

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАУК  
ИНСТИТУТ НАУЧНОЙ ИНФОРМАЦИИ  
ПО ОБЩЕСТВЕННЫМ НАУКАМ

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

**Ежегодник**

**Выпуск 3**

**МОСКВА  
2020**

**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; Е.Е. Кирсанова; 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*

Рецензенты

*В.А. Вайпан – д-р. юрид. наук; Г.Н. Андреева – канд. юрид.  
наук, доцент*

**Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет: Ежегодник. Вып. 3** / Ин-т науч. информ. по обществ. наукам РАН, Центр. соц. науч.-информ. исслед., Отдел правоведения ; Кафедра предпринимательского права МГУ им. М.В. Ломоносова; отв. ред. Афанасьева Е.Г. – Москва : ИНИОН РАН, 2020. – 197 с. – (Правоведение). – ISBN 978-5-248-00973-2

Рассматриваются теоретические и практические вопросы эволюции права интеллектуальной собственности в условиях цифровизации, тенденции развития международного и национального законодательства об авторском праве, смежных правах и промышленной собственности, изменение традиционных и появление новых институтов права. Анализируется отечественная и зарубежная правоприменительная практика.

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

Theoretical and practical issues of the intellectual property law evolution in the context of digitalization, trends in the international treaties and national legislation on copyright, neighbouring rights, industrial property law development, changes in traditional and the emergence of new legal institutions of law are considered. Domestic and foreign law enforcement practice are analyzed.

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

ББК 67.404.2

© ФГБУН «Институт научной информации  
по общественным наукам РАН», 2020

ISSN 978-5-248-00973-2

## СОДЕРЖАНИЕ

Список принятых сокращений .....	9
Вступительное слово (Е.Г. Афанасьева) .....	11
Вступительное слово (Ю.С. Харитонова) .....	13

### Раздел 1

#### ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ В МЕДИЦИНСКОЙ И ФАРМАЦЕВТИЧЕСКОЙ СФЕРАХ И ПРАВО ЧЕЛОВЕКА НА ЗДОРОВЬЕ

Карчхия А.А. Возможности IP в борьбе с пандемией COVID-19 и международное сотрудничество. (Статья) .....	15
Жуковская А.А. О балансе интересов субъектов фармацевтического рынка. (Статья) .....	27

### Раздел 2

#### СТИМУЛИРОВАНИЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЭКОЛОГИЧЕСКИ ЧИСТЫХ ТЕХНОЛОГИЙ СРЕДСТВАМИ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Харитонова Ю.С. Интеллектуальная собственность на службе охраны природы: возможности токенизации общественных отношений. (Статья) .....	35
Коданева С.И. Интеллектуальная собственность vs Зеленая экономика: как разрешить дилемму? (Статья) .....	43
Афанасьева Е.Г. Реферат статьи: Эйдельман Д.Э., Остин Г.У. Товарные знаки и частноправовое регулирование экологического поведения .....	52

### Раздел 3

## ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ, СВОБОДА СЛОВА И ТВОРЧЕСТВА

<i>Савина В.С.</i> Интеллектуальная собственность и свобода слова. (Статья) .....	57
<i>Дорофеев Р.С.</i> Свобода слова и творчества, цензура и авторские права. (Статья).....	62
<i>Галкина А.М.</i> Проблемы правового регулирования сферы интернет-мемов. (Статья).....	70
<i>Афанасьева Е.Г., Долгих М.Г.</i> Товарные знаки и свобода слова и творчества. (Статья) .....	77
<i>Кулыба Д.Р., Афанасьева Е.Г.</i> Реферат статьи: Грейди Дж., МакКелви С. Поздравления поздравлениями, но #увидимсявсуде: ограничения на олимпийские хэштеги с точки зрения свободы слова и прав на товарные знаки .....	85

