

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАУК
ИНСТИТУТ НАУЧНОЙ ИНФОРМАЦИИ
ПО ОБЩЕСТВЕННЫМ НАУКАМ

**ПРАВО БУДУЩЕГО:
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ,
ИННОВАЦИИ, ИНТЕРНЕТ**

Ежегодник

Выпуск 2

**МОСКВА
2019**

ББК 67.404.2
П 68

*Серия
«Правоведение»*

**Центр социальных научно-информационных
исследований**

Отдел правоведения

Редакционная коллегия:

*Е.Г. Афанасьев – канд. юрид. наук, доцент (отв. ред.);
Е.В. Алферова – канд. юрид. наук; Е.П. Губин – д-р юрид. наук, профессор; С.И. Коданева – канд. юрид. наук; Ю.С. Харитонова – д-р юрид. наук, профессор; Р.М. Янковский – канд. юрид. наук*

Ответственный за выпуск – *Е.А. Афанасьева*

П 68 **Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет: Ежегодник. Вып. 2 / РАН. ИНИОН. Центр. социал. науч.-информ. исслед. Отд. правоведения; Кафедра предпринимательского права МГУ им. М.В. Ломоносова; отв. ред. Афанасьева Е.Г. – М., 2019. – 192 с. – (Сер.: Правоведение)**

ISBN 978-5-248-00933-6

Анализируются концепции развития права в условиях новых информационных технологий, международное и национальное законодательство об авторском праве, смежных правах, праве промышленной собственности, средствах индивидуализации. Рассматриваются вопросы безопасности и прав человека в Интернете, развития цифровой экономики и высокотехнологического бизнеса, судебная и деловая практики.

Для научных сотрудников, преподавателей, аспирантов, студентов, практикующих юристов.

Concepts of law development in new technologies environment, international treaties and national legislation on copyright, neighbouring rights, industrial property law, means of individualization are analyzed. Issues of security and human rights on the Internet, the development of the digital economy and high-tech business, judicial and business practices are investigated.

For researchers, professors, graduate students, students, practicing lawyers.

ББК 67.404.2

ISBN 978-5-248-00933-6

© ИНИОН РАН, 2019

СОДЕРЖАНИЕ

Список принятых сокращений	8
Вступительное слово (<i>Е.Г. Афанасьев</i>)	9
Вступительное слово (<i>Ю.С. Харитонова</i>)	11

Раздел 1

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВИЗАЦИИ: ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ

<i>О.А. Рузакова.</i> Вопросы развития законодательства об интеллектуальной собственности в Российской Федерации. (Статья)	13
<i>В.С. Савина.</i> Региональная гармонизация нормативно-правового регулирования отношений по созданию и использованию цифрового контента. (На примере Соглашения о Транстихоокеанском партнерстве стран Азиатско-Тихоокеанского региона). (Статья)	20
<i>Ю.С. Харитонова.</i> Смарт-контракт в сфере интеллектуальной собственности. (Статья)	32
<i>А.П. Иванова.</i> Секьюритизация интеллектуальной собственности. (Статья)	42

Раздел 2

АВТОРСКОЕ ПРАВО В НОВОЙ ЦИФРОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

<i>С.И. Коданева.</i> Трансформация института авторского права в условиях цифровой экономики. (Статья)	49
<i>Р.С. Дорофеев.</i> Правовой режим произведений-сирот. (Статья)	57

<i>М.М. Панарина.</i> Борьба с нелегальным контентом в России: Основные методы фильтрации контента и практика рассмотрения споров о принятии обеспечительных мер по блокировке интернет-ресурсов. (Статья).....	72
---	----

Раздел 3

ПРАВО ПРОМЫШЛЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ: НЕКОТОРЫЕ СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ

<i>Н.В. Макарчук.</i> Защита RnD-технологий в условиях цифровизации. (Статья).....	82
<i>Д.В. Красиков.</i> Доктрина исчерпания патентных прав: Эволюция в практике судов США. (Обзор)	90
<i>Хуарес И.А.</i> Десять заповедей параллельного импорта. (Реферат)	99
<i>Е.С. Лосева.</i> Истина где-то рядом: В поисках правовой природы доменных имен. (Статья)	107

Раздел 4

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И НОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ В ОТДЕЛЬНЫХ СФЕРАХ ЖИЗНИ ОБЩЕСТВА

<i>А.А. Карухия.</i> Правовые аспекты современных биотехнологий. (Статья).....	117
<i>Е.Ю. Горская.</i> Этический аспект антимонопольного иммунитета обладателя патента на лекарственное средство. (Статья)	126
<i>Е.Г. Афанасьева, М.Г. Долгих.</i> Лукавая цифра: Недобросовестные практики в научном творчестве. (Статья)	132
<i>Е.Г. Афанасьева, Е.А. Афанасьева.</i> Университеты, преподаватели, студенты и их интеллектуальная собственность. (Обзор)	138
<i>А.А. Руденкова.</i> Правовое регулирование использования фотографических произведений и интернет-мемов в современном мире. (Статья)	145
<i>Е.М. Жулин.</i> Почему юристы не любят компьютерные игры? (Статья)	155
<i>А.В. Гурко.</i> Проблема правовой охраны трехмерных анимаций. (Статья)	164

Раздел 5

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПО СПОРАМ О ЗАЩИТЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

<i>В.С. Екимова.</i> Применение принципа эстоппель в спорах, связанных с защитой интеллектуальных прав. (Статья)	170
<i>Н.В. Кравчук.</i> Проект суда малых исков по авторско-правовым спорам в США: Перспективы и опасения. (Обзор)	180
<i>Бянь Р.</i> Патентные споры в Китае: Опровергая расхожее мнение. (Реферат).....	186
Сведения об авторах	190

CONTENTS

Introduction (<i>E.G. Afanasieva</i>)	9
Introduction (<i>Yu.S. Kharitonova</i>)	11

Part 1

INTELLECTUAL PROPERTY LAW ON THE LANDSCAPE OF DIGITALIZATION: THE MAIN ROOTS OF DEVELOPMENT

<i>O.A. Ruzakova.</i> The development of legislation on intellectual property issues in the Russian Federation. (Article)	13
<i>V.S. Savina.</i> Regional harmonization of legal regulation of relations on the creation and use of digital content. (For example in the Agreement on the Trans-Pacific Partnership of the Asia-Pacific Region). (Article)	20
<i>Yu.S. Kharitonova.</i> Smart-contract in the field of intellectual property. (Article)	32
<i>A.P. Ivanova.</i> Intellectual property securitization. (Article)	42

Part 2

COPYRIGHT IN THE NEW DIGITAL REALITY

<i>S.I. Kodaneva.</i> The transformation of the institution of copyright in the digital environment. (Article)	49
<i>R.S. Dorofeev.</i> Legal regime of orphan works. (Article)	57
<i>M.M. Panarina.</i> Illegal content in Russia: main methods of filtration of content and dispute resolution practice of blocking of Internet resource. (Article)	72

Part 3

INDUSTRIAL PROPERTY LAW: SOME MODERN PROBLEMS

<i>N.V. Makarchuk.</i> Protection of RnD-technologies in the conditions of digitalization. (Article)	82
<i>D.V. Krasikov.</i> The doctrine of exhaustion of patent rights: Evolution in the U.S. courts' case-law. (Review)	90
<i>Juárez I.A.</i> Los diez mandamientos sobre el comercio paralelo. (Synopsis)	99
<i>E.S. Loseva.</i> The truth is out there: searching for the legal nature of domain names. (Article)	107

Part 4

INTELLECTUAL PROPERTY AND NEW TECHNOLOGIES IN SOME SPHERES OF COMMUNITY LIFE

<i>A.A. Kartskhiya.</i> Legal aspects of modern biotechnology. (Article)	117
<i>E.Yu. Gorskaya.</i> Ethical aspect of anti-monopoly immunity of the patentee on a medicine. (Article)	126
<i>E.G. Afanasieva, M.G. Dolgikh.</i> Sly digit: Unfair practices in scientific creativity. (Article)	132
<i>E.G. Afanasieva, E.A. Afanasieva.</i> Universities, professors, students and their intellectual property. (Review)	138
<i>A.A. Rudenkova.</i> Legal regulation of using photographic works and internet memes in the modern world. (Article)	145
<i>E.M. Zhulin.</i> Why don't lawyers like computer games? (Article)	155
<i>A.V. Gurko.</i> Problem of legal protection of three-dimensional animations. (Article)	164

Part 5

CASE LAW ON INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION DISPUTES

<i>V.S. Ekimova.</i> Estoppel in intellectual property litigation. (Article)	170
<i>N.V. Kravchuk.</i> A project of USA copyright small claims tribunal: Perspectives and pitfalls. (Review)	180
<i>Bian R.</i> Patent litigation in China: Challenging conventional wisdom. (Synopsis)	186
Information about the authors	190

СПИСОК ПРИНЯТЫХ СОКРАЩЕНИЙ

Международные договоры и нормативные правовые акты Российской Федерации^{*}

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; часть четвертая от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ.

Закон о защите конкуренции – Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

КоАП РФ – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ.

НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации, часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ; часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ.

Соглашение ТРИПС – Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности.

Международные организации и международные суды

ВОЗ – Всемирная организация здравоохранения.

ВОИС – Всемирная организация интеллектуальной собственности.

ЕАЭС – Евразийский экономический союз.

ЕСПЧ – Европейский Суд по правам человека.

Государственные органы

Роспатент – Федеральная служба по интеллектуальной собственности.

СИП – Суд по интеллектуальным правам.

ФАС России – Федеральная антимонопольная служба.

Другие

MNH – международное непатентуемое наименование.

РИД – результат интеллектуальной деятельности.

ICANN – интернет-корпорация по присвоению названий и номеров (Internet corporation for assigned names and numbers).

^{*} При работе над выпуском была использована информационная поддержка СПС «КонсультантПлюс».

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО (*Е.Г. Афанасьева*)

Данное издание продолжает стартовавший в прошлом году совместный проект отдела правоведения ИНИОН РАН и кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова – серию тематических ежегодников. Чем отличается этот выпуск от прошлого? Появились новые авторы. Представлена новая тематика. К сожалению, это и первый номер, который мы делаем без нашего научного редактора Валентины Николаевны Листовской, и то, что ее с нами больше нет, – невосполнимая утрата для ИНИОНа и его сотрудников как в профессиональном, так и в человеческом отношении. Но мы очень старались сохранить уровень, заданный безупречным вкусом Валентины Николаевны, ее мудростью и чувством языка.

В первом разделе этого выпуска ежегодника показаны итоги и перспективы развития отечественного законодательства об интеллектуальной собственности (в немалой степени – под влиянием процессов мировой и региональной гармонизации и появления новых технологий), а также рассмотрены новые практики вовлечения интеллектуальной собственности в коммерческий оборот через смарт-контракты и секьюритизацию.

Во втором и третьем разделах представлены материалы по современной проблематике основных институтов права интеллектуальной собственности – авторского права и права промышленной собственности. В них исследуются преимущества и риски использования технологии блокчейн для фиксации авторских прав и распоряжения ими; рассматриваются пути решения проблемы произведений-сирот, меры противодействия размещению в Интернете нелегального контента, правовой охраны результатов научных разработок и исследований (R&D); функционирование механизма исчерпания прав в Евросоюзе и в США применительно

к различным объектам интеллектуальной собственности; определение правового режима доменных имен.

В четвертом разделе выявляются особенности режимов интеллектуальной собственности в самых разнообразных областях человеческой деятельности (от генной инженерии и фармацевтического рынка до фотографии, компьютерных игр и трехмерной анимации) и влияние новых технологий на отношения в этих сферах.

Проблематика заключительного, пятого раздела этого выпуска – некоторые материально-правовые и процедурные вопросы судебной защиты интеллектуальных прав в разных странах.

Традицией стало участие в наших изданиях не только опытных исследователей и практиков, но и молодых авторов – магистрантов, студентов, вчерашних выпускников юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова. Как и в прошлом выпуске, мы продолжаем знакомить читателя с зарубежным опытом и новой иностранной литературой в обзорах и рефераатах, подготовленных сотрудниками отдела правоведения ИНИОН РАН.

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО (Ю.С. Харитонова)

Мы рады представить вниманию читателей очередной сборник, в некоторой части объединивший в себе материалы участников проведенной в Московском государственном университете им. М.В. Ломоносова конференции на тему «Трансформация институтов права интеллектуальной собственности в условиях цифровизации общества», которая проводилась в сотрудничестве кафедрой предпринимательского права МГУ и Торгово-промышленной палатой Российской Федерации в рамках XII Международного форума «Интеллектуальная собственность – XXI век» в апреле 2019 г.

Как видно из названия, в ходе нашей встречи, и это так или иначе нашло свое отражение в текстах статей, ставились вопросы о том, как изменяется право интеллектуальной собственности в меняющемся мире, что происходит с традиционными правовыми институтами и каким вызовам цифровизации должны отвечать только нарождающиеся новые правовые конструкции.

На наш взгляд, внедрение цифровых технологий в жизнь общества приводит к обострению множества, казалось бы, не новых правовых вопросов. В книге как раз и удалось показать, что появление новых сфер общественной жизни, усложнение техники и совершенствование правовых механизмов не всегда сопряжено с технологиями как таковыми. Например, глобальный характер оборота исключительных прав привел не только к трансграничности отношений за счет их перевода в виртуальную сферу, но и в реальной жизни потребовал решения вопроса брендинга региональной продукции. В то же время появление в обороте результатов интеллектуальной деятельности, создаваемых с помощью техники, цифровых технологий, нейросетей и так далее, вызывает немало теоретических и практических вопросов, что, однако, сопоставимо по экономической и правовой значимости с потреб-

ностями разработать и правовые режимы вполне реальных объектов.

Внимание в работах наших коллег уделено и актуальным вопросам защиты прав правообладателей, которые также претерпевают определенную трансформацию в условиях распространения цифровых технологий.

Модераторы мероприятия доктор юридических наук, профессор кафедры предпринимательского права Ю.С. Харитонова и кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права Е.Г. Афанасьева в ходе встречи акцентировали внимание участников именно на новых правовых институтах и инструментах.

Энтузиазм, в атмосфере которого прошла работа участников конференции, продемонстрировал остроту поднятых вопросов, а значит – обсуждение будет продолжено. В планах кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова по-прежнему создание и поддержание интереса к площадке – конференции по праву интеллектуальной собственности, направленной на профессиональное обсуждение проблем законодательства и права в заявленной сфере.

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

До встречи в МГУ!

Раздел 1

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВИЗАЦИИ: ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ

О.А. Рузакова

ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
ОБ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ
В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
(Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.01

Аннотация. В статье рассматриваются тенденции и основные направления развития российского законодательства об интеллектуальных правах, анализируются проблемы его применения на практике и соответствие международным договорам РФ, в частности, недавние изменения в законодательстве, касающиеся охраны прав на «живую постановку», перспективы признания объектом интеллектуальной собственности географического указания, создания реестров объектов авторских и смежных прав на основе технологии блокчейн.

***Ключевые слова:** законодательство об интеллектуальных правах; авторское право; средства индивидуализации; театральные режиссеры; публичное исполнение; географические указания; реестр объектов авторских прав.*

O.A. Ruzakova. Development of intellectual property law in the Russian Federation. (Article)

Abstract. This article is about trends and main directions of development of Russian legislation on intellectual property rights, it analyzes the problems of its application in practice and its compliance with international treaties of Russian Federation, in particular, recent changes in legislation relating to the protection of rights to a «live performance», prospects for recognizing geographical indications as intellectual property, the creation of registries of copyright and related rights based on the blockchain technology.

Keywords: intellectual property laws; copyright; means of individualization; theatrical directors; public performance; geographical indications; register of objects of copyright.

Процессы развития цифровых технологий постепенно охватывают все более широкие сферы человеческой деятельности, что в свою очередь на определенном этапе требует выработки соответствующих механизмов правового регулирования. В числе таких направлений – создание единого реестра объектов авторского права и смежных прав на платформе блокчейн, использование технологий смарт-контрактов для заключения договоров в сфере интеллектуальной собственности и др.

В части изменений в российском законодательстве об интеллектуальных правах можно выделить новеллы, затрагивающие традиционные институты авторского права, смежных прав, промышленной собственности, а также перспективные направления применения новелл Федерального закона от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации», вступающего в силу с 1 октября 2019 г.

В числе первых можно отметить действующий с 1 января 2018 г. Федеральный закон от 28 марта 2017 г. № 43-ФЗ «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Закон № 43-ФЗ), который существенно изменил правовое положение театральных режиссеров, признав за ними право на неприкосновенность «живой постановки» (подп. 4 п. 1 ст. 1315 ГК РФ) и на «публичное исполнение постановки спектакля, т.е. представление постановки в живом исполнении» (подп. 10 п. 2 ст. 1317 ГК РФ).

Необходимость введения названных изменений была обусловлена ситуациями, при которых сценические постановки режиссеров активно использовались другими, иногда менее известными лицами или актерами в других театрах либо в постановку вносились существенные изменения, в том числе нарушающие ее целостность и серьезно искажающие творческий замысел режиссера (что не всегда производило благоприятное впечатление на зрителя), без согласия режиссера-постановщика, без заключения с ним договора и выплаты ему вознаграждения¹.

¹ См.: Рузакова О.А., Рузаков А.Б. Как защитить интеллектуальные права режиссеров-постановщиков? // Патенты и лицензии. – М., 2016. – № 4. – С. 19–29.

Первоначально было предложено несколько вариантов законо-дательной защиты «живых постановок»¹: от определения режиссерского труда как труда автора-составителя до включения режиссерского сценария в число объектов авторских прав и введения отдельной ст. 1263.1 ГК РФ, которая по аналогии с правовым положением авторов аудиовизуального произведения определяла бы режиссера-постановщика в качестве автора драматического, музыкального и т.п. произведения. Однако решение обозначенных проблем с помощью наделения режиссера-постановщика авторскими правами привело бы к противоречию с международными обязательствами Российской Федерации, выраженными прежде всего в приложении 26 к Договору о Евразийском экономическом союзе (подписан в г. Астане 29 мая 2014 г.). В абзаце втором ст. 2 Протокола об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности режиссеры-постановщики указаны в качестве исполнителей, обладающих смежными правами. Кроме того, последнее предложение не учитывало тот факт, что каждый показанный зрителю спектакль представляет собой самостоятельный объект творческой деятельности, как и любое другое исполнение, в связи с чем его охрана связана с фиксацией в качестве объекта смежных прав.

В итоге было принято решение о распространении существующих смежных прав театральных режиссеров на «живые постановки» путем закрепления права на неприкосновенность и на публичное исполнение². Принятие Закона № 43-ФЗ – пример того, как с учетом зарубежного опыта, участия всех заинтересованных лиц было найдено оригинальное, не имеющее аналогов решение проблемы. Это стало основанием для рассмотрения названного вопроса на заседании Постоянного комитета по авторскому праву и смежным правам ВОИС в 2018–2019 гг.³

В последнее время все чаще обсуждается проблема развития российских регионов через систему так называемого брендирования, которое охватывает защиту обозначений, связанных с территориями происхождения товаров, работ, услуг, учитывая, что большинство

¹ См.: Павлова Е.А. Защита прав театральных режиссеров // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. – М., 2016. – № 6. – С. 30–37.

² См.: Право интеллектуальной собственности: учебник / Е.С. Гринь, В.О. Калягин, С.В. Михайлов и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. – Т. 2: Авторское право. – С. 87–90.

³ См., например, повестку заседания тридцать восьмой сессии Постоянного комитета по авторскому праву и смежным правам. Женева, 1–5 апреля 2019 г. – Режим доступа: https://www.wipo.int/meetings/ru/details.jsp?meeting_id=50418

регионов страны имеют уникальные природные, людские факторы, на основе которых создаются товары, оказываются услуги, качество которых известно далеко за пределами региона, а иногда и страны. В некоторых субъектах РФ существуют не одно, а иногда десятки наименований, связанных с населенными пунктами, местностями, где создаются уникальные объекты, не только приносящие известность региону и привлекающие туристов, но и дающие существенный доход.

С 1992 г. в Российской Федерации действует система охраны наименований места происхождения товаров (17 октября 1992 г. вступил в силу Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»), которая предусматривает достаточно жесткие требования для регистрации наименований места происхождения товаров, – необходимость подтверждения не только известности обозначения, указывающего на определенную местность, но и особенностей свойств товаров, которые определяются характерными для конкретного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами. Зачастую особые свойства не проявляются в самих товарах и, соответственно, не могут быть объективно проверены. Сложно документально определить специфический вкус товара или его цвет и связать их при этом именно с людским фактором.

Кроме того, заявитель при подаче заявки в Роспатент должен доказать, что он производит соответствующий товар в границах данного географического объекта.

Подобного рода проблемы связаны и с необходимостью получения заключения соответствующего органа исполнительной власти о том, что в границах конкретного географического объекта заявитель производит товар с особыми свойствами. К таким органам относятся Минздрав России (минеральные воды), Минпромторг России (изделия народных художественных промыслов), Минсельхоз России (сельскохозяйственные товары), Росалкогольрегулирование (алкогольная продукция). Однако перечень органов исполнительной власти и видов товаров, в отношении которых они уполномочены выдавать указанные заключения, охватывает далеко не все виды товаров (например, для лечебных грязей, природных драгоценных камней такой федеральный орган не определен), которые могут обозначаться наименованиями места происхождения товара, что также снижает возможности регистрации.

Решить названные проблемы поможет введение в часть четвертую ГК РФ¹ правового регулирования географических указаний, которое предусмотрено целым рядом международных соглашений, начиная с Парижской конвенции по охране промышленной собственности (1883), заканчивая Договором о Евразийском экономическом союзе от 2014 г.

В п. 17 приложения № 26 к Договору о ЕАЭС под *географическим указанием* понимается обозначение, которое идентифицирует товар как происходящий с территории государства-члена, региона или местности на этой территории, если качество, репутация или иные характеристики товара в значительной степени обусловлены его географическим происхождением. При этом географическому указанию может предоставляться правовая охрана на территории государства-члена, если такая правовая охрана предусмотрена законодательством этого государства-члена или международными договорами, участником которых оно является².

Наряду с оформленными инициативами по внесению изменений в действующее законодательство можно выделить ряд проблем, требующих решения как в рамках ЕАЭС, так и за его пределами. В их числе, например, проблема выявления авторов произведений, правовой режим произведений, автор которых не может быть определен, а также ведение единого реестра объектов авторских прав.

Отсутствие необходимости регистрации объектов авторского права и выполнения иных формальностей в соответствии с Бернской конвенцией об охране литературной и художественной собственности 1886 г. для целей предоставления правовой охраны не снижает важности проблематики, связанной с созданием и обеспечением функционирования систем фиксации и учета таких прав для целей облегчения доказывания наличия объекта, права авторства, факта правообладания, на что обращается внимание как в российской, так и в зарубежной науке³. Особую актуальность вопросы регистрации приобрели в связи с необходимостью обес-

¹ См.: Проект Федерального закона № 509994-7 «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации (о географических указаниях)». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>

² См.: *Фабричный С.Ю., Рузакова О.А.* Новеллы о географических указаниях как объектах интеллектуальных прав // Имущественные отношения в Российской Федерации. – М., 2018. – № 12. – С. 53–61.

³ См.: *Gompel S. van.* Formalities in copyright law: An analysis of their history, rationales and possible future. – Amsterdam, 2011.

печения защиты авторских прав на произведения, созданные и / или распространяемые в цифровой форме.

В Российской Федерации в настоящее время отсутствует государственная система регистрации авторских прав, а также единая информационная база, в которой содержались бы сведения об авторах, их произведениях, сроках их охраны.

Существующая факультативная регистрация программ для ЭВМ и баз данных может использоваться для целей обеспечения доказательств существования объекта и в определенной степени для установления авторства и правообладания. Однако для коммерциализации и обеспечения возможностей использования данных объектов эти информационные ресурсы служить не могут.

Иные существующие системы государственного учета созданы для целей решения публично-правовых задач, функционируют разрозненно и не могут использоваться для обеспечения оборота авторских прав.

Разработка правовых основ такой системы регистрации, определение ее функционала возможны с учетом опыта зарубежных стран, в том числе опыта регистрации объектов авторских прав государственными органами в странах ЕАЭС.

Так, в соответствии с п. 1 ст. 9 Закона Республики Казахстан от 10 июня 1996 г. № 6-І «Об авторском праве и смежных правах» автор для свидетельства личных неимущественных прав на необнародованное произведение, а также правообладатель для подтверждения обладания исключительными имущественными правами на произведение в любое время в течение срока охраны авторского права либо действия соответствующих договоров вправе зарегистрировать их в государственном реестре прав на объекты, охраняемые авторским правом.

Регистрация осуществляется уполномоченным органом в порядке, установленном ст. 9.1 указанного Закона, определяющей перечень документов и иных материалов для регистрации разных объектов авторских прав, в том числе аудиовизуальных произведений, произведений архитектуры, градостроительства, дизайна, садово-паркового искусства, произведений живописи, скульптуры, графики, изобразительного и прикладного искусства и многих других. Государственная регистрация прав на произведения подтверждается выдаваемым свидетельством о государственной регистрации прав и занесением сведений в соответствующий государственный реестр. Регистрация осуществляется Министерством

юстиции Республики Казахстан, но при этом не влияет на возникновение и охрану исключительных прав на произведения¹.

Не первый год уже обсуждается создание единого реестра результатов интеллектуальной деятельности. При этом последние лет пять этот вопрос ставится в контексте использования новых технологий – прежде всего платформы блокчейн, которая создаст возможность легального использования контента. Вместе с тем перед введением подобного реестра необходимо разработать критерии его создания, обеспечить техническое тестирование, соблюдение баланса интересов правообладателей и пользователей. Особенно актуальным создание таких реестров является в связи со стремительным развитием социальных сетей (Instagram, «ВКонтакте», Facebook, «Одноклассники»), в которых постоянно происходит обмен какими-либо файлами. Тем самым необходимо внимательно рассмотреть вопрос о создании реестра на основе технологий блокчейн, в рамках которого пользователи должны получить возможность легального использования результатов интеллектуальной деятельности, а правообладатели – вознаграждение за такое использование.

Блокчейн как система реестров объектов интеллектуальных прав может обеспечить хранение, распространение и передачу информации об этих объектах, правообладателях, о распоряжении правами, сведения о пользователях и др. и таким образом позволит заменить существующие базы данных об объектах интеллектуальных прав.

Использование технологий блокчейн при создании реестров объектов авторских и смежных прав позволит уделить регистрацию и ведение реестров, осуществляемых организациями по коллективному управлению авторскими и смежными правами, другими организациями, унифицировать эту систему, а также устранить неоправданное посредничество в этой сфере.

Кроме того, автор или иной правообладатель будет иметь возможность отследить использование объекта, права на которые ему принадлежат. Это отличает технологию блокчейн от использования произведений и других объектов в сети Интернет, что важно для выявления нарушений исключительных прав, а также для оборота прав².

¹ См.: Новоселова Л.А., Рузакова О.А. Значение и функции регистрации авторских прав в Российской Федерации и за рубежом // Вестник Пермского ун-та. Сер.: Юрид. науки. – Пермь, 2017. – № 3. – С. 334–349.

² См.: Рузакова О.А., Гринь Е.С. Применение технологии Blockchain к систематизации результатов интеллектуальной деятельности // Вестник Пермского ун-та. Сер.: Юрид. науки. – Пермь, 2017. – № 4. – С. 508–520.

В.С. Савина

**РЕГИОНАЛЬНАЯ ГАРМОНИЗАЦИЯ НОРМАТИВНО-
ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ
ПО СОЗДАНИЮ И ИСПОЛЬЗОВАНИЮ
ЦИФРОВОГО КОНТЕНТА**
**(На примере Соглашения о Транстихоокеанском
партнерстве стран Азиатско-Тихоокеанского региона)
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.02

Аннотация. В статье исследуются возможности регулирования в региональных международных соглашениях вопросов охраны и защиты прав на доменные имена, а также о рассмотрении доменных споров по процедуре UDRP и ответственности интернет-провайдеров. В качестве примера такого регулирования рассматривается Соглашение о Транстихоокеанском партнерстве стран Азиатско-Тихоокеанского региона.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность; доменное имя; Интернет.

V.S. Savina. Regional harmonization of legal regulation of relations on the creation and use of digital content. (For example in the Agreement on the Trans-Pacific Partnership of the Asia-Pacific Region). (Article)

Abstract. The article is devoted to the study of the possibilities of regulation in regional international agreements of the issues of the protection and defense of rights to domain names and also about the consideration of domain disputes under the UDRP procedure and the responsibility of Internet service providers. As an example of such regulation is considered the Agreement on the Trans-Pacific Partnership of Asia-Pacific.

Keywords: Intellectual property; domain name; Internet.

В связи с развитием международной практики в сфере защиты интеллектуальных прав в сети Интернет происходит региональная гармонизация нормативно-правового регулирования отношений по созданию и использованию цифрового контента, которая может быть проиллюстрирована на примере Соглашения о Транстихоокеанском партнерстве стран Азиатско-Тихоокеанского региона (далее – Соглашение)¹.

Соглашение содержит ряд норм, которые могут быть как имплементированы в национальное законодательство, так и использованы при разработке проектов специальных региональных международных соглашений о защите интеллектуальной собственности в сети Интернет.

Так, п. 1 ст. 18.28 Соглашения указывает на необходимость обеспечить доступность для обладателей доменных имен в странах-участницах процедуры, предусмотренной Единой политикой регулирования доменных споров (далее – UDRP), для защиты своих прав.

Не следует смешивать два понятия: домен и доменное имя. Зачастую в практической и неспециальной научной литературе эти два термина трактуются как синонимичные. На самом деле второе является наименованием первого.

Поскольку в настоящее время правовой режим доменных имен в законодательстве РФ не определен, то для разрешения споров, связанных с доменными именами, используются по аналогии нормы гражданского законодательства о средствах индивидуализации товаров, работ и услуг, а также при определенных условиях положения UDRP.

Принимая во внимание существование множества автономных средств индивидуализации, ВОИС в «Цифровой повестке дня ВОИС» рекомендовала странам-участницам «стремиться к достижению совместимости между идентификаторами в реальном и виртуальном мирах путем разработки правил взаимного уважения и устранения противоречий между системой названий доменов и правами интеллектуальной собственности»².

¹ См.: Соглашение о Транстихоокеанском сотрудничестве (Trans-Pacific Partnership Agreement) 04.02.2016. – Режим доступа: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/TPP-Full-Text>

² См.: Цифровая повестка дня Всемирной организации интеллектуальной собственности. – Режим доступа: <http://www.wipo.int/copyright/en/>

Учитывая возможность такого взаимного влияния различных средств индивидуализации, ВОИС отмечает, что использование наименования домена противоправно в тех случаях, когда оно нарушает права на товарный знак или другие права промышленной собственности или является актом недобросовестной конкуренции. При этом убытки, причиненные в результате недобросовестной конкуренции, как правило, соразмерны коммерческому эффекту на территории соответствующего государства.

Разработка рекомендаций по разрешению доменных споров между владельцами товарных знаков и администраторами доменов в зонах COM, NET, ORG была инициирована ВОИС по просьбе правительства США еще в 1997 г. Итоговый отчет ВОИС по доменным именам, опубликованный 30 апреля 1999 г., – результат многолетней работы различных организаций и специалистов из 196 стран – содержал рекомендации, касающиеся порядка регистрации, введения единого порядка разрешения споров о доменных именах и создания новых доменных имен верхнего уровня, вопросов соотношения интеллектуальной собственности и доменных имен.

С учетом этих рекомендаций ICANN 26 августа 1999 г. на совещании в Сантьяго была одобрена Единая политика разрешения доменных споров (Uniform domain dispute resolution policy, UDRP) (далее – UDRP) и Правила к ней, являющиеся обязательной и неотъемлемой частью договоров регистраторов с клиентами в доменах COM, NET, ORG и др.¹ ICANN уполномочила рассматривать подобные споры:

– Арбитражный и посреднический центр ВОИС (World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center) (далее – Арбитражный центр ВОИС) – с 1 декабря 1999 г.;

– Национальный арбитражный форум, расположенный в американском штате Миннесота (National Arbitration Forum), – с 23 декабря 1999 г.;

– Институт CPR по разрешению споров, находящийся в Нью-Йорке (CPR Institute for Dispute Resolution), – с 22 мая 2000 г.;

– Азиатский Центр по разрешению доменных споров (Asian Domain Name Dispute Resolution Center) – с 3 декабря 2001 г.

Каждый арбитражный центр, помимо UDRP и Правил к ней, руководствуется собственными дополнительными правилами, устанавливающими отдельные процедурные особенности.

¹ См.: Единая политика разрешения доменных споров (UDRP) // Российская газета. – 2012. – 7 февр.

Существует возможность использовать данную процедуру в национальных доменах (если в локальных правилах предусмотрен заявительный порядок и нет каких-либо ограничений по регистрации доменных имен) с учетом национального законодательства.

При решении вопроса о соотношении прав на товарные знаки и интересов администраторов доменов ВОЙС рекомендует рассматривать проблему комплексно, учитывая все действия владельца домена, руководствуясь при рассмотрении споров принципами добросовестности и справедливости.

Согласно UDRP, регистрация доменного имени должна рассматриваться как недобросовестная при наличии трех следующих условий:

- доменное имя идентично или сходно с товарным знаком истца;
- владелец доменного имени не имеет никаких прав или законных интересов в отношении доменного имени;
- доменное имя было зарегистрировано и используется недобросовестно.

Доказательством недобросовестной регистрации и использования доменного имени, которое идентично или сходно с товарным знаком истца, будут считаться следующие действия:

– предложение продать, «арендовать» или иначе передать доменное имя правообладателю товарного знака или его конкуренту за вознаграждение, превышающее подтвержденные расходы, прямо относящиеся к доменному имени;

– попытка привлечь внимание пользователей сети Интернет к доменному имени владельца веб-сайта или другому онлайн-объекту для получения экономической выгоды, способствуя тому, чтобы пользователи спутали имя домена с товарным знаком истца;

– регистрация доменного имени с доказанной целью помешать правообладателю товарного знака включить его в свое доменное имя;

– регистрация доменного имени с целью разрушить бизнес конкурента.

Самым существенным моментом для понимания природы доменного имени в Правилах и UDRP является то, что не постулируется исключительное право правообладателя товарного знака на соответствующее доменное имя. UDRP и Правила к ней не исходят из того, что доменное имя является одной из форм использования товарных знаков или что регистрация доменного имени является незаконным использованием объекта исключительных

прав, а делают упор именно на механизмах защиты от недобросовестной конкуренции. Основной критерий разрешения «доменно-го» спора, связанного с использованием товарного знака: «приведет или нет использование этого знака к недобросовестному получению преимуществ или несправедливому ослаблению отличительного характера¹ или репутации знака, который является объектом другого права»¹.

В отношении регистраторов ВОИС занимает следующую позицию: регистратор доменных имен общего пользования не может быть вовлечен в спор, так как UDRP не рассматривает регистратора как заинтересованное в споре лицо. В процессе участвуют администратор зарегистрированного домена и владелец товарного знака, считающий, что его права нарушены (у регистратора может быть запрошена необходимая информация, которая должна быть представлена для разрешения конкретного спора).

В настоящий момент система UDRP востребована в мире в силу ряда достоинств, среди которых в первую очередь следует выделить:

- наличие материальных норм, в определенной степени ориентированных на защиту интересов правообладателей средств индивидуализации;
- в состав административных комиссий входят специалисты по регулированию предметных отношений;
- оперативность рассмотрения дел (максимум несколько месяцев);
- оперативность исполнения решений (домен переделегируется по истечении 10-дневного срока со дня вынесения решения);
- невысокие (по западным меркам) пошлины.

Разбирательство осуществляется заочно, без вызова сторон. Решение основывается на представленных сторонами материалах.

Еще до утверждения UDRP при ее обсуждении в ВОИС рассматривался вопрос о придании статуса обязательной третейской процедуры, но три обстоятельства вызывали возражения:

- 1) обязательная третейская процедура исключает возможность обращения в обычные суды;
- 2) решение третейского суда является окончательным;
- 3) обычной практикой для третейской процедуры является конфиденциальность, когда решения не публикуются, если на то

¹ См.: WIPO Arbitration and mediation rules. – Mode of access: https://mediacia.com/wp-content/uploads/2018/07/wipo_arbitration_mediation_rules.pdf

нет специального соглашения сторон, а в контексте UDRP признается желательной как раз публикация решений.

Эти возражения вполне применимы и к России. Хотя UDRP предусматривает внесудебное урегулирование спора, она не отрицает возможность обратиться в обычный суд.

Однако решение суда в значительной степени может определяться уже состоявшимся решением в рамках UDRP, поскольку во многих государствах отсутствуют нормативные акты, регулирующие отношения по поводу регистрации и использования доменных имен, и в этой связи принципы, изложенные в UDRP, представляются наиболее разработанными и взвешенными.

Обязательность UDRP и Правил к ней для владельца доменного имени обеспечивается оговоркой в договоре о регистрации доменного имени (т.е. еще до возникновения спора) о том, что владелец доменного имени дает согласие на рассмотрение спора. Обязательность выполнения решения для регистратора доменных имен обеспечивается тем, что в случае неподчинения регистратор утрачивает свой статус и не сможет больше регистрировать доменные имена.

Применение UDRP возможно в рамках внесудебного порядка рассмотрения споров либо разбирательства в третейском суде. Вместе с тем имеются определенные трудности применения норм UDRP на территории России. Так, если российский суд не признает систему UDRP и решение административной комиссии третейским разбирательством, то это означает, что рассмотрение спора по UDRP не порождает значимого на территории Российской Федерации юридического факта, соответственно, оспаривать нечего, и суд отказывает в рассмотрении дела. Если же суд признает систему UDRP третейским разбирательством, то он также может отказать в рассмотрении дела в связи с тем, что создаваемая в рамках процедуры UDRP административная комиссия по существу является иностранным третейским судом.

В силу того что UDRP не имеет статуса международного правового акта, ратификация ее невозможна. В связи с этим для повышения эффективности применения UDRP в России представляется необходимым принятие нормативного правового акта, определяющего порядок применения норм UDRP на территории Российской Федерации.

В п. 2 ст. 18.28 анализируемого Соглашения указано на необходимость обеспечить доступность средств правовой защиты при регистрации с целью недобросовестного использования

доменного имени или удержании прав на доменное имя, идентичное товарному знаку или сходное с ним до степени смешения. Одновременно не исключается возможность использования предлагаемых в указанной статье средств правовой защиты (отозвание, аннулирование, передача прав, судебный запрет, взыскание убытков и др.) и при других нарушениях интеллектуальных прав.

Соответствующая норма предусмотрена п. 2 ст. 1484 ГК РФ: исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности путем размещения товарного знака в сети Интернет, в том числе в доменном имени и при других способах адресации. Размещение чужого товарного знака в доменном имени является, таким образом, нарушением исключительного права, влекущим применение мер гражданско-правовой, административно-правовой, уголовной и иных видов ответственности. Кроме того, в указанном случае возможно применение ряда норм части первой ГК РФ: ст. 12, содержащей неисчерпывающий перечень способов защиты гражданских прав, а также п. 1 ст. 10, в соответствии с которым не допускается злоупотребление правом.

Таким образом, действующие в настоящий момент нормы гражданского законодательства ни в коей мере не противоречат положениям ст. 18.28 Соглашения и не ограничивают правообладателей в выборе средств правовой защиты.

В ст. 18.81 вышеназванного Соглашения приведено определение поставщика электронных услуг, в полной мере соответствующее Федеральному закону от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» и иным нормам действующего законодательства Российской Федерации.

В ст. 18.82 Соглашения подчеркивается, что его положения не противоречат Соглашению ТРИПС, а дополняют его, содействуя постоянному развитию законной деятельности электронных служб, выступающих в качестве посредников. Предусматривается обязанность стран – участниц Соглашения устанавливать или поддерживать положения об освобождении от ответственности электронных служб, являющихся провайдерами интернет-услуг.

В связи с этим для повышения эффективности защиты интеллектуальной собственности в сети Интернет и противодействия пиратским практикам в России представляется целесообразным заключение международного соглашения, регламентирующего, по аналогии с положениями Соглашения, систему средств правовой

защиты для борьбы с нарушениями авторских прав в электронной среде и условий освобождения от ответственности.

В соответствии с Соглашением такая система должна содержать следующие элементы.

А. Правовые стимулы для сотрудничества провайдеров с правообладателями для предотвращения несанкционированного размещения материалов и их передачи либо стимулы для совершения других действий по предотвращению несанкционированного размещения и передачи материалов, на которые распространяется авторское право, причем эти стимулы могут принимать различные формы. Указанные стимулы для сотрудничества провайдеров с правообладателями действующее гражданское законодательство в настоящее время не предусматривает. В связи с этим с целью повышения эффективности защиты интеллектуальной собственности в сети Интернет и противодействия пиратским практикам представляется целесообразным дополнение ГК РФ соответствующими нормами.

Б. Ограничения в законодательстве, результатом которых является невозможность взыскать с провайдеров интернет-услуг денежную компенсацию за нарушение авторских прав, т.е. основания освобождения провайдеров от ответственности. Соответствующие положения содержит ст. 1253.1 ГК РФ, регламентирующая виды информационных посредников, их ответственность, а также основания освобождения их от ответственности.

Указанная норма содержит четыре вида ограничений. Два из них касаются передачи данных без изменения их содержания либо в составе технических процессов, а также размещения материалов под контролем или управлением провайдера. Они предусмотрены в ст. 1253.1 ГК РФ. Третье ограничение, касающееся кэширования, осуществляемого посредством автоматических процессов, предусмотрено в подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, согласно которому не считается воспроизведением краткосрочная запись произведения, которая носит временный или случайный характер и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование произведения либо осуществляемую информационным посредником между третьими лицами передачу произведения в информационно-телекоммуникационной сети, при условии, что такая запись не имеет самостоятельного экономического значения.

В отношении же четвертого ограничения, касающегося направления и переадресации пользователей на адрес электронного

ресурса с использованием инструментов установления адресов электронных ресурсов, включая гиперссылки и директории, правовое регулирование отсутствует. В связи с этим считаем целесообразным дополнение ГК РФ соответствующими нормами.

Пункт 3 ст. 18.82 Соглашения также регламентирует в отношении третьего и четвертого ограничений необходимость предусмотреть в законодательстве порядок предъявления требований к провайдерам об оперативном удалении или блокировании доступа к материалам, находящимся в их Сети или системе, при получении уведомления о предполагаемом нарушении авторских прав, а также нормы об освобождении от ответственности провайдеров, добросовестно удаляющих такие материалы или блокирующих доступ к ним, извещая при этом лицо, чьи материалы удаляются или доступ к которым блокируется.

Соответствующие нормы предусмотрены ст. 3 Федерального закона от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях».

Для реализации норм о перечисленных ограничениях Соглашение рекомендует, но не обязывает, сформировать и поддерживать систему, предполагающую:

- создание и функционирование заинтересованной организации, в которую входят представители как провайдеров, так и правообладателей, с участием государства;
- разработку и поддержание указанной организацией действенных и эффективных процедур, посредством которых лица, сертифицированные организацией, без неоправданных задержек осуществляют проверку уведомлений об оперативном удалении или блокировании доступа к материалам, охраняемым авторским правом, перед направлением такого уведомления провайдерам. Такое уведомление должно включать сведения о нарушении, электронный адрес в Сети, где было предположительно совершено нарушение, а также указание на полномочия лица, направляющего такое уведомление;
- разработку для провайдеров инструкций, касающихся порядка освобождения их от ответственности и последовательности действий по оперативному удалению или блокированию доступа к материалам, охраняемым авторским правом;
- включение в законодательство мер ответственности в отношении провайдеров, знавших о нарушении или находящихся

в курсе фактов или обстоятельств, при которых нарушение является очевидным.

