиденциально информации, о злоупотреблении доверием племени и потребовал принятия соответствующих судебных мер. Иск был удовлетворен[1].

Патентное законодательство нацелено на содействие развитию технологических инноваций и защиту новых, оригинальных

[1] *Blakeney M.* Protecting the spiritual beliefs of Indigenous peoples: Australian case studies // Pacific Rim law and policy journal, 2013. – Sidney, 2013. – Vol. 22, N 2. – P. 404.

продуктов и процессов, что же касается традиционных знаний, то они этим критериям не отвечают, однако возможность получения коренными народами патентов существует, если они патентуют не традиционные знания, а изобретения, сделанные на основе традиционных знаний, например в результате совместных исследовательских проектов [2, с. 27]. Однако патентование – сложная процедура, о которой коренные народы далеко не всегда осведомлены, поэтому нередки случаи патентования их традиционных знаний третьими лицами, против чего борются и международные организации, и сами коренные народы.

В США известность приобрело дело об Эноле. Некто Проктор, бизнесмен из США, приехал в Мексику и купил на местном рынке семена двух сортов желтых бобов, которые скрестил, данное «изобретение» запатентовал под названием «Энола» и создал компанию для продажи бобов. В результате коренные народы Мексики (майя), многие поколения которых выращивали аналогичные бобы под названием «Pimono», или «Mayacoba», должны были платить лицензионные платежи, чтобы продолжать их выращивать и продавать. В 2008 г. Международный центр тропической агрикультуры оспорил решение о выдаче патента, и оно было отменено[1].

Однако развитие производства синтетических или полусинтетических заменителей природных продуктов, воспроизводящих их свойства, выводит проблему патентования применительно к коренным народам на новый уровень. Показателем этого является случай с разработкой стероида для мексиканской фармацевтической промышленности из ямса барбаско, который выращивается в Мексике. Опыт и знания мексиканских крестьян в этом отношении были признаны и использовались, но в 90-е годы XX в. развитие синтетической химии исключило клубни ямса как источник, а мексиканских крестьян – из числа участников производства соответствующего продукта [12, с. 623]. В связи с этим ученые предлагают принять особые законы, защищающие традиционные знания коренных народов в современной ситуации онтологического плюрализма [12, с. 626].

[1] *Rattray G*. The Enola Bean patent controversy: Biopiracy, novelty and fish-and-chips // Duce law and technology review. – Cambridge, 2002. – Vol. 1, N 8. – Mode of access: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ru/&httpsredir=1&article=1049&context=dltr

Чтобы избежать биопиратства, в рамках Андского сообщества наций разработан специальный механизм защиты права коллективной интеллектуальной собственности коренных народов, урегулированный в принятом в 2000 г. решении № 486 (действует в Боливии, Колумбии, Эквадоре и Перу). Это решение объявляет недействительными патенты на все изобретения, в которых использованы традиционные знания без согласия коренного народа [3, с. 27].

Товарные знаки, поскольку они дают исключительное право на использование на определенной территории в отношении конкретных товаров и услуг, могут использоваться коренными народами для продажи ремесленных изделий и местных сортов сельскохозяйственных культур, выращиваемых традиционными методами [2, с. 22]. Существует практика регистрации коренными народами коллективных знаков, например племя ковичан в Канаде зарегистрировало товарный знак *Cowichan* на вязаные предметы одежды, для того чтобы защитить их от многочисленных подделок; Ассоциации таитских корзин из округа Таита-Тавета в Кении принадлежит коллективный знак «таитская корзина» и др. [2, с. 21, 23].

Национальное законодательство sui generis. Национальное законодательство sui generis по вопросам защиты права интеллектуальной собственности можно разделить на три группы: специальные законы, регулирующие статус коренных народов в целом и содержащие главы, разделы или отдельные статьи о коллективной интеллектуальной собственности; законы о защите биологического разнообразия (также с разделами / главами о коллективной интеллектуальной собственности коренных народов); законы о культурном наследии и иные акты, посвященные регулированию различных аспектов права коллективной интеллектуальной собственности.

К первой группе можно отнести такие акты: Закон № 28 об автономном статусе регионов Карибского побережья Никарагуа 1987 г. (с изменениями Закона № 926 от 15 марта 2016 г.), Закон о коренных народах № 6172 Коста-Рики 1977 г., аргентинский Закон № 23.302 о политике в отношении коренных народов и помощи аборигенным сообществам 1985 г. и др. Например, ст. 11 Закона № 28 Никарагуа гарантирует коренным народам и отдельным этническим группам право на землю, на которой они проживают, с защитой их прав на природные ресурсы, биологическое разнообразие, на традиционные знания, интеллектуальную собст-

венность и другие права [13, с. 52]. В некоторых странах существует практика включения международных норм в национальное право путем принятия специальных законов. Аргентина, например, ратифицировала Американскую Декларацию о коренных народах в год ее вступления в силу и приняла закон, а затем такие законы приняла каждая провинция [6, с. 180].

Биологическое разнообразие и связанные с ним традиционные знания защищают такие акты, как принятый в 2015 г. в Бразилии специальный Закон о доступе и участии в прибыли от генетических ресурсов и связанных с ней традиционных знаний (№ 13.123), в Перу в 2004 г. – Закон о защите и доступе к биологическому разнообразию и связанных с ними коллективным знаниям коренных народов (№ 28216), в Венесуэле в 2000 г. Закон о биологическом разнообразии (в котором имеется глава III титула VII о защите традиционных знаний коренных народов) и др. [3, с. 28].

Третья группа актов – Законы о культурном наследии (достоянии). Такие акты, например в странах Латинской Америки, содержат значительное число статей о наследии коренных народов (Закон Боливии № 520 от 2014 г. о боливийском культурном наследии, Закон Кубы № 1 от 1976 г. о защите культурного наследия, Декрет Никарагуа № 1142 от 1982 г. о защите культурного наследия нации, Закон Парагвая № 5621 от 2016 г. о защите культурного наследия и др.) [3, с. 36]. Эти акты, как правило, охватывают широкий круг отношений и объектов культурного наследия коренных народов: мировоззрение, языки, знания, традиции, верования, обряды, праздники, ритуалы, игры, использование и поддержание экосистем, традиционные технологии, ремесло и т.д. В некоторых странах имеются специальные акты, посвященные правовому регулированию статуса именно наследия коренных народов, например панамский Закон № 20 от 26 июня 2000 г. «О специальном режиме интеллектуальной собственности применительно к коллективным правам коренных народов, для охраны и защиты их культурной идентичности и их традиционных знаний».