### Раздел 4

## ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И СМЕЖНЫЕ ИНСТИТУТЫ ПРАВА

<i>Червяков А.С.</i> Защита персональных данных в базах данных и компьютерных программах. (Статья) .....	90
<i>Иванова А.П.</i> Реферат статьи: Георгиадас Е. Вниз по кроличьей норе: применение права на забвение к изображениям, опубликованным в социальных сетях.....	99
<i>Богданова А.М., Афанасьева Е.Г.</i> Реферат статьи: Ильин И., Келли А. Использование человеческого голоса и речи в языковых технологиях: перспективы европейского и российского права интеллектуальной собственности.....	104
<i>Данилов И.С.</i> Семья и творчество: проблемные вопросы интеллектуальных прав в составе имущества супругов. (Статья) .....	110
<i>Афанасьева Е.А.</i> Истина на этикетке: регулирование маркировки вин в странах Европы и в США. (Обзор) .....	120
<i>Певзнер В.А.</i> «Opt-in» vs «opt-out advertising»: поиск компромисса между осуществлением исключительных прав на средства индивидуализации и права на неприкосновенность частной жизни. (Статья) .....	132

<i>Красиков Д.В.</i> Проблемы трансграничной реализации принципа территориальности в праве интеллектуальной собственности в эпоху Интернета. (Обзор) .....	138
--	-----

## Раздел 5

### ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ В ЭКОНОМИЧЕСКОЙ И КУЛЬТУРНОЙ СФЕРАХ

<i>Рахматулина Р.Ш.</i> Влияние объектов авторского права на благополучие нашей жизни. (Статья) .....	145
<i>Пиленова А.В., Леонард Ф.Б.</i> Современное состояние института права доступа в Российской Федерации. (Статья) .....	153
<i>Сапрыкин М.И.</i> Кому выгодна монополия РАО? (Статья) .....	159
<i>Карелова А.Д.</i> Реферат статьи: Фам Х. Вступимся за выступления стендап-комиков: воровство комедийного материала, действенность авторского права и социальных норм в эпоху социальных сетей .....	164
<i>Иванова А.П.</i> Реферат статьи: Детерманн Л. Цифровое исчерпание: новое право из старого мира .....	170
<i>Афанасьев Е.Г.</i> Реферат статьи: Ногейра Серенш М. Территориальность исчерпания прав на товарный знак по первой директиве ЕС 89/104 .....	178
<i>Руденкова А.А.</i> Нарушения прав потребителей с помощью метатегов и ключевых слов. (Статья) .....	182
<i>Афанасьев Е.Г., Афанасьева Е.А.</i> Реферат статьи: Касадо Наварро А. Международная охрана коммерческого обозначения по ст. 8 Парижской конвенции: национальный опыт и сравнительное исследование .....	188
Сведения об авторах .....	195

## CONTENTS

List of accepted abbreviations.....	9
Introduction ( <i>E.G. Afanasieva</i> ) .....	11
Introduction ( <i>Yu.S. Kharitonova</i> ) .....	13

### Part 1

<i>Kartschiya A.A.</i> IP capabilities in the fight against the COVID-19 pandemic and international cooperation. (Article) .....	15
<i>Zhukovskaya A.A.</i> On balance of interests of pharmaceutical market participants. (Article) .....	27

### Part 2

<i>Kharitonova Yu.S.</i> Intellectual property in the service of nature conservation: possibilities of tokenization of social relations. (Article).....	35
<i>Kodaneva S.I.</i> Intellectual property vs Green economy: how to solve the dilemma? (Article) .....	43
<i>Afanasieva E.G.</i> Synopsis of an article: Adelman D.E., Austin G.W. Trademarks and private environmental governance .....	52

### Part 3

<i>Savina V.S.</i> Intellectual property and freedom of speech. (Article) .....	57
<i>Doroфеев R.S.</i> Freedom of speech and thought, censorship and copyright. (Article).....	62
<i>Galkina A.M.</i> Problems of the sphere of Internet memes legal regulation. (Article).....	70