Включение в нормы действующего законодательства РФ вышеуказанной системы, с одной стороны, повышает эффективность действий провайдеров по удалению и блокировке нелегального контента, но, с другой стороны, значительно увеличивает время рассмотрения уведомлений об удалении и блокировке, поскольку создает дополнительную инстанцию без установления конкретных сроков осуществления соответствующей деятельности (указано лишь, что она должна функционировать без неоправданных задержек, осуществляя деятельность в разумный срок). Указание на необходимость участия государства в деятельности такой организации фактически приводит к дублированию функций Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзора), которая осуществляет полномочия по государственному контролю и надзору в сфере связи.

В то же время законодательство РФ содержит указание на то, что информационный посредник несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационной сети на общих основаниях, предусмотренных ГК РФ, при наличии вины (п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ).

Пункт 4 ст. 18.82 Соглашения регламентирует ситуацию, когда законодательство страны-участницы содержит норму о встречных уведомлениях, в соответствии с которыми провайдер должен восстановить доступ к материалам, если лицо, направившее первоначальное уведомление, не обратится в суд в разумный срок.

Нормы о таких встречных уведомлениях в действующем гражданском законодательстве отсутствуют, в связи с чем считаем целесообразным внесение соответствующих дополнений в ГК РФ.

Пункт 5 ст. 18.82 Соглашения обязывает страны-участницы предусмотреть в законодательстве возможность истребовать денежную компенсацию с лица, предоставившего заведомо ложную информацию в уведомлении или встречном уведомлении, нанося ущерб любому заинтересованному лицу, указанному в законодательстве.

Действующее законодательство не содержит норм о такой денежной компенсации. Несмотря на возможность применения в этом случае общих гражданско-правовых норм об ответственности

(в частности, ст. 12 ГК РФ), считаем более целесообразным внесение соответствующих дополнений в ГК РФ.

В качестве альтернативы установления в законодательстве оснований освобождения провайдера от ответственности в п. 1 приложения Е к разделу J анализируемого Соглашения предусмотрена возможность включения в закон норм о критериях определения умысла либо неумысла действий провайдера: в частности, наличие либо отсутствие рекламы незаконных услуг, осведомленность провайдера о том, что его услуги используются для нарушения авторских прав, возможность ограничить нарушения авторских прав и предпринимаемые для этого действия, количество правомерных пользователей, получение провайдерами любой выгоды от нарушений авторских прав, финансовая жизнеспособность информационного ресурса в сети Интернет в случае только легального использования его материалов и т.п.

Представляется, что предусмотренные действующим законодательством нормы об ответственности провайдеров являются достаточно эффективными, апробированными не только в России, но также в США, в странах Европы, в связи с чем применение предлагаемой альтернативной модели вряд ли целесообразно, поскольку оно приводит к необходимости доказывания наличия или отсутствия критериев умысла либо неумысла действий провайдера в каждом конкретном случае, тогда как действующая модель предполагает доказательство лишь факта совершения правонарушения.

Подпункт d п. 1 приложения Е к разделу J Соглашения рекомендует предусматривать в законодательстве стран – участниц Соглашения нормы, побуждающие провайдеров, предоставляющих услуги по установлению электронных адресов, удалять любые копии материалов, которые они делают и предоставляют в общий доступ в рамках функционирования инструментов установления электронных адресов, после получения уведомления о предполагаемом нарушении и после того как изначальные материалы были удалены с ресурса, указанного в таком уведомлении.

Законодательство РФ не содержит подобной нормы, в связи с чем считаем целесообразным внесение соответствующих дополнений в ГК РФ.

Еще одна альтернатива предложена в приложении F к разделу J Соглашения, предусматривающем возможность применения вместо раздела J (провайдеры интернет-услуг) рассматриваемого Соглашения ст. 17.11.23 Соглашения о свободной торговле между

США и Чили, подписанного в Майами 6 июня 2003 г. и являющееся составной частью приложения названного Соглашения.

Таким образом, развитие права интеллектуальной собственности в настоящее время в значительной степени принимает во внимание потребности гармонизации, связанные с развитием информационного общества.

Ю.С. Харитонова
СМАРТ-КОНТРАКТ В СФЕРЕ
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ*
(Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.03

Аннотация. Цифровизация общественных отношений позволяет правообладателям достичь максимальной защиты своих прав и законных интересов в Сети. При этом активно разрабатываются платформы, дающие возможность встретиться правообладателям и потенциальным пользователям, желающим использовать результаты интеллектуальной деятельности. В современных условиях развития технологий блокчейн сети могут обеспечить не только фиксацию охраняемого объекта, но и передачу исключительного права на него по договору. Так называемые смарт-контракты позволяют проводить расчеты и контролировать использование объектов интеллектуальной собственности по лицензионным договорам. В то же время выявлены пробелы законодательства, связанные, в частности, с письменной формой договоров в сфере интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: интеллектуальные права; произведения; блокчейн; смарт-контракт; технологии распределенного реестра.

Yu.S. Kharitonova. Smart contract in the field of intellectual property. (Article)

Abstract. Digitalization of public relations allows right holders to achieve maximum protection of their rights and legitimate interests in the

* Статья подготовлена по гранту РФФИ № 18-29-16145 мк. Тема: «Механизм правового регулирования отношений с использованием технологии распределенных реестров». The article was prepared under RFBR grant № 18-29-16145 MK. Topic: «The Mechanism of legal regulation of relations using the technology of distributed registers».

network. At the same time, platforms are being actively developed to meet the right holders and potential users who wish to use the results of intellectual property. In modern conditions, the development of technology blockchain network can provide not only the fixation of the protected object, but also the transfer of the exclusive right to it under the contract. The so-called smart contracts allow to carry out calculations and control the use of intellectual property under license agreements. At the same time, the gaps in legislation related, in particular, to the written form of contracts in the field of intellectual property have been identified.

Keywords: *intellectual rights; works; blockchain; smart contract; distributed registry technologies.*

Введение

В настоящее время все чаще вопросы охраны исключительных прав рассматриваются юристами через призму цифровых технологий. По справедливому и несколько ностальгическому замечанию В.Л. Энтина, «сегодня с глиняными табличками, испещренными загадочными значками, работают только археологи. Знаки на табличках, как и изображения на папирусе, пергаменте, каменных стелах, воспринимаются как артефакты и музейные экспонаты. ... Такая же судьба в недалеком будущем уготована и нынешним носителям информации»¹. Все более популярным становится применение технологии распределенного реестра в сфере распоряжения и управления интеллектуальными правами. Проекты создания блокчейн-платформ в рассматриваемой сфере направлены на восстановление статус-кво в сфере распространения интеллектуальной собственности в цифровой форме. Это децентрализованные платформы на блокчейне не только для фиксации, но и для продажи авторских прав со справедливыми рыночными условиями, привлекательным механизмом стимулирования, низкой комиссией и полным контролем контента, цены и вида лицензии для автора. На блокчейн-платформах для приобретателей и правообладателей-продавцов каждый загруженный объект (текст, фото, слайд, изображение и т.п.) связан с автором посредством транзакции через

¹ Энтин В.Л. Авторское право в виртуальной реальности (новые возможности и вызовы цифровой эпохи) // СПС «КонсультантПлюс». – М.: Статут, 2017.

блокчейн. В силу особенностей технологии эта связь не может быть удалена или изменена каким-либо образом¹.

Явным преимуществом для всех обладателей авторских прав является использование самостоятельно исполняемых смарт-контрактов. При этом анализ случаев применения технологии блокчейн с точки зрения юридической показал, что смарт-контракт следует рассматривать как юридический факт (сложную правовую структуру, включающую ряд сделок), порождающий правовые последствия².

Высокие технологии и интеллектуальная собственность

Законодательство об интеллектуальной собственности оценивается как ключевая переменная, которая помогает управлять так называемой «новой экономикой»: «Без правовой и экономической защиты, которую обеспечивает право интеллектуальной собственности, компании не имели бы уверенности в принятии новой бизнес-модели, в которой нематериальные, легко воспроизводимые продукты и услуги стали одними из самых важных вещей, которые продаются»³. Сильная защита интеллектуальной собственности чрезвычайно важна для предпринимателей, работающих в новом экономическом ландшафте, и они чрезвычайно заинтересованы в пресечении и наказании действий лиц, которые без разрешения используют интеллектуальную собственность компаний (защищенные авторским правом произведения и запатентованные технические решения), включая недобросовестную конкуренцию и рекламу.

И тут на первый план выходят проблемы авторского права. В отличие от прав на изобретение или товарный знак, право автора

¹ См.: Харитонова Ю.С. Юридическое значение транзакций в системе распределенных реестров // Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики: Монография / отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. – М.: Юстицинформ, 2019. – 376 с. – Гл. 4. П. 4.3. – Абз. 2897–2952. – СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Санникова Л.В., Харитонова Ю.С. Юридическая сущность транзакций в системе распределенных реестров // Хозяйство и право. – М., 2019. – № 1. – С. 35–43.

³ См.: McLeod K. Intellectual property law, freedom of expression, and the Web. – Mode of access: <http://electronicbookreview.com/essay/intellectual-property-law-freedom-of-expression-and-the-web/>

возникает с момента внешнего выражения идеи. Поэтому так важно подтвердить свое право, но еще важнее – реализовать его в гражданском обороте, коммерциализировать.

Например, огромны возможности технологии блокчейн для учета авторских и смежных прав на музыкальные произведения. Их исполнения и фонограммы, а также вопросы распределения роялти и облегчения процедур инвестирования давно стали предметом внимания музыкальной индустрии¹.

Зашита авторских прав принципиально отличается от промышленной собственности. Поскольку защита предоставляется авторам произведений без регистрации, система является более гибкой, чем система патентная. Но как раз в этой сфере блокчейн-платформы представляют отличную систему для фиксации прав и результатов интеллектуальной деятельности, которые создаются как самостоятельные объекты прав и которые могут быть чем угодно: от фотографии до книги, от веб-сайта до докторской диссертации. Вполне возможно, что распределенная база данных, защищенная технологией блокчейн, может заменить систему фиктивной регистрации авторских прав, существующую в настоящее время. При этом в мире актуализируется тренд, который связан не только с фиксацией существования результата интеллектуальной деятельности (момент документирования создания и первой публикации на блокчейн-платформе все-таки больше похож на получение доказательств, а не на обеспечение каких-либо прав), но с возможностью передачи результатов интеллектуальной деятельности иным лицам на основе смарт-контрактов.

Цифровая форма произведений и токенизация интеллектуальных прав

Достоинством применения блокчейн-платформ в сфере обеспечения оборота объектов интеллектуальной собственности является отсутствие посредников внутри системы отношений «правообладатель-покупатель». На наш взгляд, коренное изменение общественных отношений в условиях цифровизации заключается в том, что отсутствие посредников между участниками оборота в так называемых peer-2-peer сетях не устраниет посредническую

¹ См.: *Walach D.A. Bitcoin for rockstars: How cryptocurrency can revolutionize the music industry. – Mode of access: <https://www.wired.com/2014/12/bitcoin-for-rockstars/>*

функцию как таковую. По сути, посредник оказывается теперь за рамками конкретных взаимоотношений сторон, но без него, его услуг, приобретающих сугубо информационный и даже инфраструктурный характер, невозможно вступить в эти отношения. Таким образом, посредничество, если можно так выразиться, приобретает платформенную оболочку, посредник стоит не между сторонами обязательства, а выступает в роли организатора пространства, площадки для взаимодействия, создателя инфраструктуры платформы.

Представляется, что современное общество, в частности правообладатели, остро нуждается в обновленной платформе, которая позволила бы общественности увидеть, что именно охраняется авторским правом и кому принадлежат соответствующие права. В настоящее время имена правообладателей, даты регистрации и наименования объектов можно увидеть в существующих традиционных онлайн-реестрах организаций, созданных авторами и другими правообладателями для управления своими правами на коллективной основе, или в государственных реестрах, которые не являются обязательными. Но недостатком таких реестров часто является то, что цифровые эталоны произведений, которые зарегистрированы, не являются доступными без обращения в реестр или вообще отсутствуют в цифровой форме.

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» разъясняет, что термином «интеллектуальная собственность» охватываются только сами результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, но не права на них. Главное – чтобы объект охраны можно было идентифицировать, независимо от возможности его реального восприятия человеком. Мы согласны с позицией Р.Ш. Рахматулиной в том, что оснований для того, чтобы считать «цифровые произведения» отдельным объектом авторского права, нет. Словосочетание «цифровое произведение» означает выражение произведения цифровым способом¹, т.е. речь идет о форме выражения и существования произведения.

¹ См.: Рахматулина Р.Ш. Объекты авторского права в цифровом пространстве и формы их выражения // Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет: Ежегодник. – М.: ИНИОН РАН, 2018. – Вып. 1 / отв. ред. Афанасьева Е.Г. – С. 77–82.

Так, формами, которые позволяют идентифицировать, хранить и затем использовать произведения, являются облачные технологии. Особенностью создания объектов авторского права с использованием облачных технологий является передача цифровых произведений¹. Таким образом, произведения могут загружаться и храниться в облачных сервисах и также создаваться с их использованием.

Таким образом, позиция судов подтверждает, что произведения, созданные в цифровой форме, могут легко фиксироваться создателями в электронном ресурсе и тем самым вводиться в широкий оборот в упрощенном порядке. Примером может служить PeerTracks – одна из первых стриминговых платформ для P2P-обмена². По инициативе PeerTracks был создан блокчейн MUSE, с помощью которого возможно создать криптовалюты, позволяющие получать доступ к имеющейся внушительной музыкальной базе. В рамках ее работы используются особые токены исполнителей, ценность которых зависит от популярности артиста.

Однако на современном этапе развития технология блокчейн может не только способствовать фиксации созданного объекта авторских прав в цифровой форме, но и создавать токены произведений, существующих в материальной форме (все метаданные хранятся в файле произведения).

Таким образом, сегодня практически любое произведение, независимо от изначальной формы его выражения, можно перевести в цифровую платформу и вводить в оборот путем распространения через децентрализованную систему блокчейн-платформ.

Смарт-контракт в системе управления интеллектуальными правами

Передача объекта интеллектуальной собственности не обладает ценностью сама по себе. Как правило, лица, имеющие доступ к произведениям, не могут использовать соответствующие объекты в целях коммерциализации. Поэтому целью привлечения платформ в культурную индустрию становится возможность передавать исключительные права на произведения. Таким образом,

¹ Договоры, обеспечивающие оборот исключительных прав / Ю.С. Харитонова, Л.В. Санникова, А.В. Минбаев, Р.Ш. Рахматуллина; отв. ред. Л.В. Санникова. – М., 2018. – 204 с.

² PeerTracks. – Mode of access: <https://peertracks.com>

лицензионные соглашения и соглашения об отчуждении исключительных прав переводятся в цифровую форму.

Смарт-контракт – небольшая программа внутри блока в блокчейне. Первый блокчейн – блокчейн биткоина – позволял вносить в блок лишь короткую запись транзакции. Несколько лет назад появились новые блокчейны, в которых могут содержаться и программы, позволяющие задавать помимо самих транзакций условия для их выполнения. «В случае выполнения таких-то условий, выполнить такую-то команду» – это и есть смарт-контракт. Поскольку смарт-контракт – это программа без каких-либо ограничений по внесенным в него данным и условиям, то вариаций его исполнения очень много. Например, можно сделать смарт-контракт, который задаст правило: один пользователь передает деньги (криптовалюту) другому только по прошествии определенного периода времени (периоды выплаты роялти). Другой пример – использование данных из открытых источников для описания условий транзакции. Тогда, например, gps-данные могут дать понимание о местонахождении объекта сделки и разрешить или запретить действия с ним¹. Таким образом, смарт-контракт-программа проверяет, все ли условия выполнены, и только после этого производится подтверждение транзакции и обмен активами (токенами произведений в обмен на вознаграждение).

В этом смысле смарт-контракт выступает как сделка, влекущая передачу исключительных прав на объект охраны пользователю на определенных, сформулированных в программном коде условиях, в обмен на вознаграждение автору или иному правообладателю.

Также смарт-контракт предполагает автоматизацию исполнения договора. Применение высоких технологий предполагает, что подключение к платформе распространения охраняемых объектов и прав на них требует внимания от участников рынка и подписание смарт-контракта подразумевает выражение воли как на заключение договора, так и на его исполнение на выбранных условиях. Поэтому, например, мыслимо при активации смарт-контракта получение права на использование произведения в течение определенного времени, по истечении которого доступ

¹ См.: Белоусов П. Программы блокчейна: Что препятствует массовому внедрению смарт-контрактов. – Режим доступа: <http://www.forbes.ru/tehnologii/343843-programmy-blokcheyna-cto-prepyatstvuet-massovomu-vnedreniyu-smart-kontraktov>

и возможность воспроизведения произведения у правообладателя прекратится. И при этом смарт-контракт обеспечивает практически гарантированные сборы в пользу автора, поскольку активация объекта в принципе будет возможной только после оплаты на согласованных сторонами условиях.

В одной из статей о применении блокчейна в музыкальной индустрии отмечена необходимость указания не только данных исполнителя, но и деталей компенсации¹.

На наш взгляд, представление о смарт-контракте как единой договорной конструкции вполне укладывается в существующие правила о договорах в сфере интеллектуальной собственности и могут быть предметом защиты в суде.

Форма соглашения о передаче исключительного права и смарт-контракт

В силу ст. 1234 ГК РФ договор об отчуждении исключительного права заключается в письменной форме. Лицензионный договор заключается в письменной форме, если ГК РФ не предусмотрено иное. Несоблюдение письменной формы такого договора влечет его ничтожность.

Можно ли считать программный код смарт-контракта – письменной формой существования договора? Согласно ст. 160 ГК РФ, письменная форма сделки считается соблюденной в случае совершения лицом сделки с помощью электронных либо иных технических средств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки, при этом требование о наличии подписи считается выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю. Законом, иными правовыми актами и соглашением сторон может быть предусмотрен специальный способ достоверного определения лица, выразившего волю.

Как видим, самой большой проблемой в данном случае может стать буквальное прочтение закона о том, что договор только тогда отвечает критериям письменной формы, когда не просто создан с помощью электронных либо иных технических средств (сюда можно было бы отнести программу для ЭВМ, как работающую с помощью оргтехники и иных техсредств), но и позволяющих

¹ См.: Music ally. Blockchain: Music without the middlemen? – Mode of access: <http://musically.com/wp-content/uploads/2016/05/blockchain-report.pdf>

воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки.

Как правило, платформы, распространяющие контент, не дублируют договоры в бумажном виде, т.е. фактически у судов, так же как у пользователей, нет реальной возможности открыть программный код и понять, какие условия исполнения договора в нем отражены. Напротив, краткое описание объекта и условий заменяет лицензию или договор об отчуждении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности. Смысл применения технологии распределенного реестра в данных отношениях заключается в том, что эти файлы шифруются и хранятся в цепочке блоков, генерируя метку времени и цифровую подпись.

На бумаге же подписи не ставятся. И получается, что если при заключении смарт-контракта использовалась цифровая подпись, все равно невозможно преодолеть требование о воспроизведении на материальном носителе в неизменном виде содержания контракта.

Более того, в случаях, определенных ГК РФ (ст. 1232), отчуждение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации по договору, залог этого права и предоставление права использования такого результата или такого средства по договору, а также переход исключительного права без договора подлежат государственной регистрации. И хотя несоблюдение требования о государственной регистрации не влечет недействительности самого договора, переход исключительного права, его залог или предоставление права использования считается несостоявшимся. То есть требованием о письменной форме договоров практически блокируется весь оборот прав на товарные знаки и иные объекты промышленной собственности, а также затрудняется взаимодействие по поводу произведений, внесенных в реестры Роспатента (программы для ЭВМ, например) или в реестры организаций, осуществляющих коллективное управление правами авторов.

Выводы

Использование смарт-контрактов обеспечит формирование справедливого рынка и принесет пользу культурной индустрии в целом, так как возможность увеличить доход станет стимулом для авторов и правообладателей работать больше и лучше. Сегодня в российском правопорядке проблема признания смарт-контракта

не решена. Однако, как бы ни сопротивлялся законодатель, смарт-контракты в сфере интеллектуальной собственности применяются все чаще, демонстрируют положительные аспекты технологии распределенных реестров и привлекают на свою сторону все больше правообладателей. Поэтому, конечно, данная модель организации управления исключительными правами сохранится, хотя в суде и могут возникать проблемы с защитой нарушенных прав правообладателей.

В связи с этим следует отметить еще один очень важный тренд развития общественных отношений в связи с цифровизацией и усилением доверия алгоритмам.

Многие платформы уже озабочились созданием и реализацией арбитражных механизмов разрешения конфликтов, в которых либо применяется алгоритм расчета компенсации, либо исход спора решается большинством голосов¹.

Таким образом, если государство не создает адекватное регулирование складывающихся отношений, споры рассматриваются самими участниками, согласившимися на правила платформ. При этом, в отличие от судебной системы, арбитражи платформ заинтересованы в доверии правообладателей и иных участников рынка и сохранении репутации, приносящей значительную долю их заработка.

¹ Платформа для художников и фотографов. – Mode of access: <http://www.bartvault.io/en>

А.П. Иванова

**СЕКЮРИТИЗАЦИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ**
(Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.04

Аннотация. В статье на основе опыта зарубежных стран исследуется механизм секьюритизации интеллектуальной собственности. Описывается структура сделок секьюритизации, включающая различных участников рынка и различные финансовые инструменты. Рассматриваются преимущества и недостатки данного инструмента финансирования, перспективы его развития в будущем.

Ключевые слова: секьюритизация; интеллектуальные права; ценные бумаги; интеллектуальная собственность; инвестиции.

A.P. Ivanova. Intellectual property securitization. (Article)

Abstract. The article analyzes a legal framework for the intellectual property securitization based on experience of foreign countries. The structure of a securitization transaction is depicted, including the different players and tools in the securitization process. The concluding part summarizes the pros and cons of the funding instrument and the future development prospects.

Keywords: securitization; intellectual property; intellectual property rights; investment; non-material assets; securities.

Секьюритизация является основным инструментом финансирования в современной экономике, с помощью которого компании могут перевести имеющиеся у них права в более ликвидную

форму – форму ценных бумаг, свободно обращающихся на рынке¹. Она позволяет компаниям выпускать облигации с более низкими процентами, поскольку предусматривает возможность выделения высоколиквидных активов, тем самым защищая владельцев выпущенных облигаций от рисков. Компании, привлекающие финансирование посредством секьюритизации, имеют стабильные денежные потоки, однако при выпуске классических корпоративных облигаций их инвестиционная оценка недостаточно высока². Секьюритизация имеет значительные преимущества по сравнению с другими источниками финансирования – банковским кредитом, выпуском традиционных корпоративных облигаций, венчурными фондами. В отличие от последних этот способ вложения средств диверсифицирует возможности для инвестирования и способствует развитию и расширению мира творчества и инноваций, преодолевая барьеры для входа инвестиций на рынок интеллектуальной собственности.

Обязательственные права – это активы, которые могут выступать объектами множества различных сделок. Их можно продавать и покупать, использовать в качестве средств обеспечения обязательств, передавать по наследству. Обязательственные права имеют большое значение для привлечения финансирования. Компании для этой цели могут использовать будущие денежные потоки, например права требования, вытекающие из договоров с клиентами о продаже товаров или оказании услуг³. Не вызывает сомнения тот факт, что если закон не будет признавать юридическую силу сделок, объектом которых являются *res incorporales* – права и обязанности, кредитный рынок потерпит серьезный ущерб, а деловая активность будет значительно снижена.

По общепринятым мнению, секьюритизация является договором с исполнением в будущем (*executory contract*), поскольку предполагает постоянную обязанность по выплате роялти и постоянный доступ эмитента к активам, обеспечивающим денежные потоки.

¹ См.: *Lupica L.R.* Circumvention of the bankruptcy process: the statutory institutionalization of securitization // Connecticut law review. – Hartford, 2000. – Vol. 33, N 199. – P. 209.

² См.: *Eisen B.* How Domino's persuaded Wall Street to lend to it for less // The Wall street journal. – New York, 2017. – Mode of access: <https://www.wsj.com/articles/how-dominos-convinced-wall-street-to-lend-to-them-for-less-1507739797>

³ См.: *Solomon D., Bitton M.* Intellectual property securitization // Cardozo law's arts & entertainment law journal. – New York, 2015. – Vol. 33, N 1. – P. 129.

Для сделок секьюритизации, как правило, создается «проектная компания» (SPV) – отдельное юридическое лицо, в которое поступают все денежные потоки в виде роялти. С этой целью первоначальная компания – «originator» – специально выделяет группу активов интеллектуальной собственности, денежные потоки от которых соответственно будут направляться в SPV. В основном данные процедуры осуществляются при помощи особого экономического агента – «servicer»¹. Как правило, на рынке действует несколько первоначальных компаний, которые соединяют поступления от интеллектуальной собственности в одну SPV; кроме того, эти компании пользуются услугами одного экономического агента – «servicer» – который обслуживает в дальнейшем все сделки секьюритизации. Преимущества такой системы заключаются в том, что она снижает транзакционные издержки и делает пул активов более диверсифицированным, уменьшая риск инвестиций.

После выпуска ценных бумаг, обеспеченных этими нематериальными активами, SPV возвращает денежные средства от их первоначальной реализации в качестве платы за полученные права на интеллектуальную собственность. В дальнейшем SPV становится ниточкой, которая соединяет средства, вырученные от использования интеллектуальной собственности, с инвесторами – обладателями выпущенных ценных бумаг. Поскольку единственной целью «проектной компании» является секьюритизация, а единственным имуществом являются активы интеллектуальной собственности, риски инвесторов невысоки: успех зависит исключительно от качества обеспечивающих активов, а не экономической деятельности корпорации.

Инвесторы-неспециалисты не обладают знаниями и опытом, необходимыми для оценки финансовых активов, поэтому большинство своих решений они принимают на основе особых кредитных рейтингов, которые составляют *агентства по оценке кредитоспособности*. Через рейтинги агентства дают оценку вероятности погашения основной суммы и процентных платежей по ценной бумаге в течение установленного периода времени. Чем выше кредитный рейтинг ценных бумаг, тем ниже процентные ставки по инвестициям².

¹ См.: *Plank T.E. The true sale of loans and the role of recourse // George Mason university law review. – Arlington County, 1991. – Vol. 14, N 287. – P. 307.*

² См.: *Solomon D., Bitton M. Op. cit. – P. 139.*

Для повышения кредитоспособности выпущенных ценных бумаг могут использоваться специальные механизмы. *Внешнее кредитование*, например, представляет собой гарантии третьих лиц, имеющих стабильное финансовое положение, – банков или страховых организаций. Для получения необходимого инвестиционного уровня рейтинговые агентства определяют минимальную сумму гарантий, которые должны быть даны третьей стороной.

Сам эмитент тоже может принять меры по повышению своей кредитоспособности: увеличить пул активов, обеспечивающих сделки секьюритизации, или выпустить ценные бумаги отдельными траншами с разными уровнями приоритета: те ценные бумаги, владельцы которых получают доход от активов в первую очередь (*senior securities*), имеют больший инвестиционный рейтинг по сравнению с другими (*subordinated securities*) и стоят, соответственно, дороже¹.

В процессе секьюритизации на обеспечивающие активы накладывается обременение в пользу владельцев ценных бумаг, которое регистрируется на имя особого субъекта – доверительного управляющего (*trustee*). Доверительный управляющий защищает интересы инвесторов: контролирует выплату роялти, следит за качеством обслуживания сделки и ее организацией и т.д. Инвестиции в обеспеченные активами ценные бумаги осуществляются либо самими инвесторами непосредственно, либо через вспомогательные институты, такие как резервные фонды, пенсионные фонды или страховые компании.

Еще один субъект, участвующий в сделках секьюритизации, – *андеррайтер*. Он – профессиональный игрок на рынке ценных бумаг – отвечает за успешное их размещение: определяет цены, координирует процесс маркетинга и распределение ценных бумаг между инвесторами, а также берет на себя обязательство приобрести ценные бумаги, которые не найдут своих покупателей. За свои услуги андеррайтер берет определенный процент от совокупной стоимости выпущенных ценных бумаг.

Секьюритизация интеллектуальной собственности – явление новое и неисследованное даже в самых развитых странах мира, тем более в России. В основном эти сделки распространены лишь в музыкальной индустрии и киноиндустрии; там, где произведения обещают быть успешными и прибыльными. Причем в индустрии

¹ См.: *Oditah F. Asset-backed securitization in Europe / Baums T., Wymeersch E.: eds. – London, 1996. – P. 100.*

кино секьюритизация, как правило, охватывает весь каталог фильмов, принадлежащих конкретной студии, т.е. все нематериальные активы организации.

Пионером в этой области стала именно музыкальная индустрия: в 1997 г. Д. Боуи собрал 55 млн долл. США путем выпуска облигаций, обеспеченных ожидаемыми гонорарами от продажи его первых 25 альбомов. Главным организатором сделки стал специалист в области финансовой и банковской деятельности Д. Пулман¹. Однако сейчас правовой режим интеллектуальных прав артистов, как правило, иной: в момент выпуска облигаций почти все интеллектуальные права действительно принадлежали Д. Боуи, современные же авторы вынуждены отказываться от значительной части прав на свои музыкальные произведения на ранних этапах карьеры, что снижает возможность использовать секьюритизацию в качестве инструмента финансирования². В связи с этим некоторые правоведы считают необходимым закрепить на законодательном уровне минимальный объем основных прав, который в любом случае должен оставаться у первоначального исполнителя. Особенно это важно ввиду развития потокового мультимедиа, превращающего интеллектуальные права в активы длительного характера, непрерывно приносящие доход³.

Секьюритизация представляется наиболее перспективным способом пользования и распоряжения интеллектуальными правами по сравнению с иными способами: она не влечет за собой отчуждение или ограничение прав первоначального правообладателя на результаты интеллектуальной деятельности. В то же время она будет успешна лишь в отношении известных авторов, чьи произведения гарантированно будут приносить стабильные доходы.

С недавних пор объектами сделок секьюритизации стали товарные знаки, использование которых приобрело широкое распро-

¹ См.: *Sylva J. Bowie bonds sold for far more than a song: The securitization of intellectual property as a supercharged vehicle for high technology financing // Santa Clara high technology law j. – Santa Clara, 1999. – Vol. 15, N 1. – P. 195–230. – Mode of access: <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ru/&httpsredir=1&article=1245&context=chtlj>*

² См.: *Burke S.J. Bowie bonds sold for far more than a song: the securitization of intellectual property as a super charged vehicle for high technology financing // The Santa Clara high technology law journal. – Santa Clara, 1999. – Vol. 15, N 1. – P. 202.*

³ См.: *Garcia K. Royalty securitization // The Harvard journal of law & technology. JOLT digest. – New York, 2017. – Mode of access: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/royalty-securitization>*

странение за последние несколько десятилетий. Среди секьюритизированных товарных знаков – *Dunkin Donuts*, *Hilton* (сеть отелей), *BCBG Max Azaria*, *Domino's Pizza* и др. На сегодняшний день сделки с товарными знаками стали самыми популярными среди всех сделок секьюритизации интеллектуальной собственности.

Таким образом, можно отметить следующие преимущества секьюритизации вообще и, в частности, секьюритизации интеллектуальной собственности¹:

1) небольшие финансовые затраты по сравнению с банковским кредитованием;

2) отсутствие необходимости отражения в бухгалтерской отчетности, что позволяет сохранить приемлемый уровень кредитоспособности юридического лица;

3) сохранение исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, а также возможность получения дохода от них в полном объеме (после полного погашения стоимости выпущенных ценных бумаг);

4) возможность для инвесторов диверсифицировать свои риски: современные вычислительные методы позволяют разделить потоки роялти, поступающие от использования интеллектуальных прав, и выпустить несколько серий ценных бумаг;

5) усиленная координация между потенциальными инвестиционными каналами на рынке капитала и индивидуальными предпочтениями инвесторов: транзакции секьюритизации предоставляют конкретные уровни риска и ожидаемого дохода для каждого типа инвесторов, тем самым увеличивая стоимость, которую они создают;

6) превращение неликвидных активов в ликвидные ценные бумаги, обеспеченные данными активами;

7) стимулирование к созданию новых изобретений и творческих работ, что отвечает интересам общества;

В то же время интеллектуальные права как активы, обеспечивающие ценные бумаги, обладают высоким уровнем волатильности: многие патенты признаются недействительными или быстро устаревают ввиду постоянного развития технологий; интеллектуальные права имеют ограниченный срок действия, сложно предотвратить и устраниить их нарушения. Это приводит к тому, что сделки

¹ См.: *Solomon D., Bitton M.* Op. cit. – P. 131.

секьюритизации интеллектуальной собственности становятся более сложными и рискованными.

В настоящее время недостаточная стабильность финансовых потоков, получаемых от использования интеллектуальных прав, компенсируется двумя способами: во-первых, секьюритизация осуществляется лишь в тот момент, когда прибыльность нематериального актива очевидна и возможно установить размер будущих роялти; во-вторых, в обеспечение закладывается несколько интеллектуальных прав, тем самым происходит диверсификация активов.

В век информации интеллектуальные права являются важной составляющей ВВП развитых стран, в частности за счет использования их в качестве средства финансирования. Секьюритизация, таким образом, позволяет капитализировать права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации и тем самым обеспечить предсказуемый поток роялти от них с целью привлечения финансовых средств для предпринимательской деятельности. Секьюритизация представляет собой сбалансированный и эффективный инструмент инвестирования в интеллектуальную собственность, потенциал которого, представляется, будет раскрыт в ближайшем будущем.

Раздел 2

АВТОРСКОЕ ПРАВО В НОВОЙ ЦИФРОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

С.И. Коданева

ТРАНСФОРМАЦИЯ ИНСТИТУТА АВТОРСКОГО ПРАВА
В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ
(Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.05

Аннотация. Статья посвящена анализу перспектив развития авторского права в условиях стремительно нарастающих возможностей современных цифровых технологий, позволяющих мгновенно и свободно размещать в открытом доступе миллионы объектов интеллектуальной собственности. Как следствие – невозможность для авторов контролировать законность использования своих произведений, а для пользователей – получать к ним доступ на законных основаниях и с минимальными транзакционными издержками. Исследуются потенциальные возможности и риски использования технологий блокчейн и смарт-контрактов для фиксации авторских прав и распоряжения ими, а также формулируются предложения по внесению изменений в действующее законодательство.

Ключевые слова: авторское право; распоряжение объектами авторского права; открытые лицензии; блокчейн; смарт-контракт.

S.I. Kodaneva. The transformation of the institution of copyright in the digital environment. (Article)

Abstract. The article is devoted to the analysis of the prospects of development of copyright in the conditions of rapidly growing opportunities of modern digital technologies that allow to place millions of objects in the open access instantly and freely. As a result – it is impossible for authors to control the legality of the use of their works, and for users to access them legally and with minimal transaction costs. The potential opportunities and risks of using

blockchain technologies and smart contracts to protection copyright and dispose of them are analyzed, as well as proposals for amendments to the current legislation are formulated.

Keywords: *copyright; disposal of copyright objects; open licenses; blockchain; smart contract.*

Общественные отношения в области авторского права в последние годы переживают глубинную трансформацию. Взрыв цифрового контента, попадающего в Интернет со всех уголков Земли, а следовательно, из разных юрисдикций, поднимает сложные вопросы об определении и защите правообладателей, а также о процедурах выплаты им вознаграждения.

Информация об обладателях авторских прав разбросана по различным базам данных издателей, звукозаписывающих компаний, организаций коллективного управления правами и других субъектов, которые не заинтересованы в том, чтобы делиться ею. В то же время в гигантском океане информации правообладателям, не имеющим специальных ресурсов (таких, какими обладают крупные киноконцерны или медиахолдинги), крайне затруднительно обнаружить контент, нарушающий их права, а в случае его обнаружения – добиться защиты своих прав, получить вознаграждение за его использование, если такой контент оказался в чужой юрисдикции. Либо же им приходится выплачивать от 20 до 50% от своего вознаграждения различным посредникам¹.

В такой ситуации страдают как правообладатели, так и добросовестные пользователи, которые вынуждены отказываться от использования интересующего их контента в ситуации неопределенности его правового режима.

Основная причина этих проблем коренится в законодательстве об авторском праве, в соответствии с которым авторские права возникают в момент создания произведения в объективной форме. Следствием этого является крайне низкий порог для «входа» в сферу защиты авторского права, а это приводит к тому, что весь контент, выкладываемый в Интернет, формально защищен в полном объеме, даже в тех случаях, когда его авторы не преследуют цель получения вознаграждения и вообще не задумываются о защите

¹ См.: *Tresise A., Goldenfein J., Hunter D. What blockchain can and can't do for copyright // Australian intellectual property journal. – Sydney, 2018. – Vol. 28, N 4. – P. 144–157.*

произведений, т.е. фактически подразумевается «открытая лицензия», хотя формально она не проставлена.

Все это заставляет задуматься об актуальности кардинальной трансформации института авторского права, с тем чтобы разделить контент, который сегодня свободно распространяется в Сети, на две категории.

Действительно, если основываться на базовом принципе гражданского права, согласно которому юридически значимые действия лица оцениваются исходя из его действительной воли, то следует признать, что в ситуации, когда лицо, выкладывая в Интернет объекты, формально подпадающие под действие авторского права, имеет своей целью реализацию только одного из личных неимущественных прав автора – а именно, право на обнародование, его воля направлена на предоставление всем желающим открытой лицензии на использование своего произведения, даже когда такое лицо формально и не сделало соответствующего волеизъявления.

С другой стороны, когда правообладатель произведения заинтересован в его защите и получении вознаграждения за использование, то необходимо создание более эффективного технического и юридического института защиты его прав. Представляется, что легкодоступная, публичная и международная система регистрации могла бы решить эту задачу.

Соответственно, подобный подход позволил бы сразу разграничить весь существующий контент: лица, заинтересованные в защите своего авторского права, должны регистрировать его в специальном реестре, а в отношении тех, кто этого не сделал, должен автоматически применяться режим открытой лицензии.

Стоит отметить, что предпринимались многочисленные попытки создать различные системы регистрации – как правительственные, так и частными организациями. Все они потерпели неудачу. И основная причина заключается в том, что публичная система регистрации должна быть добровольной, чтобы не противоречить Бернской конвенции. Кроме того, поскольку авторское право действует во всем мире, очевидно, что такая система также должна быть международной.

Так, например, контролируемый ВОИС реестр кажется вполне очевидным решением. Однако если ВОИС не обладает полномочиями по разрешению споров в отношении объектов, включенных в соответствующий реестр, подобно арбитражному процессу по доменным именам, проводимому центром ВОИС по

арбитражу и посредничеству, то она вряд ли будет заинтересована в покрытии расходов на управление реестром, который обеспечит простое доказательство существования авторского права, когда правообладателям все равно придется вести судебные процессы в национальных юрисдикциях.

Однако поскольку необходимость создания такого рода реестров с каждым годом становится все более очевидной, то частные компании уже начали действовать в этом направлении, исследуя возможности использования технологии блокчейн для регистрации авторских прав и управления ими.

Поэтому сегодня можно найти довольно много литературы, демонстрирующей преимущества блокчейна в качестве независимого публичного реестра объектов авторского права. Если обобщить выдвигаемые авторами¹ аргументы в пользу этой технологии, то их можно свести к следующему.

1. Блокчейн гораздо эффективнее в качестве инструмента борьбы с пиратством, чем существующие сегодня технические средства защиты авторских прав, поскольку технологии DRM не решают проблему защиты, а скорее становятся проблемой сами по себе, замедляя работу оборудования, нарушая установленную антивирусную защиту, препятствуя добросовестному копированию; кроме того, их легко преодолевают хакеры.

2. Технология блокчейн может выполнять функцию *«trusted timestamping»* («временной метки») – безопасного способа отслеживания момента создания произведения, широко применяемого в бизнес-среде.

3. Блокчейн может заменить посредников, тем самым избавив правообладателя от необходимости отдавать значительную часть своего вознаграждения различным организациям по коллек-

¹ См., напр.: Болонина Н.С. Применение технологии блокчейн для защиты и управления авторскими правами // Аллея науки. – Томск, 2018. – № 5 (21). – С. 881–884; Масальцева А.И. Технология «blockchain» как альтернатива коллективному управлению авторским и смежным правом // Вестник Российской академии интеллектуальной собственности. – М., 2017. – № 4. – С. 95–102; Новиков К.А. Технология блокчейн в сфере охраны авторских прав на музыкальные произведения // Синергия наук. – М., 2018. – № 30. – С. 1452–1458; Харитонова Ю.С. Правовое значение фиксации интеллектуального права с помощью технологии распределенного реестра // Право и экономика. – М., 2018. – № 1 (359). – С. 15–21; Шатковская Т.В. Влияние информационных технологий на оборот интеллектуальной собственности в цифровом пространстве // «Черные дыры» в российском законодательстве. – М., 2018. – № 5. – С. 17–19.

тивному управлению правами и подобным им. Вместо этого правообладатель сможет напрямую контактировать с пользователями посредством заключения смарт-контрактов, которые будут предоставлять доступ к произведениям только после внесения платы и только в пределах установленного срока и условий лицензии.

4. Блокчейн позволяет индивидуализировать каждую цифровую копию произведения, защищенного авторским правом, с помощью хэш-функции. Это позволит присвоить отдельным копиям самостоятельные лицензионные условия, например, одна копия может быть предоставлена с правами на модификацию, другая – с ограниченными правами публичного доступа через Интернет.

Вместе с тем возможности использования технологии блокчейн имеют и ряд ограничений как технологического, так и юридического свойства.

Во-первых, реестры хранения и распространения интеллектуальной собственности будут востребованы только в случае, если они смогут предоставить достаточный объем контента для удовлетворения массового спроса, с одной стороны. А с другой стороны, следует признать, что сегодня подобные инструменты все еще можно охарактеризовать как технологии для избранных, поскольку пользуется ими очень незначительное количество людей. Однако подобно всем новым технологиям, в развитии распределенных реестров прав на объекты интеллектуальной собственности со временем будет проявляться сетевой эффект, при котором рост количества объектов, размещенных в реестре, приведет к росту числа пользователей, что, в свою очередь, будет привлекать все новых и новых авторов.

Но пока что этому препятствует скорость совершения транзакций на блокчейне. Чтобы конкурировать с существующими технологиями, системы на основе блокчейна должны будут хранить и запускать миллионы, если не миллиарды, смарт-контрактов и обрабатывать их практически мгновенно¹. Однако сеть биткоин может обрабатывать 2–5 транзакций в секунду. Для сравнения: VISA обрабатывает 56 тыс. транзакций в секунду².

Во-вторых, технология блокчейн сама по себе требует довольно значительных объемов памяти. Так, на 1 июля 2019 г. сеть

¹ См.: *Tresise A., Goldenfein J., Hunter D.* Op. cit. – P. 144–157.

² См.: *Intellectual property law and practice in the blockchain realm / Gürkaynak G., Yilmaz I., Yesilalay B., Bengi B.* // *Computer law & security review*. – London, 2018. – Vol. 34, N 4. – P. 847–862.

биткоин достигла 226 Гб, а средний размер блока составляет 1,26 Мб, притом что в нем хранятся только метаданные¹. Начиная с 2013 г. блокчейн-цепи разрастаются экспоненциально, ежегодно удваиваясь. Если же представить себе Сеть, в которой должны будут храниться тяжелые файлы, содержащие в себе различные объекты авторского права, то возникает вопрос о том, каким образом стимулировать ее участников нести расходы, связанные с хранением таких объемов информации, поскольку расходы эти могут быть весьма существенными.

В данной ситуации представляется логичным решение, при котором в реестре будут храниться только метаданные о транзакциях, связанных с депонированием и распоряжением объектами интеллектуальной собственности, а сами эти объекты будут размещаться в специальном хранилище.