Процедура доступа к знаниям коренных народов для их дальнейшего коммерческого использования включает две составляющие: получение предварительного информированного согласия и заключение договора как минимум об условиях распределения прибыли. Другой важный аспект защиты коллективной интеллектуальной собственности – внесение записи о согласии на использование традиционных знаний или традиционных выражений культуры в реестр. Такие реестры могут создаваться и вестись

самими сообществами при техническом содействии государства или только государством в виде публичного реестра, как, например, в Перу и Эквадоре [3, с. 32]. Относительно прибыли, получаемой в результате использования традиционных знаний, законодательство Эквадора, Никарагуа и Венесуэлы ограничивается общими указаниями, что прибыль должна быть разделена справедливо согласно договоренности с сообществом [3, с. 34], в Бразилии допускаются денежные и неденежные платежи и установлены разные правила их выплаты, по законодательству Коста-Рики создается фидеикомисс в пользу сообщества коренного народа [3, с. 33].

Нарушение предписаний о защите права коллективной интеллектуальной собственности влечет в Эквадоре и Перу удаление коммерческих продуктов с рынка, включая упаковки, этикетки, иной печатный материал; вводятся таможенные ограничения, препятствующие вывозу товара из страны; принимаются иные меры вплоть до временного закрытия фирмы, а также налагается штраф, причем его размер может устанавливаться с учетом ущерба, причиненного коренным народам. В Колумбии признается право интеллектуальной собственности на все проявления искусства коренных народов (танцы, пение, кустарные промыслы, рисунки и скульптуры). В Эквадоре защищаются все работы сообществ, за которыми конституция признает коллективные права и которые не имеют индивидуального авторства [3, с. 26].

Следует отметить, что реализация национального законодательства об интеллектуальной собственности коренных народов, каким бы продвинутым оно ни являлось, как правило, осложнена рядом проблем и требует немалой гибкости от органов государства и их умения находить общий язык с организациями коренных народов. Перечень этих проблем и факторов различен в разных странах и предполагает разработку в каждой стране собственной национальной стратегии их решения, ориентированную на особенности конкретной ситуации с защитой коллективной собственности коренных народов. Вместе с тем во всех странах эта стратегия имеет нечто общее, отражающее необходимость восстановления справедливости в отношении коренных народов. Решение этой проблемы является достаточно сложным и осуществляется в разной степени в различных странах.

Так, в США в течение XX в. одной из острых проблем было нахождение в музеях и университетских этнографических и иных собраниях многочисленных останков представителей коренных

народов и артефактов, связанных с их историей, культурой и верованиями, что явилось следствием колонизации Америки европейцами и пополнения «кунсткамер» и коллекций частных лиц экзотичными предметами, созданными коренными народами. Возражая против использования останков предков и предметов искусства в качестве объектов исследований, коренные народы ссылались на свои обычаи по отношению к предкам, а также на необходимость использования артефактов в духовной традиции. Суть конфликта состояла в том, что возвращение коллекций рассматривалось многими музеями и университетами как катастрофическое, поскольку большую часть их собраний составляло именно наследие коренных народов, и кроме того, они ссылались на западное понимание собственности. Принятие Закона о защите и репатриации могил коренных народов 1990 г.[1] заставило музеи открыть свои фонды для ознакомления и консультаций с коренными народами, чтобы определить потенциальные объекты для возвращения. Наиболее активные музеи не ограничились только решением проблем возвращения, а стали устанавливать новые отношения с коренными народами, организуя мультиязычные выставки, обеспечивая совместное владение некоторыми артефактами, вовлекая в сохранение их истории посредством музеев, стимулируя использование своих экспонатов для образовательных проектов, для обучения новых поколений, создания возможности для онлайн-ознакомления с коллекциями, в том числе в режиме реального времени и т.д. [12, с. 620]. Наиболее успешным в этом плане музеям удалось на основе новых контактов существенно обогатить коллекции новыми, более полными и точными данными [12, с. 626], а также созданием коллекций устной истории (как, например, Аляскинскому музею в результате реализации пятилетнего проекта) [12, с. 629]. Таким образом, переход коллективной интеллектуальной собственности к ее первоначальным создателям в этом случае был взаимовыгодным.

Проблемы цифровизации достижений культуры коренных народов и право коллективной интеллектуальной собственности. Специализирующиеся на правах человека органы ООН

[1] Закон требует, чтобы федеральные агентства и учреждения, получающие федеральное финансирование, возвращали останки индейцев и произведения их культуры соответствующим племенам. The Native American Graves Protection and Repatriation Act (NAGPRA) // Pub. L. 101–601, 25 U.S.C. 3001 et seq., 104 Stat. 3048.

неоднократно указывали на возможность и необходимость использования Интернета как инструмента, облегчающего в демократическом обществе реализацию права на свободу мнения, образование и других прав человека. Международные и региональные организации уделяют значительное внимание разработке инструментов недискриминации в отношении Интернета [13, с. 447–448]. Однако реально существует «цифровая брешь» как разница между теми, кто имеет доступ к цифровым технологиям и Интернету, и теми, чьи возможности доступа ограничены или отсутствуют, второе относится к коренным народам [13, с. 444–445]. Поскольку музеи и архивы все в больших масштабах осуществляют цифровизацию архивов, превращая их в цифровое культурное наследие, и одновременно растет активность коренных народов и их притязания на то, чтобы контролировать эти процессы, возникает вопрос о правомочиях организаций, создающих базы данных по культурному наследию, принадлежащему коренным народам, и о создании новых механизмов взаимодействия с коренными народами.