Но такое решение сразу порождает несколько проблем. С одной стороны, необходимо гарантировать, что ссылки на место хранения контента, содержащиеся в блокчейне, будут актуальными, поскольку контент может стать недоступным из-за технических неполадок инфраструктуры или из-за преднамеренных действий лица, обеспечивающего его хранение. Таким образом, хранение цифрового контента вне цепи создает проблему доступности такого контента и ставит под сомнение эффективность общего блокчейн-решения. Кроме того, возникает проблема доверия и кибербезопасности – обеспечения достаточной степени защищенности контента.

С другой стороны, если проанализировать юридическую составляющую вопроса, то может возникнуть коллизия с нормами ГК РФ об освобождении информационного посредника от ответственности за пиратский контент. Дело в том, что поскольку размещение контента в блокчейне является сугубо добровольным действием, осуществляемым под ответственность лица, разместившего контент, то никто не сможет гарантировать, что он не нарушает исключительных прав третьих лиц. В то же время после того, как объект авторского права окажется в цепи, в силу природы блокчейна, исключить соответствующий блок будет уже невозможно. Кроме того, при первом из приведенных выше решений контент будет находиться на множестве устройств всех участников цепи, а при втором варианте – в неком «облачном хранилище» специально уполномоченного лица (администратора). Но и в том, и в другом случае участники цепи либо администратор

¹ По данным сайта blockchain.com

будут использовать такой незаконный контент по смыслу ст. 1270 ГК РФ, т.е. формально можно будет признать их виновными в нарушении авторского права.

Безусловно, ст. 1270 ГК РФ содержит специальное изъятие: «Не считается воспроизведением краткосрочная запись произведения, которая носит временный или случайный характер и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование произведения либо осуществляющую информационным посредником между третьими лицами передачу произведения в информационно-телекоммуникационной сети». Однако для того чтобы заявлять об освобождении от ответственности, ссылаясь на данное изъятие, информационный посредник обязан при обращении правообладателя немедленно удалить спорный контент, что невозможно будет осуществить практически в рамках технологии блокчейн, ключевой особенностью которой как раз и является невозможность изменения составляющих ее блоков.

Кроме того, необходимо защитить и тех, кто приобретает контент в блокчейне, полагаясь на имеющуюся в реестре запись о его авторе. Необходимо признать, что блокчейн гарантирует не достоверность размещенной в нем информации, а только неизменность информации, генерируемой внутри самой цепи. Соответственно, необходимо внести изменения в существующее законодательство об авторском праве. Лица, получающие права на использование произведений, защищенных авторским правом, на основе записей, доступных в блокчейне, должны быть защищены от возможных претензий о нарушении со стороны правообладателей, поскольку они добросовестны в своих действиях. Поэтому перекладывание на них рисков нарушения, связанных с ложными записями в таких базах данных, вряд ли можно рассматривать как справедливое распределение рисков. Одним из способов реализации такой защиты может быть внесение изменений в ГК РФ, распространяющее действие принципа добросовестного приобретения в отношении прав на использование произведения, защищенного авторским правом, добросовестно приобретенного в реестре блокчейн.

В-третьих, в отсутствие единого государственного (или международного) реестра объектов авторского права уже сегодня реализуется ряд проектов создания частных реестров, а со временем их может стать множество. Соответственно, правообладатель (или иное заинтересованное лицо) может разместить один и тот же объект в нескольких реестрах, в результате чего пользователи

будут приобретать права на такой объект на разных ресурсах, в том числе и в реестрах на базе блокчейн, включая исключительные права или лицензии.

В связи с этим встает вопрос о необходимости выработки единых стандартов, позволяющих при размещении объекта в цепи автоматически (возможно, с помощью искусственного интеллекта) проводить проверку его уникальности.

Кроме того, необходимо законодательно закрепить правило о том, что право считается приобретенным тем лицом, которое совершило сделку первым. В отношении второй по времени сделки исключительное право к приобретателю не переходит, но правообладатель несет перед ним ответственность. Кроме того, целесообразно закрепить обязанность правообладателя при включении в реестр принадлежащих ему исключительных прав уведомлять о фактах включения объектов в иные системы учета прав, позволяющие распоряжаться этими объектами. Правообладатель обязан сообщать о включении такого же объекта в другие реестры и в течение всего периода нахождения объекта в реестре¹.

Таким образом, на сегодняшний день необходимо решить три ключевые законодательные проблемы:

1) обеспечить дополнительную правовую защиту пользователям, опирающимся на записи, доступные в системе управления авторским правом на основе блокчейн;

2) операторы блокчейн-платформы, а также лица, хранящие цифровой контент, должны пользоваться правом на освобождение от ответственности с учетом специфики принципа неизменности блокчейн-записей;

3) необходимо повысить правовой статус записей в блокчейн-системе, поскольку они должны не только служить источником информации об авторском праве, но и создавать прочную презумпцию авторства / авторского права, которая может быть опровергнута только решением суда и / или специализированного органа;

4) необходимо законодательно закрепить обязанность правообладателей информировать о размещении одного и того же объекта на нескольких ресурсах, включая реестры на основе блокчейн, с тем, чтобы не допустить одновременной передачи исключительного права (исключительной лицензии) на такие объекты нескольким лицам.

¹ См.: Новоселова Л.А. Об активных системах учета интеллектуальных прав // Пермский юридический альманах. – Пермь, 2018. – № 1. – С. 268–277.

Р.С. Дорофеев

**ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ПРОИЗВЕДЕНИЙ-СИРОТ
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.06

Аннотация. В статье рассматривается проблема произведений-сирот в контексте охраны авторских и смежных прав в цифровой среде. Анализируются правовой режим произведений-сирот в различных право-порядках, а также блокчейн как прогрессивный способ разрешения проблемы поиска авторов.

Ключевые слова: произведения-сироты; право интеллектуальной собственности; авторское право; блокчейн.

R.S. Dorofeev. Legal regime of orphan works. (Article)

Abstract. The article concerns the problem of orphan works in terms of copyright and neighboring rights protection. Besides, the article describes the legal regime of orphan works in different states and a blockchain as an innovative way to solve the problem of searching authors.

Keywords: orphan works; intellectual property right; copyright; blockchain.

В условиях XXI в., где цифровая среда, в которой центральное место, конечно, занимает Интернет, становится эпицентром развития новых технологий, альтернативой СМИ и способом коммуникации, право все больше и больше стремится урегулировать все, что в ней происходит. Уже сейчас можно видеть, как люди привлекаются к уголовной ответственности за публикацию различной информации на сайтах, к гражданско-правовой ответственности за клевету, распространение недостоверной информации... Право на протяжении всей истории следует за человеком

и обществом в целом, – а потому не может оставаться вне цифровой среды.

Исходя из этого, необходимость охраны прав авторов различных произведений – будь то музыка, живопись, литература, фотография и т.д. – приобретает особую значимость. Ежедневно каждый из нас в тех же социальных сетях сталкивается с тоннами различного контента: отправляет стихи, сохраняет и пересыпает фото, – порою даже не задумываясь: а кто автор? Мысль о том, что это – нечто общее, как бы перешедшее в общественное достояние¹, – свидетельствует даже не только и не столько о низком уровне правовой грамотности, сколько о том, что поколение современных интернет-пользователей еще не привыкло к тому, что правовые нормы работают в Интернете².

Пожалуй, одной из центральных проблем охраны авторских и смежных прав в цифровой среде является режим произведений, которые «не имеют» автора, готового громко заявить о себе, отстоять свои права в сети Интернет.

В данной статье будут рассмотрены общетеоретические подходы для решения проблемы произведений-сирот, а также опыт различных правопорядков.

Произведения-сироты: Общий правовой анализ

По своей сути произведение-сирота, или произведение с недоступным правообладателем, представляет собой произведение, которое еще охраняется авторским правом (срок охраны не истек), но установить правообладателя не представляется возможным. То есть фактически любой добросовестный пользователь, желающий приобрести права на произведение автора на законных основаниях (будь то договор о передаче авторских прав или лицензионное соглашение), оказывается не у дел, так как технически не может установить человека, который авторским правом обладает.

¹ См.: Минков А. 10 главных мифов об авторском праве. – Режим доступа: https://www.triz-ri.ru/market/?id=569&name=10_glavnuyh_mifov_ob_avtorskom_prade

² См.: Козлук А. Подписи собрали: 100 000 человек потребовали отменить антиpirатский закон // Частный корреспондент: интернет-издание. – 2013. – 12 авг. – Режим доступа: http://www.chaskor.ru/article/podpisi_sobrali_33098

В целом исследователи¹ выделяют следующие причины возникновения произведений-сирот.

1. Утрата информации против авторской воли:

– потеря информации об авторе в связи с объективным фактором (например, когда произведение находилось на единственном материальном носителе);

– оригинал произведения был утерян, а произведение было скопировано без согласия автора (возможно, по небрежности издателя);

– автор публикует произведение в Интернете; затем после нескольких копий информация об изначальном авторе утрачивается.

2. Произведение фактически создавалось несколькими авторами. Обычная ситуация для Интернета, где работа копируется по несколько раз – и в результате этого «испорченного телефона» образуется уже совершенно новое произведение. В контексте этого примера вспоминается интервью с Р. Брэдбери, в котором он делился воспоминаниями о том, как он в детстве сам дописывал продолжения книг, не имея возможности приобрести их в магазине.

3. Автор может в принципе быть безразличен к судьбе своего произведения; однако лицо, желающее, допустим, опубликовать книгу или записать диск с интересной мелодией, не сможет этого сделать из-за риска ответственности.

4. Автор, произведение которого содержит незаконный контент (носящий пропагандистский, экстремистский, террористический характер), публикует свое произведение анонимно, опасаясь ответственности (здесь фактическая причина – вмешательство государства в интернет-пространство).

Из-за ситуации неопределенности возникает одновременно две правовых проблемы (и, следовательно, задачи): как, с одной стороны, найти автора, чтобы защитить его права, а с другой – как гарантировать права потенциального приобретателя авторских прав. Грамотное решение обеих выгодно всем: изначальный правообладатель получает компенсацию за предоставление прав на свое произведение, будущий правообладатель обретает необходимый ему материал, а государство в лице тех же судебных органов избавляется от необходимости разрешения огромного количества

¹ См.: Левова И.Ю., Винник Д.В., Мусеева А.Ю. Сиротские произведения в России: Статус, пути решения проблемы. – М., 2016. – С. 7. – Режим доступа: <https://noosphere.ru/uploads/doc/56f72d445f1be720e8026058.pdf>

конфликтов (возникающих, когда истинный владелец произведения внезапно обнаруживается).

Стоит заметить, что в настоящий момент проблема произведений-сирот (*orphan works*) является фактически новой, в какой-то степени обнаруживающей неподготовленность всей системы защиты авторских прав различных стран. В первую очередь это связано с возросшим влиянием Интернета, увеличением количества виртуальных ресурсов, откуда можно загружать / скачивать / воспроизводить онлайн все, что раньше хранилось на материальных носителях. Если еще 20 лет назад люди по всему миру ходили в книжные магазины и заполняли книжные полки у себя дома приобретенными килограммами бумаги, то сегодня многим проще в один клик скачать pdf-файл и установить его на электронный носитель. Если 10 лет назад рынок DVD был рекордным и за фильмом-новинкой в ближайшем *M-Video* выстраивались очереди, то сегодня проще найти ссылку с онлайн-просмотром и насладиться любимой комедией, даже не задумываясь о том, что можно приобрести диск. Действительно, зачем, если ты в любой момент сможешь посмотреть / переслушать / перечитать все заново (и в большинстве случаев бесплатно) – совершенно не беспокоясь о том, сколько автор произведения рассчитывал выручить от продажи экземпляров с записью этого фильма или же печатных изданий в глянцевых обложках. И по всему миру в связи с этим подаются жалобы, иски о защите авторских прав, выплачиваются компенсации, блокируются целые сайты и торрент-системы – на фоне недоумения обычных потребителей, которые уже привыкли к тому, что это должно быть бесплатно, и отнюдь не желают платить лишние деньги.

Поиск выхода из этой ситуации пока не очевиден, но если презумировать адекватное функционирование рыночных законов, то при наличии покупателя (читателя) и продавца (автора или издательства) всегда можно будет найти приемлемое решение для обеих сторон. Уже сейчас даже в России, где традиционно наблюдались проблемы с нарушением авторских прав в Интернете, есть специальные сайты, которые легально предлагают «ознакомление» с произведением онлайн или «скачивание» за символическую сумму.

Но что делать, если одна из сторон сделки, а именно потенциальный продавец, неизвестен или произведение просто выведено из коммерческого оборота?

Можно выделить два основных подхода к решению данной проблемы в различных правопорядках. Они вытекают из дихото-

мии «*opt-in*» и «*opt-out*»¹, которая может использоваться в совершенно разных сферах (например, в том же маркетинге), однако применительно к авторскому праву означает следующее:

1. *Opt-in* – автор презюмируется несогласным с использованием своего произведения, однако может разрешить его публикацию / использование через специальную лицензию, авторский договор. Данный подход характерен для государств, где распространены коллективные лицензии, связанные с целыми сообществами авторов (например, в Германии) или организациями вроде *Creative Commons*², в рамках которых авторы подписывают «открытые лицензии», позволяющие отказаться от определенных авторских прав в тех рамках, в которых они этого желают (в России возможность подписания подобной лицензии предусмотрена ст. 1286.1 ГК РФ).

2. *Opt-out* – автор изначально считается согласным с тем, что его произведение будет использовано, однако в любой момент имеет право отказаться. Данная схема применяется в законодательстве Франции и Англии (после принятия в 2013 г. прогрессивного *The Enterprise and Regulatory Reform Act*) и является более эффективной с точки зрения общественного и коммерческого интереса, поскольку фактически переключает необходимость заботы о защите авторских прав с конечного «потребителя» на «производителя» продукта.

Идея «активного автора», заботящегося о том, чтобы его работа была надлежащим образом защищена, в настоящий момент набирает популярность в США. Несмотря на довольно действенную доктрину «*fair use*», некоторые исследователи, как, например, Майк Масник, выступают против того, чтобы конечные пользователи произведения осуществляли поиск автора, проверяли, не нарушают ли они чьи-либо права. Гораздо проще заставить автора зарегистрировать свое произведение в специальной базе, если он желает получить правовую защиту и действительно заботится о правовой судьбе своей работы³.

¹ См.: Левова И.Ю., Винник Д.В., Мусеева А.Ю. Указ. соч.

² См.: О лицензиях // Creative Commons. – Режим доступа: <http://creativecommons.org/licenses>

³ См.: *Masnick M. Only the copyright office would 'fix' the problem of orphan works by doubling down on the problem itself.* – Mode of access: <https://www.techdirt.com/articles/20150607/14411031264/only-copyright-office-would-fix-problem-orphan-works-doubling-down-problem-itself.shtml>

Данные модели позволяют посмотреть на произведения-сироты с новой точки зрения: если при модели *opt-in*, применяемой в том числе в РФ, произведения-сироты без автора автоматически выпадают из оборота (автор неизвестен, следовательно, не может дать согласие); то при модели *opt-out* произведения-сироты после неудачного поиска автора фактически могут использоваться, поскольку автор не позаботился об их судьбе надлежащим образом. Разумеется, при подобном подходе тоже остаются вопросы в случаях, когда авторство произведения было «утеряно» не по воле и не по вине самого автора, – однако в целом данный подход позволяет посмотреть на авторское право уже с точки зрения первичности интересов потребителя / издателя и читателя, стремящихся как к получению прибыли от реализации объекта авторского права, так и к обыкновенному свободному получению информации – ради чего и создавался Интернет изначально.

С подразделением на системы «*opt-in*» и «*opt-out*» также тесно связана идея ограничения авторских прав – т.е. тех случаев, когда мы в принципе можем использовать произведение без согласия автора¹. В России, как и в большинстве стран континентального права, перечень случаев, когда использование произведения возможно без согласия автора и выплаты вознаграждения, – закрытый (ст. 1273 ГК РФ). Однако для стран ангlosаксонской правовой семьи (тех же США) характерен открытый перечень, который может пополняться судами с учетом целей использования произведения, что придает гибкости законодательным положениям². В таких случаях суды часто обращаются к так называемому «трехступенчатому тесту»³ из Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, который позволяет определять пределы свободного использования произведения:

- исключение из правил должно носить частный характер, а не быть общим определением;

¹ См.: Левова И.Ю., Винник Д.В., Мусеева А.Ю. Сиротские произведения в России: Статус, пути решения проблемы. – М., 2016. – С. 9. – Режим доступа: <https://noosphere.ru/uploads/doc/56f72d445f1be720e8026058.pdf>

² См.: Атанасов С. Исключения или ограничения по авторскому праву. – Режим доступа: http://www.i2r.ru/static/504/out_23439.shtml

³ См.: Гейгер К. Роль трехступенчатого теста в адаптации законодательства об авторском праве к информационному обществу // Бюллетень ЮНЕСКО об авторском праве: Электронная версия русского издания. – 2007. – № 1. – Режим доступа: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000157848_rus

- исключение не должно наносить ущерб нормальному использованию произведения;
- исключение не должно необоснованно ущемлять авторские права.

В докладе о роли данного трехступенчатого теста К. Гейгер, исследователь правовых проблем интеллектуальной собственности, замечает, что при оценке критериев свободного использования произведения в первую очередь необходимо соблюдать баланс интересов сторон, поскольку «цифровизация» современного мира только обострит конфликт авторов и пользователей. Так может быть, стоит понизить градус конфликта, разрешив обычным пользователям «потреблять» те произведения, которые не имеют автора и не становятся источником материального интереса?

Для того чтобы ответить на данный вопрос, уместно обратиться к опыту других стран по разрешению проблемы произведений-сирот.

Произведения-сироты: Опыт различных стран

Соединенные Штаты Америки

США во многом стали пионерами в развитии идеи ограничения защиты произведений-сирот. В целом охрана подобных произведений строится на доктрине *«fair use»*, или добросовестного использования, которое позволяет использовать произведения для определенной группы целей и в определенных объемах. Одним из основных прецедентных решений в этой области стало дело *Authors Guild et al. vs Google* (2011)¹, благодаря которому *Google-Books* получили право публиковать небольшие отрывки произведений с целью привлечения внимания интернет-аудитории². Затем заинтересованные читатели имеют возможность приобрести текст целиком. Данная технология не только позволяет в какой-то степени разрешить проблему электронных книг и дать читателям воз-

¹ См.: *Mullin J. Google Books ruled legal in massive win for fair use (updated) // ArsTechnica. – Mode of access: <https://arstechnica.com/tech-policy/2013/11/google-books-ruled-legal-in-massive-win-for-fair-use/>*

² См.: *Михайлов К.М. «Сиротские произведения»: В поисках правового режима // 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. Афанасьев Е.Г. – М., 2017. – С. 59–65.*

можность не приобретать «кота в мешке», но и создать – в перспективе – единую базу оцифрованных книг и частично разрешить проблему множества «одиноких» произведений-сирот, расположенных на различных сайтах в Интернете.

В течение последнего десятилетия Бюро по авторским правам США предпринимало несколько попыток найти пути разрешения проблемы произведений-сирот¹, однако пока все вносимые предложения носили лишь рекомендательный характер. Так, в последнем докладе от 2015 г. Бюро² рекомендовало следующие меры по введению произведений-сирот в правовое поле.

1. Сужение возможностей правовой защиты от тех пользователей, кто проявил надлежащую осмотрительность (*«due diligence»*) при поиске возможного автора произведения.

2. Надлежащая осмотрительность будет означать, как минимум, исследование базы Бюро по авторским правам, а также поиск правообладателей и лицензиатов в отношении произведений с учетом доступных средств и баз данных.

3. Возложить на Бюро подготовку и актуализацию (путем публичных обсуждений со всеми заинтересованными участниками) рекомендаций, как проводить тщательный поиск для произведений разных категорий.

4. Позволить судам применительно к каждому конкретному случаю определять, был ли поиск выполнен правильно в отношении определенного типа произведения с учетом международных критериев.

5. Пользователю надо будет подписать уведомление об использовании произведения надлежащим образом с подтверждением готовности уплатить компенсацию в случае обращения истинного автора.

6. Ограничить возможные суммы компенсации в случае обнаружения автора произведения-сироты, чтобы снизить риски для пользователей.

7. Не взыскивать компенсацию за использование произведения различными некоммерческими объединениями в образовательных, благотворительных и религиозных целях, – при условии,

¹ См.: United States Copyright Office (2006). Report on Orphan Works (PDF). Register of Copyrights. – Mode of access: <https://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>

² Orphan works and mass digitization. A report of the register of copyrights. – Mode of access: <http://copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf>

что организация немедленно прекратит использование произведения после обнаружения его автора.

8. Ограничить применение судами запретов «значительного использования текста оригинала» в новом произведении, при условии того, что нарушитель заплатит разумную компенсацию за использование произведения в прошлом и будущем.

9. В случае если это наносит репутационный вред автору исходного произведения, суд сможет наложить запрет на включение произведения-сироты в новое произведение.

10. Наделить должностных лиц полномочиями ограничить наложение запретов в случае выплаты компенсации, установленной судом.

11. Сохранить за пользователями возможность добросовестного использования произведения.

Несмотря на разумность и поступательность данного подхода, многие – в основном сторонники того, что автор сам должен позаботиться о судьбе своего произведения, – выступают против введения таких правил, критикуя их за чрезмерный формализм¹.

Великобритания

В 2012 г. Агентство по интеллектуальным правам Великобритании выступило с проектом модернизации регулирования использования произведений-сирот в условиях XXI в. и развивающегося цифрового общества². С учетом этого проекта правительство страны установило следующие правила использования произведений-сирот.

1. Понятие «надлежащей осмотрительности», известное по американской модели, применяется и здесь; государственный орган так же оценивает то, по каким критериям поиск автора должен происходить в каждом конкретном случае; лицо, желающее использовать произведение, фактически находится в состоянии «ожидания искового требования» («*awaiting claim*»).

¹ См.: Левова И.Ю., Винник Д.В., Mouseева А.Ю. Сиротские произведения в России: Статус, пути решения проблемы. – М., 2016. – С. 37–38. – Режим доступа: <https://noosphere.ru/uploads/doc/56f72d445f1be720e8026058.pdf>

² См.: Government policy statement: Consultation on modernising copyright. – Mode of access: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32564/response-2011-copyright.pdf

2. Коммерческое и некоммерческое использование произведений-сирот на территории Великобритании разрешается с целью развития рынка.

3. В случае подачи обнаружившимся автором жалобы лицензия на использование покупается по рыночной цене¹.

4. Личные неимущественные права должны быть сохранены и защищены.

5. Создается особый реестр произведений-сирот.

6. Изъятие каких-либо данных из произведений-сирот (очевидно, подразумеваются какие-либо отрывки из произведений или даже персонажи, которые могут быть «украдены») преследуется по закону.

7. Даже если дата смерти автора неизвестна и есть вероятность, что 70 лет со дня смерти уже истекли (т.е. по общему правилу срок авторского права закончен), произведение все равно будет охраняться.

8. Тем не менее подчеркивается, что авторское право на произведения, автор которых так и не будет найден / опубликованные под псевдонимом, будет своевременно прекращено, чтобы не увеличивать количества произведений-сирот.

Остальная часть проекта посвящена порядку имплементации данных положений в законодательство и соотношению с правом ЕС (что в контексте Брексита уже теряет свою актуальность). В целом можно заметить большую решительность британцев по сравнению с американцами; наиболее интересным выглядит предложение предварительных выплат для «будущего», нашедшегося автора, это что-то вроде некой «обязанности ожидания». Стоит заметить, что уже через два года после данного проекта в СМИ Великобритании можно было увидеть первые, пусть и скромные, результаты: так, например, газета *The Independent* опубликовала материал, в котором был перечислен ряд произведений, обретших своих читателей / зрителей спустя долгие годы. Среди них работы ранее неизвестного художника Алфреда Уоллиса, дневники, письма и рисунки участников Первой мировой войны, опубликованные Имперским военным музеем впервые в истории². Даже YouTube-

¹ См.: Government policy statement: Consultation on modernising copyright. – Mode of access: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32564/response-2011-copyright.pdf

² См.: *Sherwin A.* Millions of unseen 'orphan' artworks to be put on show. – Mode of access: <https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/art/news/millions-of-orphan-artworks-and-historic-documents-to-be-seen-under-new-copyright-laws-9824266.html>

каналы в Великобритании поспособствовали пополнению перечня произведений-сирот: так, например, были опубликованы видеозаписи репортажа из Лондона о школьном экзамене по вождению велосипеда (1963) и рекламы дезодоранта для мужчин (1968), авторы которых так и остались неизвестны.

Европейский союз

Основным актом по проблеме произведений-сирот в ЕС в настоящее время является Директива 2012/28/EU об определенных случаях разрешенного использования произведений-сирот (*Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works*). Основные цели и задачи принятия данной Директивы описываются в преамбуле; среди них выделяют определение правового режима произведений-сирот, устранение правовой неопределенности, способствование развитию творческой индустрии¹. Директива дает право различным культурным и образовательным учреждениям (таким, как библиотеки, музеи, архивы) хранить, оцифровывать, распространять сиротские произведения и фонограммы после проведения поиска их автора, – при этом распространение может быть осуществлено лишь в электронной форме. Директива предусматривает, что выгодоприобретатели обладают правом на получение доходов от использования копий, но осуществляют выплаты организациям коллективного управления правами. Если автор произведения-сироты внезапно появляется, он не только получает право на уже уплаченное авторское вознаграждение, но и возможность отозвать произведение (ст. 6 Директивы).

В соответствии с Директивой к 2014 г. в право государственных членов должны были быть внесены определенные изменения, касающиеся охраны произведений-сирот. В Германии в Закон об авторском праве и смежных правах (*Urheberrechtsgesetz*) были включены положения, позволившие библиотекам и государственным учреждениям осуществлять оцифровку и распространение произведений-сирот; помимо этого, была введена система лицензий

¹ См.: Директива 2012/28/EU об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений. – Режим доступа: <http://lexdigital.ru/2012/070/>

для коллективного управления правами¹. Польские законодатели в большей степени сконцентрировались на правах библиотек, поскольку только в библиотеках стало возможным позаимствовать оцифрованные произведения-сироты, что в итоге позволило данным культурным учреждениям не потерять актуальности в условиях современного компьютеризованного общества².

Россия

Первую попытку решить проблему охраны произведений-сирот в 2015 г. предпринял Минкомсвязь России, который разработал законопроект о реестре сиротских произведений и возможности использования схемы опт-аут³, принятие которого позволило бы сместить бремя заботы об охране авторских прав в том числе на самого автора. Основная суть идеи министерства заключалась в создании единого реестра произведений, в котором лицо, желающее как-либо использовать то или иное произведение, находило бы автора. В случае если автор не указан, произведение вносится в реестр и через шесть месяцев, если автор не появляется, переходит в разряд произведений общественного достояния. При этом оно может быть изъято из него в дальнейшем, но лицо, использовавшее произведение до этого момента, не понесет никакой ответственности.

Проект вызвал критику РАО (Российского авторского общества), указавшего на то, что этот подход воспрепятствует полноценной защите прав авторов в том случае, если они по каким-то причинам не могут заявить о себе. Есть и иное мнение специалистов⁴, что подход *opt-out* в любом случае смог бы защитить личные неимущественные права автора (даже при их переходе в общественное состояние); а в отношении защиты исключительных прав

¹ См.: Германия спешит соответствовать Директиве ЕС о сиротских произведениях // Копиус. – Режим доступа: <http://www.copyrights.org/copyright-news/germaniya-speshit-sootvetstvovat-direktive-es-o-sirotskih-proizvedeniyah.html>

² См.: New copyright law in Poland heralds new era for libraries. – Mode of access: <http://www.eifl.net/news/new-copyright-law-poland-heralds-new-era-libraries>

³ См.: Сиротские произведения, пути решения проблем с ними. – Режим доступа: http://ru.wikimedia.nom.cl/wiki/Открытая_библиотека/Тест/Методические_пособия/Сиротские_произведения,_пути_решения_проблем_с_ними

⁴ См.: Левова И.Ю., Винник Д.В., Мусеева А.Ю. Сиротские произведения в России: Статус, пути решения проблемы. – М., 2016. – С. 50–51. – Режим доступа: <https://noosphere.ru/uploads/doc/56f72d445f1be720e8026058.pdf>

автора инициатива всегда должна исходить непосредственно от него (что разумно, поскольку данный интерес обусловлен коммерческими соображениями).

По поводу возможности введения в Российской Федерации подхода, принятого в Евросоюзе, исследователи замечают, что ограничение использования произведений-сирот в коммерческих целях исключительно оцифрованным форматом воспрепятствует материальной заинтересованности издателей. Так, Максим Рябко, начальник юридического отдела издательства «Эксмо» подчеркивает¹, что в Российской Федерации необходимо предусмотреть возможности дополнительной защиты издателей, которые реализуют проекты повышения доступности произведений-сирот. Вероятно, это обусловлено тем, что пиратских сайтов в нашей стране намного больше, чем в Европе, а потому функция материального стимулирования при введении законодательных инициатив в данной сфере должна быть выражена более ярко.

«Блокчейн» как способ разрешения проблемы произведений-сирот

По своей сути «блокчейн», в первую очередь ассоциирующийся с рынком криптовалюты, – это автоматизированная регистрационная система, в которой данные сохраняются и затем отображаются наподобие картотеки, к которой пользователи обращаются для совершения дальнейших транзакций². 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 систем³.

¹ См.: Какие авторские произведения являются сиротскими и как их использовать? – Режим доступа: https://www.copyright.ru/news/main/2014/6/23/proizvedenie_ohrana

² См.: Волконска Э. Блокчейн – что это понятным языком? – Режим доступа: <http://bestinvestpro.com/blokchein-chto-eto-ponyatnym-yazykom/>

³ См.: Дорофеев Р.С. [реф.] // Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет: Ежегодник. – М., 2018. – Вып. 1 / РАН. ИИОН. Центр. социал. науч.-информ. исслед. Отд. правоведения; Каф. предпринимательского права МГУ им. М.В. Ломоносова; отв. ред. Афанасьев Е.Г. – С. 100–106. – Реф. ст.: Goldenfein J., Hanter 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.

В настоящий момент в мире уже предпринимались попытки по разрешению проблемы произведений-сирот через особые системы поиска автора, позволяющие произвести тест *«due diligence»*. Так, в 2008 г. в Европе была создана подобная система «*ARROW*», владельцами акций которой были национальные библиотеки, издательства, ассоциации авторов¹. Эта система была основана на веб-поисковике, используя который, каждый человек мог узнать о режиме того или иного произведения; в 2013 г. ее деятельность постепенно сошла на нет в связи с тем, что она включала в себя узкий круг произведений (книги и рукописи), а также была расчитана на предоставление информации узкому кругу пользователей. Другая схожая система *EnDow*² основана на более четких критериях (ответы на вопросы об авторе книги, дате его смерти, переходе авторских прав); ее создатели первые предложили использование краудсорсинга, т.е. усилий всех потенциальных читателей для поиска авторов произведений.

Тем не менее в настоящий момент в мире не существует единой системы, которая бы позволяла регистрировать произведения-сироты по всему миру. Система блокчейн, предлагаемая исследователями проблем авторского права в США, позволила бы создать единую для всех правопорядков базу. С ее помощью любое лицо имело бы возможность не только отыскать интересующее его произведение и проверить правовой режим, но и получить авторские права по аналогии с британской системой Торренса³, позволяющей закрепить права на какое-либо недвижимое имущество на основании записи в специальном реестре. Несмотря на то что этот институт – историческая часть англо-саксонской правовой семьи, многие юристы отмечают возможность его применения и в России⁴. Кроме того, система блокчейн позволила бы заключать договоры по поводу произведений-сирот на основе так

¹ См.: Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works (ARROW). – Mode of access: <https://joinup.ec.europa.eu/document/accessible-registries-rights-information-and-orphan-works-arrow>

² См.: EU Ipo: Orphan works database. – Mode of access: <https://www.oami.europa.eu/ohimportal/web/observatory/orphan-works-db>

³ См.: Torrens system – an explanation. – Mode of access: <https://www.bcrealestatelawyers.com/torrens-system-an-explanation/>

⁴ См.: Бевзенко Р. Перевод работы Р. Торренса о регистрации недвижимости и вступительная статья к нему. – Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2018/8/7/perevod_raboty_r_torrensa_o_Registraci_nedvizhimosti_i_vstupitelnaya_staya_k_nemu

называемых «умных контрактов» (*smart contracts*), служащих основой большинства сделок с биткоином¹, и в рамках сотрудничества с системой уже упомянутых лицензий «*Creative Commons*». Неоспоримым плюсом данной системы становится и то, что она позволила бы установить единые международные стандарты «*due diligence*», а также могла бы обновляться на постоянной основе, делая процесс коммуникации между всеми участниками рынка более доступным в рамках цифровой среды².

Таким образом, проведенное исследование позволяет увидеть, что актуальность проблемы произведений-сирот и необходимость их охраны в цифровой среде неуклонно возрастает. Привычные подходы к авторскому праву далеко не всегда позволяют достичь баланс интересов между автором и другими лицами, заинтересованными в том или ином произведении, охраняемом авторским правом (будь то интернет-пользователи, издатели, публицисты, прокатные компании и т.д.).

Пожалуй, наиболее удачным разрешением проблемы произведений-сирот смогло бы стать использование подхода *opt-out*, который позволил бы больше защитить добросовестных пользователей произведений-сирот и создать большую экономическую заинтересованность в обществе; разработка единых стандартов охраны произведений-сирот на мировой арене; а также создание единых систем, баз по поиску авторов произведений и их регистрации. Последовательное сочетание данных трех компонентов смогло бы, с одной стороны, обеспечить прозрачность при поиске автора (а значит, потенциальную гарантию охраны его прав), а с другой – воспрепятствовать слишком строгому применению норм авторского права в современном цифровом обществе.

¹ См.: *Hertig A. How do ethereum smart contracts work? – Mode of access: https://www.coindesk.com/information/ethereum-smart-contracts-work*

² См.: *Browning J. Please, sir, I want some more. – Mode of access: https://medium.com/creativeblockchain/please-sir-i-want-some-more-how-blockchain-technology-could-help-solve-copyrights-orphan-works-180f7fe1cb68*

М.М. Панарина

**БОРЬБА С НЕЛЕГАЛЬНЫМ КОНТЕНТОМ
В РОССИИ: ОСНОВНЫЕ МЕТОДЫ ФИЛЬТРАЦИИ
КОНТЕНТА И ПРАКТИКА РАССМОТРЕНИЯ СПОРОВ
О ПРИНЯТИИ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР
ПО БЛОКИРОВКЕ ИНТЕРНЕТ-РЕСУРСОВ**
(Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.07

Аннотация. Автор ставит проблему отсутствия единого подхода к определению способов управления доступом пользователей к определенной информации, а также необходимости разработки мер по обеспечению надежной защиты авторских прав в сети Интернет. В статье проанализированы основные современные методы борьбы с нелегальным контентом, рассмотрена судебная практика по спорам о принятии обеспечительных мер по блокировке интернет-ресурсов. На основании результатов исследования сделан вывод об использовании негосударственных способов регулирования отношений в сфере интернет-услуг.

Ключевые слова: Интернет; нелегальный контент; авторское право; защита прав.

M.M. Panarina. Illegal content in Russia: main methods of filtration of content and dispute resolution practice of blocking of Internet resource. (Article)

Abstract. The author attracts attention to the problem of the lack of uniform approach to determine ways of managing users' access to certain information as well as a need of measures to ensure reliable protection of copyright in the Internet elaboration. In article the main modern methods of dealing with illegal content are analysed, judicial practice on disputes on acceptance of interim measures over Internet resources blocking is considered.

On the basis of results of a research conclusions are drawn on the use of non-state regulation of internet services.

Keywords: *Internet; illegal content; copyright; protection of the rights.*

Интернет и онлайн-сервисы представляют широкий спектр информации, к которой каждый субъект может получить доступ. В связи с развитием электронной информационной среды одной из задач в сфере регулирования отношений в сети Интернет становится разработка способов управления доступом пользователей к определенной информации и обеспечение надежной защиты авторских прав в сети Интернет. Помимо этого, при рассмотрении вопроса о «фильтрации информации», размещенной в сети Интернет, надзорные органы сталкиваются с высокой динамичностью системы, ее бесконтрольностью, зачастую серверы с информацией находятся вне юрисдикции правоохранительных органов. Целью настоящей статьи является разработка рекомендаций (методов) по борьбе с нелегальным контентом в онлайн-сфере и рассмотрение реальных практических ситуаций, возникающих при принятии обеспечительных мер по блокировке интернет-ресурсов.

Согласно ст. 29 Конституции РФ, каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. Соответственно, доступ к Интернету и информация, размещенная на интернет-площадках, не могут быть ограничены. Исходя из такого понимания, В.А. Белов приходит к выводу, что в настоящее время «Интернет предоставил реальную (а не теоретическую!) возможность “нарушения” любых (!) авторских и смежных прав всякому и каждому, т.е. с точки зрения традиционного права превратил доселе предполагаемую законопослушной массу граждан и организаций в “подозреваемых” – кандидатов на роль правонарушителей. Ни частное, ни публичное право прежде не сталкивалось ни с чем подобным; соответственно ни то, ни другое просто не имеет в своем распоряжении правовых средств защиты, которые могли бы быть применены против всякого и каждого»¹. С данной позицией сложно спорить. Если Интернет как средство связи предлагает всем и каждому возможность получения информации, соответственно, невозможно гарантировать

¹ Право в сфере Интернета: сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. *М.А. Рожкова*. – М.: Статут, 2018. Здесь и далее при неуказании источника используется СПС «Консультант Плюс».

вать, что художественное произведение, размещенное в Интернете, не будет скопировано третьими лицами. Как в таком случае определить нарушителя авторского права?

Борьба с нелегальным контентом, безусловно, нужна, но следует понимать, что излишняя «зарегулированность» в данной области также может навредить. Так, У. Патри справедливо критикует чрезмерную жесткость законов об авторском праве, применяемых в цифровой среде в американской правовой системе. «Если покупатель книги вправе дать почитать ее своим друзьям, то покупатель файла, содержащего произведение, может быть ограничен правообладателем в том, чтобы скопировать файл на другое устройство или распечатать текст...»¹.

Рассмотрим современные методы борьбы с нелегальным контентом в России. Для удобства разграничения методов борьбы следует разделить их на технические и нетехнические. К нетехническим методам фильтрации информации относятся: создание законов, запрещающих публикацию того или иного контента, оказание воздействия на интернет-провайдеров и владельцев сайтов с целью заставить убрать нежелательный материал и самоцензура. Остановимся на каждом из них.

Распространение отдельной информации в сети Интернет запрещено в соответствии с требованиями действующего российского законодательства. К данной категории относится информация, которая направлена на пропаганду войны, разжигание национальной, расовой или религиозной ненависти и вражды, а также иная информация, за распространение которой предусмотрена уголовная и административная ответственность (ч. 6 ст. 10 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», далее – закон об информации). При этом в российском законодательстве отсутствует четкое определение запрещенной информации и ее единый список.

Единственным нормативным актом, в котором перечислена информация, распространение которой запрещено, является Федеральный закон от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию».

В частности, согласно данному Закону, к ней относится информация:

¹ См.: Patry W. How to fix copyright. – New York, 2011. – P. 45.

– побуждающая детей к совершению действий, представляющих угрозу их жизни и (или) здоровью, в том числе к причинению вреда своему здоровью, самоубийству;

– способная вызвать у детей желание употребить наркотические средства, психотропные и (или) одурманивающие вещества, табачные изделия, алкогольную и спиртосодержащую продукцию, пиво и напитки, изготавливаемые на его основе, принять участие в азартных играх, заниматься проституцией, бродяжничеством или попрошайничеством;

– обосновывающая или оправдывающая допустимость насилия и (или) жестокости либо побуждающая осуществлять насильственные действия по отношению к людям или животным;

– отрицающая семейные ценности, пропагандирующая нетрадиционные сексуальные отношения и формирующая неуважение к родителям или другим членам семьи;

– оправдывающая противоправное поведение;

– содержащая нецензурную брань;

– содержащая информацию порнографического характера;

– о несовершеннолетнем, пострадавшем в результате противоправных действий (бездействия), включая фамилии, имена, отчества, фото- и видеоизображения такого несовершеннолетнего, его родителей и иных законных представителей, дату рождения такого несовершеннолетнего, аудиозапись его голоса, место его жительства или место временного пребывания, место его учебы или работы, иную информацию, позволяющую прямо или косвенно установить личность такого несовершеннолетнего (ч. 2 ст. 5 Федерального закона от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию»).

В идеальной ситуации законопослушный участник гражданского оборота сам уничтожает информацию, которая подпадает под запрет на распространение в соответствии с законодательством. Но в определенных случаях необходимо воздействие государства для блокировки интернет-ресурсов, содержащих запрещенную информацию.

С момента вступления в силу «антиpirатского закона» – Федерального закона от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях» – прошло шесть лет. За данный период времени сложилась неоднозначная судебная практика рассмотрения споров по блокировке интернет-ресурсов.

По данным статистики, за все время существования этого Закона судами было заблокировано 101 685 запрещенных сайтов, из них 38 872 на текущий момент¹. При этом многие из рассмотренных судами дел были возбуждены по искам прокуратуры. По базе данных судебных решений sudact.ru и ГАС «Правосудие» за период с 1 ноября 2012 г. по 1 ноября 2017 г. удалось найти 33 533 судебных решения о признании информации запрещенной к распространению, вынесенных в пользу надзорных органов, и всего лишь 46 судебных решений, в которых суды отказали в удовлетворении исков². В рамках рассмотрения вопроса об основаниях ограничения доступа к сайту до введения специальных норм показательной представляется правовая позиция, сформулированная в определении Верховного Суда РФ от 10 мая 2011 г. № 58-Вп11-2. Согласно данной позиции, предоставляя техническую возможность доступа к запрещенной законом информации, оператор телематических услуг связи «фактически выступает ее распространителем в отношении других лиц». Имея техническую возможность, он должен в силу закона принять меры по ограничению доступа к интернет-сайту. Данная правовая позиция практически по сей день достаточно часто используется судами для удовлетворения требований прокуроров об ограничении доступа к тому или иному ресурсу. Серьезным недостатком текущей судебной практики по делам об ограничении доступа к информации является использование судами не основанных на законе мотивов блокировки того или иного ресурса.

Так, Выборгский районный суд Санкт-Петербурга вынес решение, указав, что «свободное распространение информации об электронной валюте обусловливает активное использование криптовалюты в торговле наркотиками, оружием, поддельными документами и иной преступной деятельности»³. Решение было принято без участия администрации сайта, по требованию прокурора Выборгского района г. Санкт-Петербург о блокировке сайтов о криптовалюте Bitcoin, которая, по заявлению прокурора, «не

¹ См.: Распределение блокировок сайтов по ведомствам. – Режим доступа: <https://reestr.rublacklist.net/visual/> (дата доступа – 29.05.2019).

² См.: *Дарбянин С.* Верховный суд меняет практику по прокурорским блокировкам веб-сайтов. – Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2018/06/13/verhovnyj_sud_menyaet_praktiku_po_prokurorskim_blokirovkam_yeb-sajtov#comment_466793 (дата обращения – 23.06.2019).

³ Решение Выборгского районного суда г. Санкт-Петербург от 18 июля 2016 г. № 2-10119/2016.

обеспечена реальной стоимостью и не содержит информации о держателях¹. Роскомнадзор включил указанные сетевые адреса в Единый реестр сайтов, содержащих информацию, распространение которой на территории Российской Федерации запрещено. Апелляционным определением Санкт-Петербургского городского суда от 13 февраля 2017 г. по делу № 33-2537/2017 апелляционная жалоба владельца доменного имени bitcoininfo.ru была оставлена без рассмотрения ввиду отсутствия права на апелляционное обжалование у заявителя².

Определением Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 20 апреля 2018 г. № 78-КГ17-101³ апелляционное определение от 13 февраля 2017 г. было отменено, так как судом апелляционной инстанции без достаточных оснований сделан вывод о том, что решение суда не затрагивает права и законные интересы заявителя. Дело было направлено на новое апелляционное рассмотрение. Впоследствии при повторном рассмотрении производство по делу было прекращено в связи с отказом прокурора от исковых требований и блокировка сайта bitcoininfo.ru была снята. Представляется, что указанное определение Верховного суда может стать важным ориентиром для формирования судебной практики по делам о блокировке интернет-ресурсов в части необходимости привлечения владельцев блокируемых сайтов при рассмотрении дел о блокировке.

Следует отдельно остановиться на процедуре рассмотрения дел по искам правообладателей. Суд, согласно ст. 144.1 ГПК РФ, по письменному заявлению вправе принять предварительные обеспечительные меры, направленные на обеспечение защиты авторских и (или) смежных прав, кроме прав на фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии, заявителя в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет, до предъявления иска. Такое заявление также может быть подано в суд посредством заполнения формы, размещенной на официальном сайте суда в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, и подписано

¹ Решение Выборгского районного суда г. Санкт-Петербург от 18 июля 2016 г. № 2-10119/2016.

² Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 13 февраля 2017 г. № 33-2537/2017.

³ Определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 20 апреля 2018 г. № 78-КГ17-101.

квалифицированной электронной подписью в установленном федеральным законом порядке.

Заявитель подает исковое заявление о принятии обеспечительных мер, на основании которого выносится заявление о временной блокировке сайта до 15 дней. При подаче заявления о предварительном обеспечении защиты авторских и (или) смежных прав заявитель представляет в суд документы, подтверждающие факт использования в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет, объектов исключительных прав и права заявителя на данные объекты. Непредставление указанных документов в суд является основанием для вынесения определения об отказе в предварительном обеспечении защиты авторских и (или) смежных прав, в котором суд разъясняет право на повторную подачу указанного заявления с выполнением требований настоящей части, а также право на подачу иска в общем порядке.

15-дневный срокдается правообладателю для того, чтобы обратиться в суд с иском по этим же объектам исключительных прав. Если такой иск поступает, то блокировка сохраняется на время рассмотрения дела. Блокировку осуществляет Роскомнадзор, которому передается определение суда о блокировке сайта и решение о постоянной блокировке сайта.

Так, за 2018 г. Московским городским судом рассмотрено с вынесением решения 1029 судебных дел о защите авторских и (или) смежных прав в информационно-телекоммуникационных сетях, в сети Интернет (ч. 3 ст. 26 ГПК РФ). При этом за указанный период рассмотрено дел по обращению прокурора – 1006, с удовлетворением искового требования – 1021, частично удовлетворено – 25, отказано в удовлетворении – 8¹. Из судебной практики видно, что наиболее часто объектом пиратства становятся фильмы и аудиовизуальные произведения, затем музыка и печатные произведения.

При этом заявитель должен представить доказательства реальной возможности распространения информации, которая размещается и распространяется, указал Московский городской суд в своем определении от 9 сентября 2016 г. № 4 г-10230/2016.

¹ См.: Обзор практики рассмотрения гражданских дел Московским городским судом за 2018 г. – Режим доступа: <https://www.mos-gorsud.ru/mgs/judicial-review>

Такая блокировка сайта позволяет непосредственному правообладателю почувствовать себя в безопасности, а владельцу сайта задуматься о размещении противоправного контента. Это особенно важно в тех случаях, когда нарушитель авторского права неизвестен.

Как представляется, блокировка сайта является крайней мерой. Ведь речь идет по сути об ограничении доступа к информации без четких критериев определения ее «запрещенности». При этом сама блокировка сайтов не страшует против создания «зеркал сайтов». Более того, установить администратора сайта зачастую не представляется возможным, в связи с этим иски предъявляются в 90% случаев к провайдерам хостингов. Найти провайдера хостинга правообладателю довольно сложно. Данный процесс затягивается, сайт переходит от одного провайдера к другому, и «концы» его уже невозможно найти. Помимо этого, блокировка IP-адреса «запрещенной страницы» влечет за собой блокировку всего сайта и сторонних «добропорядочных» сайтов.

В то же время, по данным Роскомнадзора, нелегального контента стало меньше. Так, сразу после принятия антиpirатского закона на 30% был увеличен трафик на легальных ресурсах¹.

Еще одним способом борьбы с нелегальным контентом, который так и остался проектом, явилось бы введение в Гражданский кодекс РФ понятия «глобальная лицензия»². Глобальная лицензия предполагает взимание обязательного авторского сбора за доступ к информационно-телекоммуникационной сети. Абонент, таким образом, получает доступ к информации, определенному контенту.

Как указано в тексте законопроекта: «В случаях, когда объекты авторского и смежных прав в соответствии с настоящим Кодексом могут быть использованы на условиях глобальной лицензии (статья 1286.2, пункт 3 статьи 1308), организация по управлению правами на коллективной основе, имеющая государственную аккредитацию на осуществление соответствующего вида деятельности (статья 1244), заключает с информационными

¹ Роскомнадзор за пять лет заблокировал около 275 тыс. ресурсов с запрещенной информацией. – Режим доступа: <https://tass.ru/politika/4445476> (данные указаны с 2012 по 2017 г.) (дата обращения – 23.06.2019).

² См.: Проект Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования оборота результата интеллектуальной деятельности в информационно-телекоммуникационных сетях». – Режим доступа: <https://sumip.ru/wp-content/docs/globallicense.pdf>

посредниками, осуществляющими передачу материала в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет, на которых настоящим Кодексом возлагается обязанность по уплате средств для выплаты вознаграждения, договоры об уплате средств для выплаты вознаграждения и собирает средства на эти цели». Как мы видим, правообладатель не является стороной в правоотношениях по оказанию услуг связи.

Правообладатель, использующий такую лицензию, фактически отказывается от защиты объекта своего авторского права – любой субъект сможет использовать его произведение за определенную плату. Возникает вопрос, как определить справедливый размер вознаграждения для него? Каковы критерии его определения?

Проверка контента на уникальность также является одним из способов борьбы с нелегальным контентом. Данный способ фильтрации информации относится к техническим способам, осуществляется различными интернет-площадками без государственного вмешательства и предполагает возможность оценки вашего контента различными методами: проверка подлинности аккаунта в социальных сетях, анализ метаданных интернет-ресурса, верификация по месту и времени создания видео и т.д.¹ При этом данная форма контроля является негосударственной и добровольной. Не исключается и возможность использования дополнительных функций (бонусов) в случае прохождения верификации контента.

В настоящее время все больше участников рынка интернет-услуг понимают необходимость использования негосударственных мер регулирования гражданского оборота, в том числе и в сфере онлайн. Представляется, что возможность использования негосударственных способов при защите прав правообладателя является оптимальной мерой, когда участники оборота сами предлагают разрешить сложившийся правовой конфликт, урегулировать вопрос своим сообществом.

Выше был указан один из негосударственных способов регулирования распространения информации в сети Интернет. К другому способу следует отнести соглашение. Так, например, крупнейшие медиахолдинги, онлайн-кинотеатры и продюсеры подписали меморандум о борьбе с пиратством. Самая важная его часть – добровольное обязательство участников удалять ссылки на

¹ См.: Мельник С.Г. Смысловые искажения в текстах интернет-издания: опыт экспериментального анализа // Век информации. – СПб., 2016. – Вып. 2. – С. 53.

страницы с пиратским контентом из результатов выдачи по поисковым запросам. Появление подобного меморандума демонстрирует тенденцию к развитию саморегулирования в данной области. Документ действовал до сентября 2019 г. Суть его сводится к до-судебному разрешению споров между поисковыми системами и правообладателями, в том числе по вопросу удаления ссылок на пиратский контент. Все они будут включаться в специальный реестр и должны удаляться после этого в течение шести часов¹.

Помимо этого, в настоящее время идет обсуждение вопроса о создании «инфокоммуникационного кодекса» на смену федеральных законов о связи и об информации на базе Медиакоммуникационного союза – отраслевой организации операторов связи, правообладателей и вещателей². Ожидается, что кодекс установит правовой статус информации как контента, регламентирует содержание и объекты интеллектуальных прав, разъяснит вопросы защиты информации, работу информационных посредников, «выведет из тени» работу мессенджеров, определив их правовой статус и порядок лицензирования.

Таким образом, осуществляется постепенный переход современными участниками гражданского оборота к негосударственным способам регулирования отношений в сфере интернет-услуг.

¹ См.: Абсолютное саморегулирование: в России подписан меморандум о борьбе с пиратством. – Режим доступа: <https://politexpert.net/127293-absolutnoe-samoregulirovaniye-v-rossii-podpisan-memorandum-o-borbe-s-piratstvom>

² См.: Демин М. Союз «МКС»: Мы хотим вернуть понятию «кодекс» его первоначальный смысл – «свод законов». – Режим доступа: http://np-mks.com/news/mikhail-demin-soyuz-mks-my-khotim-vernut-ponyatiyu-kodeks-ego-pervonachalnyy-smysl-svod-zakonov/?phrase_id=2804

Раздел 3

ПРАВО ПРОМЫШЛЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ: НЕКОТОРЫЕ СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ

Н.В. Макарчук

**ЗАЩИТА RnD-ТЕХНОЛОГИЙ
В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВИЗАЦИИ
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.08

Аннотация. В данной статье исследуется возможность использования цифровых технологий, в первую очередь технологии распределенного реестра (блокчейн), для защиты RnD-технологий, под которыми в целом понимаются результаты научных разработок и исследований, а также сам процесс их создания. Правовая охрана таких технологий с помощью традиционных правовых механизмов не обеспечивается на должном уровне. Поэтому именно в контексте глобальных изменений в праве проблемы правового регулирования и правовой охраны RnD-технологий требуют глубокого доктринального осмысления.

Ключевые слова: RnD-технологии; защита RnD; НИОКР; цифровые активы; цифровая экономика; цифровое пространство; цифровая среда; патентование; беспатентные технологии; блокчейн; технология распределенного реестра.

N.V. Makarchuk. Protection of RnD-technologies in the conditions of digitalization. (Article)

Abstract. This article explores the possibility of using digital technologies, primarily distributed Ledger (blockchain) technology, to protect RnD-technologies, which are generally understood as the results of research and development, as well as the process of their creation. The legal protection of such technologies through traditional legal mechanisms is inadequate. Therefore, in the context of global changes in law, the problems of legal regulation and legal protection of RnD-technologies require deep doctrinal understanding.

Keywords: *RND-technologies; R&D – Research and Development; RnD-technologies; research and development; R & d; digital assets; digital economy; digital space; digital environment; patenting; patent-free technologies; blockchain; distributed registry technology.*

В условиях стремительной цифровизации экономики очевидными становятся проблемы правового характера, появляющиеся в результате несоответствия между экономической и правовой реальностями¹.

Современное мировое экономическое развитие осуществляется в условиях перехода к новому технологическому укладу. Одновременно происходит цифровизация экономики. В настоящее время государства заинтересованы в развитии сотрудничества в области фундаментальных и прикладных исследований. Изменение экономики путем активной разработки и внедрения инноваций с целью преодоления зависимости от иностранных технологий является одной из приоритетных задач государственной экономической политики РФ².

Использование новых научно-технических результатов приводит к технологическим переворотам, изменяющим общество в целом. Право должно своевременно реагировать на такие изменения и обеспечивать регулирование вновь возникающих и изменяющихся общественных отношений. Виртуальность мира обуславливает необходимость разработки новых подходов к правовому регулированию, соотношению технологии и права, их взаимному влиянию друг на друга³.

В частности, одним из вызовов и для права в целом, и для права интеллектуальной собственности в частности, стало распространение RnD-технологий. Однако прежде чем перейти к анализу проблем правовой охраны RnD-технологий в условиях цифровизации экономики, следует определиться, что представляет собой RnD-технология как объект права.

¹ См.: *Войниканис Е.А.* Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: Парадигма баланса и гибкости. – М.: Юриспруденция, 2013. – С. 44.

² См.: БРИКС: контуры многополярного мира: монография / отв. ред. Т.Я. Хабриева. – М.: Ин-т законодательства и сравн. правоведения при Прав. РФ: Юриспруденция, 2015. – С. 97–105.

³ См.: *Черешнева И.А.* Право интеллектуальной собственности в условиях глобальных перемен: проблема взаимодействия технологий и права // Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет: Ежегодник. – М.: ИНИОН РАН, 2018. – Вып. 1 / отв. ред. Е.Г. Афанасьева. – С. 46–51.

Английской аббревиатурой R&D (RnD) – *Research and Development* в научной литературе обозначают чаще всего научные исследования и опытно-конструкторские разработки¹ (далее – RnD).

В нормативных правовых актах РФ не содержится какого-либо определения, указывается лишь о наличии специфических проектов в области R&D («*Research & Development*», научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы²).

В Резолюции Европейского парламента 2011/C236 E/08 от 16 июня 2010 г. «Европейский Союз 2020» указано на необходимость для государств – членов ЕС удерживать до 3% ВВП в пользу научных исследований и разработок (RnD); «лучшим образом использовать потенциал синергетического эффекта в финансировании политики сближения и RnD и обеспечить перевод данных инструментов в инновации, приносящие действительную пользу обществу»³.

Совместные предприятия в области исследований и развития именуются как «*research and development ventures*». Как отмечается, научные исследования и разработки в настоящее время имеют большое значение в бизнесе, поскольку уровень конкуренции, производственные процессы и методы быстро растут и изменяются. Это имеет особое значение в области маркетинга, где компании внимательно следят за конкурентами и клиентами, чтобы идти в ногу с современными тенденциями и анализировать потребности, требования и желания своих клиентов. Именно для достижения указанных целей используются RnD-технологии.

RnD-технологии предполагают творческую работу, проводимую на систематической основе в целях увеличения объема знаний, включая знания о человеке, культуре и обществе, и использование этого объема знаний для разработки новых прикладных программ.

¹ См.: Михненко П.А. Теория менеджмента: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Моск. финансово-промышлен. ун-т «Синергия», 2014. – С. 217.

² См.: Постановление Правительства Санкт-Петербурга от 22 апреля 2010 г. № 419 «О Концепции создания кластера фармацевтической и медицинской промышленности в Санкт-Петербурге».

³ Резолюция Европейского парламента 2011/C236 E/08 от 16 июня 2010 г. «Европейский Союз 2020».

Принято считать, что чем крупнее компания, тем больший процент от выручки она вкладывает в RnD. В целом в мире наблюдается стремительный рост затрат на R&D¹.

RnD-проекты и технологии не предназначены для получения немедленной прибыли и, как правило, сопряжены с большим риском и неопределенной отдачей от инвестиций. Однако они имеют решающее значение для приобретения большей доли рынка за счет сбыта новых продуктов.

Под *RnD* обычно понимается ориентированная на будущее, долгосрочная деятельность в области науки и техники с использованием методов, аналогичных научным исследованиям без заранее определенных результатов и с широкими прогнозами коммерческой отдачи.

RnD-технологии – технологии, применяемые компанией, которая сочетает в себе фундаментальные и прикладные исследования в попытке найти решения проблем либо создать или обновить товары и услуги. Деятельность компании, проводящей свои собственные исследования, часто приводит к возникновению на их результатах авторских или патентных прав².

В США промышленные компании в среднем направляют на финансирование исследований и разработок около 3,5% от выручки. Высокотехнологичная компания, такая как производитель компьютеров, может потратить 7%³. В 2019 г. на научные исследования и разработки выделено примерно 131 млрд долл. США бюджетных средств⁴. При этом этап разработки может стоить от 10 до 200 млн долл., и примерно каждое десятое изобретение, выявленное в ходе фундаментальных исследований, проходит все этапы разработки и выходит на рынок.

Принято считать, что научными исследованиями и разработками очень трудно управлять, поскольку определяющей особенностью исследований является то, что исследователи заранее не

¹ См.: Андрейчикова О.Н., Тевелева О.В. Экономические особенности фармацевтической отрасли Китая // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. – М., 2017. – № 3. – С. 53–62; № 4. – С. 41–52.

² См.: Research and Development (R&D) Expenses Definition / Reviewed by Jake Frankenfield. – Mode of access: <https://www.investopedia.com/terms/r/research-and-development-expenses.asp>

³ Ibid.

⁴ Federal Research and Development (R&D) Funding: FY2019 / John F., Sargent Jr.: coordinator specialist in science and technology policy. – Mode of access: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45150.pdf>

знают, как именно достичь желаемого результата. Поэтому крупные затраты на RnD не гарантируют прибыли. В настоящее время 26 государств ЕС и 27 государств – членов ОЭСР применяют налоговые стимулы в отношении R&D. Налоговый кредит на RnD является наиболее популярным из них. Из 26 стран ЕС и 6 развитых стран ОСЭР (Канада, Израиль, Япония, Норвегия, США, Австралия) налоговый кредит применяется в 22 странах, в частности налоговый кредит на научные исследования и эксперименты (*Scientific Research & Experimental Development tax credit*) в Канаде, налоговая льгота на НИОКР (*Research and Development taxconcession*) в Австралии, налоговый кредит на инновационные НИОКР (*Innovation / Research and Experimentation taxcredit*) в США и т.д.¹

Еще в 1999 г. Д. Белл отмечал, что «исследования и разработки являются источником инноваций, а прогресс общества становится в прямую зависимость от успехов в области знания»².

Инновационное развитие современной экономики России требует развития технологий в трех направлениях: информационные технологии, нанотехнологии и биотехнологии, как наиболее приоритетные направления развития научно-технологического комплекса России. Уже созданы RnD-центры (*Research & Development*), задача которых – исследование и создание новых технологий: химико-технологических, по материаловедению и радиационных³. Эти и ряд других технологий в целом определяют как RnD-технологии.

Анализ имеющихся определений RnD и RnD-технологий показывает, что в отечественной и зарубежной литературе нет единого образного подхода к определению этих понятий. Полагаем, RnD (*Research and Development*) – это не традиционные для российского права научные исследования и опытно-конструкторские работы (НИОКР), включающие в себя только научные исследования, разработку и изготовление образцов, но в большей степени RnD – это вид инвестиционной деятельности, ориентированный не только на

¹ См.: Королева Л.П., Кандрашкина М.А. Налоговый кредит как инструмент стимулирования научно-исследовательских и опытно-конструкторских разработок: зарубежный и отечественный опыт // Бухгалтер и закон. – М., 2015. – № 4. – С. 22–30.

² См.: Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования. – М., 1999. – С. 228.

³ Ковалевский А. В ритме R&D (R&D-центры Росатома). – Режим доступа: <http://www.up-pro.ru/library/innovations/management/tosatom-rd.html>

создание, но в первую очередь на практическое применение результатов научных исследований, на внедрение разработок с целью совершенствования существующих товаров, работ и услуг, а также решения задач государственной экономической политики.

Говоря о технологиях RnD, можно выделить технологии проведения RnD и технологии как результат RnD. Технология проведения RnD как вид инвестиционной, часто предпринимательской, деятельности, направленной на развитие, связанной с созданием и внедрением результатов исследований и разработок, не является объектом настоящего исследования, в рамках настоящей статьи, посвященной защите RnD-технологий, будет рассмотрена только технология как результат RnD.

Под технологией как результатом RnD понимается либо результат исследований и разработок, либо сам технологический процесс создания новых изобретений, товаров и услуг с использованием научных достижений. В связи с этим в литературе выделяют два подхода в правовом регулировании общественных отношений в сфере RnD-технологий: посредством установления норм, характеризующих правовой режим конечного продукта вне зависимости от технологического процесса производства этого продукта (США и Канада); установление норм, регулирующих технологический процесс и методы производства конечного продукта (Европейский союз). При этом не всегда сами технологии и создаваемые на их основе продукты получают эффективную охрану с помощью имеющихся правовых механизмов. Существует два традиционных способа правовой охраны RnD-технологий: патентование и ноу-хау, однако далеко не все RnD-технологии могут претендовать на охрану в режиме интеллектуальной собственности.

Согласно данным американского журнала *«Research & Development»*, 91% изобретений, вошедших в топ-100, не был запатентован¹. Наградой журнала *«R&D 100 Awards»*, которую часто называют «Оскаром в сфере инноваций», учрежденной для определения самых технологически значимых интеллектуальных продуктов года, с 1974 г. в качестве выдающихся разработок было отмечено 2802 инновации, из которых только 255 основаны на изобретениях, охраняемых патентами. Для отмеченных беспатентных разработок характерны высокие конкурентные преимущества, обеспечивающие технологический прорыв в сфере создания слож-

¹ Незапатентованные. – Режим доступа: http://inform-advance.ru/comment_1368074655.html (дата обращения – 23.06.2019).

ного испытательного оборудования. В их числе инновационные материалы, открытия в области химии, биомедицинская продукция, потребительские товары, промышленные технологии, исследования в области физики высоких энергий.

Специалисты отмечают, что проработанность практики применения существующих норм патентного права относительно защиты таких технологий весьма слабая. Заметна противоречивость в их трактовке, необоснованно узок подход к характеристике отдельных видов технологий, недостаточны средства и способы реализации¹.

В частности, проблемы патентной правовой охраны новшеств в области биотехнологии прежде всего состоят в затруднениях экспертизы таких технических решений. Вызывает трудности даже сама квалификация объекта в качестве технического решения задачи. Но больше всего трудностей связано с достижением воспроизводимости и осуществимости, а следовательно, и промышленной применимости изобретения в области биотехнологии и в особенности генной инженерии. Ведь каждый полученный методом генной инженерии объект представляет собой результат особых технологических манипуляций и поэтому не гарантирует воспроизведение в других условиях². Развитие биотехнологической промышленности объективно поставило вопросы о тех пределах, в которых биологические изобретения могут являться объектами прав интеллектуальной собственности.

В связи с этим, как представляется, для защиты RnD-технологий нужны, помимо традиционных, новые способы и механизмы защиты, которые могут быть связаны с использованием цифровых технологий.

Учитывая, что цифровой формат современной жизни меняет естественные законы, а виртуальное пространство, ставшее реальным фактором общественных отношений, переформатирует традиционные представления³, при решении проблем правовой охраны

¹ См.: *Иншакова А.О., Рыженков А.Я., Богданова Т.Д.* Правовая защита биотехнологий в Российской Федерации: Преимущества патентования и критерии патентоспособности // Вестник ВолГУ. Сер. 5: Юриспруденция. – Волгоград, 2015. – № 3 (28). – С. 31.

² См.: *Булгакова Р.М.* Некоторые вопросы правовой охраны изобретений в Казахстане (на примере охраны изобретений в области медицины, биотехнологии и сельского хозяйства): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М.: РГИИС, 2004.

³ См.: *Карцхия А.А.* Цифровая революция: новые технологии и новая реальность // Правовая информатика. – М., 2017. – № 1. – С. 13–18.

RnD-технологий необходимо использовать некоторые особенности цифрового пространства для создания новых способов и механизмов хранения, оборота и защиты прав интеллектуальной собственности.

Как отмечается, одна из особенностей цифрового пространства заключается в своеобразной среде доверия между анонимными контрагентами, которое формируется на основе применения алгоритмов. Специальная среда доверия между анонимными контрагентами, передача, создание и введение активов в оборот не требуют участия посредников, возможным становится применение до определенной степени самоисполнимых контрактов и т.п.¹ Полагаем, эту особенность цифрового пространства и возможно использовать для публичной фиксации тех или иных достижений и разработок, RnD-технологий, в том числе в целях дальнейшего введения их в оборот и коммерческого использования посредством заключения смарт-контрактов.

Очевидно, что постоянное развитие RnD-технологий, которое связано с появлением новых продуктов и новых способов их создания, ставит перед законодателем задачи выявления правовых признаков каждого продукта или процесса в отдельности, классификации таких объектов и установления соответствующего правового режима для каждого объекта. Насколько непредсказуемыми являются последствия создания и использования указанных объектов, настолько право должно отойти от обобщающего регулирования общественных отношений, связанных с RnD-технологиями. Нахождение баланса между правовой охраной этих технологий и возможностью их свободного использования в целях развития коммерческого оборота, творческого потенциала, обеспечения интересов всего общества в целом является на данном этапе основной задачей, решить которую можно с использованием цифровых технологий, в первую очередь блокчейн-технологии, способной обеспечить фиксацию результатов в области исследований и разработок и оптимизацию их реализации с помощью смарт-контрактов и иных возможностей, предлагаемых цифровой средой.

¹ См.: Санникова Л.В., Харитонова Ю.С. Правовая сущность новых цифровых активов // Закон. – М., 2018. – № 9. – С. 86–95.

Д.В. Красиков

**ДОКТРИНА ИСЧЕРПАНИЯ ПАТЕНТНЫХ ПРАВ:
ЭВОЛЮЦИЯ В ПРАКТИКЕ СУДОВ США
(Обзор)**

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.09

Ключевые слова: патентное право США; доктрина исчерпания патентных прав.

D.V. Krasikov. The doctrine of exhaustion of patent rights: Evolution in the U.S. courts' case law. (Review)

Keywords: U.S. patent law; doctrine of patent rights exhaustion.

Патентное законодательство США предоставляет патентообладателю право запретить другим лицам воспроизводить, продавать, использовать или импортировать в США запатентованное изобретение, однако в целях защиты права потребителя на использование приобретенного товара и для обеспечения свободы торговли Верховным судом США выработана и применяется на практике доктрина исчерпания патентных прав, ограничивающая исключительные права обладателя патента на проданный им или с его разрешения товар [3, р. 948].

Правило «первой продажи», или исчерпания, применяется не к самим патентам, а к запатентованным объектам. То есть в то время как, например, предоставление патентообладателем лицензии на производство или продажу запатентованной технологии может быть сопряжено с действием обеспечиваемых патентным законодательством ограничений (в отношении места, объема и других условий производства или продажи), при продаже товара патентообладателем или лицензиатом покупатель автоматически получает своего рода «подразумеваемую лицензию», дающую ему

свободу от вытекающих из прав патентообладателя ограничений в отношении использования или продажи (но не тиражирования) купленного товара [2, р. 514]. Доктрина исчерпания патентных прав, таким образом, направлена на предотвращение контроля со стороны патентообладателя в отношении использования запатентованного товара после его продажи и на недопущение получения двойного вознаграждения за изобретение [5, р. 489].

Вместе с тем ограничение прав патентообладателей может быть сопряжено с определенными общественными рисками [2, р. 517], и абсолютизация доктрины исчерпания патентных прав нередко рассматривается как снижающая мотивацию изобретателей и угрожающая научному прогрессу, что поднимает вопрос о необходимости сбалансированного его применения с учетом интересов патентообладателей, потребителей и общества [3, р. 948].

Правило об исчерпании патентных прав в США выработано судебной практикой и не основано на положениях Закона о патентах (*Patent act*) или какого-либо иного законодательного акта США [2, р. 516], и если в отношении авторских прав Конгресс США включил правило об их исчерпании в Закон об авторских правах (*Copyright act*) спустя несколько десятилетий после его судебного утверждения [2, р. 520], этого и по сей день не сделано для патентного права. При этом, несмотря на длительность истории применения рассматриваемой доктрины в практике судов США, вплоть до принятия Верховным судом США в 2017 г. решения по делу *Impression Products vs Lexmark International, Inc.* сохранилась значительная неясность относительно пределов ее действия и отдельных аспектов ее содержания.

Дж. Байан (J. Bian) – сотрудник юридической фирмы *Shartsis Friesz LLP* (США) – рассматривает эволюцию доктрины исчерпания патентных прав в практике Верховного суда США и Апелляционного суда США по федеральному округу (*U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit*), акцентируя внимание на различиях и изменениях в подходах к ее применению на разных этапах ее развития [1, р. 674–696].

Впервые высказанная в 1852 г. Верховным судом США позиция, характеризующая продажу запатентованного товара как «продажу части патентной монополии, в отношении которой обладатель патента не сохраняет каких-либо прав» (решение по делу *Bloomer vs McQuewan*), впоследствии кристаллизовалась в качестве последовательно применяемого данным судом правила (см., в частности, решения по делам *Wilson vs Rousseau, Chaffee vs*

Boston Belting Co., Mitchell vs Hawley, Adams vs Burke, Wilson vs Simpson, Boesch vs Graeff [1, р. 674–679]. В определенный момент видение Верховным судом США концепции исчерпания патентных прав изменилось: в решении по делу *Henry vs A.B. Dick Co.* он признал применимость рассматриваемого правила лишь в отношении «безусловной продажи» товара [1, р. 680]. Определенные свидетельства постепенного отступления от такого подхода содержатся, в частности, в решениях по делам *Standard Sanitary Manufacturing Co. vs United States, Bauer & Cie. vs O'Donnell* и *Motion Picture Patents Co. vs Universal Film Manufacturing Co.*, в которых Верховный суд США признал наличие ряда существенных ограничений (вытекающих, в частности, из антимонопольного законодательства и патентного права) в отношении прав обладателей патентов относительно установления условий продажи запатентованных товаров [1, р. 681–683].

При этом Верховный суд США не распространил свое негативное отношение к ограничениям, действующим после продажи запатентованных товаров, на ограничения, налагаемые обладателями патентов на своих лицензиатов. В обстоятельствах дела *United States vs General Electric Co.* патентообладатель предоставил производителю лицензию на производство и реализацию соответствующего товара по установленной обладателем патента цене, и Верховный суд США предпринял попытку провести четкую границу между установлением ограничений, действующих после продажи товара (препятствием чему служит доктрина исчерпания патентных прав), и разумных и допустимых с точки зрения патентного права ограничений, которые патентообладатель может наложить на лицензиата [1, р. 685]. Данное разграничение было подтверждено и конкретизировано решением по делу *General Talking Pictures Corp. vs Western Electric Co.* [1, р. 687].

Впоследствии Верховный суд продолжил развивать и применять доктрину исчерпания патентных прав (как следует, в частности, из его решений по делам *Ethyl Gasoline Corp. vs United States* и *United States vs Univis Lens Co.*), однако тенденция укрепления ее роли в качестве принципа патентного права была прервана в 1992 г. в результате вмешательства Апелляционного суда США по федеральному округу, уполномоченного рассматривать дела о патентах в качестве апелляционной инстанции [1, р. 690–692]. В своем решении по делу *Mallinckrodt, Inc. vs Medipart, Inc.* он указал, что действительность послепродажного ограничения (за исключением тех, которые фиксируют цены или требуют совмест-

ного использования товаров) должна определяться путем оценки либо обоснованности ограничения в контексте содержания гарантированных патентом прав, либо наличия у него необоснованного антиконкурентного эффекта [1, р. 690–691]. Кроме того, в решении по делу *Jazz Photo Corp. vs International Trade Commission* Апелляционный суд США по федеральному округу ограничил сферу действия доктрины исчерпания, указав, что для ее применения необходимо, чтобы санкционированная первая продажа соответствующего товара имела место на территории США [1, р. 691–692].

Позднее вопросы, схожие с затронутыми в упомянутых выше решениях Апелляционного суда США по федеральному округу (хотя и не идентичные им), были рассмотрены Верховным судом США в делах *Quanta Computer, Inc. vs LG Electronics, Inc.* и *Kirtsaeng vs John Wiley & Sons, Inc.* В обстоятельствах первого дела обладатель патента уполномочил лицензиата производить и продавать микропроцессоры для их использования в комбинации с другими запатентованными товарами, производимыми патентообладателем. Верховный суд США посчитал, что продажа микропроцессоров по лицензии такого рода исчерпывает соответствующие исключительные права обладателя патента, несмотря на предусмотренное лицензионным соглашением ограничение (при этом признав, что речь не идет о нарушении патентных прав, суд дал понять, что он не затрагивает вопрос о возможности подачи обладателем патента иска о нарушении контракта) [1, р. 692–696]. Во втором деле Верховный суд США признал, что доктрина исчерпания применяется к копиям защищенных авторским правом произведений, правомерно изготовленным и реализованным где бы то ни было в мире, а не только в США. По мнению Дж. Байана, данная позиция (применительно к авторским правам) вызвала определенное «напряжение» в ее соотношении с подходом Апелляционного суда США по федеральному округу в деле *Jazz Photo Corp. vs International Trade Commission* (применительно к патентным правам), поскольку маловероятно, что Конгресс США, принимая Закон о патентах и Закон об авторских правах, подразумевал различие в значении доктрины исчерпания в контексте патентного регулирования и авторского права, во всяком случае в отношении ее пространственной сферы действия [1, р. 695]. В результате отдельные эксперты высказали предположение, что два этих решения содержат свидетельства снижения значимости или даже пересмотра позиций, высказанных в решениях по делам

Mallinckrodt, Inc. vs Medipart, Inc. и Jazz Photo Corp. vs International Trade Commission [3, p. 955].

Неопределенность в соотношении позиций Верховного суда США и Апелляционного суда США по федеральному округу относительно условий и пределов действия доктрины исчерпания патентных прав усилилась после принятия последним решения по делу *Lexmark Int'l, Inc. vs Impression Prods., Inc.*, в котором данный суд отказался применить правило об исчерпании патентных прав к продаже товаров за рубежом, а также посчитал, что патентообладатель может сохранить за собой право запретить повторное использование и повторную продажу запатентованного товара [4, p. 98].

Г. Вэнэм (G. Vanam) – сотрудник юридической фирмы *Hibbs Law, LLC* (США) – по результатам проведенного ею исследования истории развития доктрины исчерпания патентных прав критически оценивает позицию Апелляционного суда США по федеральному округу по делу *Lexmark Int'l, Inc. vs Impression Prods.*, отмечая, что эта позиция необоснованно расширила сферу действия патентных прав за пределы, установленные патентной системой США [5, p. 503].

В условиях данного «затяжного противостояния» между Верховным судом США и Апелляционным судом США по федеральному округу [2, p. 514] особое внимание специалистов привлекло рассмотрение Верховным судом США дела *Impression Products vs Lexmark International, Inc.*, которое должно было внести ясность, во-первых, относительно того, является ли ограничение на использование запатентованного товара, возложенное условиями его продажи, исполнимым в силу норм патентного права (или, напротив, неисполнимым в связи с исчерпанием патентных прав); а во-вторых, относительно того, порождает ли продажа запатентованного товара за рубежом исчерпание прав, гарантированных выданным в США патентом [3, p. 945].

Рассмотрев данное дело, Верховный суд США постановил, что ограничения, налагаемые при продаже, являются неисполнимыми на основании норм патентного права, и что продажа товара за пределами США, так же как и продажа на их внутреннем рынке, влечет за собой исчерпание патентных прав.

Как отмечает К. Китаока, данное дело захватило внимание не только экспертов в области патентного права, но и предпринимателей, поскольку утверждение Верховным судом США концепции международного исчерпания патентных прав могло бы

повлечь за собой перестраивание экономики США, перенаправление потоков международной торговли и изменения в жизни людей; в случае же принятия Верховным судом США решения об обратном появились бы условия, в которых обладатели выданных в США патентов могли бы не только взыскивать денежную компенсацию с импортеров запатентованных товаров, но и препятствовать пересечению товарами границы, даже если патентообладатель сам реализовал их или санкционировал их продажу за рубежом. Кроме того, признание концепции международного исчерпания патентных прав затрагивает интересы компаний-патентообладателей, которые реализовали за рубежом товары по низкой цене, рассчитывая на то, что эти товары не попадут на территорию США для их повторной продажи. В условиях так называемой международной ценовой дискриминации компании продают свою продукцию по различным ценам в разных государствах в зависимости от условий рынка и гарантий прав интеллектуальной собственности, и признание международного исчерпания патентных прав с большой долей вероятности вызовет «наплыв» на рынок США реализованных за рубежом товаров, что повлечет снижение цен на многие товары [4, р. 99].

Х.Дж. Ховенкамп – профессор Пенсильванского университета (*University of Pennsylvania*) (США) – критически оценивает позицию, которую Верховный суд США занял в деле *Impression Products vs Lexmark International, Inc.*, поскольку, по его мнению, она порождает чрезмерно жесткие правила, не учитывающие последствий их применения для развития инноваций, конкуренции и экономической эффективности. Автор считает, что суду следовало выработать более сбалансированное правило об исчерпании патентных прав, которое учитывало бы реальные последствия, порождаемые конкретными предусмотренными им ограничениями [2, р. 513].

Х.Дж. Ким утверждает, что негативные последствия нового подхода, основанного на данном решении Верховного суда США, для патентообладателей могут в конечном итоге причинить вред и интересам покупателей запатентованных товаров и что его побочные эффекты могут затронуть ценности более серьезные, чем свобода торговли, на которую Верховный суд США опирается в своей аргументации [3, р. 946]. В качестве исключения для правила об исчерпании патентных прав он признает допустимым наложение ограничений на лицензиата, позволяя обладателю патента преследовать и лицензиата, и покупателя за нарушение патента,

если им было известно о соответствующем ограничении (это следует из позиции Верховного суда США по делу *General Talking Pictures Corp. vs Western Electric Co.*). Это может побудить компании, занимающиеся торговлей в традиционных формах, изменить свою бизнес-модель на основанную на лицензировании, т.е. либо привлекать лицензированного производителя для продажи товаров, либо реализуя потребителям не запатентованный товар, а лицензии на его использование; при этом подобные стратегии могут воспрепятствовать развитию свободной торговли и причинить вред интересам потребителей [3, р. 964–966]. Характерным примером является то, что Дж. Байан, вырабатывая свои рекомендации обладателям патентов по ведению предпринимательской деятельности с учетом рассматриваемой позиции Верховного суда США, аргументирует эффективность трех стратегий: патентообладателям предлагается, во-первых, выработать действительную и эффективную программу лицензирования, во-вторых, установить надлежащие ограничения в отношении лицензиатов и, в-третьих, требовать установления надлежащих ограничений в отношении действий конечных потребителей [1, р. 716–721].

Моделируя различные стратегии, которые могут быть использованы патентообладателями для преодоления негативных последствий нового подхода Верховного суда США, Х.Дж. Ким приходит к выводу о том, что они могут повлечь рост цен и создание рисков для частной жизни потребителей: компании могут отказаться от реализации товаров по цене, сниженной за счет ограничений на их использование, либо использовать такие технологии контроля соблюдения установленных ограничений, которые будут более эффективными, но создающими риски вмешательства в частную жизнь потребителей [3, р. 966–967]. Автор не соглашается с Верховным судом США и считает, что Конгрессу США целесообразно принять альтернативную модель исчерпания патентных прав, признав допустимыми ограничения, оправданные либо в силу особенностей объекта соответствующих патентных прав, либо с точки зрения развития патентной политики, либо в связи с получением патентообладателем неполноценного вознаграждения за товар на рынке [3, р. 968–976]. При таком подходе патентные права исчерпываются при продаже товара за исключением тех случаев, когда обладатель патента может доказать, что ограничение допустимо в силу одного (или более) из упомянутых оснований и что предполагаемый нарушитель патента знал о наложении соответствующего ограничения [3, р. 968].

Правило исчерпания патентных прав, выработанное Верховным судом США, призвано преодолеть две проблемы: проблему «невиновного нарушителя», которая создает неопределенность для покупателей, приобретающих запатентованный в США товар за рубежом, и проблему двойного вознаграждения за товары, реализованные без возложения каких-либо послепродажных ограничений (в отсутствие правила исчерпания обладатель патента, уже получивший полноценное вознаграждение на зарубежном рынке, в случае импорта соответствующего товара на территорию США сохранял бы за собой право заявить о нарушении патента) [3, р. 977]. С позиции Х.Дж. Ким, продажа товара за рубежом должна исчерпать права, гарантированные выдачей патента в США, только в том случае, если продажа не была сопряжена с возложением обладателем патента какого-либо обоснованного ограничения и если доказана должностная информированность покупателя: это, с одной стороны, снимет неопределенность для добросовестных покупателей товаров и защитит их собственность, а с другой – не создаст чрезмерных ограничений патентных прав [3, р. 977].

Позиция Верховного суда США по делу *Impression Products vs Lexmark International, Inc.* допускает в силу правила исчерпания патентных прав поступление на рынок в США товаров, продажа которых изначально предполагала ограничение на их импорт из зарубежных стран в обмен на более низкую цену. Суд признал наличие различий между рынком США и зарубежным рынком, однако отметил, что конкретная цена на товар не может быть гарантирована патентным правом. По мнению Х.Дж. Ким, ценовое различие является выгодным как для обладателей патентов, так и для потребителей и может служить основанием для ограничений в качестве условий продажи товаров за рубежом: если обладатель патента продал запатентованный товар в другом государстве по более низкой цене, чем в США, с условием о том, что товар может быть использован только в этом государстве, осознанное нарушение этого ограничения должно считаться нарушением выданного в США патента, поскольку ограничение оправдано в связи с получением лишь частичного вознаграждения на зарубежном рынке [3, р. 978–980].

Список литературы

1. *Bian J.* The Supreme Court says conditional & foreign sales cannot avoid IP exhaustion – what should IP owners do: an analysis of the Supreme Court's IP-exhaustion jurisprudence // AIPLA quarterly journal. – Arlington, 2017. – Vol. 45, N 4. – P. 671–721.
2. *Hovenkamp H.J.* Reasonable patent exhaustion // Yale journal on regulation. – New Haven, 2018. – Vol. 35, N 2. – P. 513–548.
3. *Kim H.J.* Avoiding patent exhaustion at home and abroad: *Impression Products vs Lexmark International* // Berkeley technology law journal. – Berkeley, 2018. – Vol. 33, N 4. – P. 945–980.
4. *Kitaoka K.* Patent exhaustion connects common law to equity: *Impression Products, Inc. vs Lexmark International, Inc.* // Chicago-Kent journal of intellectual property. – Chicago, 2018. – Vol. 17, N 1. – P. 96–136.
5. *Vanam G.* Impact of Lexmark case on patent exhaustion // The John Marshall review of intellectual property law. – Chicago, 2017. – Vol. 16, N 4. – P. 487–504.

Хуарес И.А.

ДЕСЯТЬ ЗАПОВЕДЕЙ ПАРАЛЛЕЛЬНОГО ИМПОРТА

Реферат статьи: Juárez I.A. Los diez mandamientos sobre el comercio paralelo // Cuadernos de derecho transnacional. –

Madrid, 2016. – Vol. 8, N 2. – P. 55–76. –

Mode of access: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3253/1919>

Ключевые слова: параллельный импорт; товарный знак; исчерпание прав; фармацевтическая продукция; фрирайдерство; конкуренция.

Keywords: parallel trade; trademark; exhaustion; pharmaceutical products; free rider; competition.

Статья преподавателя международного частного права Университета Карлоса III (Мадрид) Исабель Антон Хуарес посвящена вопросам параллельного импорта в рамках Евросоюза.

Под *параллельным импортом* автор понимает распространение товаров минуя сеть официальных дистрибуторов. Речь идет о ввозе и продаже подлинных товаров, маркированных товарным знаком правообладателя, без его согласия. Таким образом, происходит столкновение свободы ввоза товара и интересов правообладателя товарного знака.

Автор иллюстрирует проблематику параллельного импорта испанским кейсом 2016 г., когда были изъяты из оборота тысячи бутылок напитка *Schweppes*, произведенного в Великобритании и продаваемого в Испании параллельными импортерами. Специфика этого кейса в том, что у товарного знака два правообладателя в разных странах Евросоюза: в Испании – *Orangina Schweppes*, в Великобритании – *Coca Cola Group*. Дешевле оказалось купить

этот товар в Великобритании и привезти в Испанию, чем покупать в Испании у официального дистрибутора испанского правообладателя. Но испанскому правообладателю такая практика не понравилась, и он начал преследовать параллельных импортеров, аргументируя это тем, что их деятельность подрывает базовую функцию товарного знака – указывать на происхождение товара, что потребитель не сможет разобраться, чей товар он покупает. Решения большинства испанских судов по этому делу перекликаются с решением Суда ЕС от 22 июня 1994 г. по делу *Ideal Standard*, в котором суд признал допустимым разграничение рынков в случаях, когда в разных странах-участницах есть разные правообладатели, никак не связанные между собой экономически.