Нельзя не отметить, что, с одной стороны, коренные народы заинтересованы в различных новых формах сохранения своей культуры, включая использование цифровых технологий для образования и для обмена информацией с другими коренными народами. С другой стороны, их знание имеет сакральную сторону, которая по своей природе не подлежит широкому распространению. Государственные органы и различные культурные организации должны учитывать это обстоятельство. Позитивным примером является активное использование дигитальной платформы и возможностей Интернета группой молодежи из числа коренных народов в штате Виктория (Австралия) для создания форума по вопросам культуры и исторических знаний, способствуя тем самым повышению социального статуса и улучшению эмоционального состояния своего сообщества [5].

Проведенный анализ показывает, что, с одной стороны, в последние годы произошло значительное продвижение в сфере защиты коллективной интеллектуальной собственности как на международном уровне, так и в плане развития национального регулирования. Однако сохраняется большая неравномерность этих процессов по регионам, и существует еще множество проблем, для решения которых необходима политическая воля как государства, так и коренных народов.

Список литературы

1. Андреева Г.Н. Конституционные основы права интеллектуальной собственности в зарубежных странах // Право интеллектуальной собственности: Сб. науч. тр. / ИНИОН РАН. – М., 2017. – С. 9–19.
2. Охрана и поддержка родной культуры: Практическое руководство по вопросам ИС для коренных народов и местных общин. – Женева: WIPO, 2017. – 27 с.
3. Análisis de derecho comparado de la protección de las expresiones y conocimientos tradicionales. – Bogotá (Colombia): CERLALC (Centro regional para al fomento del libro en América Latina y Caribe), 2017. – 50 p.
   Сравнительный анализ права на защиту традиционных выражений и знаний.
4. Butterly L., Pepper R. Are courts colourblind to country? Indigenous cultural heritage, environmental law and Australian judicial system // UNSW law journal (The University of New South Wales Law Journal). – Sydney, 2017. – Vol. 40, N 4. – P. 1313–1335.
   Баттерли Л., Пиппер Р. Действительно ли суды в стране страдают дальтонизмом? Культурное наследие коренных народов, законодательство об охране окружающей среды и австралийская судебная система.
5. Cano R. Culturas indígenas y patrimonio digital. – 2018. – 16.05. – Mode of access: https://www.researchgate.net/publication/320618309
   Кано Р. Культура коренных народов и цифровое наследие.
6. Citro S., Mennelli Y., Torres Agüero S. «Cantando al patrimonio…»: Las expresiones indigenas, entre discursos globales y creatividades locales // Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología. – Los Andes, 2017. – N 29. – P. 175–197.
   Ситро С., Меннелли И., Торрес Агеро С. «Воспевая наследие...»: традиционные выражения культуры коренных народов между глобальным дискурсом и местной креативностью.
7. Clavero B. La Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas: El reto de la interpretación de una norma contradictoria // Pensamiento constitucional. – Lima (Perú), 2016. – N 21. – P. 11–26.
   Клаверо Б. Американская декларация прав коренных народов: Вызов интерпретации противоречивой нормы.
8. Hartwig L.D., Jackson S., Osborne N. Recognition of Barkandji water rights in Australian settler-colonial water regimes // Resources. – Basel (Schwitzerland), 2018. – Vol. 7, N 16. – P. 2–26.
   Хартвиг Л.Д., Джексон С., Осборн Н. Признание прав Barkandji на пользование водой в австралийских поселенческо-колониальных водных режимах.
9. McGonigle V. Patenting nature or protecting culture? Ethnofarmacology and indigenous intellectual property rights // Jornal of law and the biosciences. – Oxford, 2016. – Vol. 3, N 1. – P. 217–226.
   МакГонигл В. Патентование природы или сохранение культуры? Этнофармакология и право интеллектуальной собственности коренных народов.
10. McInnes R., Ali M., Pritchard D. Ramsar and World heritage Conventions: Converging towards success. – Ramsar: Ramsar Convention Secretariat, 2017. – 37 p.

МакИннес Р., Али М., Притчард Д. Рамсар и Конвенция о мировом наследии: Движение к успеху.
11. El mundo indigena 2017. – Copenhague: IWGIA (International Work Group for Indigenous Affairs), 2017. – 652 p.
Мир коренных народов 2017 г.
12. Museum cultural collections: pathways to the preservation of traditional and scientific knowledge / Linn A.J., Reuther J.D., Wooley Ch.B, Shirar S.J., Rogers J.S. // Arctic Science. – Ottava, 2017. – N 3. – P. 618–634.
Культурные коллекции музеев: подходы к сохранению традиционных и научных знаний / Линн А.Д., Ройтер Д.Д., Вули К.Б., Ширар С.Д., Роджерс Д.С.
13. Los pueblos indigenas en America (Abya Yala): Desafíos para la igualidad en la diversidad. – Santiago: CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), 2017. – 538 p.
Коренные народы в Америке (Abya Yala): Вызовы для равенства в разнообразии.
14. Stevens J.C.M. Indigenous intangible cultural heritage: Towards an Indigenous approach to Canadian heritage management and planning. – Waterloo (Canada): University of Waterloo, 2017. – 135 p.
Стивенс Д.К.М. Нематериальное культурное наследие коренных народов: О подходе коренных народов управлению канадским наследием и его планированию.

Полименопуло Е.

КУЛЬТУРНОЕ НАСЛЕДИЕ КОРЕННЫХ НАРОДОВ И ЕГО ХУДОЖЕСТВЕННОЕ ВЫРАЖЕНИЕ: «ЛОКАЛИЗАЦИЯ» ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И ТРЕБОВАНИЯ ЮНЕСКО

Реферат статьи: Polymenopoulou E. Indigenous cultural heritage and artistic expressions: «Localizing» intellectual property rights and UNESCO claims // Canadian journal of human rights. – Winnipeg, 2017. – Vol. 6, N 1. – P. 87–125.