Параллельный импортер покупает товары в стране, где цены на них ниже, импортирует их и продает в стране импорта дешевле, чем официальные дистрибуторы. Почему существует это явление? Автор называет следующие причины. Во-первых, это наличие рынков с ограниченной конкуренцией, на которых товары позволено продавать только уполномоченным дистрибуторам. Это может быть селективная дистрибуция, при которой дистрибуторы выбираются по качественным критериям, относящимся к магазинам, персоналу, предпродажному и послепродажному обслуживанию (обычно таким образом продаются так называемые люксовые бренды – косметика, духи, ювелирные, высокотехнологичные изделия). Дистрибутор, не соответствующий этим качественным критериям, может быть исключен из сети распределения товара. Это возможно в качестве изъятия из запрета на территориальные ограничения (ст. 4 б iii Регламента ЕС 330/2010 от 20.04.2010 № 330/2010). Однако если дистрибутор соответствует качественным критериям, он не может быть исключен из сети распределения товара, поскольку это противоречило бы ст. 101.1 Договора о функционировании ЕС. Напротив, система исключительной дистрибуции построена не на качественных, а на количественных критериях (имеет значение количество дистрибуторов сети на определенной территории).

Вторая предпосылка параллельного импорта – различие в ценах на один и тот же товар на разных рынках. Эти различия могут основываться на различиях в уровне жизни, затратах на дистрибуторскую деятельность, колебаниях валютных курсов.

Автор поясняет это на примере параллельного импорта такого препарата, как *Adalat and Adalat* компании «*Bayer Group*», которая пронизывает своей филиальной сетью весь Евросоюз. Как известно,

в некоторых странах цены на лекарства подлежат государственному регулированию. В силу этого в период с 1989 по 1993 г. цены на это лекарство во Франции и Испании были ниже, чем в Великобритании, и это толкало оптовиков на покупку лекарств в Испании и Франции, чтобы продавать их в Великобритании за более высокую цену. У *«Bayer Group»* в результате продажи в Великобритании упали наполовину.

И наконец, параллельный импорт имеет трансграничный характер, и разница в цене должна быть столь существенной, чтобы покрыть связанные с трансграничностью издержки.

Кому выгоден параллельный импорт? Сами параллельные импортеры считают, что потребителям и рынку в целом, поскольку он усиливает конкуренцию; изготовители и официальные дистрибуторы, разумеется, придерживаются иного мнения – что параллельные импортеры паразитируют на имидже бренда; по мнению автора, параллельный импорт выгоден прежде всего самим параллельным импортерам, но, кроме того, соответствует интересам потребителей и развития конкуренции.

Как же все-таки становится возможным параллельный импорт?

Скорее всего, из-за нелояльности официальных дистрибуторов, у которых параллельным импортерам удается покупать партии товаров.

Характеризуя правовое регулирование параллельного импорта, автор отмечает, что специальных норм о нем ни на уровне Договора о функционировании ЕС, ни на уровне вторичного права ЕС нет, однако его допустимость на внутреннем рынке Евросоюза можно вывести из положений о свободе перемещения товаров. Вместе с тем у правообладателя товарного знака есть право «первой коммерциализации» товара с товарным знаком внутри ЕС. С этой «первой коммерциализацией» внутри Евросоюза право исчерпывается. С учетом этого параллельный импорт внутри ЕС абсолютно правомерен как проявление свободы перемещения товаров. Качественные ограничения на перемещения товаров между странами Евросоюза или подобные меры запрещены.

Автор подробнее рассматривает институт исчерпания права на товарный знак. В Евросоюзе императивно установлен региональный принцип исчерпания (*community exhaustion*). Этот принцип критикуется параллельными импортерами, которые считают, что он дает правообладателям возможности злоупотреблять своими

правами и что из-за этого ряд товаров в Евросоюзе дороже, чем в США, например косметика.

Для регионального исчерпания требуется, чтобы товары были реализованы на рынке, чтобы это произошло с согласия правообладателя и чтобы это был внутриевропейский рынок.

В отношении правила исчерпания действуют некоторые исключения. Например, согласно ст. 15.2 Директивы 2015/2436 по товарным знакам правообладатель может противодействовать перепродаже, если фрирайдер нарушает функции, которые выполняет товарный знак (указание на производителя), вредит его качеству или репутации. В Директиве говорится о законных основаниях для такого противодействия, однако исчерпывающий перечень таких оснований не установлен.

Автор приводит примеры, когда основания, по которым правообладатель препятствовал параллельному импорту, признавались законными. Во-первых, переупаковка. Производители часто принимают решение продавать свои товары в разных странах в различных упаковках, с различными этикетками и даже под различными товарными знаками. И тому могут быть разные причины, например учет потребительских предпочтений, следование национальным законам и, наконец, попытка ограничить параллельный импорт. Параллельным импортерам тоже приходится заниматься переупаковкой. Автор называет решения Суда ЕС 1978–1996 гг., в которых переупаковка товаров параллельными импортерами квалифицировалась как исключение из принципа исчерпания прав. Однако и из этого правила были установлены исключения решениями Суда ЕС 1996–2011 гг. для случаев, когда противодействие параллельному импорту со стороны правообладателя ведет к искусциальному разделению рынков между странами-участницами; первоначальное состояние товара в результате переупаковки не изменяется; после переупаковки сохраняется возможность идентификации производителя товара и переупаковщика; переупаковка не вредит репутации товарного знака или его правообладателя; переупаковщик уведомил правообладателя о своих намерениях до поступления товара на рынок и по его требованию предоставил ему образец. По общему правилу бремя доказывания ложится на параллельного импортера. Он должен предоставить правообладателю достаточно информации, чтобы тот решил, является ли такая переупаковка необходимой для продажи товара на рынке другой страны. Некоторые обстоятельства сложно поддаются доказыванию

(например, то, что упаковка и перемаркировка не повредят образу и репутации бренда), и тогда применяются презумпции.

Автор подчеркивает, что особо осторожно надо переупаковывать лекарства, поскольку тут может быть затронута не только репутация производителя и бренда, но и интересы здоровья потребителей. Так, параллельным импортерам следует учитывать, кому будут поставляться медикаменты – больницам или непосредственно потребителям [с. 64].

Имиджевые товары (косметика, духи, часы и т.п.) тоже в контексте параллельного импорта составляют особую категорию, поскольку их стоимость определяется не столько их материальными качествами, сколько престижем бренда. Достаточно ли предположения, что продажа таких товаров вне сети официальных дистрибуторов навредит репутации бренда и подорвет его идентификационную функцию, для того, чтобы установить исключение из принципа исчерпания прав на такие товары? Суд ЕС считает, что этот вопрос должен решаться исходя из обстоятельств каждого конкретного случая.

На примере испанского права автор рассматривает перспективы преследования параллельных импортеров за недобросовестную конкуренцию и называет несколько составов поведения, образующего недобросовестную конкуренцию, которые могут быть вменены параллельным импортерам: обман, построение ассоциаций, использование чужой репутации, побуждение к нарушению договора [с. 66–68].

Статья 5.1 Закона Испании о недобросовестной конкуренции квалифицирует как недобросовестное такое распространение исказенной или неверной информации или умолчание о правде (в отношении природы, характеристик, способа изготовления или распространения товаров или услуг, в том числе наличия или отсутствия постпродажного обслуживания), которое дезориентирует тех, кто полагается на такую информацию, и влечет изменение их экономического поведения. Такое может случиться, к примеру, если покупатели будут ошибочно считать, что им предоставят предпродажное или постпродажное обслуживание. Вместе с тем если параллельный импортер предупреждает покупателей о том, что он не принадлежит к официальной дистрибуторской сети, или если разумному потребителю это ясно из обстоятельств продажи товара, нарушение отсутствует, равно как в случае, если поведение параллельного импортера не изменяет экономические решения, принимаемые покупателями.

Построение ассоциаций (ст. 6.2 Закона), в отличие от обмана, влечет ошибку покупателя относительно личности продавца. Поведение параллельного импортера может квалифицироваться по этой статье, если, например, продаваемый товар содержит наклейку «товар продается только уполномоченными дилерами». Однако если из обстоятельств продажи хорошо информированному покупателю ясно, что продавец не является уполномоченным дилером правообладателя, нарушение отсутствует.

Использование чужой репутации (ст. 12 Закона) обычно связано с использованием средств индивидуализации других предпринимателей. При параллельном импорте такое неизбежно – репутация товарного знака сопровождает товар. Однако если право на товарный знак исчерпано, нет и нарушения.

Склонение к нарушению договора (ст. 14.1) происходит в случаях, когда параллельные импортеры подстрекают участников официальной дистрибуторской сети к несоблюдению ограничительных условий договоров с правообладателями. Автор отмечает труднодоказуемость такого нарушения.

Далее автор рассматривает ограничительные меры в отношении параллельного импорта также с точки зрения конкурентного права. Это могут быть, например, положения вертикальных соглашений об ограничении деятельности дистрибутора определенной территорией, прямо запрещающие перепродажу товаров на другие рынки. Такие территориальные ограничения нарушают ст. 101 Договора о создании Евросоюза. Поэтому они зачастую не включаются в договоры, а вместо этого используются менее явные меры, к примеру рассылка циркуляров официальным дистрибуторам.

Производители и официальные дистрибуторы зачастую стремятся бороться с параллельным импортом. Поскольку прямые ограничения считаются нарушением ст. 101 Договора о функционировании ЕС, в таких ситуациях параллельный импорт стараются ограничивать косвенно. Автор выделяет следующие виды косвенных ограничений: двойная система цен, отказ в поставке, дифференциация продукции, ограничения гарантии и кодирование товаров.

Двойная система цен заключается в установлении более высоких цен на товары в случае, если они предназначены для экспорта. Такие ограничения, как правило, считаются нарушением ст. 101 Договора о функционировании ЕС.

Отказ в поставке подразумевает предоставление дистрибуторам небольших партий товаров с целью предотвращения экспорта

или импорта. В такой ситуации указанная статья может применяться в тех случаях, когда такое ограничение является результатом соглашения между производителем и дистрибутором. В случае же односторонних действий производителя отказ в поставке может считаться злоупотреблением доминирующим положением, нарушающим ст. 102 Договора.

Дифференциация продукции может проявляться в небольших различиях в самой продукции или в ее упаковке для поставки в разные страны. Такие действия могут считаться незаконными только в тех случаях, когда они направлены на затруднение перемещения товаров внутри Евросоюза.

Ограничения гарантии подразумевают отказ в гарантитном обслуживании товаров, приобретенных у фрирайдеров. Такие действия нарушают права потребителей, что было установлено в деле *Zanussi*.

Кодирование товаров заключается в присвоении им идентификационных номеров, позволяющих установить их происхождение. Суд ЕС постановил, что фрирайдеры могут убирать эти идентификационные номера в случаях, если они предназначены для искусственного разделения рынка.

Параллельный импорт в области фармацевтической продукции имеет свои особенности. В связи с различиями в экономическом положении южных и северных стран ЕС такая продукция поставляется в южные страны по более низким ценам, чем в северные. Это приводит к возможности заработать на покупке лекарств в южных странах и последующей их перепродаже в северных.

Такая ситуация может вызвать ряд проблем. Первая – дефицит лекарств в странах, где они стоят дешевле. В Испании эта проблема решается санкциями для тех дистрибуторов, которые не хранят у себя запасы лекарств, необходимые для их нормальной деятельности. Вторая – запрет продажи старых версий лекарств в случае выпуска их новой версии. Органы ЕС в деле *Ferring* признают такой запрет незаконным в тех случаях, когда он не направлен на защиту здоровья населения.

Основная проблема, связанная с параллельным импортом фармацевтической продукции, – установление производителем определенных ограничений по количеству поставляемых товаров. Нарушением ст. 101 Договора о функционировании ЕС такие ограничения могут являться только в случае соглашения между производителями и дистрибуторами. По поводу того, является ли

такое поведение злоупотреблением доминирующим положением, мнения судей Суда ЕС в деле *Sot. Lélos Kai Sia (Syfait II)* разделились. Результатом стала компромиссная позиция, согласно которой производитель злоупотребляет доминирующим положением в тех случаях, когда он необоснованно отказывается поставлять товары своим старым покупателям.

Интересным является подход к установлению двойной системы цен на фармацевтическую продукцию. Суд ЕС в деле *GlaxoSmithKline* признал, что ограничение параллельного импорта не означает само по себе ограничение конкуренции и что в ряде случаев параллельный импорт вредит конечным потребителям тем, что сокращает доходы производителя, которые могут пойти на разработку новых лекарств.

Е.Г. Афанасьева, И.С. Данилов

Е.С. Лосева

**ИСТИНА ГДЕ-ТО РЯДОМ: В ПОИСКАХ ПРАВОВОЙ
ПРИРОДЫ ДОМЕННЫХ ИМЕН
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.10

Аннотация. В статье рассматриваются основные подходы к правовой природе доменных имен. Каждой из позиций дана критическая оценка. Автор предлагает определять правовую сущность доменных имен исходя из цели их использования и признавать коммерчески применимые доменные имена тем или иным средством индивидуализации (в зависимости от их содержания).

Ключевые слова: доменные имена; интеллектуальная собственность; средства индивидуализации; интернет-право; электронная торговля.

E.S. Loseva. The truth is out there: searching for the legal nature of domain names. (Article)

Abstract. The main approaches to domain names legal nature are considered in this article. Each of the positions is critically analyzed. The author suggests that legal nature of domain names should be defined according to their purpose of using and that commercially used domain names should be considered different kinds of intellectual property designators (depending on their contents).

Keywords: domain names; intellectual property; intellectual property designators; internet law; e-commerce.

К настоящему моменту в науке и на практике сложилось несколько точек зрения на правовую природу доменных имен. Так, доменные имена в основном рассматриваются как средства инди-

видуализации, средства идентификации, имущество, услуга или объекты особого рода. В рамках каждой из данных позиций представления о сущности доменных имен конкретизируются. Кроме того, некоторые взгляды на доменные имена возникают на стыке основных направлений. Несмотря на то что вопрос о правовой природе доменных имен обсуждается уже не одно десятилетие, консенсус до сих пор не найден. Это связано с особенностями использования доменных имен в общегражданском и коммерческом обороте, неизбежно закладывающими недостатки в каждое из традиционных объяснений сущности доменных имен. Представляется, что приближение к истине требует критического и нестандартного взгляда на проблему.

Доменные имена и средства индивидуализации. Первая и, возможно, наиболее популярная позиция представляет собой взгляд на доменные имена как на средства индивидуализации. Обоснованием данной точки зрения служит, во-первых, то, что, как и иные средства индивидуализации, доменные имена могут использоваться для обозначения товаров. Во-вторых, исходя из смысла п. 13 ст. 2 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», *доменное имя* является средством доступа к сайту (наряду с сетевым адресом) и средством его идентификации. Более того, такое обязательное свойство доменного имени, как его уникальность, характерно для объектов интеллектуальных прав в целом. Некоторые исследователи¹ на данном основании делают вывод о природе доменных имен именно в качестве средств индивидуализации.

В рамках данного представления о доменных именах встает вопрос о возможности отнесения их к уже известным видам средств индивидуализации. Кто-то признает доменные имена разновидностью товарных знаков² или коммерческих обозначений³

¹ См.: *Попцов А.В.* Правовое регулирование доменного имени в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук // Юридическая Россия (Электронный ресурс). – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1352587>

² См., напр.: *Кротов К.С.* К вопросу о необходимости совершенствования юридической ответственности за недобросовестное использование доменных имен // Конкурентное право. – М., 2018. – № 2 – С. 13–16; *Осокин А.А.* Правовой статус наименований доменов и товарных знаков // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. – М., 2002. – № 7. – С. 17–24.

³ См.: *Данилина Е.А.* Доменное имя и товарный знак: Опросы сходства и различия // Биржа интеллектуальной собственности. – М., 2004. – № 12. – С. 22.

(которые могут содержать фирменное наименование). Однако другие ученые отмечают¹, что доменные имена индивидуализируют не товар и не юридическое лицо, а информационный ресурс. В России данная позиция поддерживается судебной практикой – так, по мнению Суда по интеллектуальным правам, «номинальное владение доменным именем... не является подтверждением использования товарного знака» (постановление Суда по интеллектуальным правам от 30 октября 2013 г. № С01-155/2013 по делу № А40-12151/2013). Это приводит к выводу, что отождествлять доменное имя с товарным знаком было бы неверно.

Иной позиции придерживается французский правоприменитель, указывая, что даже если на доменном имени, сходном до степени смешения с имеющим приоритет товарным знаком, не размещен сайт, оно все равно признается контрафактом (решение Суда высокой инстанции Нантера от 26 марта 2007 г.²). То есть признается если не однозначная принадлежность доменных имен к товарным знакам, то, по меньшей мере, их тесное правовое родство.

Представляется, что поскольку ограничений по содержанию доменных имен практически не существует (за исключением требования к их уникальности и отсутствию в них слов, включенных в так называемый «стоп-лист», предусмотренный Правилами регистрации доменных имен в доменах (RU и РФ)), они могут выполнять функцию любого из средств индивидуализации³ или даже признаваться самостоятельным (хотя пока и не отраженным в законе) видом средств индивидуализации⁴.

Тем не менее, несмотря на доктринальные дискуссии и определенные тенденции в судебной практике, законодательно нигде

¹ См., напр.: Серго А.Г. Интернет и Право. – М.: Бестселлер, 2003. – С. 35–37; он же. О некоторых подходах к правовому регулированию доменного имени // Информационное право. – М., 2005. – № 1. – СПС «КонсультантПлюс».

² TGI Nanterre, 26 mars 2001 // Zebank.com. – Режим доступа: <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-versailles-12eme-chambre-section-1-arret-du-22-novembre-2001/>

³ См.: Защита деловой репутации в случаях ее диффамации или неправомерного использования (в сфере коммерческих отношений): науч.-практ. пособие / под общ. ред. М.А. Рожковой. – М.: Статут, 2015. – СПС «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Галифанов Р.Г. Особенности правовых взаимоотношений доменных имен и товарных знаков // ИС. Промышленная собственность. – М., 2017. – № 8. – СПС «КонсультантПлюс».

в мире доменные имена до сих пор не признаются средствами индивидуализации¹.

Таким образом, нельзя не признать, что доменным именам присущи некоторые черты, характерные для средств индивидуализации, однако для отнесения их к данной группе объектов гражданских прав этого недостаточно, в силу чего возникает необходимость рассмотрения альтернативных решений вопроса о правовой природе доменных имен.

Доменные имена как средства идентификации. Примечательно, что указанный выше аргумент сторонников признания доменных имен средствами индивидуализации (об их функции средства доступа к сайту) используется учеными и правоприменителями, придерживающимися иного подхода к природе доменных имен. В рамках данной позиции проводится аналогия с почтовыми адресами, что вызывает сомнения относительно возможности признания доменных имен к средствам индивидуализации. С точки зрения судебной практики, международных организаций (ВОИС и ООН), корпорации ICANN (фактически контролирующей мировую доменную систему), а также ряда ученых, доменные имена являются средством идентификации (причем, хотя большинством признается функция доменного имени по идентификации ресурса, встречается спорная точка зрения о владельце ресурса как объекте идентификации). Именно данная позиция является наиболее широко признанной среди законодателей различных правопорядков. Например, в Японии доменное имя определяется как «буквы, цифры, знаки или другие символы или их комбинация, соответствующие комбинации цифр, знаков, букв, назначенных для идентификации отдельных компьютеров в Интернете». Похожие определения даются в китайском, американском, бельгийском законодательстве, а также в нормативно-правовых актах стран СНГ.

Обоснование технической природы доменных имен выводится и из способа их регистрации (не тождественного государственной регистрации средств индивидуализации ни по функции, ни по механизму²) и защиты, который, по мнению сторонников данной позиции, также носит технический характер, исключающий

¹ См.: Еременко В.И. О совершенствовании правового регулирования доменных имен в Российской Федерации // Законодательство и экономика. – М., 2012. – № 10. – СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Чиженок М.В. Новые приключения доменов в России // Патенты и лицензии. – М., 2007. – № 5. – С. 2.

необходимость предоставления доменным именам дополнительной защиты¹.

Кроме того, отмечается, что доменные имена могут регистрироваться в различных целях, в том числе некоммерческих, и применение режима средств индивидуализации к доменным именам в ряде случаев становится невозможным. Так, например, не признается нарушением права на товарный знак использование доменного имени, содержащего обозначение, сходное до степени смешения с товарным знаком, если администратор подобного доменного имени не использует его в предпринимательской или иной экономической деятельности (постановление Суда по интеллектуальным правам от 1 октября 2014 г. по делу № А40-92932/2013).

Итак, причисление доменных имен к средствам идентификации соответствует их изначальной природе. Однако в современных условиях подобный взгляд на доменные имена представляется неоправданно узким, поскольку не раскрывает в должной мере особенностей их правового режима.

Индивидуализация против идентификации: компромиссные решения. Указание на коммерческое использование доменных имен как на обязательное условие признания нарушения права на товарный знак порождает предложение разграничивать доменные имена, используемые в коммерческой и некоммерческой деятельности, и применять к ним разный режим – средств индивидуализации и средств идентификации соответственно. С теоретической точки зрения подобное решение выглядит далеко не безупречным: оно не позволяет ответить на вопрос о правовой природе доменных имен в целом, а также частично выводит вопрос о сущности доменных имен из правовой плоскости, сосредоточиваясь на его технической стороне. Однако в практическом отношении данный подход представляется весьма разумным.

Согласно еще одной компромиссной позиции (очень близкой к уже рассмотренной), доменные имена являются нетрадиционным объектом интеллектуальных прав, выполняющим функцию средств индивидуализации и охраняемым в режиме обще-

¹ См.: Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности: учебник. – М.: Проспект, 2010. – С. 265.

известности¹. Ряд ученых² (а в некоторых случаях и правоприменитель) указывают, что хотя изначально доменные имена выполняли исключительно идентификационную функцию, со временем функция индивидуализации стала превалирующей, что и вынуждает причислять их к средствам индивидуализации. Однако для сторонников отнесения доменных имен к средствам идентификации данный аргумент представляется недостаточно весомым³. Кроме того, признание доменных имен средствами индивидуализации, не сопровождающееся предоставлением им соответствующей правовой охраны, приведет к несправедливости по отношению к добросовестным администраторам доменных имен, которые получили известность, но были впоследствии захвачены лицами, зарегистрировавшими совпадающий или схожий с доменным именем товарный знак (примечательно, что проект Части четвертой ГК РФ не только включал доменные имена в качестве самостоятельного объекта интеллектуальных прав, но и разрешал указанную проблему запретом регистрации товарных знаков, тождественных зарегистрированным доменным именам). Предоставление же доменным именам полноценной защиты в качестве средств индивидуализации также едва ли можно назвать оправданным, по крайней мере, на данном этапе развития использования доменных имен – когда их значимость по-прежнему уступает товарным знакам (последние в куда большей степени, чем доменные имена, влияют на цену товара). Более того, поскольку, как уже отмечалось, доменные имена могут содержать различные виды средств индивидуализации, неясно, режим какого именно из них следует к ним применять.

Наконец в данную группу представлений о доменных именах можно отнести взгляд на них как на способ использования средств индивидуализации (товарного знака, наименования места

¹ См.: *Зыков С.В.* Об отнесении доменных имен к объектам интеллектуальных прав // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. – М., 2017. – № 1.

² См., напр.: *Калягин В.О.* Проблемы правового регулирования доменных имен в гражданском законодательстве // Вестник гражданского права. – М., 2006. – № 2. – С. 29; *Серго А.Г.* О некоторых подходах к правовому регулированию доменного имени // Информационное право. – М., 2005. – № 1. – СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Право интеллектуальной собственности. Средства индивидуализации: учебник / под общ. ред. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2018. – Т. 3. – СПС «КонсультантПлюс».

происхождения товаров)¹. Поскольку возможность содержания в доменном имени товарного знака (и иных средств индивидуализации) не оставляет сомнений, данный подход выглядит логичным, хотя и мало чем отличающимся от предыдущего, а следовательно, он обладает всеми рассмотренными пороками.

Таким образом, попытки поиска золотой середины между режимом средств индивидуализации и средств идентификации представляются перспективным направлением в разрешении вопроса о правовой природе доменных имен, однако в настоящий момент остаются недостаточно разработанными и признанными, что затрудняет повсеместное внедрение данного подхода.

Доменные имена как иные объекты гражданских прав (имущество, услуги и маркетинговые средства). В науке существуют альтернативные предложения по разрешению вопроса о правовой природе доменных имен.

Одна из точек зрения, относящихся к данной группе, представляет доменные имена как имущество. Некоторые авторы², поддерживающие данную позицию, отмечают, что доменные имена могут являться объектами продажи или аренды, и ссылаются на толкование ст. 1 Протокола № 1 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, данное Европейским судом по правам человека в деле «Паеффен против Германии». Однако в указанном деле ЕСПЧ называет имуществом вовсе не сами доменные имена, а лишь имущественные права на них (вытекающие из договора, т.е. являющиеся правами требования по договору с регистратором), относимость которых к имуществу по смыслу ст. 128 ГК РФ не вызывает сомнений (и признается даже специалистами³, отрицающими способность доменных имен выступать в качестве объектов гражданских прав) и выходит за рамки дискуссии о природе доменных имен, не разрешая ее. Кроме того,

¹ См.: Вацковский Ю.Ф. Доменные споры. Защита товарных знаков и фирменных наименований. – М.: Статут, 2009. – С. 55.

² См., напр.: Нагорный Р.С. Доменное имя как объект гражданского права // Журнал российского права. – М., 2008. – № 2. – СПС «КонсультантПлюс»; Еременко В.И. О совершенствовании правового регулирования доменных имен в Российской Федерации // Законодательство и экономика. – М., 2012. – № 10. – СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Защита деловой репутации в случаях ее диффамации или неправомерного использования (в сфере коммерческих отношений): науч.-практ. пособие / Д.В. Афанасьев, А.С. Ворожевич, М.Е. Глазкова и др.; под общ. ред. М.А. Рожковой. – М.: Статут, 2015. – 270 с. – СПС «КонсультантПлюс».

с точки зрения отечественного законодателя, как таковая купля-продажа или аренда доменных имен невозможна – передача доменных имен может оформляться лишь как смена стороны в договоре на оказание услуг регистратором.

Наиболее экзотической попыткой вписать доменные имена в уже известные правовые институты является представление о доменных именах как об услуге регистратора¹. Данная позиция исходит из того, что право на администрирование и использование доменного имени предоставляется на основании договора возмездного оказания услуг (передача права администрирования в таком случае должна оформляться как смена лиц в обязательстве). Согласиться с данным подходом сложно, поскольку он не учитывает функциональную природу доменного имени. Если сводить право на доменное имя лишь к регистраторским услугам, то можно прийти к неверному заключению, что права на администрирование приобретаются для получения услуг в объеме, установленном регистратором. Однако для владельца домена не имеет значения личность регистратора. Сама же процедура регистрации носит технический характер.

Последней (также довольно необычной) попыткой объяснить природу доменных имен через уже известные категории является определение доменных имен как маркетинговых средств (наряду с рекламой). Едва ли данный подход вносит ясность в природу доменных имен, поскольку собственная правовая природа так называемых маркетинговых средств вызывает множество вопросов (использование маркетинговых коммуникаций описывается скорее с экономической, нежели с правовой точки зрения) и является довольно разнородной. Например, реклама может пониматься и как результат договора по оказанию услуг между коммерсантом и рекламным агентством, и в целом как информация, направленная на привлечение внимания к объекту. Скидки (выделяемые в качестве средства маркетинговых коммуникаций наряду с рекламой) могут признаваться способом согласования цены или дарением. Кроме того, сомнительно отнесение к средствам маркетинговых коммуникаций самого доменного имени; логичнее признать, что подобную функцию выполняет скорее обозначенный им информационный ресурс. Данное заключение вновь приводит к необходимости обратиться к иному объяснению природы доменных

¹ См.: Чиженок М.В. Указ. соч. – С. 6.

имен (и, вероятнее всего, выбору между средствами индивидуализации и средством идентификации).

Таким образом, принципиально альтернативные первым двум подходам попытки определения правовой природы доменных имен обладают большим количеством недостатков, делающих их применение неоправданным.

Доменные имена как особый объект гражданского оборота. Наконец, наиболее противоречивым является полное отделение доменных имен от иных объектов, утверждение их самостоятельности и уникальности. Недостатки рассмотренных выше подходов делают эту позицию весьма привлекательной: выделение объекта в отдельную категорию, разрыв его связей со сходными объектами кажется самым простым и логичным решением. Однако и логика, и простота в данном случае иллюзорны: концепция *sui generis* не отменяет сходства доменных имен с иными видами объектов интеллектуальных прав, но и не объясняет их. Более того, использование данной конструкции вынуждает создавать модель правового регулирования соответствующего объекта заново, но возможность изобретения непротиворечивого, действительно подходящего для доменных имен и в то же время уникального регулирования представляется маловероятной: использование аналогий с иными институтами будет почти неизбежным и в конце концов вызовет сомнения в подлинной самобытности доменных имен как объекта гражданских прав. Представляется, что данный путь нерационален и не предлагает лучших альтернатив по сравнению с применением регулирования, уже разработанного для иных институтов. В то же время очевидно, что при условии отнесения доменных имен к уже известным объектам недостатки моделей их регулирования потребуют корректировки.

«Расщепленная» правовая природа: выбор наименьшего зла. Многообразие объяснений правовой природы доменных имен ставит ученых, законодателей и правоприменителей перед сложным выбором. Каждая из предлагаемых концепций обладает множеством недостатков, устранение которых весьма затруднительно, а игнорирование – недопустимо. Очевидно, что однозначное признание истинности одной из точек зрения приведет к искажению действительной сути доменных имен как объектов гражданских прав. Значит, некий компромисс, хотя обычно воспринимаемый в науке как нежелательное явление, все же необходим.

Не вызывает сомнений, что технически доменные имена представляют собой уникальное буквенно-цифровое определение

числового адреса IP. Однако с точки зрения права этого недостаточно. Остановиться на данном этапе и признать, что сущность доменных имен сводится к совокупности знаков, было бы равнозначно признанию того, что гражданско-правовой договор сводится к совокупности составляющих его текст букв, не вникая при этом в суть написанного. Поэтому разделение доменных имен на виды в соответствии с целью их использования – вполне оправданное с точки зрения науки и практики решение, вызванное изменениями в порядке использования доменных имен и приобретением части из них коммерческой ценности. В силу данных соображений при определении правовой природы доменного имени в каждом конкретном случае необходимо прежде всего устанавливать цель его использования. Для доменных имен, не используемых в целях индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг или предприятий, едва ли имеет смысл создавать правовой режим, отличный от применявшегося ранее режима средств идентификации (аналогичного почтовым адресам). Что же касается второй группы доменных имен, их следует воспринимать как способ использования того или иного средства индивидуализации. Какого именно – надлежит также определять в каждом конкретном случае, поскольку само по себе доменное имя, как и, к примеру, надпись на этикетке товара, может содержать потенциально любое средство индивидуализации: фирменное наименование, товарный знак, коммерческое обозначение или наименование места происхождения товара.

Раздел 4

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И НОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ В ОТДЕЛЬНЫХ СФЕРАХ ЖИЗНИ ОБЩЕСТВА

А.А. Карцхия

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ СОВРЕМЕННЫХ БИОТЕХНОЛОГИЙ (Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.11

Аннотация. Благодаря современным технологиям в области искусственного интеллекта, больших данных и генной биоинженерии появились новые возможности для активизации исследований по секвенированию генома (*DNA sequencing*), редактированию генов живых организмов. Правовыми аспектами регулирования биотехнологий, генной инженерии посвящена эта статья. Автор анализирует возможности патентно-правовой защиты геномных технологий в соответствии с законодательством и правоприменительной практикой России и зарубежных стран. Биотехнологии в среднесрочной перспективе могут стать эффективным средством для лечения опасных болезней и наследственных заболеваний человека, а в долгосрочной перспективе – стать инструментом развития способностей личности, создать генно-модифицированные сущности («киборги»), правосубъектность которых в самое ближайшее время станет актуальной темой правовых исследований.

Ключевые слова: геномная инженерия; патентоспособность геновых материалов; правовой режим генома; искусственный интеллект.

A.A. Kartskhia. Legal aspects of modern biotechnology. (Article)

Abstract. Thanks to modern technologies in the field of artificial intelligence, big data and genetic bioengineering, there are new opportunities to intensify research on genome sequencing (*DNA sequencing*), editing genes of living organisms. This article is devoted to legal aspects of regulation of biotechnologies, genetic engineering. The author analyzes the possibilities of patent and legal protection of genomic technologies in accordance with the

legislation and law enforcement practice of Russia and foreign countries. Biotechnology in the medium term can be an effective tool for the treatment of dangerous diseases and hereditary human diseases, and in the long term – may become a tool for the development of individual abilities to create genetically modified entities («cyborgs»), the legal personality of which in the near future will become relevant topics of legal research.

Keywords: genome engineering; patentability of genetic material; legal regime of genome; artificial intelligence.

История изобретений в области биотехнологии насчитывает более 100 лет. В 1787 г. в Великобритании был выдан патент на дрожжеподобную композицию для приготовления картофельного пюре, а в 1873 г. микробиолог Луи Пастер запатентовал свой усовершенствованный метод получения дрожжей в Патентном ведомстве Франции. Одним из самых ранних запатентованных биомедицинских препаратов стал жизненно важный препарат для диабетиков – инсулин. Медицинские изобретения обеспечили прорывы в ДНК-дактилоскопии, противораковых препаратах, переливании крови и др.

Благодаря достижениям в области искусственного интеллекта, больших данных и генной биоинженерии появились новые возможности для сбора, анализа и интерпретации геномных данных, активизации исследований по секвенированию генома (*DNA sequencing*), редактированию генов живых организмов¹. Клеточные, геномные, постгеномные технологии служат основой для противодействия распространению различных видов заболеваний человека и животных, получения биоматериалов из возобновляемого сырья для замещения традиционных производств и появления новых продуктов с уникальными свойствами, а также восстановления редких и исчезающих видов флоры и фауны и сохранения биоресурсов Мирового океана².

Важным аспектом редактирования генома человека является то, что непосредственно затрагиваются его фундаментальные права,

¹ Artificial intelligence. WIPO, Technology trends 2019. – Mode of access: www.wipo.int; Big data and artificial intelligence for achieving universal health coverage: An international consultation on ethics: Meeting report. – World Health Organization, 2018. – Mode of access: www.who.int

² Прогноз научно-технологического развития Российской Федерации на период до 2030 г. (утв. Правительством РФ 3 янв. 2014 г.). – Режим доступа: <http://government.ru>

и прежде всего право на неприкосненность личности, заключающееся в уважении физической и психической целостности личности, в запрете на евгенические практики (в том числе практики стерилизации, принудительной беременности, принудительных этнических браков), запрет превращения человеческого тела в источник финансовой выгоды, запрет клонирования человека в целях воспроизведения, а также обязательное согласие лица на медицинское или биологическое вторжение¹. Во Всеобщей декларации ЮНЕСКО о геноме человека и правах человека² подчеркивается, что признание генетического разнообразия человечества не должно приводить к какому-либо толкованию социального или политического характера, которое могло бы поставить под сомнение неотъемлемое достоинство всех членов человеческой семьи. Кроме того, признавая, что исследования генома человека и их применение могут привести к значительному прогрессу в улучшении здоровья людей и человечества в целом, Декларация подчеркивает, что такие исследования должны проводиться при полном уважении человеческого достоинства, свободы и прав человека.

В настоящее время в разных странах активно идет процесс выработки правового режима для технологий геномной инженерии, в том числе применительно к «генетическим материалам», под которыми часто понимаются ген (его часть), группа генов или фрагмент многих генов, молекула ДНК (фрагмент, группа молекул ДНК). К биотехнологиям относят технологии по производству или обработке генетического материала, включая разработку генетического теста на болезни или выделение генетического материала³.

Живые организмы, и прежде всего человек как личность, отмечает А.А. Мохов⁴, не являются объектом правоотношений, в отличие от отдельных элементов живой природы (органы, ткани, клетки и др.), которые все чаще вовлекаются в имущественный оборот. Одним из таких вовлекаемых в гражданский оборот объектов гражданских прав являются биомедицинские клеточные

¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/C 364/01 (art. 3).

² UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, 1997.

³ См.: *Crane A. Of Mice and «Man»: patentability of genetic material and the protection of intellectual property rights // Dalhousie journal of legal studies.* – Dalhousie, 2009. – Vol. 18. – P. 95–96.

⁴ См.: *Мохов А.А., Яворский А.Н. Гены и иные образования на основе генов как объекты права интеллектуальной собственности // Гражданское право.* – М., 2018. – № 4. – С. 28–32.

продукты, которые обладают ограниченной оборотоспособностью и на различных этапах жизненного цикла принадлежат ограниченному кругу субъектов, а для отдельных способов их использования требуется получение разрешений (заключение этической экспертизы на проведение клинического исследования) либо специального разрешения (лицензии на медицинскую деятельность при лечении пациентов)¹. В то же время технологическое развитие эволюционировало от машин и механизмов до химии, фармацевтики и биотехнологии, что выявило необходимость защиты новых технологий, а также возможности применения патентно-правовой защиты и расширения сферы патентоспособности новых объектов².

Характерно, что и США и многие европейские страны строго ограничили использование технологии генетического изменения человеческого генома для так называемого редактирования зародышевой линии, которое окажет влияние на потомков первоначального пациента³.

В России в соответствии с Федеральным законом от 3 августа 2018 г. № 280-ФЗ «Об органической продукции и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» с 1 января 2020 г. установлен запрет на применение трансплантации эмбрионов, клонирования и методов генной инженерии, генно-инженерно-модифицированных и трансгенных организмов, а также продукции, изготовленной с использованием генно-инженерно-модифицированных и трансгенных организмов при производстве органической продукции. В то же время Федеральный закон от 23 июня 2016 г. № 180-ФЗ «О биомедицинских клеточных продуктах» определяет особенности ограниченного гражданского

¹ См.: Синельникова В.Н. Части живой природы как объекты гражданского оборота: монография. – М.: Миттель Пресс, 2017. – С. 7–10 и др.; Мохов А.А. Правовой режим биомедицинских клеточных продуктов как объектов гражданских прав // Гражданское право. – М., 2017. – № 3. – С. 29–31; Понкин И.В. О критериях патентоспособности изобретений в области биообъектов, биоматериалов и биотехнологий // ИС. Промышленная собственность. – М., 2016. – № 8. – С. 41–50.

² См.: Mgeboji I., Allen B. Patent first, litigate later! The scramble for speculative and overly broad genetic patents: Implications for access to health care and biomedical research // Canadian journal of law and technology. – Halifax, 2003. – Vol. 2, N 2. – P. 83–98. – Mode of access: <https://ojs.library.dal.ca/CJLT/article/view/6112/5431>

³ См.: Yotova R. The Regulation of genome editing and human reproduction under international law, EU law and comparative law: Report on regulation. – London: Nuffield council on bioethics, 2017. – Mode of access: <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Report-regulation-GEHR-for-web.pdf>

оборота и использования биомедицинских клеточных продуктов. Федеральный закон от 5 июля 1996 г. № 86-ФЗ «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» не применяется к порядку осуществления генно-инженерной деятельности и использования ее методов к человеку, тканям и клеткам в составе его организма, за исключением генодиагностики и генной терапии (генотерапии). Вместе с тем Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ (в ред. от 6 марта 2019 г.) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (ст. 34) предусматривает оказание высокотехнологической медицинской помощи, включающей в себя применение новых сложных и уникальных методов лечения, а также ресурсоемких методов лечения с научно доказанной эффективностью, к которым наряду с клеточными технологиями, роботизированной техникой и информационными технологиями отнесены и методы генной инженерии. Статья 51 Семейного кодекса РФ предусматривает применение метода искусственного оплодотворения или имплантации эмбриона для его вынашивания суррогатной матерью и, таким образом, создает сложную юридическую конструкцию суррогатного материнства и родительских прав генетических родителей, которая имеет много правовых и этических аспектов¹.

В силу ст. 1349 ГК РФ не могут быть объектами патентных прав: (1) способы клонирования человека и его клон; (2) способы модификации генетической целостности клеток зародышевой линии человека; (3) использование человеческих эмбрионов в промышленных и коммерческих целях. Это исключает применение режима патентно-правовой охраны к таким объектам генной инженерии. При этом в соответствии с п. 2.2.2 Руководства по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации изобретения и выдаче патента на изобретение, его дубликата, утвержденного приказом Роспатента от 27 декабря 2018 г. № 236, хотя способы клонирования человека (равно как и продукты, полученные такими способами) не могут быть объектами патентных прав, патентоспособными могут быть способы клонирования клеток и тканей человека, а также продукты, полученные такими способами. Под способом модификации генетической

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 27 сентября 2018 г. № 2318-О и мнение судьи Конституционного Суда РФ А.Н. Кокотова // СПС «КонсультантПлюс».

целостности клеток зародышевой линии человека следует понимать способы, направленные на получение организма, состоящего из наследственно различных зародышевых или totипотентных клеток и тканей людей и животных. Под использованием человеческих эмбрионов в промышленных и коммерческих целях следует понимать способы, направленные на получение эмбрионов для их использования в промышленных масштабах и коммерческих целях или продукта, содержащего человеческий эмбрион в целом или в разрушенном виде; такой продукт или его применение по новому назначению. Вместе с тем могут быть признаны патентоспособными способы получения эмбрионов и их пересадки в целях экстракорпорального оплодотворения для устраниния бесплодия.

В настоящее время ряд компаний успешно работают над технологиями для редактирования генов путем внесения изменений в ДНК на клеточном уровне. К примеру, технология CRISPR (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat*), представляющая новый уровень геномной инженерии животных и растений с использованием специального РНК-программируемого комплекса. Используя технологию CRISPR/Cas9, швейцарские генетики создали первый биологический двухъядерный процессор, интегрировав в живую клетку сразу два ядра, образующих особый вид белка Cas9 и способных работать с любым количеством входящих сигналов в виде молекул РНК. Американские ученые из Пенсильванского университета сообщили об успешном использовании технологии редактирования генома CRISPR для лечения двух больных раком. Ученый из КНР заявил об использовании технологии CRISPR для рождения девочек-близнецов с ВИЧ-устойчивым иммунитетом, что вызвало бурю протестов в научном сообществе, а некоторые страны официально запретили подобные опыты.

В США знаковым стало решение Верховного суда по делу *Diamond vs Chakrabarty* в отношении патентоспособности искусственно созданных микроорганизмов: рассматривая в 1980 г. жалобу на отказ в выдаче патента, суд установил, что созданный человеком живой микроорганизм патентоспособен¹. После серии решений о недопустимости патентования некоторых биологических изобретений Верховный суд США в своем решении по делу

¹ Diamond, commissioner of patents and trademarks vs Chakrabarty // Patent cases patentable subject Matter: Supreme Court of United States. – Mode of access: <https://www.bitlaw.com/source/cases/patent/Chakrabarty.html>

Association for Molecular Pathology Et Al. vs Myriad Genetics, Inc. от 13 июня 2013 г.¹ установил, что ДНК человека в ее естественной форме не может быть запатентована, и указал, что изолированные, но не модифицированные гены являются продуктами природы и поэтому не подлежат патентованию. Вместе с тем в решении отмечено, что синтетические молекулы ДНК, содержащие только части гена, могут быть патентоспособными. Иными словами, суд признал, что гены, извлеченные из человеческого тела, не могут быть запатентованы, но разрешил правовую защиту синтетического генетического материала. В то же время суд сохранил патентную защиту форм ДНК, созданных в научных лабораториях, а также процессов, используемых для проведения ДНК-тестов (например, скрининг на рак). В сентябре 2018 г. в США Апелляционный суд Федерального округа² подтвердил права Гарвардского и Массачусетского университетов на критически важные патенты по технологии редактирования генома CRISPR/Cas9, применяемые для создания так называемых эукариотических препаратов, включающих клетки животных и человека.

В Европе Директива № 98/44/ЕС «О правовой охране биотехнологических изобретений»³ допускает выдачу патента на изобретение, которое затрагивает последовательности или частичные последовательности генов, на основе тех же критериев патентоспособности, что и для других технологий, т.е. новизна, изобретательский уровень и промышленная применимость. Директива принципиально различает искусственно произведенный и выделенный геном (ген ДНК) и природную ДНК, а патентно-правовая охрана распространяется как на биологический материал (продукт), так и на способ его получения. Вместе с тем не патентуются процессы клонирования человека, изменения генетических характеристик зародышевых клеток человека, а также способы использования человеческих эмбрионов в промышленных или коммерческих целях.

¹ Supreme Court of the United States, 569 U.S., 2013, No. 12-398, June 13. Association for molecular pathology, et al., Petitioners vs Myriad genetics, inc., Et al. – Mode of access: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-398_1b7d.pdf

² United States Court of Appeals for the Federal Circuit. 2018. September 10. University of California vs Broad Institute, Inc. – Mode of access: <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1907.Opinion.9-10-2018.pdf>

³ Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions. – Mode of access: <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/1440>

ских целях как не соответствующие минимальным требованиям соблюдения норм общественного порядка или морали.

Суд ЕС в 2011 г. дал дополнительные разъяснения по поводу использования человеческих эмбрионов в научных целях (дело *Оливер Брюстле против «Гринпис» NC-34/10*)¹. Большая Палата постановила, что патентование использования эмбрионов для проведения научных исследований не допускается, но признала возможность выдавать патенты на использование эмбрионов в терапевтических или диагностических целях в случаях, когда такое использование имеет отношение к человеческому эмбриону и идет на пользу самому эмбриону. Суд ЕС также установил, что выдача патентов не допускается и в случаях, когда реализация изобретения требует предварительного уничтожения человеческого эмбриона или его использования в качестве исходного материала независимо от того, на каком этапе возникла эта необходимость, и даже тогда, когда в предложенном описании технической подготовки ничего не сказано об использовании человеческих эмбрионов.

В перспективе при создании генно-модифицированных сущностей по технологии CRISPR, как и в случае с искусственным интеллектом, важно определить основания и пределы ответственности таких генно-модифицированных сущностей («киборгов»), установив их самостоятельную ответственность за свои поступки либо ответственность, аналогичную ответственности источника повышенной опасности. Важным вопросом последующих исследований несомненно будет также и правосубъектность таких «киборгов» наряду с обсуждением вопросов правосубъектности искусственного интеллекта.

В то же время, как отмечается в документах ВОИС², доступ к генетическим ресурсам и традиционным знаниям и совместное пользование ими являются важной областью формирующегося международного права, которая характеризуется тенденцией к международному управлению генетическими ресурсами, охватывающей интеллектуальную собственность и совместное использование выгод, связанных с инновациями. Это предусматривает развитие основ, заложенных международными актами: United

¹ Oliver Brüstle vs Greenpeace eV // EUR-lex. – Mode of access: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/t/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0034>

² См.: Oldham P., Hall S., Barnes C. Patent landscape report on animal genetic resources / World Intellectual Property Organization (WIPO). – 2014. – Mode of access: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_947_3.pdf

Nations Convention on Biological Diversity (1992), International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (2001), Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization (2010), United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) (2007) и др. Так, Конвенция о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением достижений биологии и медицины (Конвенция о правах человека и биомедицине ETS № 164), Овьедо, 1997 г. (с изм. 2008 г.) в целях установления общих норм применения достижений биологии и медицины запрещает создание эмбрионов человека в исследовательских целях, а также обязывает национальное законодательство стран-участниц предусматривать его надлежащую защиту в допускаемых случаях проведения исследований на эмбрионах *in vitro*. Соглашение ТРИПС в ст. 27.3 (в) предусматривает возможность для государств исключать национальными законами из области патентуемых решений растения и животных, кроме микроорганизмов, а также биологические, по существу, способы выращивания растений или животных, кроме небиологических и микробиологических способов. Возможно установление охраны сортов растений либо патентами, либо путем применения эффективной системы *sui generis*, либо любым их сочетанием.

Развитие правового регулирования применения генной инженерии происходит одновременно с активизацией процессов разработки другой ключевой технологии XXI в. – искусственного интеллекта. Соизмерима с этим и привлекательность технологий редактирования генов, которые в среднесрочной перспективе могут стать эффективным средством для лечения рака, иных смертельных болезней или наследственных заболеваний, а в долгосрочной перспективе стать инструментом развития способностей человека и даже создания генно-модифицированных сущностей («киборгов»), правосубъектность которых будет в ближайшее время одной из актуальных тем правовых исследований.

Е.Ю. Горская

**ЭТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ АНТИМОНОПОЛЬНОГО
ИММУНИТЕТА ОБЛАДАТЕЛЯ ПАТЕНТА
НА ЛЕКАРСТВЕННОЕ СРЕДСТВО
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.12

Аннотация. В статье рассматриваются этический аспект антимонопольного иммунитета обладателя исключительных прав на лекарственный препарат, а также законность установления фармацевтическими компаниями цены на лекарства по своему усмотрению. Анализируется роль государства как гаранта соблюдения баланса интересов граждан, имеющих право на доступные и эффективные лекарства, и компаний-патентообладателей как субъектов предпринимательской деятельности.

Ключевые слова: патент; исключительные права; лекарственные средства; лекарственный препарат; дженерики; антимонопольный иммунитет; фармацевтическая компания.

E.Yu. Gorskaya. Ethical aspect of anti-monopoly immunity of the patentee on a medicine. (Article)

Abstract. The article discusses the ethical aspect of the anti-monopoly immunity of the holder of exclusive rights to a drug, and also question about of legality setting the price of drugs by pharmaceutical companies. The author analyzes the role of the state as a balance-guarantor of the interests between citizens, which have the right to affordable and effective medicines, and the companies-patentee as subjects of a business.

Keywords: patent; exclusive right; medicinal product; drug; generics; anti-monopoly immunities; pharmacy company.

Патент на лекарственные средства предоставляет исключительные права его обладателю, зачастую той фармацевтической компании, чья лаборатория разработала формулу, монопольно производить и реализовывать препарат на протяжении 20-летнего срока и более. Такой длительный срок предусмотрен ГК РФ неслучайно. Это плата за ряд мероприятий от выделения действующего вещества до готовой к употреблению лекарственной формы: за работу по синтезу вещества, лабораторные эксперименты и поиск устойчивой формулы, лабораторные и клинические исследования, разработку эффективной формы и схемы лечения препаратом, регистрацию патента – весь этот процесс занимает в среднем 12 лет¹. Деятельность по выпуску на рынок нового лекарственного средства – наукоемкое и затратное дело (оценивается примерно в 1 млрд евро)². Разработка лекарственных препаратов – рисковый бизнес: около 98% разрабатываемых формул так и не выходят на фармацевтический рынок³. Так происходит, потому что некоторые побочные эффекты, аллергические реакции сложно обнаружить до стадии клинических исследований, а также оценить эффективность лечащих свойств нового препарата в сравнении с уже имеющимися на рынке препаратами. В связи с этим весьма обоснованным видится желание фармацевтических компаний вернуть денежные средства, затраченные на выпуск лекарственного препарата на рынок.

Вместе с тем возникает ряд этических проблем, сопряженных с возможностью установления обладателем исключительных прав на лекарственное средство монопольно высоких цен, что делает его недоступным для тех, чья жизнь напрямую зависит от приема данного лекарственного средства, но имущественное положение не позволяет его приобрести.

Патентование разработанных лекарственных формул возможно в следующих вариантах. Это может быть полная формула соединений с установленной структурой, а может быть и химическое соединение или группа соединений, имеющих общий существ-

¹ См.: Кабанов А. Путь к тысячам аптек начинается с одной молекулы. – 2018. – Режим доступа: <https://biomolecula.ru/articles/put-k-tysiacham-aptek-nachinaetsja-s-odnoi-molekulj> (дата обращения: 12.06.2019).

² См.: Создание лекарственных препаратов // Сайт EUPATI (Европейская академия пациентов). – Режим доступа: <https://www.eupati.eu/ru/>

³ См.: Там же.

венный структурный элемент («формула Маркуша»)¹. Во втором случае в патентной заявке фармацевтическая компания обязана указать варианты получения всех возможных соединений группы². Второй вариант позволяет патентообладателю увеличить объем своих исключительных прав в сфере фармацевтики, затрудняя возможность использования части активной формулы другими лабораториями как основы для разработки следующих поколений лекарственных препаратов или их соединений.

Такое положение закрепляет монополию за одним производителем в связи с отсутствием конкурентов на рынке, особенно если разработанное лекарство является уникальным, инновационным, с высокой степенью эффективности или единственным зарегистрированным³ на территории государства.

Примером может служить известный случай с дарапримом (единственным разрешенным в США лекарственным препаратом от токсоплазмоза). Фирма «Тьюринг Фармасеутикал» выкупила все права на лекарства и повысила цену на него в 55 раз (с 13,5 до 750 долл. за упаковку), аргументируя это тем, что только так компания сможет финансировать разработки новых препаратов. Власти США были бессильны как-либо повлиять на установление цены, признав абсолютное право компании вести ценовую политику по своему усмотрению⁴.

¹ См.: Игнатов М.Е., Серова М.А. Особенности патентной охраны химических соединений и способов их получения в Евразийском патентном ведомстве // ИС. Промышленная собственность. – М., 2018. – № 4. – С. 57–66; № 5. – С. 31–48.

² См.: Правила составления, подачи и рассмотрения евразийских заявок в Евразийском патентном ведомстве, утв. приказом ЕАПВ от 15 февраля 2008 г. № 4 (вступили в силу 1 марта 2008 г.) с изм. и доп., утв. приказом ЕАПВ от 19 декабря 2011 г. № 63, приказом ЕАПВ от 14 июня 2012 г. № 31. – Режим доступа: https://www.eapo.org/tu/documents/norm/zayavki2012_txt.html (дата обращения: 12.06.2019).

³ См.: Перечень ВОЗ основных лекарственных средств и фармакологический справочник. Национальные перечни основных лекарственных средств. – Режим доступа: https://www.who.int/selection_medicines/list/tu/ (дата обращения: 12.06.2019).

⁴ См.: Костюкевич М. Лекарство не для всех: американская компания подняла цену на жизненно важный препарат в 55 раз. – Режим доступа: <https://radiovesti.ru/brand/61178/episode/1424889/> (дата обращения: 12.06.2019).

Легальная монополия возникает на законных основаниях и на отечественном рынке лекарственных средств¹. Усугубляется все установлением с июня 2018 г. запрета или ограничения ввоза на территорию РФ лекарственных средств или лекарственных препаратов, произведенных в США и (или) иных иностранных государствах, согласно Перечню Правительства РФ (в соответствии со ст. 2 Федерального закона от 4 июня 2018 г. № 127-ФЗ «О мерах воздействия (противодействия) на недружественные действия Соединенных Штатов Америки и иных иностранных государств»). В заключении на проект данного закона было указано, что запрет или ограничение не будут распространяться на лекарственные средства и лекарственные препараты, аналоги которых не производятся в Российской Федерации и (или) иностранных государствах². Кажется, что таким образом проблема обеспеченности населения лекарственными средствами устранена. Но это не совсем так.

Лекарственные препараты должны производиться в соответствии с требованиями стандарта GMP (good manufacturing practice – качественной производственной практики). Помимо этого ВОЗ предъявляет свои требования к эквивалентности дженериков оригинальному препарату: требуется определять биоэквивалентность, фармацевтическую эквивалентность³ (полное совпадение всех наполнителей и красителей) и терапевтическую эквивалентность (доказательство аналогичного действия). Те препараты, которые прошли все стадии исследований, оказываются дорогими, те же, которые прошли только лабораторно определяемую биоэквивалентность, – очень дешевы, но имеют низкий лечебный эффект⁴.

Нужно учесть, что оригинары не заинтересованы в том, чтобы ждать, пока их права будут нарушены и будет произведено

¹ См.: Давыдов Ю.Г. Основания для распространения действия законодательства о защите конкуренции на сферу интеллектуальных прав (на примере фармацевтической отрасли) // Конкурентное право. – М., 2019. – № 1. – С. 15–18.

² См.: Заключение Комитета по охране здоровья от 10 мая 2018 г. № 54 «По проекту Федерального закона № 441399–7 «О мерах воздействия (противодействия) на недружественные действия Соединенных Штатов Америки и (или) иных иностранных государств»» // СПС Консультант Плюс.

³ См.: Александров Г.А. Взаимозаменяемость лекарственных препаратов // Прогосзаказ. РФ. – Таганрог, 2018. – № 8. – С. 30–32.

⁴ См.: Трубачева Е. Оригинальные препараты и дженерики: что нужно знать? – Режим доступа: <https://www.vidal.ru/encyclopedia/primeneniye-lekarstvennih-sredstv/originalnye-preparaty-i-generiki> (дата обращения: 12.06.2019).

вторжение в их патентную монополию. По этой причине они вполне закономерно пытаются добиться наложения на дженериковых производителей превентивного запрета на использование запатентованного лекарственного препарата¹. Не единичны скандалы вокруг дешевых китайских и индийских аналогов американских препаратов².

Законом о защите конкуренции в ст. 10 установлено, что запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом своим доминирующим положением на рынке не распространяется на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Таким образом, устанавливается антимонопольный иммунитет. Вместе с тем есть примеры успешного противодействия Федеральной антимонопольной службы (ФАС России) злоупотреблениям исключительными правами.

В апреле 2017 г. ФАС России возбудила дело по признакам нарушения ООО «Новартис Фарма» п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции³. Компания подняла цену на лекарственный препарат «Тайверб» (МНН «Лапатиниб», применяется в лечении злокачественных новообразований) со 118 до 159 тыс. руб. за одну упаковку. Рассмотрев дело, комиссия ФАС России пришла к выводу, что производитель, занимая доминирующее положение на товарном рынке лекарственного препарата на территории Российской Федерации, установил монопольно высокую цену на лекарство; компании было предписано устраниТЬ данное нарушение⁴.

ФАС России по поручению Правительства РФ проводит переговоры с фармацевтическими компаниями о снижении цен на ряд лекарственных препаратов для лечения орфанных (встречающихся не более 10 раз на 100 тыс. населения) заболеваний⁵. По

¹ См.: Ворожевич А.С. Проблемы защиты исключительных прав на фармацевтические препараты // Закон. – М., 2018. – № 7. – С. 169–188.

² USTR Releases Annual Special 301 Report on Intellectual Property Protection and Review of Notorious Markets for Piracy and Counterfeiting. – Mode of access: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/april/ustr-releases-annual-special-301> (дата обращения: 12.06.2019).

³ Ibid.

⁴ См.: ФАС России: «Новартис Фарма» установила монопольно высокую цену на препарат «Тайверб» (2018) // Официальный сайт ФАС России. – Режим доступа: <https://fas.gov.ru/news/23636> (дата обращения: 12.06.2019).

⁵ См. ч. 1 ст. 44 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации».

результатам таких переговоров ФАС удалось договориться с производителями о снижении предельной отпускной цены на четыре орфанных лекарственных препарата от 3 до 30%, что составило от 1600 до 5000 руб. за потребительскую упаковку¹. Таким образом, антимонопольная служба контролирует рынок лекарственных средств, предотвращая вопиющие случаи злоупотреблений при формировании цены на лекарства, аналогов которых в России нет, избирая для этого различные методы воздействия на фармацевтические компании как субъекты предпринимательской деятельности.

Свою роль в решении рассмотренной непростой этической проблемы могли бы сыграть и страховые компании посредством страховых выплат или предоставления лекарственных средств гражданам через льготные аптеки на основании рецептов, выписанных лечащим врачом.

Подводя итог, можем сделать вывод, что патентная система регистрации исключительных прав на лекарственные средства – это плата за возможность улучшить качество и продлить срок жизни тяжело больным людям в условиях рыночной экономики. Требования фармацевтических компаний обоснованы. Высокие цены на медицинские препараты – это компенсация за уже произведенные затраты на разработку лекарственного средства и выпуск его на рынок, а также материальная база для дальнейших лабораторных разработок.

Государство обязано принимать меры по охране интеллектуальной собственности, а также учитывать интересы фармацевтических компаний как субъектов предпринимательской деятельности, создавать режим благоприятствования, который позволит развивать науку в данном направлении, организовать рабочие места и, как следствие, обеспечить налоговые поступления в бюджет. Но государство же должно учитывать и другое приоритетное направление социальной политики – охрану здоровья граждан, право на доступное и качественное лечение, в которое также входит и обеспечение лекарственными средствами².

¹ См.: ФАС России в СМИ: Фармкомпании согласились снизить стоимость орфанных лекарств на 3–30% // Официальный сайт ФАС России. – Режим доступа: <https://fas.gov.ru/publications/18318> (дата обращения: 12.06.2019).

² См.: Шугуров М.В. ВТО: Право интеллектуальной собственности и право человека на доступ к лекарственным средствам // Право ВТО. – М., 2014. – № 2. – С. 5–12.

Е.Г. Афанасьева, М.Г. Долгих

**ЛУКАВАЯ ЦИФРА: НЕДОБРОСОВЕСТНЫЕ ПРАКТИКИ
В НАУЧНОМ ТВОРЧЕСТВЕ
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.13

Аннотация. Всегда ли математические подходы оправданы в оценке работы научных и педагогических работников? Какие риски несет в себе увлечение рейтингами цитирования? Какие нечестолюбивые приемы сейчас используются для того, чтобы отвертеться от обвинений в plagiatе, накрутить себе рейтинг научного цитирования? На эти и многие подобные вопросы ответы сможет выработать только научное сообщество в целом, реагируя на недобросовестное поведение отдельных исследователей.

Ключевые слова: авторское право; plagiat; цитирование; РИНЦ; Scopus.

E.G. Afanasieva, M.G. Dolgikh. Sly digit: Unfair practices in scientific creativity. (Article)

Abstract. Are mathematical approaches always justified in the case of evaluating the work of scientific and pedagogical workers? What risks does the quote rating carry? What unscrupulous methods are now used to get rid of charges of plagiarism, to wind yourself a scientific quotation rating? Only the scientific community as a whole will be able to work out answers to these and many similar questions, responding to the bad behavior of individual researchers.

Keywords: copyright; plagiarism; citation; Russian Science Citation Index; Scopus; Web of science.

Мы назвали эту статью «лукавая цифра», не в силах сопротивляться искушению использовать это ставшее устойчивым выражение, стольозвучное модному слову «цифровизация». И начнем, действительно, с цифровых показателей (в старом смысле), но и к цифровым (в новом смысле) тенденциям тоже перейдем. Так что тут не будет лукавства в виде подмены понятий, стоящих за словом «цифра».

Начнем с тех цифр, которые отражают даты публикации научных и учебных материалов.

В одной книге, написанной от имени мальчика, главный герой подметил, что папа всегда прибавляет ему возраст (говорит «парню почти 12 лет!»), а мама скорее убавляет («только-только исполнилось 11»). Что-то подобное, совершающееся с разной степенью недобросовестности, мы порой можем наблюдать и при издании юридической литературы.

Нередко издательства, выпуская в свет, например, учебники, год издания ставят следующий (особенно если книга выходит ближе к концу года). И смотрится это, с первого взгляда, как сейчас принято говорить, «позитивно» – как поздравление с наступающим новым годом. Зачем это искусственное омолаживание изданий? Хорошо это или плохо? Для издательства в этом есть определенные резоны – это своего рода рекламный ход, чтобы было проще продать книгу, которая смотрится как новинка.

Но у такой практики, разумеется, есть и минусы. Во-первых, возникает риск введения в заблуждение потребителя. Читатель ожидает, что учебник отражает реальность на более позднюю дату (что особенно важно для учебников по правовым дисциплинам), купил, посмотрел – а осетринка-то второй свежести...

Во-вторых, приоритет – это, конечно, термин права промышленной собственности. Но и для авторского права важен не только момент смерти автора и что он делал во время Великой Отечественной войны, но и момент обнародования произведения – как доказательство при возникновении споров о том, кто у кого списал. Поэтому фальсификация этого момента как в ту, так и в другую сторону совсем не безобидна.

Вот пример одного из свежих и нашумевших диссернетовских «кейсов». Диссертация, защищенная в 2014 г., представляет собой «сэндвич» из двух источников (из каждого по несколько

десятков страниц). Обе донорские работы датированы 2011 г.¹ Когда в 2017 г. Диссернет обнаружил некорректные заимствования и подал заявление о лишении докторанта ученой степени, публике была предъявлена книга, автором которой значился докторант, датированная 2010 г.² Если мы до этого отмечали сомнительную практику омоложения, то тут работа намеренно состаривается, чтобы убедить всех, что не реципиент списал у авторов донорских работ, но, напротив – они у него, а он из своей монографии как будто просто через четыре года сделал диссертацию.

Но вот незадача: о монографии 2010 г. не сказано в автореферате диссертации, в ней процитированы Постановление Конституционного Суда РФ 2013 г., КоАП РФ в редакции 2012 г. и данные о количестве политических партий за 2013 г. Диссернет обнаружил, что штамп Российской государственной библиотеки о поступлении экземпляра книги датирован 2017 г., в Российской книжной палате книга на 30 августа 2017 г. не зарегистрирована³.

Находчивый докторант не смутился и разъяснил, что дарил свою книгу депутатам и судьям – видимо, она им так понравилась, что они решили использовать ее в законотворчестве, а Конституционный Суд просто списал из книги часть текста своего определения. Количество же политических партий в стране через три года докторант просто так точно предугадал. Поразившись такому дару предвидения, в Диссернете окрестили автора книги пророком. Это, конечно, не единственный подобный случай. Хотя, на верное, самый заметный и смешной.

Сейчас есть ваковские журналы, которые специально резервируют старые номера, чтобы в срочном порядке опубликовать аспирантские статьи прошлым или позапрошлым годом. Понятно, зачем это нужно: человек хочет поскорее защититься, а с публикациями запоздал.

Это очень похоже и на использование заведомо подложного документа, и на мошенничество, но с точки зрения уголовного закона ни тем, ни другим не является. Хотя может давать почву не

¹ См. информацию с сайта Диссернета. – Режим доступа: <http://wiki.dissernet.org/wsave/ProkofievKG2014.html>

² См.: *Заякин А.* Ректору ректору глаз не выклюет. – Режим доступа: https://www.dissernet.org/publications/ng_prokofiev.htm

³ См.: *Пушкирев И.* Главу КГУ вызвали на заседание комиссии РАН по борьбе с псевдоучеными. – Режим доступа: https://www.dissernet.org/publications/znak_prokofiev4.htm; *Крючкова И.* Фальсификация и подлог. – Режим доступа: https://www.dissernet.org/publications/znak_prokofiev_zolus.htm

только для того, чтобы обелить настоящего плагиатора, но и для того, чтобы попытаться выставить плагиаторами, напротив, тех, у кого списали (и тогда возможно обсуждать квалификацию таких действий как клеветы).

В отношении фигуранта вышеописанного кейса появились сообщения, что электронная библиотека elibrary приостановила договор с ним, что книга исключена из РИНЦ и что его личный кабинет в РИНЦ заблокирован¹. Что это значит? Допустим, докторант-пророк сохраняет степень и даже решает защитить докторскую для закрепления успеха. Но при этом у него не будет ни одной публикации в РИНЦе. Мы видим тут, что то, чего не удается добиться, опираясь исключительно на нормативную базу, достижимо иными мерами. Во всяком случае, правовые механизмы в таких ситуациях малоэффективны без реакции профессионального сообщества, гражданского общества и современных технологий. Кстати говоря, блокчейн, видимо, в состоянии решить проблемы таких фальсификаций.

Второй недобросовестный прием, на который хотелось бы обратить внимание, – накрутки цитирования. Не секрет, что во многих научных и учебных учреждениях сейчас качество и эффективность работы преподавателей и научных сотрудников оценивается по вульгарным количественным показателям. В частности, в некоторых организациях стали обращать пристальное внимание на индексы цитирования авторов, на показатели цитируемости журналов, рост индексов цитирования становится поводом для выплаты премий, условием для продления с работником трудового договора.

Идея не нова. У братьев Стругацких в «Хромой судьбе» фигурирует ИЗПИТАЛ – измеритель писательского таланта, который на деле оказывается прибором, показывающим НКЧТ, – наивероятнейшее количество потенциальных читателей текста. Что, конечно, к писательскому таланту имеет очень непрямое отношение. Идея же индексов цитируемости была такова: важно не сколько автор опубликовал книг и статей, а востребованность его публикаций, обратили ли на них внимание в профессиональном сообществе, посчитали ли достойными того, чтобы на них сослаться. Но совершенно очевидно, что можно написать какой-нибудь вызывающий

¹ См.: Пушкин И. Спорную работу главы КГУ, которая может стоить ему ученой степени, заблокировали в РИНЦ. – Режим доступа: https://www.dissernet.org/publications/znak_prokofiev5.htm

бред, который все будут высмеивать, топтать ногами и громить, а индекс, к удовольствию автора, будет расти.

И еще. С одной стороны, цитирование – это реализация права свободно использовать объект (чаще всего – чужой текст). А с другой – теперь еще и услуга... Иногда просто дружеская: ты – мне, я – тебе. Я тебя процитировал, не забудь и ты сослаться на меня. Ты меня не процитировал – ты плохой товарищ и не оправдал моих ожиданий.

Но, оказывается, это может быть и возмездная услуга, в чем убеждают коммерческие объявления. Появилась также практика, когда журналы устанавливают требования – хотите у нас опубликоваться, сошлитесь на наши публикации. А порой статьи превращаются в страничку текста, сопровождаемую большим так называемым пристатейным списком, иногда никакого отношения не имеющим к содержанию статьи, что можно без труда видеть по названиям источников. Известен случай, когда в одном педагогическом журнале опубликовали статьи детей, которые, к примеру, рассказывали, как они посадили цветочки на окне и что из этого вышло. С биографическими списками. Выходило, что дети детсадовского возраста не только сами написали статью, но и перед этим изучили десятки публикаций своих педагогов и на них ссылаются. Происходит удивительное: статья, которая, по идеи, должна быть результатом творческой деятельности и объектом интеллектуальных прав, имитируется, становится лишь средством продвижения «пристатейного списка» и инструментом роста индекса у тех авторов, которые в него попали.

Или вот, к примеру, организация с названием «Научник» предлагает: «Повысим ваш индекс Хирша в РИНЦ – результат нашей работы Вы увидите в РИНЦ уже через две недели»¹. Но как успеть за две недели написать статью, сослаться в ней на заказчика, опубликовать ее и разместить в РИНЦ? Если действительно «Научник» обеспечивает клиентуре заявленные результаты, то это невозможно без своих людей в редколлегиях журналов.

Что это с точки зрения права? Опять-таки, не мошенничество, не подлог и даже не плагиат, в отличие от первого кейса. А как квалифицировать сделку по оказанию платных услуг по накрутке индекса Хирша? Она действительна как не нарушающая прямых

¹ См. информацию с сайта «Коллегия независимых авторов “Научник”». – Режим доступа: <http://www.hirsch.nauchnik.org/>

запретов? Или ничтожна как противная основам правопорядка или нравственности или как злоупотребление правом?

Если верно второе и сделка ничтожна, то во всяком случае исполнитель не сможет взыскать с клиента оплату. Но что-то нам подсказывает, что в большинстве случаев исполнитель и клиент абсолютно довольны друг другом и не имеют никакого желания привлекать внимание к своим взаимоотношениям.

В широком смысле это и недобросовестная конкуренция, но только узкое определение хозяйствующего субъекта в Законе о защите конкуренции дает возможность признавать таковой в лучшем случае поведение редакций журналов, но не отдельных авторов.

Современные технологии облегчили подобные манипуляции, поскольку они дают быстрый эффект – легко искать клиентуру и взаимодействовать с ней, индекс подрастает автоматически.

Но и разоблачение обладателей дутых индексов новые технологии тоже облегчили. Это опять тот случай, когда одно только право располагает очень малыми возможностями. Когда борьба с недобросовестной практикой только правовыми мерами бесполезна, она способна стать эффективной во взаимосвязи с репутационными и технологическими мерами.

И в заключение хочется отметить, что авторы, невероятно простимулированные к написанию и опубликованию научных работ, в огромном числе случаев начинают выдавать продукт с очень сомнительной научной ценностью, а многие научные журналы готовы опубликовать за плату любую ересь. Так, самыми ценными в научных кругах сейчас являются публикации в изданиях, входящих в реферативные базы Web of science и Scopus. Такие публикации украшают отчеты о деятельности научных и педагогических работников, работодатели выплачивают за такие публикации премии, исчисляемые десятками, а порой и сотнями тысяч рублей. Но есть одно но: опубликовать статью в этих изданиях может каждый, независимо от содержания, актуальности, новизны, достоверности такой публикации (как показывает практика, редакционные коллегии таких изданий достаточно неразборчивы), уплатив за возможность опубликоваться в таком солидном издании круглую сумму. Безусловно, научное сообщество может негативно реагировать на такого рода публикаций, но следует помнить, что и при критических ссылках на эти работы индексы цитирования их авторов будут расти. Так что же мы в итоге получаем в погоне за цифрой?

Е.Г. Афанасьева, Е.А. Афанасьева

**УНИВЕРСИТЕТЫ, ПРЕПОДАВАТЕЛИ, СТУДЕНТЫ
И ИХ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ
(Обзор)**

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.14

Ключевые слова: университеты; США; авторское право; патент; товарный знак; право на публичность; работник; работодатель; соглашение.

E.G. Afanasieva, E.A. Afanasieva. Universities, professors, students and their intellectual property. (Review)

Keywords: universities; USA; copyright; patent; trademark; publicity right; employee; employer; agreement.

Курт Сандерс и Майкл Лозано начинают свою статью о принадлежности интеллектуальных прав на объекты, созданные студентами, напоминанием о том, что многие великие открытия и изобретения, от периодической системы химических элементов до Интернета, родились в университетах; однако в вопросе о том, кто обладает имущественными правами на них, далеко не всегда есть ясность [2, с. 177]. В университетах интеллектуальная собственность создается преподавателями, исследователями, студентами, причем это могут быть и студенты, работающие в университете по найму, и студенты, занимающиеся собственным бизнесом, и студенты-спортсмены. У создаваемой ими интеллектуальной собственности будет неодинаковый правовой режим.

В США по общему правилу авторское право с момента признания работе ощутимой формы (*tangible medium of expression*) признается за автором. Исключение устанавливает доктрина работы по найму (*work made for hire*), согласно которой, напротив,

имущественные права могут признаваться за нанимателем. Подобное может произойти и в отношении интеллектуальной собственности, созданной независимым контрагентом, если с ним был заключен письменный договор и выполняемая по этому договору работа подпадает под одну из категорий, названных в законе (участие в коллективной работе, создание мультфильма или иного аудиовизуального произведения, перевод, создание производного произведения, компиляция, инструкция, тест, ответы к тесту, атлас). При этом надо различать передачу авторства и копирайта. Например, университет может приобрести статус автора в случае, когда автор – его работник, т.е. получает зарплату, облагаемую налогами, пользуется бонусами. В сложных случаях разграничение работников и неработников осуществляется исходя из критериев, сформулированных судебной практикой, в частности критерия контроля.

Проблемы могут возникнуть с приглашенными преподавателями, которые в большинстве случаев рассматриваются как независимые контрагенты (они не получают регулярного заработка и бонусов). В таком случае принадлежность права будет определяться исходя из критерия контроля. Важна, кроме того, природа и цель создаваемых учебных материалов (использование для студентов университета). Если университет хочет, чтобы ему принадлежали права на материалы курсов, которые ведут приглашенные преподаватели, надежнее заключать письменные договоры и в них прямо предусматривать, что интересующие учебные материалы создаются в ходе выполнения работы по найму.

Что касается патентных прав, то по общему правилу патентные права на изобретение, созданное при выполнении работы по найму, должен получить работник. Если при этом использовались ресурсы работодателя, то по доктрине *«shop right»* работодатель получает неисключительное право безвозмездно использовать изобретение в собственной деятельности, и для этого не требуется заключения лицензионного соглашения. Вместе с тем если работник был специально нанят для решения какой-либо проблемы в форме изобретения, доктрина *«найма для изобретения»* (*«hired-to-invent»*) устанавливает обязанность работника передать патентные права работодателю [2, с. 183–184]. Модели распределения патентных прав при получении университетами федерального финансирования исследований основываются на законе Бэя – Доула (*Bayh – Dole act*), который дает университетам возможность патентовать изобретения, созданные с помощью федерального финансирования, коммерциализировать их путем заключения договоров

исключительной лицензии с частными лицами и обязывает их делить получаемые на основе таких договоров роялти с изобретателями. Многие университеты разработали в соответствии с этим законом свои правила, согласие с которыми должно подтверждаться при подаче заявки на грант.

Однако студенческая интеллектуальная собственность – это специальный случай. Причем ситуации могут быть различными. Например, в ходе освоения каких-либо учебных курсов студенты пишут эссе или компьютерные программы. Студенты могут привлекаться факультетом к исследовательской деятельности, выступать соавторами своих преподавателей; могут заниматься самостоятельными разработками. Все большее распространение в последнее время получает поддержка университетами на конкурсной основе студенческих бизнес-проектов, например связанных с разработкой и коммерциализацией мобильных приложений. Одни студенты оплачивают свою учебу, а другие – нет; некоторые студенты совмещают учебу с работой на факультете по найму. Университеты могут избежать правовой неопределенности, если будут подписывать с каждым студентом соглашение и в нем указывать, какие объекты авторских и патентных прав будут принадлежать университету, а какие – студентам [1, с. 656].

В отсутствие такого соглашения должны будут применяться общие правовые нормы. Например, если студент не является наемным работником университета, к нему не может быть применена ни доктрина работы по найму, чтобы обосновать принадлежность университету авторских прав, ни доктрина найма для изобретения для обоснования принадлежности университету патентных прав. И тогда для того чтобы интеллектуальные права перешли к университету, необходим письменный договор.

Задача университетов – в стимулировании и поддержке студенческого творчества и изобретательства. Многие университеты оказывают студентам помощь и получают за это долю в проекте. Хорошо, считает Джон Гарон [1], если университеты будут разрабатывать правила, в которых будут охарактеризованы меры поддержки, которые они могут оказать, и доли в праве, которые они взамен получат. В этих правилах могут содержаться условия о том, что если работа финансируется из федеральных грантов или является частью университетского исследования, интеллектуальная собственность не будет принадлежать студенту.

В ряде университетов магистрантов, привлекаемых к исследованиям и преподаванию, приравнивают к работникам, в частно-

сти, в праве объединяться в профсоюзы. И тут, считает Дж. Гарон, можно было бы повысить правовую определенность путем подписания с такими студентами договоров. Проблемы могут возникнуть из-за столкновений «внутренних» и «внешних» соглашений (если, например, студент поступил в магистратуру, уже являясь работником какой-либо организации и подписав с ней контракт о распределении интеллектуальных прав в ее пользу).

Отдельная сложность со студентами-спортсменами. Условием сохранения любительского статуса для них является соблюдение установленных Национальной ассоциацией студенческого спорта запретов на принятие оплаты за участие в спортивной деятельности и на использование их имени и облика в рекламе товаров. Таким образом, получается, что эти правила ограничивают право студентов-спортсменов на публичность (речь идет о сравнительно недавно признанном в качестве интеллектуальной собственности в ряде американских штатов праве человека контролировать коммерческое использование элементов его индивидуальности). Получается, что правила Ассоциации позволяют коммерциализировать элементы индивидуальности студентов-спортсменов их университетам, а не им самим [1, с. 663].

Интересно, что, опираясь на судебную практику, не признающую авторские права спортсменов на спортивные зрелища и распространяющую защиту Первой поправки на видеоигры, Дж. Гарон делает вывод, что использование образа студента-спортсмена в видеоигре не потребует лицензионного соглашения (подобно тому, как не потребуется это для биографического фильма). Вместе с тем есть и противоположная судебная практика. Суды двух округов США (решения 2010 и 2013 гг. по делам *Hart vs Electronic Arts, Inc.* и *O'Bannon vs National Collegiate Athletic Ass'n*) расценили как правомерное только «использование с переработкой», а в иных случаях сочли обязательным получение лицензии [1, с. 666]. В этих решениях, считает Дж. Гарон, важно признание судами, что студенты-спортсмены сохраняют свои интеллектуальные права, что само по себе поступление в университет и занятия спортом в статусе спортсмена-студента не означает автоматическую передачу этих прав университету [1, с. 667]. К. Сандерс и М. Лозано приводят примеры двух решений Апелляционного суда девятого округа 2013 и 2015 гг., которые признали за студентами-спортсменами право на компенсацию за использование их имени и облика в коммерческих целях (*In re NCAA Student-Athlete Name & Likeness Licensing Litig.* и *Lightbourne vs Printroom, Inc.*) [2, с. 193].

Среди университетской интеллектуальной собственности не последнее место занимают товарные знаки, в качестве которых могут охраняться имена, эмблемы, талисманы, печати, гимны, девизы, цвета. Университеты, по наблюдению Дж. Гарона, ревностно охраняют свои товарные знаки. Автор приводит пример, как университет штата Айдахо в Бойсе получил монополию на синий цвет в отношении футбольного поля и начал требовать от других организаций, желающих оформить футбольное поле в синем цвете, заключения лицензионных договоров. Более того, он пытался предъявлять аналогичные требования в случаях использования иных, кроме зеленого, цветов в отношении футбольного поля [1, с. 667–668], что выглядело уже совсем анекдотически.

Дж. Гарон перечисляет случаи свободного использования чужих товарных знаков по американскому праву, например, для описания своих товаров и в пародийных целях [1, с. 669–670] и приводит примеры, когда студенты и выпускники создают собственные обозначения с отсылкой к символике университета. Например, спортивный напиток, изобретенный во флоридском университете для того, чтобы футболисты, играя на жаре, поддерживали водно-солевой баланс, был назван «*Gatorade*» с намеком на талисман университета – аллигатора, что едва ли могло быть признано нарушением права на товарный знак, поскольку изобразительный компонент талисмана не использовался, а отсылка явно демонстрировала уважение и благодарность за поддержку. Напротив, в деле *Baylor Univ. vs Int'l Star, Inc.* самовольная регистрация выпускником доменного имени *baylorbears.com* для сайта выпускников была признана неправомерным использованием названия и талисмана университета и нарушением права на товарные знаки с точки зрения как правила о вероятности смешения, так и правила о размывании [1, с. 671]. Автор добавляет, что ответчик нарушил Закон о защите потребителей от киберсквоттерства (*Anticybersquatting consumer protection act* – «*ACPA*»), который направлен на противодействие несанкционированной регистрации и использованию доменного имени, идентичного или схожего до степени смешения с чужим товарным знаком или размывающим знаменитый знак, если регистрация была осуществлена с недобросовестным намерением получить от этого выгоду. Правда, в случае с сайтом выпускников ситуации могут быть разные: как недобросовестное желание получить выгоду, так и стремление проявить привязанность к своей *alma mater*. И на этот счет также университетам было бы полезно разработать правила, которые создавали

бы определенность. Особенно это важно для студентов, стартапы которых пользовались поддержкой университета и для реализации которых с согласия университета были зарегистрированы доменные имена, включающие университетские бренды. Если студенты окончили университет, а их бизнес продолжается, они будут заинтересованы в дальнейшем использовании этих доменных имен.

К. Сандерс и М. Лозано приводят примеры принятых в различных университетах США правил об интеллектуальной собственности, созданной студентами. Например, по правилам университета штата Канзас права на результаты интеллектуальной деятельности, полученные студентами в соавторстве с сотрудниками университета, принадлежат университету. Многие университеты устанавливают в своих правилах, что студенты должны передать университету имущественные права на объекты, созданные со «значительным использованием» университетских ресурсов. Авторы приводят развернутые формулировки определений «значительного использования», содержащихся в некоторых правилах [2, с. 199–201]. Напротив, интеллектуальная собственность, созданная студентами в ходе занятий, принадлежит им, а не университету; правда, некоторые университеты оговаривают для себя право использовать такие работы для образовательных целей. Исключение установлено в некоторых университетах для компьютерных программ и баз данных, написанных / составленных с утилитарными целями, – права на них закрепляются за университетами, даже если они создавались в ходе занятий. Еще одна общая черта для большинства изученных университетских правил – то, что они дают больше имущественных прав авторам, чем изобретателям [2, с. 204–205]. Правила различаются в части формул, по которым прибыль от коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности распределяется между университетами и авторами / изобретателями. Университеты обычно удерживают свои расходы на коммерциализацию и защиту интеллектуальных прав, а затем часть из них делит прибыль со студентами поровну, другие направляют авторам / изобретателям меньшую долю, например только 15%; в третьих формула распределения зависит от суммы дохода и т.д. Различаются и требования о раскрытии сведений о созданных объектах интеллектуальной собственности (например, в части дифференциации по субъектам и обстоятельствам создания). По наблюдениям авторов, частные и более престижные публичные университеты претендуют на большую долю в прибыли от коммерциализации интеллектуальной собственности, созданной сту-

дентами, и устанавливают более строгие требования в отношении раскрытия информации о появлении таких объектов [2, с. 206–209].

Авторы обеих статей поднимают вопрос о юридическом значении университетских правил в отношении интеллектуальной собственности. С одной стороны, в настоящее время получает развитие концепция договорных отношений студентов с университетами. С другой стороны, то обстоятельство, что университеты могут в одностороннем порядке менять свои правила, совершенно не характерно для договоров [1, с. 659]. Если все-таки исходить из договорной модели, то такой договор будет являться договором присоединения со всеми вытекающими из этой квалификации последствиями (нельзя будет принудить к исполнению по такому договору сторону, которая вступила в него под давлением другой стороны, обладавшей большими переговорными возможностями, и не могла или почти не могла участвовать в формировании условий договора). Наконец, далеко не все студенты, поступая в университет, вообще читают правила, размещенные на университетских сайтах или включенные в памятки [2, с. 210–211]. Тем не менее авторы считают важным шагом разработку университетских правил об интеллектуальной собственности студентов и информирование студентов об их содержании [1, с. 660, 673; 2, с. 232].

Правила должны презумировать принадлежность интеллектуальных прав студентам. Эта презумпция опровергается, если студент является по отношению к университету наемным работником (в функции которого входит создание интеллектуальной собственности) или получил внешнее финансирование или поддержку. Использованию университетских ресурсов тоже следует придавать значение, но при этом необходимо ясно определять, когда такое использование будет считаться достаточно существенным, чтобы решить вопрос о принадлежности интеллектуальных прав на полученный результат в пользу университета. Правила должны отвечать разумным ожиданиям студентов и поощрять их творчество, исследования и экспериментаторство [2, с. 232].

Список литературы

1. *Garon J.M.* Ownership of university intellectual property // Cardozo arts & entertainment. – N.Y., 2018. – Vol. 36, N 3. – P. 636–673.
2. *Saunders K.M., Lozano M.A.* More than an academic question: Defining student ownership of intellectual property rights // Fordham intellectual property, media and entertainment law journal. – N.Y., 2018. – Vol. 28, N 2, art. 1. – P. 175–232.

А.А. Руденкова

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ
ФОТОГРАФИЧЕСКИХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ
И ИНТЕРНЕТ-МЕМОВ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ**
(Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.15

Аннотация. Автором поднимается проблема разграничения понятий «иллюстрирование» и «цитирование» фотографических произведений. В статье рассматривается также влияние информационных технологий на охрану и защиту интернет-мемов.

Ключевые слова: фотографическое произведение; интеллектуальная собственность; цитирование и иллюстрирование; информационные технологии; Интернет, интернет-мемы.

A.A. Rudenkova. Legal regulation of using photographic works and internet memes in the modern world. (Article)

Abstract. Author raises the problem of distinction the concepts of illustrating and citation photographic works. In the article the impact of information technology on the protection and security of internet memes is viewed.

Keywords: photographic work; intellectual property; citation and illustration; information technology; the Internet; Internet memes.