Ключевые слова: *культурное наследие; коренные народы; право интеллектуальной собственности; права человека; требования ЮНЕСКО.*

Keywords: *cultural heritage; indigenous people; intellectual property rights; human rights; UNESCO claims.*

В статье преподавателя школы права Брунельского университета (Лондон) Е. Полименопуло содержится критический анализ проблем защиты коренных народов в рамках различных международных правовых режимов, включая общие и относящиеся именно к коренным народам положения о правах человека, соглашения и рекомендации ЮНЕСКО, а также международные нормы общего применения о праве интеллектуальной собственности.

В статье обращается внимание на неоднозначность процессов изменения отношения к культуре коренных народов: с одной стороны, наблюдается явный рост популярности культуры коренных народов, посвященные их жизни фильмы имеют успех, публикуются переводы историй и мифов коренных народов, которые делают их культурное достояние известным всему миру; с другой стороны, все чаще особенности культуры коренных народов

сводятся к стереотипным представлениям об их коммерческой доходности и росте рыночной стоимости культурных ценностей коренных народов. Примеры такой неоднозначности происходящих процессов многочисленны: на смену американским вестернам 80-х годов XX в., представлявшим коренные народы как «плохих индейцев», в новом тысячелетии пришли супергерои из числа представителей коренных народов; все более популярны предлагаемые туристическими агентствами поездки в племена ради уникальных приключений, позволяющих приобщиться к «древней мудрости и знаниям коренных народов». За очевидным признанием культуры коренных народов на мировом рынке скрываются серьезные проблемы, которые обычно остаются незамеченными и связаны с разрушительной эксплуатацией земель коренных народов. В работе приводятся различные примеры, подтверждающие мнение автора. Так, в Канаде было введен запрет на ношение определенных головных уборов на музыкальных фестивалях как проявление «культурного невежества», оскорбляющего коренные народы, но годом ранее был одобрен проект строительства гигантского трубопровода, проходящего через земли коренных народов и лишающего их средств существования.

В начале нового тысячелетия международные организации, такие как Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) и ЮНЕСКО, а также правозащитные органы активизировали усилия по созданию и применению международных норм для защиты культурного наследия коренных народов, однако надежды на решение проблем коренных народов с помощью международного права не оправдались, поскольку параллельно с международными решениями усиливалась эксплуатация традиционных выражений культуры и традиционных знаний коренных народов. По подробно обоснованному в статье мнению автора существующее международно-правовое регулирование не защищает интересы коренных народов в достаточной мере. Причинами этого является, прежде всего, сложность и запутанность международной защиты наследия коренных народов.

В статье проанализированы многочисленные нормы международного права, которые, с точки зрения особенностей режимов защиты прав коренных народов, разделены на следующие категории: нормы, принятые под покровительством ЮНЕСКО; нормы об интеллектуальной собственности и другие международные нормы, включая положения, разработанные ВОИС и Всемирной торговой организацией (ВТО); международные нормы о правах человека,

инициированные различными правозащитными органами ООН, включая Комитеты ООН и Постоянный форум ООН по проблемам коренных народов.

Сложности международного регулирования начинаются с терминологии. Наиболее часто используемые термины для описания нематериального (неовеществленного) культурного наследия – это «неосязаемое (нематериальное) культурное наследие» и «традиционные выражения культуры», причем первый характерен для документов ЮНЕСКО и ООН, а второй – для ВОИС и обычно увязывается с традиционными знаниями коренных народов для того, чтобы подчеркнуть моральный и финансовый аспект защиты культурного наследия, кроме того, ВОИС предприняла попытку дать рабочее определение понятия культурного наследия. Применение различной ключевой терминологии разными международными организациями является, с одной стороны, источником сложности применения норм международного права, имеющих отношение к интеллектуальной собственности коренных народов, с другой стороны, симптоматическим проявлением проблемы фрагментированности исходящих из разных источников правовых норм, регулирующих сходные или идентичные отношения. Кроме того, возникают ситуации, требующие разрешения, но не подпадающие ни под одну из упомянутых категорий. Об этом свидетельствует, например, анализ дебатов по поводу названия американской футбольной команды «Вашингтонские краснокожие» Американским бюро по патентам и регистрации товарных знаков в 2014 г., которое сочло его не только оскорбительным для коренных народов, но и затрагивающим вопросы интеллектуальной собственности и финансовые аспекты нематериального культурного наследия коренных народов.

Большое внимание в статье уделено вопросам превращения культурного наследия в товар и проблеме «пиратства» в сфере культуры. Маркетинг индейского прикладного искусства оказался выгодным для экономического развития некоторых коренных народов. В частности, коренным американцам удалось получить значительную финансовую выгоду, продавая изготовленную вручную глиняную посуду, кожаные мокасины, традиционную одежду и другие изделия из кожи, корзины, иглы дикобраза, музыкальные инструменты и украшения. Считается, например, что индейское прикладное искусство в Нью-Мехико является отраслью, приносящей многомиллионные доходы. В статье отмечается, что продажа произведений искусства и изделий кустарного промысла

коренных народов, конечно, приемлема, если коренные народы дают на это «свободное и информированное согласие». Недопустима продажа этих изделий лицами, не являющимися членами какой-либо организации соответствующего коренного народа без его согласия и уж тем более сторонними организациями (например, корпорациями) в адаптированном виде. В этом случае с правовой точки зрения имеет место незаконное присвоение или «биопиратство», в зависимости от того, о каких аспектах жизни и культуры коренных народов идет речь. Очевидно, что биопиратство влечет катастрофические последствия для экономического развития коренных народов. Но даже и тогда, когда коренной народ дает согласие на продажу или извлечение выгоды из местных товаров, справедливость распределения прибыли с учетом реальной стоимости произведений остается под вопросом. В связи с тем, что значительная часть коренных народов живет в крайней бедности, дискуссии по вопросам превращения культурных ценностей коренных народов в товар и по биопиратству были вызваны, прежде всего, коммерциализацией традиционных знаний коренных народов без их согласия и очень часто без соответствующей компенсации. Медицинские корпорации, фармацевтические компании и косметические бренды во всем мире присваивают принадлежащее коренным народам и экологическое ноу-хау в процессе создания традиционных растительных лекарственных средств и косметики. Это традиционное ноу-хау коренных народов охватывает чрезвычайно обширную область, включая знания о фауне и флоре, о лекарственных свойствах растений и животных, о биоразнообразии, генетических и природных ресурсах и, конечно, в более широком смысле – о стабильном управлении природными ресурсами.

Недостаточность существующих международных норм об интеллектуальной собственности автор связывает с основополагающими особенностями самой системы авторского права и создания норм об интеллектуальной собственности как средства защитить частные права, построенного на западных индивидуалистических понятиях об искусстве. В противоположность «цивилизованным» западным художественным произведениям произведения искусства коренных народов первоначально считали экзотичными и примитивными, по сути – объектами антропологического наблюдения, а не предметами правовой защиты. В настоящее время произведения многих выдающихся художников из числа коренных народов получили высокую оценку на мировом уровне. Однако в сущности понятие искусства и цели его создания в западном

понимании и понимании коренных народов по-прежнему различны. Если на Западе предполагается, что произведения искусства лучше всего защищаются определенным образом: картины – будучи помещены в музеи, включены в частные коллекции или приобретены корпорациями; ремесленные изделия – украшая помещения и здания; скульптуры – будучи установлены в общественных местах, а музыка путем исполнения в концертных залах. Наоборот, с точки зрения коренных народов, рисунки, танцы, музыка, картины и сказки создаются для определенного сообщества, могут быть для них священными или обладающими символикой (например, воплощая предков или духов), и поэтому не подлежащими широкой рекламе. Эти знания и традиции принадлежат многим поколениям и должны быть переданы следующим. Западное право интеллектуальной собственности не признает коллективных прав, созданных разными поколениями. Отсюда многочисленные проблемы, связанные с несовместимостью потребности в защите традиционных выражений культуры коренных народов и возможностями международных и построенных на них национальных режимов защиты интеллектуальной собственности.

Под влиянием критики ВОИР и ВТО активизировали свои усилия по защите традиционных выражений культуры и традиционных знаний коренных народов с помощью системы защиты права интеллектуальной собственности. Однако по сути, это – попытка соединить два противоположных подхода: сохранить права коренных народов и обеспечить либеральный режим доступа к знаниям и культуре. В статье проанализированы меры, предпринятые за последние десять лет Межправительственным комитетом при ВОИС по интеллектуальной собственности и генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (IGC), который на своих заседаниях обсудил вопросы незаконного присвоения и использования интеллектуальной собственности коренных народов, разослал государственным органам различных стран рекомендации по учету особенностей данного вида интеллектуальной собственности и интересов коренных народов, а также начал разработку проектов двух соглашений по данным вопросам. Однако, признавая необходимость регулирования в данной области, представители различных государств указали на сложность решения вопроса об интеллектуальной собственности и существующие разногласия в понимании вопросов собственности между государствами и представителями коренных народов. Кроме того, на обсуждениях в Комитете было отмечено, что, поскольку регулирование права

интеллектуальной собственности нацелено на обеспечение справедливости при коммерческой эксплуатации объектов интеллектуальной собственности, а традиционные выражения культуры создаются, прежде всего, в духовных и религиозных целях, те стороны их защиты, которые не могут быть обеспечены с помощью средств защиты интеллектуальной собственности, даже если попытаться их адаптировать, могут быть защищены путем использования других правовых механизмов, например с помощью законов о богохульстве, о правах в области культуры, о защите достоинства, о сохранении культурного наследия, о рекламе и о защите частной жизни. Тем не менее разработанные проекты соглашений остаются проектами и не открыты для подписания, соответственно отсутствует единообразие в защите традиционных выражений культуры и традиционных знаний коренных народов на международном и национальном уровнях и решение проблем по сути предоставлено на усмотрение судьи в каждом конкретном случае.

ЮНЕСКО были приняты многочисленные документы о защите прав коренных народов (Декларация о культурном разнообразии 2001 г., Рекомендация ЮНЕСКО по охране традиционной культуры и фольклора 1989 г., Декларация о принципах культурного сотрудничества 1996 г., Соглашение по защите и продвижению разнообразия выражений культуры 2005 г. и др.), направленные на их развитие, но, как правило, они отражают финансовые интересы государств, а не интересы коренных народов. ЮНЕСКО в рамках интерпретации Соглашения о всемирном наследии 1972 г. были введены для оценки вклада коренных народов в мировое наследие критерии «подлинности», выражающие «дух и чувства» коренных народов, в том числе для включения объектов в список всемирного наследия. Тем не менее режим ЮНЕСКО, по мнению автора, также непригоден для защиты традиционных выражений культуры по ряду причин: данная организация была создана для обеспечения «интеллектуальной и моральной солидарности человечества» в 1945 г., когда представления о культуре существенно отличались от современных, цивилизационных; участниками мероприятий ЮНЕСКО, в том числе внесения в список всемирного наследия, выступают государства, в то время как носители традиции могут проживать в разных странах, например пение yoik является традиционной формой выражения народа саамов, проживающих в Финляндии, Норвегии, северо-западной части России и в Швеции, но заявлено как культурное наследие только Швецией; музыкальная поэзия Аль-Заяла, создаваемая

женщинами из кочевых племен Ближнего Востока и туарегов, внесена в список неосязаемого культурного наследия ЮНЕСКО в 2014 г. от имени только Ливана (но не Иордании или Палестины), а другая музыкальная практика туарегов, imzad, внесена в список ЮНЕСКО от имени Алжира, Мали и Нигера, и неохваченными данной формой защиты остались туареги, проживающие в Западной Сахаре и Марокко; положения Соглашения о всемирном культурном наследии сформулированы таким образом, что «бросают вызов» самой природе искусства коренных народов, поскольку требуют определить элементы нематериального культурного наследия коренных народов с участием сообществ, групп и неправительственных организаций, предусматривают участие в управлении по этим вопросам, но не содержат механизмов контроля, обеспечивающих права коренных народов.

Что касается применения существующего международного регулирования в области защиты прав человека к традиционным выражениям культуры и традиционным знаниям коренных народов, то оно страдает отсутствием механизмов реализации и должно использоваться в контексте других механизмов, которые предлагают более сильную защиту.