С развитием информационных технологий, в частности сети Интернет, количество нарушений авторских прав фотографов значительно возросло. Это связано с тем, что Глобальная сеть способствует незаконному использованию и распространению фотографий. Однако осуществлять контроль за такими действиями практически невозможно, так как Всемирная паутина пока недостаточно регулируется государством. Для привлечения аудитории создатели рекламы, различных сайтов и блогов используют результаты творческой деятельности как средство достижения своих

целей. Зачастую это происходит неправомерно, например без согласия автора фотографического произведения. Использование таких произведений по общему правилу допустимо только после получения разрешения правообладателя; вместе с тем в законодательстве предусматриваются случаи безвозмездного использования результатов интеллектуальной деятельности без получения разрешения правообладателя в рамках цитирования. В п. 1 ст. 1274 ГК РФ законодатель допускает свободное использование произведений, если они цитируются для научных, полемических, критических, информационных, учебных целей, а также в целях раскрытия творческого замысла автора правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования. Конституционный Суд РФ придает институту свободного использования произведений социальный характер, указывая, что развитие такого института «свидетельствует о стремлении законодателя уравновесить интересы авторов (и иных правообладателей) с интересами пользователей в соответствии с требованиями Конституции РФ о необходимости обеспечения в том числе возможностей формирования гармонично развитой личности»¹.

В последнее время между судами наблюдаются противоречия во мнениях о возможности цитирования фотографий: в одних решениях дается положительный², а в других отрицательный ответ³. Дискуссии о возможности цитирования фотографических

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 2 июля 2015 г. № 1539-О «По запросу Суда по интеллектуальным правам о проверке конституционности части 7 статьи 7 Федерального закона от 12 марта 2014 года № 35-ФЗ “О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации” и пункта 1 статьи 4 Гражданского кодекса Российской Федерации».

² См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 6 марта 2018 г. № 305-ЭС16-18302; определение Верховного Суда РФ от 5 декабря 2003 г. № 78-Г03-77 в отношении произведений изобразительного искусства; определения Московского городского суда от 24 января 2012 г. по делу № 33-1800 и ВАС РФ от 29 января 2013 г. № ВАС-18472/12 по делу № А40-16149/12-26-133 в отношении фотографий; постановления ФАС Московского округа от 28 февраля 2011 г. № КГ-А40/862-11 и Девятого арбитражного апелляционного суда от 28 апреля 2011 г. № 09 АП-3376/2011 в отношении аудиовизуальных произведений.

³ См.: Постановления Суда по интеллектуальным правам от 25 апреля 2016 г. по делу № А40-142309/2015 и от 1 августа 2016 г. по делу № А40-122618/2015; постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 28 декабря 2015 г. № А46-9716/2015.

произведений ведутся не только в Российской Федерации, но и в зарубежных правопорядках. Во Франции и Германии, как и в нашей стране, нет прямого законодательного указания на возможность цитирования фотографий, поэтому предусмотрено, что оно может осуществляться при соблюдении общих условий цитирования. Стоит отметить, что ГК РФ, как и Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений, не содержит ограничений по цитированию каких-либо объектов интеллектуальной собственности, в том числе фотографических произведений. Так, в одном из решений Суда Европейского союза (дело *Eva-Maria Painer vs Standard Verlags GmbH and others* (CJEU-C/145/10))¹ было установлено, что фотография может быть объектом цитирования. В решении от 25 апреля 2017 г. высшая судебная инстанция Российской Федерации установила, что «толкование нормы о цитировании ограничительным способом, которое заключается в том, что правила цитирования распространяются исключительно на литературные произведения, не соответствует положениям ГК РФ»². Однако в отношении фотографий как объектов авторских прав существует проблема смешения понятий «цитирование» и «иллюстрирование». Судебной практике известны случаи, когда один суд выносил кардинально разные решения по данному вопросу.

Под цитированием фотографии подразумевается не просто использование изображения для своей выгоды, а размещение произведения в целях наиболее полного донесения какой-либо информации. Например, автор пишет статью о провокационном снимке; в таком случае одного лишь текстового материала читателю будет недостаточно. Цитирование может быть признано законным только при возможности доказывания некоммерческих целей размещения фотографии и оправданности объема такого цитирования. Стоит согласиться с мнением кандидата юридических наук Н.В. Щербак, которая пишет, что цитата должна быть меньше основного текста и не «сливаться с основным текстом»³, также цити-

¹ Case C-145/10 *Eva-Maria Painer vs Standard Verlags GmbH and others*. Judgment of the Court (Third Chamber) of 1 December 2011. – Mode of access: <http://eur-lex.europa.eu/>

² Определение Верховного Суда РФ от 25 апреля 2017 г. № 305-ЭС16-18302 по делу № А40-142345/2015. – Режим доступа: <https://sudact.ru/vsrf/doc/1HZK89dRk31C/>

³ Щербак Н.В. Пределы авторского права и смежных прав // Законодательство. – М., 2011. – № 8. – Режим доступа: <https://base.garant.ru/58106080/>

рование не должно являться основным содержанием творческого произведения. Границы цитирования фотографических произведений намного сложнее определить, нежели границы цитирования текста. Так, в США приемлемым объемом цитирования считается не более 5% всего цитируемого текста, а в Великобритании правомерно цитировать не более 800 слов в одном произведении¹. Еще одним фактором, влияющим на правомерность цитирования фотографии, является общественная доступность фотографии на законных основаниях². Не является нарушением авторских прав использование фотографических произведений в образовательных целях, например для презентаций к семинару в университете, вебинару. При этом лицу, использующему изображение, не обязательно получать согласие или заключать договор с правообладателем, так как факта указания автора фотографии и источника ее получения более чем достаточно.

Глоссарий Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) толкует цитату как «сравнительно короткий отрывок, цитируемый из другого произведения, чтобы доказать или сделать более понятным утверждение самого автора либо сослаться на взгляды другого автора в подлинной формулировке»³. Получается, что цитированием является указание на чужое мнение или ссылка на данные какого-то произведения, которые используются для подтверждения или иллюстрации собственных взглядов или же в полемических целях.

Согласно постановлению Шестого арбитражного апелляционного суда от 20 мая 2016 г., «цитированием является включение в свое произведение чужого произведения (его части). Поскольку фотография может быть включена в другое произведение, в том числе и в текстовое, становясь при этом неотъемлемой его частью, то такое включение может быть признано цитированием»⁴, при условии соблюдения всех необходимых правил. В одном из решений Верховного Суда РФ можно проследить схожую точку

¹ См.: Панкев И.А. Авторское право для журналистов. – М., 2012. – С. 234.

² См.: Шувалова М. Цитирование фотографий: возможно ли это? – Режим доступа: <http://www.garant.ru/article/1109089/>

³ Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС). – Женева, 1981.

⁴ См.: Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 20 мая 2016 г. № 06 АП-1752/2016 по делу № А73-16053/2014. – Режим доступа: <https://sudact.ru/arbitral/doc/FsG0uv8WdLbT/>

зрения¹. Такой же позиции по затронутому вопросу придерживается и Верховный суд Германии, рассматривая цитирование как средство и источник обогащения науки и искусства, а также как метод обеспечения конституционных прав на мировоззрение, искусство, мнение, информацию, прессу и науку. Таким образом, в немецком праве цитирование понимается как заимствование фотографического произведения или его части для обоснования или поддерживания собственной аргументации.

Однако СИП имеет свою точку зрения по данному вопросу, при этом он ссылается на Толковый словарь В.И. Даля, который был создан еще в XIX в. Согласно данному источнику, «цитировать» – значит «приводить чьи-либо слова, делать выписку словно». Таким образом, суд проводит различие между терминами «цитирование» и «иллюстрирование». По мнению СИП, цитированием является «дословное повторение какой-либо части именно текста, а не иной графической формы (фото или видеоизображения)». Однако такая позиция не совсем согласуется со ст. 29 Конституции РФ, так как признание возможности цитирования исключительно текста означало бы ограничение на распространение мнения, выраженного не в словесной, а любой другой форме. Также такое толкование противоречит и позиции ЕСПЧ, согласно которой свобода выражения мнений охватывает все возможные способы распространения взглядов и идей, в том числе посредством фотоискусства².

Под иллюстрированием СИП, в свою очередь, понимает «дополнительный материал, усиливающий восприятие читателя, однако его отсутствие не оказывается в целом на информационной составляющей произведения, в то время как цитата является его неотъемлемой частью, т.е. не может быть изъята из такого произведения без значительного причинения ему ущерба и искажения смысла» (постановление СИП от 26 августа 2015 г.). В другом определении СИП поясняется, что понятие «иллюстрация» используется в значении пояснения, наглядного примера³. Однако

¹ См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 5 декабря 2003 г. № 78-Г03-77.

² См.: Постановление ЕСПЧ по делу «Ньюс Ферлагс ГмбХ унд Ко. KG против Австрии» (News Verlags GmbH and Co. KG vs Austria). – Режим доступа: <http://docs.pravo.ru/document/view/19381613/17526908/>

³ См.: Определение Суда по интеллектуальным правам от 12 февраля 2015 г. № С01-113/2013 по делу № А76-13283/2012 «О приостановлении производства по делу».

иллюстрация не может быть простой демонстрацией какого-либо произведения для обучения, она также должна быть связана с остальной частью произведения, т.е. «включена» в него. Если опять же обратиться к Толковому словарю В.И. Даля, на который СИП ссыпался при толковании цитирования фотографических произведений, «иллюстрировать» – «или иллюстрировать издание, книгу, франц. украшать большим числом картин»¹. Из данного определения не совсем понятно, относится ли данное понятие к фотографическим произведениям вообще.

Однако в некоторых своих решениях суды не разделяют понятия «иллюстрирование» и «цитирование». Например, в постановлении от 11 апреля 2016 г. СИП указывает, что «цитирование производится для иллюстрации, подтверждения или опровержения высказываний автора. При этом под цитированием понимается включение одного или нескольких отрывков из произведений одного автора в произведение другого автора». Верховный Суд РФ в одном из своих решений также не проводит различия между затронутыми понятиями, указывая, что «цитирование производится для иллюстрации, подтверждения или опровержения высказываний автора, допустимо в указанных в Законе целях (научных, критических, информационных целях и в обзорах печати), только из обнародованных произведений и в объеме, оправданном целью цитирования»².

В результате складывающейся практической деятельности российских и зарубежных судов можно попытаться выделить *основные критерии цитирования фотографических произведений*:

- 1) обязательно указание на имя автора цитируемого фотографического произведения, а также источник его заимствования;
- 2) цитирование фотографии может осуществляться только в научных, исследовательских, полемических, критических или информационных целях;
- 3) фотографическое произведение, которое является объектом цитирования, должно быть правомерно обнародованным;

¹ «Иллюстрировать или иллюстрировать издание, книгу, франц. украшать большим числом картин, особ. резанных на дереве. Иллюстрированное издание. Иллюстрация ж. дейстv. по знач. глаг.» – Режим доступа: <https://gufo.me/dict/dal/иллюстрировать>

² См.: Определение Верховного Суда РФ от 6 марта 2017 г. № 305-ЭС16-18302 по делу № А40-142345/2015.

4) объем цитирования не должен преобладать над объемом основного текста, иначе говоря, объем цитирования должен быть оправдан целью цитирования;

5) цитируемое фотографическое произведение должно быть использовано в точном оригинале. Однако в Германии допускается изменение размера фотографии по согласованию с правообладателем.

Исходя из обозначенных критериев, можно сделать *вывод* о том, что средства массовой информации весьма ограничены в использовании фотографических произведений в процессе создания каких-либо информационных статей. Именно поэтому для СМИ так важно согласие правообладателя, так как только он может определить объем, способы и порядок использования фотографического произведения.

В XXI в. споры о правомерности цитирования и иллюстрирования стали возникать как в реальном пространстве, так и в виртуальном. В современном мире развитых технологий роботизация и автоматизация проникли не только в промышленность, но и в юридическую сферу, при этом успешных примеров внедрения искусственного интеллекта в юриспруденцию с каждым годом все больше. Чат-боты помогают людям из любой точки земного шара в режиме *online* составлять правовые документы, предварительно проводя полный системный анализ существующего законодательства и судебной практики по поставленному вопросу. Наиболее популярны *Docubot*, *LawBot*, *RentersUnion*, *Legalibot*, *Lexi*, а одним из российских проектов является бот *Telegram-AutoLawyerBot*, который имеет возможность вести переговоры со страховой компанией, а также бесплатно оказывает правовую помощь, оспаривая справедливость штрафов за неправильную парковку.

Возможно, что внедрение искусственного разума помогло бы предотвратить многочисленные нарушения авторских прав на фотографическое произведение. В октябре 2016 г. роботом-юристом был выявлен алгоритм, который с вероятностью 79% угадывал решения Страсбургского суда¹. Интернет-бот, определяющий правомерность использования фотографии посредством обнаружения истинного правообладателя и источника заимствования, значительно облегчил бы работу российских судов.

¹ См.: Гаспарян Н. Сможет ли искусственный интеллект заменить адвоката? – Режим доступа: <https://fparf.ru/polemic/opinions/smozhet-li-iskusstvennyy-intellekt-zamenit-advokata/>

Помимо фотографий под охраной авторского права находятся и популярные в социальных сетях **интернет-мемы**. Термин «мем» впервые был использован в естественно-научной доктрине Ричарда Докинза¹. В средствах массовой информации и бытовой лексике интернет-мемом (англ. *Internet meme*) называют информацию, фразу или изображение, зачастую не имеющее особого смысла, которое спонтанно приобрело популярность в интернет-среде посредством распространения в Интернете всеми возможными способами. Правила использования интернет-мемов в Российской Федерации и западных странах установлены примерно одинаковые. По мнению редактора англоязычного сайта *Know Your Meme* (дословно – «кузнай о своем меме») Брэда Кима, требования соблюдения авторских прав в отношении мемов вызывают непонимание интернет-аудитории, так как «сама культура мема появилась из абсолютного игнорирования копирайта»². Таким образом, ограничения использования мемов только провоцируют дополнительный интерес пользователей к изображению, замечает Б. Ким. Очень редко мемы представляют собой самостоятельное произведение, чаще они создаются на базе уже существующих объектов авторских прав. Мемы не являются самостоятельным объектом интеллектуальных прав, но могут получить правовую охрану как товарные знаки.

Однако по всему миру интернет-пользователи опасаются ограничения их свободы на самовыражение, так как новые законы Европейского союза могут привести к запрету на подобный оригинальный контент. Попробуем разобраться почему. Совсем недавно Европейский парламент утвердил новые правила защиты авторских прав в Глобальной сети, в одной из статей которых предполагается установление в Интернете фильтров, не допускающих публикацию пользователями чужого контента, находящегося под защитой авторского права. Предполагается, что робот будет распознавать нарушения, определяя их принадлежность к защищенной копирайтом продукции, и затем блокировать. Под такой фильтр могут попасть, например, кадры из фильмов, сериалов, телепередач и стоковые фотографии, из которых чаще всего и создаются мемы.

¹ См.: Докинз Р. Эгоистичный ген. – М.: АСТ: CORPUS, 2013.

² +100500 к копирайту: кто владеет правами на мемы. – Режим доступа: <https://pravo.ru/story/view/134865/>

Но искусственный интеллект не всегда правильно распознает нарушения авторских прав.

Например, на известном видеохостинговом сайте YouTube было удалено видео кулинарного блогера Даниеля Юнедо, который разместил ролик с фоновой музыкой пения птиц. Робот распознал звуковой файл, защищенный копирайтом, в котором также присутствовало пение птиц, и заблокировал кулинарный ролик. Лишь после многочисленных жалоб и возмущений общественности YouTube восстановил видео.

Одно из первых громких дел в сфере авторских прав на интернет-мем было рассмотрено в США. Хозяйка популярной в социальных сетях «сердитой кошки» (Grumpy Cat) смогла отсудить у производителя напитков более \$710 000 в рамках спора об интеллектуальных правах¹, так как производитель выпускал продукты с изображением мема, которые не были оговорены в договоре.

В нашей стране также имеются примеры судебной защиты интеллектуальной собственности на мемы. Например, в 2018 г. Арбитражный суд Москвы взыскал с российской телекоммуникационной компании «Мегафон» 8,6 млн руб. за незаконное использование бренда «Ждун»² на своем сайте без получения согласия правообладателя. Из-за возрастающей популярности персонажа в 2017 г. автор-художница заключила лицензионный договор с ООО «Си Ди Лэнд контакт», согласно которому компания теперь является в отношении произведения изобразительного искусства «Ждун» исключительным лицензиатом и может самостоятельно бороться с нарушителями. На данный момент «Ждун» является одним из самых узнаваемых мемов во всей сети Интернет.

Стоит отметить, что вероятность того, что столь популярные и вирусно размножающиеся мемы резко исчезнут после применения закона, очень мала. Возможно, пользователи социальных сетей станут опасаться нарушения авторских прав, что приведет к постепенному снижению числа интернет-мемов. Однако вряд ли именно право выступит определяющим фактором конца эпохи развлекательного контента в подобной форме.

¹ Суд впервые защитил авторские права на интернет-мем. – Режим доступа: <https://pravo.ru/news/view/147454/>

² «Ждуном» называют творение голландской художницы, представляющее собой скульптуру с головой морского слона, телом личинки и руками пожилого человека, которое сидит на стуле в комнате ожидания.

Подводя итог, стоит сказать, что рассмотренная судебная практика позволяет сделать вывод о том, что в современном праве Российской Федерации отсутствует четкое разграничение понимания понятий «цитирование» и «иллюстрирование» фотографических произведений. Суды придерживаются разных точек зрения относительно смешения и разделения данных понятий, поэтому иногда даже один суд выносит противоречивые решения по схожим делам. Интернетизация общества усугубляет проблему неправомерного цитирования фотографий, поэтому внедрение искусственного интеллекта в данную сферу во многом поспособствовало бы пресечению многочисленных нарушений.

В социальных сетях активно используются интернет-мемы, которые также находятся под охраной и защитой авторских прав. Однако в использовании такого оригинального контента не всегда прослеживается правомерность, остается надеяться, что законы Европейского союза смогут помочь в решении данной проблемы.

Е.М. Жулин

**ПОЧЕМУ ЮРИСТЫ
НЕ ЛЮБЯТ КОМПЬЮТЕРНЫЕ ИГРЫ?**
(Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.16

Аннотация. Статья посвящена компьютерным играм и необходимости их подробного правового регулирования. В статье рассматриваются подходы к правовому определению компьютерной игры, их монетизации, определению круга авторов компьютерной игры, регулированию отдельных элементов игры и внутриигровых услуг.

Ключевые слова: игра; компьютерная игра; персонаж; виртуальная культура; внутриигровые услуги; мультимедийный продукт; сложный объект.

E.M. Zhulin. Why don't lawyers like computer games? (Article)

Abstract. The article is devoted to computer games and the need for their detailed legal regulation. The article deals with approaches to the legal definition of a computer game, their monetization, determination of the circle of authors of a computer game, regulation of individual elements of the game and in-game services.

Keywords: game; computer game; character; virtual culture; in-game services; multimedia product; complex object.

Что наша жизнь – игра!
Модест Чайковский

Если надеть наушники и включить любой подкаст любого разработчика игр начала этого века, станет ясно, что раньше в рос-

сийской игровой индустрии все строилось на обещаниях¹. Не было принято составлять договоры и учитывать риски, разрешать конфликты в судах и взыскивать упущенную выгоду. Достаточно было лишь встретиться, обговорить концепт, пожать руки – и игра уже в разработке, студия принимает предзаказы. Но вдруг мир стал меняться, видеоигры расплодились повсюду и стали любимым занятием у многих людей. В США 99% мальчиков и 94% девочек регулярно играют в видеоигры. Из них 97% тратят на это не менее часа в день. Капитализация игровой индустрии в 2015 г. превысила 25 млрд долл. в год, а к 2020 г. достигнет 128 млрд долл.² Более того, игры благодаря нынешней всеохватывающей геймификации выходят за рамки развлечения. Например, «*Re-misson*» – игра, в которой надо управлять нанороботом внутри человеческого тела и уничтожать раковые клетки. Больные раком дети, играя в эту игру, больше узнают о своей болезни, побочных эффектах лечения. Согласно исследованиям, у игроков (а их уже более 200 тыс.) в «*Re-misson*» действительно усиливается вера в свое выздоровление³.

И между двумя точками – от кубиковидных 2d-аркад до проектов, воссоздающих целые миры, как «Ведьмак», – прошло всего 10–12 лет. Конечно, все растерялись и не стали прорабатывать правовое регулирование компьютерных игр. Но это нужно: теперь индустрия сравнима с любой другой, вплоть до кино: на 2017 г. общая выручка от игры *Grand Theft Auto 5* превысила 6 млрд долл., в то время как самый кассовый фильм «Аватар» на конец 2017 г. имел выручку 2,7 млрд долл.⁴ Что же, проблема ясна, осталось понять, как видит ее право сейчас и что нужно делать.

Прежде чем говорить о компьютерных играх, стоит кратко остановиться на понятии игры. Искусствовед Р. Коллингвуд

¹ См., напр.: Подкаст «Как делают игры». – 2017. – Вып. 187. – Режим доступа: <https://kdicast.com/e/187-yuridicheskaya-konsultatsiya/>

² См.: Серьезные забавы: Почему видеоигры становятся популярнее кино. – Режим доступа: <https://www.forbes.ru/tehnologii/357631-sereznye-zabavy-pochemu-videoigry-stanovyatsya-populyarnee-kino>

³ См.: «Re-Mission» game. – Mode of access: <https://en.wikipedia.org/wiki/Re-Mission>

⁴ См.: Red Dead Redemption 2 заняла в истории индустрии развлечений второе место по кассовым сборам за первые три дня продаж. – Режим доступа: <http://gadgets-news.ru/red-dead-redemption-2/>

рассматривал игру как часть развлекательного искусства¹. Он считал, что главное отличие игры от всего остального – она не определяема через другие понятия, первична и призывает осмысливать саму себя (чем-то напоминает принцип «здесь и сейчас»). Й. Хейзинга в работе «*Homo Ludens*» занимался определением игры: свободная деятельность, которая осознается как «невзаправду» и вне повседневной жизни, однако в момент игры она целиком овладевает играющим, не преследует при этом никакого прямого материального интереса, не ищет пользы, имеет ограниченное пространство и время и маскируется². Идея его работы: не игра – часть человеческой культуры, а культура – часть игры. Играю занимался и другой известный философ Бернард Сьютс, но целью его работы уже было выделить обязательные признаки игры:

- цель;
- набор правил и ограничений, дающий возможность взаимодействия;
- игровое отношение – добровольное следование правилам, потому что игроки относятся к игре как к чему-то имеющему смысл и ценность³.

Таким образом, игра – это набор правил, которым добровольно следуют участники без цели что-то приобрести, и осознавая ее как излишество и «невзаправду», она дает место серьезности в своем же несерьезном мире. Теперь попробуем определить компьютерную игру. Очевидно, что это игра, которая происходит в компьютерной программе. Но что представляет из себя это место – программа, где происходит сама игра? Это некое художественное виртуальное пространство, оформленное в виде программы, чтобы компьютер мог его воспринять⁴. Если есть пространство, в котором происходит действие и развитие, то значит что-то должно из этого действия рождаться и где-то оседать. Так формируется виртуальная культура. Наиболее емкое определение виртуальной культуры звучит как «специфический вид символических реально-

¹ См.: Коллингвуд Р. Принципы искусства. – М.: Языки русской культуры, 1999.

² См.: Хейзинга Й. *Homo Ludens*. Статьи по истории культуры. – М.: Прогресс – Традиция, 1995.

³ См.: Suits B. Games, Life and Utopia. – Toronto: Univ. of Toronto Press, 1978. – Р. 23.

⁴ См.: Югай И.И. Компьютерная игра как вид художественной практики // Изв. Рос. гос. педагог. ун-та им. А.И. Герцена. – М., 2007. – Т. 14. – Вып. 37. – С. 369.

стей, который создается на основе компьютерной или некомпьютерной техники, реализует принципы обратной связи, позволяющие человеку действовать в мире виртуальной реальности»¹. Она характеризуется информационной насыщенностью и мультимедийностью представляемого материала, сетевым способом распространения информации, диалогичностью, активностью recipiента, отсутствием физической локации, индивидуальностью получаемой информации, свободой упорядочивания (времени и пространства) событий и явлений. Все признаки виртуальной культуры присущи и самой компьютерной игре, ведь она и есть эта культура.

Что же такое компьютерная игра с точки зрения права? Представляя компьютерную игру как набор нолей и единиц, сразу хочется назвать ее кодом, или «программой для ЭВМ», используя термины ГК РФ. Многие так и поступают: и суды², и ученые³. Но если мы рассмотрим компьютерную игру с самого ее рождения, мы увидим огромную схожесть с кинопроизводством, а значит, обоснем квалификацию компьютерной игры как сложного объекта. *Современная компьютерная игра* – это совокупность художественных образов, в процессе ее создания задействованы творческие процессы. Автор (создающая игру группа) задает сюжет, персонажей, ведет лейтмотивы, выбирает символические образы и создает отсылки, – дабы вовлечь игроков в действие⁴. То есть мы видим фигуру сценариста. И сценариста, пишущего так, чтобы игрок мог участвовать в событиях, а не просто наблюдать. С такой установкой он же и планирует, как пользователь будет получать информацию об игровом мире, и, следовательно, планирует этот мир. Затем на помощь приходят художник и композитор. И весь созданный ими массив адаптирует для ЭВМ программист. И мы получаем игру. Она собрана из уже созданных элементов, но при их сложении получается нечто новое, что многое больше, чем просто сумма элементов. Становится понятно, что код – лишь элемент игры, а не она сама. Е.С. Котенко в своей работе «Мультимедийный продукт

¹ См.: Розин В.М. Технологии виртуальных реальностей // Традиционная и современная технология. – М.: Ин-т философии РАН, 1999. – С. 163.

² См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20 сентября 2005 г. по делу № КГ-А40/8941-05.

³ См.: Гришаев С.П. Интеллектуальная собственность. – М., 2004.

⁴ См.: Котенко Е.С. Правовой режим компьютерных игр // Актуальные проблемы российского права. – М., 2010. – № 2. – С. 423–430.

как объект авторских прав»¹ определяет игру как мультимедийный продукт и, соответственно, сложный объект, на который распространяется норма ст. 1240 ГК РФ. А.И. Савельев тоже определяет игру как сложный объект². Становится понятно, что игра включает в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности.

Кто же будет входить в круг авторов игры? Ведь помимо основных участников создания игры, перечисленных выше, есть огромное число менее значимых, но тоже принимавших в нем участие людей. Ждать сцены после титров в кинотеатрах все сложнее: сами титры идут как фильм, там указывают буквально всех. С играми так же? Для упрощения хочется признать создателем лишь программиста. Но, рассмотрев комплексный процесс создания игры, следует добавить сценариста, художника и композитора. Остальные, кто принимал участие, будут иметь авторское право на созданный ими результат интеллектуальной деятельности. Стоит привести аналогию с кинофильмом. По ст. 1263 ГК РФ авторы фильма: режиссер-постановщик, сценарист, композитор. Создающих фильм – огромное количество, но авторами будут лишь они. По аналогии с фильмом видится правильным признавать авторами игры тех же лиц с добавлением программиста и к тому же художника из-за его огромного вклада в процесс создания игры. Режиссером в данном случае будет выступать геймдизайнер.

Возникает проблема с организатором. Он внес большой вклад в создание игры, но ее автором по российскому законодательству считаться не будет. Однако он может стать ее правообладателем. У него есть два пути: заключить с авторами договор об отчуждении исключительных прав либо лицензионный договор. Сейчас в ст. 1240 ГК РФ законодатель установил презумпцию договора об отчуждении исключительного права. Ранее же была презумпция лицензионного договора, если речь не шла о передаче исключительного права в полном объеме. Нынешняя презумпция явно защищает интересы организатора, а авторы аргументируются в ущемленном положении. Организатор дает условия и деньги, а авторы материально зависимы, и выходит, что у них нет выбора, они будут играть по правилам организатора. При договоре об

¹ См.: Котенко Е.С. Мультимедийный продукт как объект авторских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2012.

² См.: Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. – М.: Проспект, 2014. – СПС «КонсультантПлюс».

отчуждении исключительных прав вознаграждение выплачивается единожды. Было бы лучше, если бы сохранилась старая презумпция лицензионного договора, с добавлением указания на исключительный характер лицензии¹. Тогда организатор будет получать всю прибыль от реализации игры; если игра не удалась, то и прибыли авторам придется платить мало. И авторы будут довольны: при хорошей реализации игры они смогут получать прибыль систематически и будут защищены от организатора материально.

От самой компьютерной игры перейдем к ее внутренностям. Речь пойдет о внутриигровых услугах, т.е. об использовании реальных денег для получения каких-то выгод в виртуальном мире. В основном мы сталкиваемся со внутриигровым имуществом в жанрах многопользовательских онлайн-игр (MMORPG), где есть мир, есть вы и есть множество других игроков. Еще серьезней дело обстоит с играми-симуляциями реального мира. Самой известной и популярной в этой нише является «*Second Life*». За рубежом она имеет поистине огромную фан-базу. Чего стоит только случай, когда один из авторов концепции экономического анализа права Р.А. Познер принял участие в обычном мероприятии, организованном в этой игре, когда на одной из игровых полян собрались тысяча аватаров и говорили о праве².

В MMORPG и играх-симуляциях постоянно совершаются сделки и даже преступления (обусловленные правилами игры): кто-то купил чью-то землю, кто-то украл чей-то меч, кто-то кому-то строит дом. Но ведь может быть и так: кто-то договорился построить дом за плату реальными деньгами; кто-то украл меч, взломав аккаунт пользователя. Как и в нашей реальной жизни, эти отношения нужно как-то регулировать. Этому вопросу посвятил статью А.И. Савельев³. Он рассмотрел основные варианты: игнорировать проблему, использовать аналогию с вещным правом, обратиться к договорному праву или признавать игровое имущество «иным имуществом». Первый вариант, как стало ясно, не актуален. Аналогией с вещным правом активно пользуются в азиатских

¹ См.: Котенко Е.С. Правовой режим компьютерных игр // Актуальные проблемы российского права. – М., 2010. – № 2. – С. 423–430.

² См.: Архипов В.В. Виртуальное право: Основные проблемы нового направления исследований // Изв. вузов. Правоведение. – СПб., 2013. – № 2 (307). – С. 93–114.

³ См.: Савельев А.И. Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права. – М., 2014. – Т. 14. № 1. – С. 127–150.

странах – в Южной Корее, Китае, Тайване¹. Например, Министерство юстиции Тайваня издало постановление от 23 октября 2011 г., которое указывает, что объекты «виртуальной собственности» являются собственностью и их кража уголовно наказуема². Логика здесь такая: чтобы можно было наказывать нарушителей, сначала нужно то, что они похищают, как-то определить. Проблема при этом подходе заключается в некоторого рода ущемлении правообладателей. Они, конечно же, заинтересованы в том, чтобы аналогии с вещественным правом не было, ведь сейчас правила устанавливают лишь они, а если признать виртуальное имущество собственностью, то за внесение в мир изменений, влекущих снижение стоимости объектов или как-то по-другому отрицательно влияющих на имущество игроков, правообладатели будут нести ответственность³.

Самое популярное решение – договор, те самые пользовательские соглашения, которые никто не читает. Но выбирая договор как способ, мы начинаем играть по правилам правообладателя, ведь именно он сейчас составляет *terms of use*. Неудивительно, что споры между правообладателем и пользователем обычно заканчиваются в пользу первого, например в деле *Bragg vs Linden Research, Inc.* (2007). Стоит отметить, что пользовательское соглашение есть соглашение лицензионное, а значит, все доходы от лицензии на пользование «программой для ЭВМ» не подлежат налогообложению по подп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ. Чем плох этот подход? Всевластием правообладателя.

Последний способ, который А.И. Савельев считает наилучшим, – отнесение виртуальных объектов к категории «книгого имущества». Такой подход полностью соответствует той широкой трактовке имущества, из которой исходит ЕСПЧ. Признание объектов виртуальных игровых миров «имуществом» открывает возможность их защиты с помощью института неосновательного обогащения.

¹ См.: Пономарёва Ю. Правовое регулирование «артефактов» многопользовательских онлайн-игр // Закон. ги. – 2016. – 4 янв. – Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2016/01/04/pravovoe_regulirovanie_mnogopolzovatelskix_onlajnigr

² См.: Taiwan Ministry of Justice official Notation N 039030 (90) (цит. по: Савельев А.И. Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права. – М., 2014. – № 1. – С. 127–150.)

³ См.: Хубиев Т.Р. Виртуальные игры в рамках гражданского права // Отечественная юриспруденция. – Иваново, 2016. – С. 5–7.

Стоит затронуть и проблему *персонажей игр*. Их статус очень туманен. И.И. Югай определила персонажа как часть произведения искусства. Как охраняемый элемент произведения персонажа рассматривал Э.П. Гаврилов¹. Д.К. Филин пишет, что персонажа отдельно не существует, так как он всегда неразрывно связан с формой его выражения². То есть персонажем мы назовем нечто абстрактное, что мы наполняем содержанием в каждом произведении. Следовательно, персонаж – это каждый раз разная, но форма. В книге – словесное описание, в кино – изображение, и так далее³. *Персонаж* – некое продолжение произведения. Новое постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» также видит персонажа как продолжение формы произведения. В п. 82 указанного постановления Пленум разъясняет судам: чтобы персонаж стал считаться частью произведения, заинтересованное лицо должно обосновать, что он является самостоятельным результатом интеллектуальной деятельности. Если персонажа станет защищать авторское право, то это значит, что использовать его может только автор или другой правообладатель, в том числе путем его воспроизведения или переработки.

Осталось адаптировать понятие персонажа для компьютерной игры. Удачное определение персонажу компьютерной игры дал Р.С. Атаманов, выделив признаки принадлежности учетной записи и некой ценности (за счет уровня развития, предметов, репутации)⁴. Конечно, единого подхода нет, и некоторые даже рассматривают персонажа по старинке: элемент кода для ЭВМ⁵.

Вопросов стало лишь больше: как составлять пользовательское соглашение, что делать с играми без охранных

¹ См.: Гаврилов Э.П. Авторские права на персонаж // Патенты и лицензии. – М., 2011. – № 12. – С. 41–48.

² См.: Филин Д.К. Имя, образ, внешний вид: Персонаж как новый объект авторского права // Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права. – М., 2007. – № 6. – С. 56–61.

³ См.: Лысенко П.М. Основные проблемы и вопросы, стоящие перед современным авторским правом // Общество и право. – М., 2009. – № 1. – С. 118–121.

⁴ См.: Атаманов Р.С. Криминалистическая характеристика мошенничества в онлайн-играх // Российский следователь. – М.: Юрист, 2011. – № 21. – С. 2–3.

⁵ См.: Попов М.В. Эволюционное развитие интеллектуальной собственности в интернет-пространстве // Вестник Воронежского гос. ун-та. Сер. Экономика и управление. – Воронеж, 2011. – № 2. – С. 28–32.

элементов, кто такой Джон Голт? Но это и есть главное – нужно порождать как можно больше вопросов, нестыковок и сомнений, чтобы однажды мы поняли, как правильно. Это, несомненно, очень важное поле для правового регулирования. Мир уходит в виртуальность, вокруг – повсеместная игрофикация, развитие game studies, гиперпопулярность киберспорта. А регулируя компьютерные игры, мы создадим столь необходимый правовой пласт для будущего.

А.В. Гурко

**ПРОБЛЕМА ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ
ТРЕХМЕРНЫХ АНИМАЦИЙ
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.17

Аннотация. В статье рассматривается весьма неочевидная проблема использования таких цифровых трехмерных объектов, как 3D-анимации. Автор рассматривает в том числе вопросы интеллектуальной собственности в связи с использованием технологий Motion capture, в рамках которых сочетается исполнительский труд актера-исполнителя и творческий труд аниматора; а также технологий воссоздания образов актеров.

Ключевые слова: 3D-анимация; 2D-анимация; исполнение; Motion Capture; аудиовизуальное произведение; компьютерная игра.

A.V. Gurko. Problem of legal protection of three-dimensional animations. (Article)

Abstract. The article deals with a very non-obvious problem of using digital three-dimensional objects such as 3D-animation. The author considers, among other things, intellectual property issues in connection with the use of Motion capture technologies, which combine the performing work of the actor-performer and the creative work of the animator; as well as technologies for recreating the images of actors.

Keywords: 3D-animation; 2D-animation; performance; Motion Capture; audiovisual work; computer game.

Трехмерная графика в настоящее время так или иначе затрагивает все сферы человеческой деятельности и в особенности области творческого самовыражения. Особое внимание проблемам

3D-графики и интеллектуальной собственности уделяется в основном в связи с развитием технологий 3D-печати¹. Однако в данной сфере есть и иные проблемные вопросы. Например, незаслуженно обойден стороной вопрос квалификации 3D-анимаций как объектов интеллектуальной собственности.

Что такое 3D-анимация с точки зрения права? Невнимание к этому вопросу в научной литературе, вероятнее всего, связано с тем, что на первый взгляд незаметна разница между трехмерной и двухмерной (классической) анимацией, с которой юридически все ясно и понятно. Рассмотрим различия на примере анимации персонажей, как наиболее показательном.

В соответствии с п. 1 ст. 1240 ГК РФ, лицо, организовавшее создание сложного объекта, включающего несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (кинофильма, иного аудиовизуального произведения, театрально-зрелищного представления, мультимедийного продукта, базы данных), приобретает право использования указанных результатов на основании договоров об отчуждении исключительного права или лицензионных договоров, заключаемых с обладателями исключительных прав на соответствующие результаты интеллектуальной деятельности. При этом двухмерная анимация состоит из серии кадров, каждый из которых отрисовывается художниками-аниматорами. То есть, помимо прочего, аудиовизуальное произведение в виде двухмерного анимационного фильма состоит из охраняемых авторским правом произведений изобразительного искусства. При этом с художниками-аниматорами заключаются соответствующие договоры. Для штатных сотрудников принадлежность исключительных прав зависит от положений трудовых договоров и локальных актов анимационной студии.

В случае с трехмерной графикой ситуация выглядит совершенно иначе, причем между создаваемыми результатами интеллектуальной деятельности имеются не только технические отличия. Если в двухмерной анимации отрисовываются как ключевые кадры, передающие смысл сюжета, так и промежуточные, то в трехмерной графике аниматор прорабатывает в основном ключевые кадры, в то время как компьютер моделирует остальные, промежуточные движения персонажа.

¹ См.: Савина В.С. Перспективные направления развития права интеллектуальной собственности в современном мире // Копирайт. Вестник Рос. акад. интеллектуальной собственности. – М., 2018. – № 2. – С. 23–36.

Для понимания различий важно отметить, что ключевые кадры (движения) – это кадры (движения), отражающие основной смысл сцены и передающие позы, позволяющие узнать действие персонажа. Также ключевые кадры иногда называют крайними, поскольку они отражают крайнее положение тел или их частей при движении, например ног и рук при ходьбе. Промежуточные кадры (движения) – это кадры (движения), отображающие перемещения тел или их частей между ключевыми кадрами (движениями). Например, если анимировать движение маятника, то у него будет три ключевых кадра: нижняя точка, крайнее положение справа и крайнее положение слева.

С учетом того что движения и мимика являются важными для создания образа персонажа, может показаться, что аниматора можно считать соавтором такого анимированного персонажа по смыслу п. 7 ст. 1259 ГК РФ.

Однако в случае с трехмерными анимационными фильмами и компьютерными играми внешний вид персонажа создается концепт-художниками и в дальнейшем воспроизводится в форме 3D-модели 3D-моделлерами. И только после того как эти две стадии завершены, в дело вступает 3D-аниматор. Трехмерная анимация создается двумя основными методами: скелетная анимация и морфинг. При скелетной анимации создается подобие «человечка из палочек» – скелет. Скелет анимации представляет собой иерархически организованный набор костей¹. Одна кость является корневой, в то время как прочие составляют иерархическую структуру по отношению к ней. Такая структура и является скелетом. Каждой кости соответствуют точки 3D-модели, которыми управляет соответствующая кость. Костям анимации (скелету) задаются позы, ключи, между которыми компьютер моделирует движения. Данный метод используется для анимации движений тела. Морфинг представляет собой создание анимации путем фиксации определенных позиций анимируемой модели. Используется морфинг при лицевой анимации. Лицу персонажа придаются позиции, как правило, соответствующие определенным эмоциям (радость, грусть и т.п.). Зачастую для анимации используется сочетание данных методов анимации движений тела и лица персонажей.

Исходя из вышеизложенного, может сложиться представление, что 3D-аниматор действительно работает во многом с персо-

¹ См.: Боресков А.В., Шикин Е.В. Компьютерная графика: учебники и практикум для прикладного бакалавриата. – М.: Юрайт, 2016. – С. 183.

нажем. Для анимационных фильмов, конечно, процесс анимации привязан к конкретному персонажу, но в случае анимаций для компьютерных игр ситуация выглядит совершенно иначе. Для трехмерных компьютерных игр очень часто анимации создаются без привязки к конкретному персонажу. То есть создается один скелет для однотипных персонажей, и к нему создаются анимации типовых движений (ходьбы, бега и др.). Этот скелет применяется к моделям однотипных персонажей независимо от их особенностей.

Так аниматор может создавать с помощью скелетной анимации и морфинга типовые анимации для схожих персонажей, например мужских и женских. Возникает вопрос: чем же является творческий труд трехмерного аниматора? Здесь напрашивается логичная аналогия с хореографическими произведениями, которые К. Кирсанова определяет как произведения, состоящие из совокупности танцевальных элементов (движений и поз, составляющих хореографический текст, а в некоторых случаях и пантомим), расположенных в определенной последовательности¹. Вместо танцевальных элементов трехмерная анимация состоит из ключей анимации, которые также являются движениями и позами.

Таким образом, можно определить 3D-анимацию как последовательность взаимосвязанных ключевых кадров (ключей анимации) для одной иерархической управляющей структуры (например, скелета анимации).

Но в настоящее время вопросы правовой квалификации трехмерных анимаций еще больше усложнились ввиду дальнейшего развития технологий. Например, *motion capture* – это технология захвата движений, которая используется для создания наиболее реалистичной анимации в сфере кино и компьютерных игр. Всем известно, что в данном случае фиксируются движения и мимика актера, после чего зафиксированные движения корректируются на компьютере, а также совмещаются с моделью конкретного несуществующего (как правило) персонажа. Причем технология захвата движений может использоваться для анимации как конкретных персонажей, так и типовых групп персонажей. В данном случае живое исполнение сочетается с техническим творчеством, что затрагивает право актера на неприкосновенность исполнения

¹ См.: Кирсанова К. Хореографическое произведение, его постановка и исполнение как объекты интеллектуальных прав // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – М., 2012. – № 12. – С. 42.

по смыслу подп. 4 п. 1 ст. 1315 ГК РФ и должно быть урегулировано в договоре на создание такого исполнения.

Особо необходимо отметить факт компьютерной реконструкции героев и актеров, случаи которой стали особо известными вследствие выхода кинофильма «Изгой-один. Звездные войны: Истории» (2016). Так, один из значимых персонажей фильма губернатор Уилхафф Таркин был создан при помощи компьютерной анимации на основе актерской работы британца Гая Хенри, так как Питер Күшинг, исполнивший роль Таркина в фильме 1977 г. «Новая надежда», умер в 1994 г. В связи с этим и было принято решение создать компьютерную модель, максимально внешне схожую с Күшингом. Аналогично норвежка Ингвильд Дейла сыграла эпизодическую роль принцессы Леи Органы, а при помощи компьютерной графики образу были приданы черты молодой Кэрри Фишер, исполнившей эту роль в фильме 1977 г. Хенри озвучил роль Таркина, тогда как для небольшой роли принцессы Леи были использованы архивные записи голоса Фишер, хотя сама актриса была жива на момент съемок фильма.

То есть сейчас благодаря современным технологиям роль актера-исполнителя в особых случаях может быть сведена к «предоставлению» своих внешности, движений и голоса (развитие 3D-технологий связано с такими явлениями, как «предоставление» актерами своих внешности и движений, но не голоса).