Вместе с тем в статье отмечается необходимость развития и совершенствования механизмов защиты коренных народов на региональном уровне в Европе, Америке, Азии.

Национальные решения в области защиты культуры коренных народов и методы наиболее успешной практики и активности коренных народов в статье разбиты на две группы: в отношении хорошо организованных коренных народов, таких как навахо, маори или саамы, проживающих в крупных индустриализированных государствах и являющихся серьезными политическими силами, участвующими в решении политических вопросов, активность которых приносит плоды при защите традиционных выражений культуры и правовое положение которых признано законодательно, и остальные коренные народы (большинство), право на самоопределение которых систематически нарушается. Позитивный пример возможного эффективного урегулирования статуса коренных народов и защиты проявлений их культуры дает именно первая группа, поскольку в соответствующих государствах действует специальное законодательство, практикуется обмен информацией между государством, политическими партиями, коренными народами и их ассоциациями, имеются примеры успешного сохранения мест культурного наследия, а также защиты и продви-

жения традиционных выражений культуры. Кроме того, коренные народы в них официально признаются государством хранителями мест, имеющих культурное значение, участвуют в управлении этими местами, включая вопросы туризма, восстановления исконного права собственности на землю согласно обычным законам коренных народов. Такого рода позитивный опыт анализируется в статье на основе многочисленных примеров из законодательных актов и судебных решений, принятых в Канаде, Австралии, США и Новой Зеландии.

В заключение автор отмечает, что при защите права интеллектуальной собственности коренных народов целесообразно не довольствоваться только общими положениями международного права, которые носят в основном декларативный характер. Локальные инициативы (на уровне государств и ниже) показали свою высокую эффективность начиная с принятия законодательства, регулирующего право интеллектуальной собственности коренных народов, до его судебной защиты, но даже там, где законодательство и судебная защита отсутствуют, политическая активность является важным шагом на пути признания права интеллектуальной собственности коренных народов.

Г.Н. Андреева

ЗАЩИТА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ С МАОРИЙСКИМ КУЛЬТУРНЫМ ЭЛЕМЕНТОМ. Руководство для пользователей

Реферат статьи: Protecting intellectual property with a Māori cultural element: User guide. – [Wellington]: New Zealand Intellectual property office, 2016. – 42 p.

Ключевые слова: *интеллектуальная собственность; культура маори; Консультативный комитет маори; товарные знаки; патенты; изображения; авторское право, права на виды растений; географические обозначения; коммерческая тайна.*

Keywords: *intellectual property; culture of Māori; Māori Advisory Committee; trademarks; patents; designs; copyright; plant variety rights; geographical indications; trade secrets.*

В работе, подготовленной группой специалистов Службы по интеллектуальной собственности Новой Зеландии, подробно изложено и проанализировано законодательство данной страны по вопросам использования и регистрации интеллектуальной собственности с элементами, относящимися к культуре маори, показаны перспективы его применения для создания новых возможностей, привлечения инвестиций и увеличения прибыли.

В Новой Зеландии существует целый ряд государственных учреждений, задачей которых является защита прав и обеспечение интересов народа маори. В сфере интеллектуальной собственности регистрацией соответствующих прав занимается Служба по интеллектуальной собственности Новой Зеландии (IPONZ) – подразделение Министерства бизнеса, инноваций и занятости и первая в мире служба по защите интеллектуальной собственности, деятельность которой осуществляется исключительно онлайн, вклю-

чая прием и обработку заявок для получения права на интеллектуальную собственность. На веб-сайте IPONZ (www.iponz.govt.nz) представлена вся необходимая для этого информация. По получении Службой заявки назначается сотрудник IPONZ, который доступен для заявителя и отвечает на все возникающие вопросы.

Новозеландское законодательство о патентах и товарных знаках содержит общий запрет регистрации права интеллектуальной собственности, если это «противоречит закону или морали», и требует, чтобы правительство назначило в данной сфере специального комиссара, а также чтобы были созданы специальные консультативные комитеты маори. Все окончательные решения о приеме заявлений о праве интеллектуальной собственности и предоставлении этого права или отказе относятся к компетенции Комиссара по патентам, товарным знакам, изображениям и правам биоразнообразия. Кроме того, он должен предотвращать регистрацию товарных знаков и предоставление патентов, которые могут быть оскорбительными для маори или противоречить ценностям маори.

В центре внимания в работе находятся вопросы защиты и легального использования такого уникального культурного явления, как mātauranga Māori. Это широкое понятие, которое обычно переводится как ценности, понятия, значения и традиционные знания культуры маори, принесенные предками маори в Новую Зеландию и передаваемые из поколения в поколение. Вместе с тем данное понятие относится и к современным ценностям маорийской культуры. Некоторые аспекты mātauranga Māori, например изображения, трудно защитить путем регистрации права интеллектуальной собственности, особенно в тех случаях, когда законодательством выдвигается требование новизны (как в патентах), поскольку даже новые изображения основаны на традиционных знаниях, которые развивались веками. Кроме того, обычно право интеллектуальной собственности принадлежат конкретным людям или бизнесу, в то время как традиционные знания принадлежат группе лиц, являющихся маори. Несмотря на эти проблемы, которые вообще характерны для защиты прав коренных народов, в Новой Зеландии выработаны законодательно оформленные механизмы защиты права интеллектуальной собственности с элементами маорийской культуры, нацеленные на такое использование традиционных знаний маори представителями данного народа и бизнесом, которое обеспечивает признание и уважение mātauranga Māori

и его использование надлежащим и выражающим уважение к культуре маори способом.