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что 3D-технологии в сфере анимации и кино позволяют создавать особый синтетический результат интеллектуальной деятельности, который может сочетать в себе творческий труд актера-исполнителя и 3D-аниматора. При этом такой результат по своему характеру будет ближе к объекту авторского права, так как в приведенном выше определении понятия «3D-анимации» прослеживается прямая связь с определением понятия «хореографическое произведение», которое пользуется авторско-правовой охраной. Вдобавок, представляется, что в конечном результате совместной творческой работы 3D-аниматора и актера с использованием технологии захвата движений нельзя выделить результат работы каждого из них, соответственно нельзя дифференцировать, какая часть такой анимации должна получить авторско-правовую охрану как результат творчества 3D-аниматора, а какая – охрану как объект смежных прав (права на исполнение) актера, чьи движения использовались. В связи с этим имеет смысл с целью единобразия и для наиболее полной охраны интересов авторов и правообладателей

предоставление таким 3D-анимациям именно авторско-правовой охраны, так как ее объем шире, чем у исполнений, а срок охраны – больше.

Создание 3D-анимаций для современных кинофильмов и компьютерных игр часто не требует участия актера, чьи движения используются с применением технологии захвата движений, но сводится к простому предоставлению актером своей внешности, как в приведенных примерах из кинофильма «Изгой-один. Звездные войны: Истории» (2016). В таком случае использование 3D-анимаций будет затрагивать не интеллектуальные права актеров, а право на изображение как нематериальное благо в контексте ст. 152.1 ГК РФ, что требует соответствующего оформления в договорах с такими актерами.

При этом возникает и иной правовой аспект использования изображений актеров для создания новых виртуальных исполнений без их непосредственного участия – это регулирование распространения изображений граждан как персональных данных. Современные цифровые технологии позволяют получать несанкционированный доступ к чужим изображениям и использовать их в противоправных целях. Так, 3D-технологии, благодаря которым создается виртуальное исполнение только на основе изображения гражданина, могут использоваться для создания порнофильмов с участием любых лиц помимо их воли, что способно опорочить их честь, достоинство, деловую репутацию. Такая ситуация не является выдумкой: некоторое время назад зарубежные сервисы предлагали услугу создания порнороликов с использованием изображений лиц, присыпаемых пользователями. Само собой, такие действия требуют адекватного правового реагирования и могут быть квалифицированы не только как гражданско-правовой деликт, но и как административное правонарушение и даже преступление.

Раздел 5

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПО СПОРАМ О ЗАЩИТЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

В.С. Екимова

ПРИМЕНЕНИЕ ПРИНЦИПА ЭСТОППЕЛЬ В СПОРАХ, СВЯЗАННЫХ С ЗАЩИТОЙ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ (Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.18

Аннотация. В статье рассматриваются три вида эстоппеля, которые могут применяться в спорах об интеллектуальных правах. Автор критически оценивает возможности применения эстоппеля лицензиата, так как это нецелесообразно для интересов общества. Исследуются вопросы запрета расширитального толкования формулы изобретения, что объясняется доктриной эквивалентов, возможность отказа в защите права правообладателя, если последний создает для нарушителя видимость, что он согласен с неправомерным использованием объекта интеллектуальной собственности и не будет в связи с этим обращаться в суд.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность; эстоппель; злоупотребление правом; эстоппель лицензиата; доктрина эквивалентов.

V.S. Ekimova. Estoppel in intellectual property litigation. (Article)

Abstract. The article deals with licensee estoppel, file wrap estoppel and equitable estoppel in relation to the intellectual property disputes. Firstly, the paper considers negative impact of licensee estoppel on economic. Secondly, the paper analyzes the prosecution history estoppel which often goes hand-in-hand with doctrine of equivalents. Thirdly, the paper describes equitable estoppel as a solution to prevent rent-seeking behavior of owner.

Keywords: intellectual property; estoppel; abuse of rights; licensee estoppel; prosecution history estoppel; equitable estoppel.

Эстоппель – институт англосаксонской системы права. *Правило «эстоппель»* предполагает утрату лицом права ссылаться на какие-либо обстоятельства (заявлять возражения) в рамках гражданско-правового спора, если данные возражения существенно противоречат его предшествующему поведению¹. В российском законодательстве термин «эстоппель» не закреплен, однако его содержание раскрыто в некоторых положениях ГК РФ, разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ, судебной практике.

Принцип эстоппель является общеотраслевым принципом в гражданском праве. Он применяется и в спорах, связанных с защитой интеллектуальной собственности. Существует несколько видов эстоппелей, применяемых в спорах о защите исключительных прав: эстоппель лицензиата, справедливый эстоппель, *prosecution history estoppel*.

Эстоппель лицензиата (*licensee estoppel*) заключается в том, что лицензиат не вправе ссылаться на недействительность патента. Лицензиат, выразив свое волеизъявление при заключении лицензионного договора, свидетельствует о бесспорном признании его действительности².

В Соединенных Штатах Америки эстоппель лицензиата применяется с 1855 г., однако в 1940 г. Верховный суд США в решении по делу *Automatic Radio Mfg. Co. vs Hazeltine Research, Inc.* (1950) сузил границы доктрины эстоппеля лицензиата, признав, что лицензиат вправе оспаривать действительность патента, если правообладатель использует его для установления монопольных цен. В 1969 г. Суд принял решение, в котором отказался применять эстоппель лицензиата.

Так, согласно фабуле дела, Лир, производитель авиатехники, нанял Адкинса для того, чтобы разработать новую модель гироскопа. Они заключили соглашение, по которому если Адкинс создает какое-либо изобретение, то Лир автоматически становится лицензиатом исключительного права на это изобретение и отчисляет роялти Адкинсу. Лир начал производить технику на основе разработок Адкинса, на которые Адкинс в свою очередь пытался получить патент. Спустя несколько лет и множество непринятых

¹ См.: Шайхутдинов Е.М. Эстоппель (подготовлен для системы «КонсультантПлюс», 2019). – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=СЛ&n=104389#05740679855127204>

² См.: Gal M.S., Miller A.D. Licensee Patent Challenges // Yale journal on regulation. – New Haven, 2015. – Vol. 32, N 1. – P. 125–130.

заявок на получение патента Лир перестал платить роялти, заявив, что изобретение не обладает критерием научной новизны. Адкинс, в итоге получив патент, подал иск против Лира. Лир утверждал, что патент является недействительным, но нижестоящие суды применили доктрину эстоппеля лицензиата и удовлетворили иск. Верховный суд США отменил решение. Суд указал, что в споре о недействительности патента, на которую ссылается лицензиат, сталкиваются частный и публичные интересы – имущественный интерес правообладателя и лицензиата и интерес общества. Общественный интерес заключается в стимулировании изобретателя к дальнейшей творческой деятельности путем предоставления РИД правовой охраны и в свободном использовании изобретений, которые уже известны из существующего уровня техники. Зачастую только лицензиат является экономически заинтересованным лицом в признании патента недействительным, и запретить ему ссылаться на недействительность означает нарушить баланс частных и публичных интересов (*Lear, Inc. vs Adkins* (1969)). Также в 2007 г. Верховный суд США в решении по делу *MedImmune, Inc. vs Genentech, Inc.* (2007) пришел к выводу о том, что обещание платить роялти по лицензионному договору не означает отказ от попыток признания патента недействительным.

Более глубокое погружение в вопрос убеждает в правильности решения Верховного суда США об отказе применения эстоппеля лицензиата, так как лицензиат, как правило, не в силах самостоятельно определить, имеет ли РИД научную новизну или оригинальность, при заключении лицензионного договора он «копируется» на информацию, предоставленную патентным ведомством.

Российский правоприменитель также столкнулся с подобной проблемой, но в несколько ином ее преломлении. Так, на заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам, проходившем 25 ноября 2016 г. в МГУ им. М.В. Ломоносова, обсуждался вопрос – лишает ли работодателя заключение лицензионного договора с работником права ссылаться на то, что соответствующее изобретение является служебным. Одни ученые утверждали, что необходимо использовать ст. 10 ГК РФ и признавать действия работодателя злоупотреблением правом. Другие – что применение ст. 10 ГК РФ влечет за собой необходимость признать данные отношения служебными и выдать патент работо-

дателю¹. По мнению автора данной работы, истина посередине. Работодатель не вправе ссылаться на то, что изобретение служебное, если он заключил лицензионный договор, тем самым заявив отказ от права на получение патента на данное изобретение, предоставленного ему в соответствии с п. 4. ст. 1370 ГК РФ. Однако если автор утаил факт создания изобретения от работодателя, то последнему необходимо предоставить возможность оспаривать действительность выданного патента.

Другой вид эстоппеля – «*prosecution history estoppel*» (или «*file wrapper estoppel*»). Он устанавливает запрет использования доктрины эквивалентов (признание использования изобретения, в котором используется каждый из признаков, указанных в формуле изобретения, или признаки, эквивалентные ему, в качестве нарушения) и расширительного толкования объема предоставляемой РИД правовой охраны в том случае, если патентообладатель ранее в ходе получения патента совершил действия, ограничивающие объем предоставляемой охраны. Доктрина *prosecution history estoppel* действует в США, Японии, Китае².

Так, в деле *Festo vs Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Festo Corporation* получила два патента на магнитный бесстержневой цилиндр. Сначала патентный эксперт возвращал патентные заявки из-за недочетов в описании изобретения. В итоге заявка была принята с внесенными изменениями в формулу изобретения, где говорилось об использовании в изобретении «одностороннего пломбированного кольца». *Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Corporation* создала похожее изобретение, отличие которого от изобретения *Festo* заключалось лишь в использовании «двустороннего пломбированного кольца». *Festo* подала иск против *Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.*, приведя в обоснование своей позиции доктрину эквивалентов. Федеральный окружной суд в иске отказал, указав на доктрину «*file wrapper estoppel*» – *Festo Corporation* неоднократно исправляла патентную заявку, тем самым изменяя формулу изобретения и ограничивая ее содержание.

¹ См.: п. 4 Протокола заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 25 ноября 2016 г. № 15 // Журнал Суда по интеллектуальным правам. – М., 2016. – № 14, дек. – С. 6–18.

² См.: Залесов А.В. Соотношение при осуществлении правосудия споров о нарушении патента и патентоспособности изобретения в России и за рубежом // Журнал Суда по интеллектуальным правам. – М., 2013. – № 1, окт. – С. 32–33.

Доктрина *«file wrapper estoppel»* применяется и в российских судах. Примечательным в этом отношении является постановление Президиума ВАС РФ от 31 января 2012 г. № 11025/11. АО НПК «КОМБИОТЕХ», обратившись в Роспатент с заявками на выдачу патентов на рекомбинантную вакцину для профилактики вирусного гепатита В и на штаммы дрожжей, используемых при производстве данной вакцины, указала, что в изобретении используются новые и ранее не используемые другими производителями вакцины для профилактики вирусного гепатита В штаммы дрожжей. АО НПК «КОМБИОТЕХ» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к компании «Серум Инститют оф Индия Лтд.» о признании незаконным использования ответчиком охраняемого патентом изобретения в форме ввоза в РФ, предложения к продаже, продажи и хранения в РФ производимой ответчиком вакцины гепатита В рекомбинантной. В первой инстанции истцу было отказано в удовлетворении требований на основании того, что один из признаков формулы изобретения истца не используется ответчиком при производстве вакцины. Вышестоящими судами было установлено, что ответчик производит вакцину рекомбинантную гепатита В по лицензии с использованием патентов компании Rhein Biotech GmbH, полученных еще в 1990-х годах. Однако в то же время те же суды в своих решениях говорят, что изобретение истца используется в вакцине ответчика, что весьма нелогично¹. Президиум ВАС РФ указал, что используемый ответчиком в вакцине штамм не эквивалентен штамму, указанному в изобретении истца, что признание эквивалентности двух названных объектов невозможно, поскольку это противоречило бы решению Роспатента о выдаче патента истцу, подтвержденному решением Палаты по патентным спорам, и нарушило бы принцип правовой определенности. То есть истец, указав в формуле, что в изобретении используются новые, ранее неизвестные и неиспользуемые другими производителями вакцины для профилактики вирусного гепатита В штаммы дрожжей, тем самым ограничил ее объем и поэтому лишился возможности ссылаться на доктрину эквивалентности признаков (п. 3. ст. 1358 ГК РФ).

Еще одним видом эстоппеля является справедливый эстоппель (*equitable estoppel*). Суть данного эстоппеля заключается

¹ См.: Волкова И. Некоторые аспекты судебных споров о нарушении прав патентообладателей // ИС. Промышленная собственность. – М., 2016. – № 10. – С. 11–24.

в отказе в судебной защите правообладателю, если он своими действиями давал основания полагать, что он не предъявит иск о нарушении исключительного права¹, а потом, на исходе срока исковой давности, заявляет свои требования.

В качестве примера можно привести дело *Scholle Corp. vs Black-hawk Molding Co.* Компания Scholle Corp. уведомила компанию Black-hawk Molding Co., что последняя нарушает один из ее патентов. Black-hawk Molding Co. отправила ответ с просьбой пояснить, какие именно элементы формулы патента нарушены. Scholle Corp. ответа не дала, а спустя три года предъявила исковые требования о нарушении патента. Суд отказал в удовлетворении судебных требований, основываясь на доктрине эстоппеля: молчание и бездействие патентообладателя могут вводить в заблуждение во взаимоотношениях сторон.

В Германии и Швейцарии также существует схожий институт – *Verwirkung*. Под него подпадают две формы поведения правообладателя: *venire contra factum proprium* и злоупотребление интересом (*Interessenmissbrauch*). Для выполнения фактического состава первой необходимо, чтобы (1) правообладатель намеренно не спешил с осуществлением своих прав на защиту исключительного права и чтобы (2) поведение правообладателя создало у нарушителя видимость, что он не будет требовать прекращения нарушения. Второй состав сформулирован Верховным судом Швейцарии на теоретическом уровне и расценен как утрата интереса².

Проблему злоупотребления правом подробно рассматривал М.М. Агарков, который при ответе на вопрос, что представляет из себя этот институт и возможен ли он в принципе, прибег к теории социальной функции, или к теории относительности гражданских прав, основным выразителем которой является Л. Дюги. «Под абсолютностью права разумеют допустимость для субъекта осуществлять свое право в пределах, установленных законом. Согласно учению об относительности права, границы гражданских прав определяются их социальными целями. Субъект права действует правомерно, поскольку он поступает в соответствии с этими целями.

¹ Equitable estoppel. – Mode of access: <http://www.ipglossary.com/glossary/equitable-estoppel/#.WhUltxuIaE> (дата обращения: 31.05.2019).

² См.: *Schweizer M. Verwirkung patentrechtlicher Ansprüche. – Mode of access: https://www.markschweizer.ch/wp-content/uploads/2017/09/schweizer_verwirkung_patentrecht.pdf* (дата обращения: 01.05.2019).

Эти цели прямо не формулированы законом. Они должны быть выявлены судом по поводу каждого отдельного дела»¹.

Социальная цель права интеллектуальной собственности – создавать авторам материальные стимулы для дальнейшей творческой деятельности.

Исследуя судебную практику, можно проследить зависимость срока допустимой задержки с требованием о прекращении нарушения исключительного права от вида интеллектуальной собственности: для авторских прав он весьма короткий, для патентов намного длиннее, в случае же с товарными знаками разброс в сроках весьма значимый.

Так, суды отказывали в защите права на товарный знак, принимая во внимание, что правообладатель откладывал подачу иска на срок от четырех до восьми лет, а в некоторых делах достаточно было повременить с защитой и два года. В спорах о защите авторских прав Верховный суд Швейцарии применяет *Verwirkung* при задержке в осуществлении прав в полтора года. В патентных спорах Женевский суд справедливости (*Genfer Cour de Justice*) прибег к отказу в защите после восьми лет незаявления требований, а Федеральный суд Швейцарии – 10 лет².

Практика швейцарских судов подтверждает выводы сторонников экономического анализа права. По мнению Р. Познера, большое количество экземпляров произведения, охраняемого авторским правом, снижает его стоимость на рынке. А для дальнейшей популярности произведения на рынке необходимо его модифицировать в соответствии с изменяющимися во времени вкусами публики, а также проводить рекламную кампанию, что влечет большие издержки. Поэтому в интересах правообладателя, если он планирует дальше продвигать свое произведение на рынке, как можно быстрее предъявить требования к нарушителю³.

Патенты же предоставляют правообладателю большую рыночную власть нежели авторские права, потому что если кто-то создаст аналогичное изобретение после даты приоритета, защиты он уже не получит; когда же кто-либо сам создаст аналогичное произведение, защита ему гарантирована. Однако патентообла-

¹ См.: Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Изв. Акад. наук СССР. – М., 1946. – № 6. – С. 424–436.

² См.: Schweizer M. Op. cit. – S. 6.

³ См.: Posner R.A. Intellectual property: The law and economics approach // Journal of economic perspectives. – Nashville, 2005. – Vol. 19, N 2. – P. 60.

датель при получении патента раскрывает информацию об изобретении, тем самым создавая благоприятные условия для разработки похожих изобретений¹. Более долгий допустимый срок незаявления требования о прекращении нарушения патента объясняется еще тем, что нарушение патента сложнее обнаружить и, как правило, для этого требуется проведение экспертизы².

С товарными знаками иначе – они позволяют снизить издержки потребителя, связанные с поиском товара. Популярность товарного знака зависит лишь от качества товара, который производится под этим товарным знаком. То есть до тех пор пока нарушитель товарного знака производит товар соответствующего качества, ценность товарного знака не изменяется³.

Таким образом, суд в каждом отдельном случае должен определять социальную функцию интеллектуального права и исходя из этого решать, нужно ли отказывать в судебной защите.

В российской судебной практике также возникал вопрос о злоупотреблении правом со стороны правообладателя, если он своими действиями давал основания полагать, что не предъявит иск о нарушении исключительного права.

Так, Президиум ВАС РФ в постановлении от 2 апреля 2013 г. № 15187/12 по делу № А42–5522/2011 применил ст. 10 ГК РФ. Обстоятельства дела следующие. Общество «Телеросс» являлось правообладателем товарных знаков (знаков обслуживания) «МОРЕ ТВ» и «ОКЕ@Н INTERNET». ООО «Телеросс» подало иск о нарушении исключительного права на товарный знак к своему дочернему обществу – АО «Мурманские мультисервисные сети». На дату подачи заявки на регистрацию товарных знаков «МОРЕ ТВ» и «ОКЕ@Н ИНТЕРНЕТ» генеральный директор и учредитель общества «Телеросс» одновременно являлся руководителем коллективного исполнительного органа общества, а АО «Мурманские мультисервисные сети» являлось дочерним обществом «Телеросс». Оба общества фактически совместно использовали исключительное право на СИ, истец не заявлял никаких требований о нарушении исключительного права. Более того, между сторонами был заключен договор об отчуждении исключительного права на данные товарные знаки, согласно которому исключительное

¹ См.: Posner R.A. Intellectual property: The law and economics approach // Journal of economic perspectives. – Nashville, 2005. – Vol. 19, N 2. – P. 67.

² Schweizer M. Ibid. – S. 7.

³ Posner R.A. Ibid. – P. 62.

право на товарные знаки передается ответчику. Договор не был зарегистрирован в Роспатенте и поэтому был признан недействительным решением арбитражного суда. Президиум ВАС пришел к выводу, что предшествующие отношения сторон, их намерения по передаче исключительных прав на товарные знаки, а также осуществление совместных действий по использованию спорных СИ свидетельствуют о злоупотреблении предоставленным истцу правом на судебную защиту. На основании этого Президиум ВАС отказал истцу в судебной защите.

В Определении от 7 октября 2016 г. № 304-ЭС16-8563 по делу № А67-4475/201 Верховный Суд РФ занял совершенно противоположную позицию. Общество «Корсар-ОЕВ» обратилось в арбитражный суд с исковым заявлением к обществу «Научно-исследовательский институт полупроводниковых приборов» (далее «НИИПП») о взыскании 2 988 000 руб. упущенной выгоды в связи с незаконным использованием технических решений, защищенных патентами на полезную модель. Судами было установлено, что в 2004 и 2006 гг. между истцом и ответчиком были заключены договоры на передачу технической документации на устройства. В договорах содержались условия о возможности заключения сторонами лицензионных договоров после получения истцом патентов на данные устройства. Суды первой и апелляционной инстанций удовлетворили требование, признав использование устройств незаконным, поскольку заключенные договоры не свидетельствовали о предоставлении права использования запатентованных устройств, так как не были зарегистрированы в качестве лицензионных. Кассационная инстанция не согласилась с выводами о неправомерности использования устройств: хотя заключенные договоры не являются лицензионными, из их положений усматривается воля истца на предоставление права использования устройств. Таким образом, правообладатель согласился на использование ответчиком устройств, выразив свое согласие в письменной форме, поэтому в соответствии с положениями п. 1 ст. 1229 ГК РФ такое использование не может считаться неправомерным. Судебная коллегия ВС РФ отменила постановление суда кассационной инстанции, а судебные акты судов первой и апелляционной инстанций оставила в силе, согласившись с тем, что имело место неправомерное использование полезных моделей. ВС РФ отметил, что наличие в договорах пунктов о заключении в будущем лицензионных договоров на определенных условиях не означает согласования предмета и других существенных условий. Представляется,

что в данном деле усматривается недобросовестность правообладателя, так как он своим поведением создал у нарушителя видимость согласия на использование объекта интеллектуальной собственности.

Таким образом, отечественная и зарубежная судебная практика показывает, что осуществление правообладателем своих монопольных интеллектуальных прав имеет свои пределы. А.С. Ворожевич считает, что к исключительным правам нельзя применять в качестве средства пресечения злоупотребления субъективными правами отказ в защите права, так как это приводит к большему дисбалансу интересов и создает несправедливые преимущества на стороне нарушителя¹. С этим мнением нельзя согласиться. «*File wrapper estoppel*» и «*equitable estoppel*» являются выражением общего правила *venire contra factum proprium*, поэтому нет оснований освобождать из-под его действия правообладателей, даже несмотря на их монополию. Отказ от применения эстоппеля лицензиата также имеет целью ограничить монополию правообладателя. Объясняется это тем, что зачастую экономически только лицензиат заинтересован в оспаривании действительности патента.

¹ См.: Ворожевич А.С. Пределы осуществления и защиты исключительного права патентообладателя. – М.: Статут, 2018. – СПС «КонсультантПлюс».

Н.В. Кравчук

**ПРОЕКТ СУДА МАЛЫХ ИСКОВ
ПО АВТОРСКО-ПРАВОВЫМ СПОРАМ В США:
ПЕРСПЕКТИВЫ И ОПАСЕНИЯ
(Обзор)**

DOI: 10.31249/pravbud/2019.00.19

Ключевые слова: авторские права; трибунал малых исков; США; конституциональность; юрисдикция; процедура; злоупотребления.

N.V. Kravchuk. A project of USA copyright small claims tribunal: Perspectives and pitfalls. (Review)

Keywords: copyright; small claims tribunal; USA, constitutionality; jurisdiction; process; abuses.

В сфере защиты авторских прав в США существует значительный изъян, отмечаемый как учеными, так и практиками, – судопроизводство по делам об их нарушении в федеральных судах настолько затратное (в плане как денег, так и времени и усилий), что в случаях незначительного ущерба (нелицензированное использование фотографий онлайн, к примеру, может повлечь ущерб в размере 500 долл. США) уязвленная сторона предпочитает идти на заключение соглашения, а не нести риски, связанные с судопроизводством. Высокая стоимость судебной защиты мешает и защите от нарушения права, и защите от недобросовестных претензий.

На протяжении нескольких лет предложения создать специальный суд по делам о нарушениях авторских прав с небольшой суммой ущерба озвучивались Бюро по авторским правам США несколько раз. Последней попыткой стал Законопроект об альтернативе в обеспечении малых исков по авторским правам (*The copyright alternative in small-claims enforcement (CASE) Act* (H.R. 5757))

2017 г. Такой альтернативой должен стать трибунал, рассматривающий дела с возмещением ущерба до 30 тыс. долл. США (15 тыс. в случае если авторское право на данный объект не было зарегистрировано) в рамках упрощенной процедуры с минимальным исследованием обстоятельств дела [1, с. 713].

Модель специального суда, предлагаемая в этом законопроекте, однако, вызвала критику. При том что необходимость его создания в принципе не подвергается сомнению, предложенные в законе правила и процедура суда, по мнению ученых, допускают возможность злоупотребления ими и не способствуют эффективной защите прав. Памела Самюэльсон (Школа права Беркли) и Кэтлшин Хашимото (Центр права и технологии Школы права Беркли) выделяют следующие основания для критики модели суда малых исков: вопросы конституционности, объема юрисдикции, процессуальные вопросы и возможности для злоупотребления [2, с. 691].

Что касается конституционности, законопроект сомнителен с точки зрения принципа разделения властей и норм должного процесса (*due process*). Верховный суд США ранее пояснял, что Конгресс не имеет права в соответствии со ст. 1 Конституции США передавать на рассмотрение судов, созданных в рамках этой статьи, определенные категории дел постольку, поскольку они отнесены к компетенции судов, созданных в рамках ст. 3 Конституции (федеральные суды). Суды, созданные в рамках ст. 1 (так называемые «законодательные суды» (*legislative courts*)), могут рассматривать дела о «публичных правах», но не «частных». При том что новый суд явно является судом, функционирующим в рамках ст. 1, к какой из указанных категорий прав относятся авторские права, не совсем ясно [2, с. 692]. Ранее рассмотрение споров, связанных с авторскими правами, как и иных споров о нарушении прав, осуществлялось исключительно федеральными судами. Хотя Бюро по авторским правам США заявило, что сомнения в конституционности деятельности нового суда устраняются добровольным согласием сторон с его юрисдикцией, есть мнение, что предусмотренный в законопроекте для ответчика режим «отказа от участия» в процессе (*opt-out regime*) в действительности не будет в полной мере добровольным.

Вопросы, затрагивающие нормы должного процесса, касаются пределов и оснований пересмотра решений суда, прозрачности процедуры и пр. Самым значительным из них является вопрос о том, должен ли Конгресс установить для суда режим отказа от

участия в рассмотрении дела ответчиком или его согласия на участие (*opt-in regime*). С точки зрения конституционности режим согласия на участие был бы предпочтительнее, однако существует опасение, что в таком случае извещения о подаче иска будут игнорироваться, невзирая на то что процедура рассмотрения в суде малых исков быстрее и дешевле, чем в федеральном суде [2, с. 696]. Более безопасный с этой точки зрения режим отказа от участия в действительности не является таким уж добровольным, ведь если ответчик не отзовется, суд будет выносить решения и присуждать возмещение убытков в его отсутствие. Это может привести к большому объему заочных решений, которые невозможно будет оспорить в силу ограниченных оснований их обжалования. А в силу того, что жесткие стандарты подачи исков и доведения до ответчика информации о них еще не разработаны, образуется еще одна проблемная область – ответчик будет иметь возможность принять информированное решение о том, участвовать ему в процессе или нет.

Согласно законопроекту, суд будет рассматривать дела, в которых общий заявленный ущерб составляет 30 тыс. долл. США или меньше. Эта сумма оценивается как чересчур высокая. Она может охладить готовность ответчика участвовать в процессе. Вместо этого он предпочтет отказаться от участия в деле в расчете на то, что истец не пойдет на затратное во всех отношениях производство в федеральном суде. В качестве оптимальной суммы возможных присуждаемых убытков называется сумма в 10–15 тыс. долл. США.

Многие согласны с тем, что суд должен присуждать только компенсационные суммы. Успешный истец, таким образом, получит сумму, равную утраченной прибыли, но не лишит ответчика полученного прямого или косвенного дохода. Определение суммы такого дохода потребовало бы исследования значительного объема информации, что неприемлемо для такого вида процедуры [2, с. 697]. Также не должны быть предметом разбирательства иски о субсидиарной ответственности и о «небуквальном» нарушении (*nonliteral infringement*). И те, и другие, как правило, поднимают серьезные вопросы установления фактов и не предполагают упрощенного рассмотрения.

Высказывались сомнения и о приемлемости компенсации, предусмотренной в законе (*statutory damages*). Законопроект предусматривает возможность для истца избежать усилий и затрат, связанных с доказыванием понесенных убытков, и получить

вместо их возмещения компенсацию в размере до 15 тыс. долл. за каждый объект авторского права и до 7,5 тыс. за незарегистрированный объект. В свете достаточно скромного ущерба, с которым ассоциируются малые иски, такой объем компенсации кажется чрезмерным и может стимулировать активность недобросовестных истцов [1, с. 713].

Критика процессуальных аспектов работы будущего суда также обширна [2, с. 698]. Многие иски будут подаваться непосредственно создателями / правообладателями. Содействие в правильном оформлении правовых документов, как предполагается, должны оказывать им сотрудники суда. При этом в законопроекте отсутствует положение о том, что эти сотрудники не могут в дальнейшем принимать участие в рассмотрении дела по данному спору. Отсутствуют стандарты приемлемости подаваемых обращений.

Кроме того, в фокусе нового суда находятся, в первую очередь, иски субъектов авторских прав. Сторона ответчика, однако, также должна быть вправе претендовать на внимание сотрудников суда. К примеру, ответчики, представляющие свои интересы самостоятельно, должны получать помощь в формулировании своей позиции по делу.

Законопроект не предусматривает, что дела, факты по которым требуют значительного исследования, должны передаваться в федеральный суд. Между тем подобного рода суды (как показывает практика уже функционирующих подобных трибуналов) предназначены лишь для рассмотрения дел, которые можно разрешить, не прибегая к опросу экспертов или свидетелей.

Отсутствует ясность относительно того, в каком объеме и по каким вопросам в деятельности суда будут применяться федеральные правила гражданского судопроизводства.

Предполагается, что дела будут рассматриваться составом из трех судей. Между тем, учитывая количество дел, которое будет в компетенции суда (предположительно, тысячи и более в год), трудно рассчитывать, что один или несколько таких составов смогут с ними справиться. Может возникнуть и проблема несогласованности решений разных составов.

Законопроект включает в себя положение, согласно которому, федеральный суд обязан приостановить рассмотрение дела в случае, если оно является предметом рассмотрения суда малых исков. Было бы разумно предусмотреть и положение, согласно которому, в случае если ответчик принял решение не соглашаться с рассмотр-

рением дела в суде малых исков, а обратиться в федеральный суд, первый также должен приостановить производство по делу.

Согласно законопроекту, решения суда не будут иметь прецедентного значения. Есть, однако, смысл предусмотреть пояснение принятых судом решений в письменных мнениях судей, а также возможность публичного доступа к материалам дел и иные механизмы прозрачности деятельности суда.

Отдельное внимание критики уделяют возможностям злоупотреблений правами как со стороны истца, так и со стороны ответчика [2, с. 703]. Первый из таких рисков заключается в том, что хотя суд создается в основном для частных лиц – независимых авторов, борющихся за существование, он может быть использован и компаниями, стремящимися избежать излишних расходов в федеральном суде. Второй риск связан с заложенной в законопроекте возможностью получения компенсации, предусмотренной в законе. Она должна использоваться в первую очередь в случаях, когда доказать фактические убытки невозможно или это требует больших затрат, но предусмотрены и иные случаи ее получения. При том что отсутствуют рекомендации относительно размеров при-суждаемой компенсации, можно предположить, что практически каждый истец захочет получить ее в полном объеме. Помимо того, что такая сумма является чрезмерной для подобного вида трибуналов, ее принципиальное отсутствие стало бы стимулом для ответчиков участвовать в рассмотрении дела судом малых исков и не дожидаться того, обратится ли истец в федеральный суд, который может выплатить такую компенсацию. И наконец, возможность требовать максимальную компенсацию, а также получать заочные решения позволяет недобросовестным истцам подавать иски в расчете на то, что ответчик, желая избежать риска возможного проигрыша, не имея возможности тратить усилия на процесс доказывания, либо не успев в срок ответить на сообщение из суда отказом участвовать в процессе, пойдет на предлагаемое вслед за подачей иска соглашение. В худшем случае недобросовестный истец будет подавать иски и отзывать их при согласии ответчика участвовать в процессе, а суммы, получаемые при вынесении заочных решений, составят дополнительный доход «копирайт-троллей» [1, с. 725].

По мнению Бена Депуртера (профессора права Университета Калифорнии, а также Школы права Беркли и научного сотрудника Школы права Стэнфорда), еще одну возможность для злоупотребления, на этот раз уже ответчиком, создает режим «отказа от участия» в рассмотрении дела. В случае если ответчик отказывается

от рассмотрения дела судом малых исков, истцу остается либо подать иск в федеральный суд (и смириться со всеми сопутствующими издержками), либо отказаться от идеи восстановления своих прав. Недобросовестные ответчики, очевидно, воспользуются этой возможностью надавить на не желающих обращаться в федеральный суд (что уже продемонстрировано тем фактом, что они обратились в суд малых исков) истцов [1, с. 726].

Учитывая недостатки законопроекта, но при этом признавая необходимость учреждения суда малых исков, авторы предлагают ряд поправок, позволяющих сделать такой суд более работоспособным. В первую очередь это – снижение суммы возмещаемых убытков и возможной компенсации [1, с. 728; 2, с. 697], сужение юрисдикции суда до очевидно простых дел, факты которых не требуют доказывания [1, с. 730; 2, с. 697], введение изменяемой, в зависимости от размера запрашиваемой компенсации, суммы пошлины [1, с. 730; 2, с. 700], замена режима «отказа от участия» в рассмотрении дела ответчиком на режим «согласия» [1, с. 731; 2, с. 693].

Список литературы

1. *Depoorter B.* If you build it, they will come: the promises and pitfalls of a copyright small claims process // Berkeley technology law journal. – Berkeley, 2018. – Vol. 33, N 3. – P. 711–732.
2. *Samuelson P., Hashimoto K.* Scholarly concerns about a proposed copyright small claims tribunal // Berkeley technology law journal. – Berkeley, 2018. – Vol. 33, N 3. – P. 689–709.

Бянь Р.

**ПАТЕНТНЫЕ СПОРЫ В КИТАЕ:
ОПРОВЕРГАЯ РАСХОЖЕЕ МНЕНИЕ**

Реферат статьи: Bian R. Patent litigation in China: challenging conventional wisdom // Berkeley technology law journal. – Berkeley, 2018. – Vol. 33, N. 2. – P. 413–486.

Ключевые слова: патентные споры; патентные права; Китай.

Автор статьи – докторант Школы права Калифорнийского университета в Беркли (*University of California Berkley school of law*) (США). Анализируя материалы базы данных решений судов КНР – «*China judgements online*» (*CJO*), автор раскрывает основы правовой защиты в юрисдикции Китая патентных прав, в том числе принадлежащих иностранным физическим и юридическим лицам. Результатом исследования автора стали две группы информационных данных: 1) статистические взаимосвязи в делах по искам о нарушении патентных прав; 2) аналитическая оценка процессуальных и материальных основ признания нарушения патентных прав в судах КНР. Сравнительные данные объединены автором в 36 таблиц и четыре графика.

Число обращений в Государственное ведомство по интеллектуальной собственности КНР за регистрацией патентных прав и число зарегистрированных прав существенно возросло в результате новой политики Китая по стимулированию национальных инноваций. Китай становится все более важной и привлекательной юрисдикцией для защиты патентных прав иностранными изобретателями и предпринимателями. Патентная система Китая интегрируется в международную систему защиты патентных прав.

Одним из следствий крайне низкой транспарентности системы правосудия Китая до 2014 г. стало культивируемое в мире мнение, что: китайские суды строго отдают предпочтение национальным компаниям в ущерб иностранным, поддерживая, таким образом, собственную экономику; крайне сложно добиться запретительных мер в соответствии с китайским законодательством; размер денежного возмещения вреда, присуждаемый китайскими судами, крайне мал и не способен компенсировать убытки, причиненные нарушением патентных прав. Тем не менее то, как патентные споры разрешаются судами Китая (основания признания нарушения, присуждения запретительных мер и возмещения вреда), может быть объяснено путем анализа правовых и внеправовых факторов.

Открытие публичного доступа к базе данных *«China judgments online»* с 1 января 2014 г. предоставило возможность проведения эмпирического исследования. В статистический анализ 1663 итоговых решений судов по искам о нарушении патентных прав, вынесенных за 2014 г., автор вводит «зависимые переменные»: выраженная в решении правовая позиция суда; размер денежного возмещения вреда; назначение судом запретительных мер. В качестве «независимых переменных», которые в свою очередь могут влиять на решение суда, автор предлагает рассмотреть: существование судебного дела (предмет иска); тип патента; индивидуальные характеристики автора разработки и обладателя патента; национальную принадлежность истца; сроки, истекшие с момента подачи заявки и выдачи патента; наличие апелляционного обжалования; место рассмотрения дела.

Выявленные в ходе исследования статистические взаимосвязи в целом указывают, что защита патентных прав в Китае значительно сильнее, чем подразумевалось большинством зарубежных ученых. Процент удовлетворенных за рассмотренный период исков (80,16%) значительно выше, чем в Германии (около 66) или в США (около 60%) [с. 475]. Подобное положение можно рассматривать как свидетельство зрелости системы судебной защиты патентных прав в Китае.

Постоянные запретительные меры автоматически присуждались в большинстве выигранных истцами дел (93,76%). В отличие от США, где истец должен доказать, что обстоятельства его дела свидетельствуют о необходимости запретительных мер, в Китае в соответствии с Общими положениями гражданского права КНР 1986 г. и Законом КНР «О деликтной ответственности» 2009 г.

необходимо лишь признание судом факта нарушения и наличие соответствующего требования истца. Наиболее распространенными причинами отказа в присуждении запретительных мер являлось отсутствие требования данных мер истцом (38,46%), а также истечение срока патента (29,23%). Суды относительно часто отказывали в запретительных мерах в публичных интересах и интересах равноправия (15,38%), однако в большинстве таких случаев взамен присуждали истцу лицензионное вознаграждение [с. 438].

Возмещение убытков присуждалось судами в 96,17% случаев. Подавляющее большинство случаев отказа в возмещении убытков (82,35%) [с. 439–440] основывалось на ст. 70 Закона КНР «О патентах» 2008 г., когда ответчик доказывал, что приобрел товар из правомерного источника (*legitimate source*), не подозревая о наличии нарушения патентного права.

Статистика тем не менее показывает обоснованность мнения о крайне низком размере присуждаемого китайскими судами денежного возмещения убытков. Средний размер возмещения по патентным спорам в 2014 г. составил 12 354 долл. США [с. 441]. Он в сотни раз меньше, чем средний размер денежного возмещения вреда, причиненного нарушением патентных прав в США, составивший в 2014 г. около 2 млн долл. Максимальный размер денежного возмещения вреда, причиненного нарушением патентных прав, в Китае в 2014 г. составил 0,79 млн долл. США (единичный случай) [с. 443].

Факторами, повлиявшими, по мнению автора, на правовую позицию китайского суда, являются тип патента, срок, истекший с момента предоставления патентной защиты, национальность истца, место рассмотрения дела (административно-территориальная юрисдикция), а также обращение к апелляционной инстанции. Так, наибольший средний размер возмещения убытков можно наблюдать по искам, касавшимся патентов на изобретения (42 207 долл. США) [с. 448]. Он приблизительно в три раза выше, чем средний размер возмещения обладателям патентов на полезные модели, и в семь раз выше, чем владельцам патентов на промышленные образцы. Наименьший процент выигранных дел наблюдается по искам, касающимся патентов в области химии (50%), в то время как области электрики и механики показывают приблизительно одинаковый результат (78,42 и 75,56% соответственно) [с. 453]. Апелляционный суд, как правило, изменял решение суда первой инстанции в пользу истца (в связи с чем процент удовле-

творенных исков в суде апелляционной инстанции выше), а также увеличивал размер денежного возмещения вреда.

Автор особо останавливается на анализе дел с участием иностранных физических и юридических лиц. Статистические данные показали, что процент удовлетворенных исков иностранных обладателей патентных прав незначительно, но выше, чем исков китайских правообладателей. В пользу иностранцев чаще присуждались постоянные судебные запреты. Более того, средний размер денежного возмещения для истцов-иностранцев оказался более чем в три раза больше, чем для китайских истцов.

Такое положение полностью опровергает отстаиваемую некоторыми западными учеными и практиками убежденность в китайском протекционизме в ущерб иностранным компаниям (A. Бибербах (*A. Bieberbach*), доклад *PriceWaterhouseCoopers* 2011 г.).

Многие полученные данные прямо не относятся к существующему предубеждению относительно слабости патентной защиты в КНР, однако также представляют интерес для общей оценки системы защиты. Так, например, большая часть исков (61,57%) касалась патентов на промышленные образцы. За ними следуют иски о полезных моделях (25,30%) и изобретениях (13,13%) [с. 444]. Подавляющее большинство исков касалось патентов в области механики (84,64%), а не электрики (физики) (13,79) или химии (1,57%) [с. 460, 475]. Большинство исков были поданы в регионе восточного побережья – наиболее экономически развитой части Китая.

Анализ автора лишь частично раскрывает систему охраны патентных прав в Китае – он обращен к защите нарушенных прав. В то же время иски о нарушении патентных прав и иски о действительности самих патентных прав рассматриваются в Китае обычно раздельно – разными судами в ходе разных судебных процедур. Получение полного представления о системе требует проведения более полного обобщающего эмпирического исследования.

T.B. Захаров

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Афанасьева Елизавета Алексеевна – научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН.

Афанасьева Екатерина Геннадиевна – доцент кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, ведущий научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, канд. юрид. наук.

Горская Екатерина Юрьевна – преподаватель кафедры гражданского и предпринимательского права Всероссийского государственного университета юстиции, канд. юрид. наук.

Гурко Антон Владимирович – эксперт Центра научной, информационно-библиотечной работы и международного сотрудничества ФГБОУ ВО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности».

Данилов Иван Сергеевич – аспирант кафедры предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова.

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 кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, слушатель Российской школы частного права.

Жулин Евгений Михайлович – студент МГУ имени М.В. Ломоносова.

Захаров Тимофей Владимирович – научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН.

Иванова Ангелина Петровна – студентка МГУ имени М.В. Ломоносова, сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН.

Каруцхия Александр Амиранович – профессор РГУ нефти и газа (НИУ) им. И.М. Губкина, канд. юрид. наук.

Коданева Светлана Игоревна – старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, канд. юрид. наук.

Кравчук Наталья Вячеславовна – старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, канд. юрид. наук.

Красиков Дмитрий Владимирович – заведующий кафедрой международного права ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия», канд. юрид. наук, доцент, старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН.

Лосева Елизавета Сергеевна – выпускница юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Макарчук Наталья Владимировна – доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Университета прокуратуры РФ, канд. юрид. наук.

Панарина Мария Михайловна – преподаватель Департамента общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права НИУ ВШЭ, канд. юрид. наук.

Руденкова Альбина Александровна – студентка юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Рузакова Ольга Александровна – профессор кафедры международного частного и гражданского права МГИМО МИД РФ, д-р юрид. наук, профессор.

Савина Виктория Сергеевна – доцент кафедры авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин ФГБОУ ВО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности», канд. юрид. наук, доцент.

Харитонова Юлия Сергеевна – профессор кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, д-р юрид. наук, профессор.

**ПРАВО БУДУЩЕГО:
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ,
ИННОВАЦИИ, ИНТЕРНЕТ**

Ежегодник

Выпуск 2

Корректор Л.Н. Казимирова
Компьютерная верстка
Н.М. Власова

Гигиеническое заключение
№ 77.99.6.953.П.5008.8.99 от 23.08.1999 г.
Подписано к печати 25/XI-2019 г. Формат 60x84/16
Бум. офсетная № 1 Печать офсетная
Усл. печ. л. 11,75 Уч.-изд. л. 10,0
Тираж 300 экз. (1–100 экз. – 1-й завод)
Заказ № 107

**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
в ООО «Амирит»
410004, г. Саратов, ул. Чернышевского, д. 88, литер У
Тел.: 8-800-700-86-33 / (845-2) 24-86-33