В работе подробно описана защита интеллектуальной собственности, относящейся к mātauranga Māori, применительно к товарным знакам, патентам, изображениям, авторскому праву, правам на сорта растений, географическим названиям и коммерческой тайне. Регистрация товарных знаков, патентов, изображений, прав на сорта растений и географические указания относится к компетенции IPONZ. Авторское право и коммерческая тайна не подлежат регистрации, поскольку они автоматически принадлежат правообладателю (например, автору книги или обладателю секрета производства конкретного напитка с уникальным ароматом). Заявления о праве интеллектуальной собственности на товарные знаки, изображения и патенты с точки зрения наличия и использования элементов маорийской культуры оцениваются соответствующим Консультативным комитетом маори (таких комитетов два: один по товарным знакам, другой по патентам), который сообщает Комиссару по торговым маркам, будут ли регистрация или предполагаемое использование товарного знака или патента оскорбительными для маори. Для членов Консультативного комитета маори характерно глубокое понимание mātauranga Māori и tikanga Māori (правильный способ делать вещи, своего рода маорийский культурный протокол). Консультативные комитеты маори рассматривают такие вопросы как: выражено ли изображение в товарном знаке, включающем элемент маорийской культуры, способом, который может быть оскорбительным для маори; получено ли изобретение, описанное в заявке на патент, на основе традиционных знаний маори или местных растений или животных, и противоречит ли коммерческая эксплуатация изобретения (его производство, маркетинг и продажа) ценностям маори; могут ли товарный знак или патент быть зарегистрированы. Комиссар принимает к сведению совет, данный ему Консультативным комитетом маори, но не обязан соглашаться с ним, и учитывает его в совокупности с другими требованиями законодательства.

Географические указания на таких товарах, как вино и алкоголь, регулируются положениями, установленными Поправкой 2015 г. к Биллю о регистрации, которая уполномочивает Регистратора географических указаний отказать в регистрации географического указания, если его регистрация или использование могут нарушить права значительной части общества, включая маори. Это

позволило унифицировать использование географических указаний с подходом к товарным знакам и патентам.

Защита и проявление уважения к культуре и мироощущению маори предполагают глубокий анализ возможностей использования тех или иных культурных элементов. Даже распространенные слова маори и элементы изображений в разном контексте могут иметь разное значение, оскорбить население и, соответственно, негативно повлиять на продажи данного товара.

Например, «hei tiki» – один из самых узнаваемых символов Новой Зеландии в виде небольшого украшения из местного камня зеленого цвета, символизирующего будущего ребенка. Для маори этот символ связан с Хинетейвэйвой, богиней родов. Использование «hei tiki» для определенных продуктов или услуг может быть оскорбительным для маори, поскольку традиционно такого рода фигуры указывали на священное для маори место.

Понятия «tapu» и «noa» являются одними из самых значимых в жизни маори, имеют многочисленные значения, «tapu» может интерпретироваться как «священный» или «духовный» и обозначать запреты и ограничения духовного характера. Человека, объект или место, которое является tapu, нельзя трогать, а в некоторых случаях даже приближаться к нему. «Noa» является противоположностью «tapu» и означает то, что может быть распространено, а также имеет значение благословения. Связать что-то, что является в высокой степени «tapu», с чем-то, являющемся «noa», оскорбительно для маори. Например, регистрация товарного знака сыра – «Papatūānuku» является недопустимой с точки зрения маори, поскольку «Papatūānuku» – один из самых значительных богов или духовных предков маори (т.е. в высокой степени «tapu»), поэтому данное название нельзя размещать на товарах (еде), которые являются «noa».

Соединение элементов культуры маори с некоторыми типами товаров и услуг, например с алкоголем, табаком и генетическими технологиями, недопустимо и считается оскорбительным, поскольку такое соединение потенциально обесценивают маори и их культуру.

Мировоззрение маори включает множество ценностей, связанных с историей маори, историей происхождения мира и отношениями между Ranginui (отцом неба), Papatūānuku (земной матерью) и их детьми, от которых происходят все живые существа. Поэтому, по мировоззрению маори, все растения и животные имеют священное (tapu) происхождение. Отношения между людьми

и всеми живыми существами определяются общим происхождением или жизненным принципом, называемым «mauri», который не ограничен одушевленными объектами (mauri есть и у реки, и у горы, в силу связи происхождения с Papatūānuku). Любое действие, которое подрывает mauri или является проявлением непочтительности, нежелательно. Маори считают своей обязанностью быть хранителями mauri, которое увеличивают и защищают такие ценности, как «tika» (правда, правильность, прямота, справедливость), «pono» (быть истинным, действительным, честным, подлинным, искренним›), «aroha» (привязанность, сочувствие, благотворительность, сострадание, любовь). Соответственно, любые объекты, созданные с элементами культуры маори, должны воплощать и выражать эти ценности. Для более эффективной реализации бизнес-планов в данной сфере предлагается не только активно изучать культуру маори, но и вступать в контакты с советами старейшин маори для обсуждения оптимального решения вопросов до поступления их в государственные органы.

При решении вопроса о праве интеллектуальной собственности в Консультативном комитете маори учитывается также соблюдение «tikanga» или правильного способа делать вещи, и решается вопрос о том, является ли в этом плане изделие потенциально оскорбительным для маори или оно изготовлено правильно и в соответствии с представлениями и культурой маори. В доколониальный период у маори не было письменности, поэтому традиционные знания передавались через рассказы и изобразительное искусство. Традиционное искусство и дизайн маори полны символики и являются важной частью их идентичности. Каноэ, дома, оружие, инструменты, украшения и одежда – часть истории маори и содержат определенные полные сокровенного смысла послания. Форма, цвет и материал тщательно отбирались и отбираются для выражения соответствующего духовного значения, все это влияет на решение вопросов о праве интеллектуальной собственности с маорийским элементом.

В защите права интеллектуальной собственности с маорийским элементом применительно к каждой сфере (товарным знакам, патентам, изображениям, авторскому праву, правам на сорта растений, географическим указаниям и коммерческой тайне) имеется определенная специфика, она подробно описана в реферируемой работе, но общий подход является единым и состоит в учете мнения маори по данным вопросам. В качестве примера рассмотрим особенности защиты интеллектуальных прав с элементами мао-

рийской культуры применительно к товарным знакам. Товарные знаки помогают потребителям узнавать продукты и услуги на рынке. Регистрация товарного знака в Новой Зеландии дает защиту только в Новой Зеландии. Все заявления на регистрацию товарного знака в Новой Зеландии оцениваются с точки зрения наличия культурных элементов маори и возможности их использования применительно к конкретным товарам или услугам исходя из требований культуры маори. В качестве примера приведен случай из практики. Местный пасечник Pētera (маори по происхождению) решил создать медовый бренд и выбрал для него название Ranginui, отражающее его желание продвижения на рынке замечательного новозеландского меда, с соответствующей эмблемой. Поскольку товарный знак был разработан профессионалами, Pētera предполагал, что процедура утверждения заявки пройдет гладко, однако спустя две недели он получил уведомление от IPONZ, что его товарный знак считается оскорбительным для маори. Ranginui – один из самых значительных для маори atua или tipuna (бог или духовный предок) и поэтому является tapu. Использование Ranginui применительно к меду, который относится, как и другие пищевые продукты, к noa, являлось бы попыткой снять tapu с Ranginui и поэтому недопустимо с точки зрения культуры маори. Pētera мог попытаться изменить мнение Комитета путем подачи письменного заявления, но не было никакой гарантии, что это будет эффективно, особенно учитывая природу выдвинутого в отказе возражения. В качестве альтернативы он мог продолжить продвижение своего меда на рынке без регистрации товарного знака, но в этом случае защитить право интеллектуальной собственности на бренд было бы труднее и дороже. Кроме того, оба варианта могли привести к потере части клиентов и неблагоприятному для его бизнеса освещению ситуации в СМИ. Поэтому Pētera решил, что лучшим и менее затратным вариантом (поскольку он еще не продавал мед с обозначением предполагавшегося бренда и не инвестировал средства в упаковку с его обозначением) будет ребрендинг. Он проконсультировался с местным iwi (вождем маори) относительно некоторых других фирменных знаков и выбрал фирменный знак Iorangi (обозначавший в том числе легкое облако), который, по мнению маори, не является tapu и поэтому вряд ли при приложении к меду мог рассматриваться как оскорбительный. В результате ребрендинга Pētera подал новую, успешно зарегистрированную заявку.

Консультативный комитет маори по товарным знакам установил, что некоторые слова и изображения обычно не считаются оскорбительными и их можно свободно связывать с широким спектром товаров и услуг. Сами по себе они не требуют оценки Комитетом. К ним относятся: географические указания, слово «kiwi» и изображение спирали «koru». Однако если эти культурные элементы в товарном знаке сопровождаются другими словами или изображениями, относящимися к культуре маори, они могут подлежать проверке как потенциально оскорбительные или неприменимые к конкретным товарам или услугам.

Анализ статистики по заявкам на получение товарного знака с 2003 по 2015 г. показывает, что количество заявлений с элементами маорийской культуры колебалось в пределах от 58 до 70% от общего числа заявок, при этом число заявлений, в которых использование элементов культуры маори было признано оскорбительным для маори, как правило, было ниже 3%.

Г.Н. Андреева

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Авдонина Ольга Сергеевна – судья Арбитражного суда г. Москвы, канд. юрид. наук.

Андреева Галина Николаевна – ведущий научный сотрудник ИНИОН РАН, канд. юрид. наук, доцент.

Афанасьева Елизавета Алексеевна – научный сотрудник ИНИОН РАН.

Афанасьева Екатерина Геннадиевна – доцент кафедры предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова, ведущий научный сотрудник ИНИОН РАН, канд. юрид. наук.

Галкина Анастасия Максимовна – студентка юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Гафуров Руслан Фуатович – выпускник юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Данилов Иван Сергеевич – магистр права.

Долгих Мария Геннадиевна – старший преподаватель РГУ нефти и газа (НИУ) им. И.М. Губкина.

Дорофеев Роман Сергеевич – студент юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Екимова Владлена Станиславовна – выпускница юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Карцхия Александр Амиранович – профессор РГУ нефти и газа (НИУ) им. И.М. Губкина, канд. юрид. наук.

Левушкин Анатолий Николаевич – профессор кафедры предпринимательского и корпоративного права «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина» (МГЮА) г. Москва; профессор кафедры гражданского права «Российский государственный университет правосудия», д-р юрид. наук, профессор.

Лосева Елизавета Сергеевна – студентка юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Любенко Мария Сергеевна – магистр права.

Морхат Петр Мечиславович – судья Арбитражного суда Московской области, преподаватель Института повышения квалификации Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), канд. юрид. наук.

Рахматулина Римма Шамильевна – доцент Департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве РФ, канд. юрид. наук.

Телюкина Марина Викторовна – профессор РАНХиГС, д-р юрид. наук.

Усольцева Светлана Валерьевна – ведущий советник отдела гражданского законодательства Департамента экономического законодательства Министерства юстиции РФ, канд. юрид. наук.

Харитонова Юлия Сергеевна – профессор кафедры предпринимательского права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, д-р юрид. наук, профессор.

Черешнева Ирина Анатольевна – младший научный сотрудник Института государства и права РАН, аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России).

ПРАВО БУДУЩЕГО:
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ,
ИННОВАЦИИ, ИНТЕРНЕТ

Ежегодник

Выпуск 1

Корректоры
А.А. Чукаева, М.П. Крыжановская
Компьютерная верстка
Н.М. Власова

Гигиеническое заключение
№ 77.99.6.953.П.5008.8.99 от 23.08.1999 г.
Подписано к печати 22/X-2018 г. Формат 60x84/16
Бум. офсетная № 1 Печать офсетная
Усл. печ. л. 12,75 Уч.-изд. л. 10,5
Тираж 300 экз. (1 – 100 экз. – 1-й завод)
Заказ № 94

Институт научной информации
по общественным наукам РАН,
Нахимовский проспект, д. 51/21,
Москва, В-418, ГСП-7, 117997

Отдел маркетинга и распространения
информационных изданий
Тел.: +7(925) 517-3691
E-mail: inion@bk.ru

Отпечатано по гранкам ИНИОН РАН
ООО «Амирит»
410004, Саратовская обл.,
г. Саратов, ул. Чернышевского, д. 88, литера У