<i>Afanasieva E.G., Dolgikh M.G.</i> Trademarks, the freedom of speech and expression. (Article) .....	77
<i>Kulyba D.R., Afanasieva E.G.</i> Synopsis of an article: Grady J., McKelvey S. Congratulations but #SeeYouInCourt: Olympic hashtag restrictions raise concerns over trademark rights and free speech.....	85

## Part 4

<i>Chervyakov A.S.</i> Securitization of PD (personal data) in databases and computer programs. (Article).....	90
<i>Ivanova A.P.</i> Synopsis of an article: Georgiades E. Down the rabbit hole: applying a right to be forgotten to personal images uploaded on social networks .....	99
<i>Bogdanova A.M., Afanasieva E.G.</i> Synopsis of an article: Ilin I., Kelli A. The use of human voice and speech in language technologies: the EU and Russian intellectual property law perspectives .....	104
<i>Danilov I.S.</i> Family and art: questions concerning intellectual property rights in property of spouses. (Article) .....	110
<i>Afanasieva E.A.</i> Veritas in vine lable: wine labeling requirements in Europe and USA. (Review) .....	120
<i>Pevzner V.A.</i> «Opt-in» vs «opt-out advertising»: in search of the compromise between exercising of the exclusive rights to means of individualization and the right to privacy. (Article) .....	132
<i>Krasikov D.V.</i> Problems of cross-border implementation of the territoriality principle in intellectual property law in the era of Internet. (Review) .....	138

## Part 5

<i>Rahmatulina R.Sh.</i> The impact of copyright objects on the well-being of our lives. (Article) .....	145
<i>Pshenova A.V., Leonard P.B.</i> Current state of the right of access in Russian Federation. (Article) .....	153
<i>Saprykin M.I.</i> Who benefits the monopoly of the Russian Authors' Society? (Article).....	159

<i>Karellova A.D.</i> Synopsis of an article: Pham H. Standing up for stand-up comedy: joke theft and the relevance of copyright law and social norms in the social media age .....	164
<i>Ivanova A.P.</i> Synopsis of an article: Determann L. Digital exhaustion: new law from the old world.....	170
<i>Afanasieva E.G.</i> Synopsis of an article: Nogueira Serens M. O âmbito geográfico do esgotamento do direito à marca na Primeira directiva 89/104/CEE .....	178
<i>Rudenkova A.A.</i> Consumer rights violations with meta tags and keywords. (Article) .....	182
<i>Afanasieva E.G., Afanasieva E.A.</i> Synopsis of an article: Casado Navarro A. La protección internacional del nombre comercial a través del artículo 8 del Convenio de la Unión de París: experiencias nacional y comparadas .....	188
Information about the authors .....	195

## **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 об информации* – Федеральный закон № 149-ФЗ от 27.06.2006 г. «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

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

*Закон о персональных данных* – Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных».

*Закон о рекламе* – Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

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

*СК РФ* – Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ.

*Соглашение ТРИПС* – Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности.

*УК РФ* – Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ.

### **Международные организации и международные суды**

*ВОЗ* – Всемирная организация здравоохранения.

*ВОИС* – Всемирная организация интеллектуальной собственности.

*ЕС, Евросоюз* – Европейский союз.

*ЕСПЧ* – Европейский Суд по правам человека.

## **Государственные органы**

*ВС РФ* – Верховный Суд Российской Федерации.

*КС РФ* – Конституционный Суд Российской Федерации.

*Роспатент* – Федеральная служба по интеллектуальной собственности.

*СИП* – Суд по интеллектуальным правам.

*ФАС России* – Федеральная антимонопольная служба.

## **ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО** *(Е.Г. Афанасьева)*

Центральной темой этого выпуска ежегодника, отраженной в большей части его материалов, является благополучие человека и его обеспечение ресурсами права интеллектуальной собственности. Это, в первую очередь, жизнь и здоровье человека (об этом – материалы первого раздела ежегодника); впервые в этом выпуске мы уделяем внимание возможностям стимулирования средствами права интеллектуальной собственности применения природо-сберегающих технологий (эта проблематика отражена во втором разделе). В материалах третьего раздела поднимаются вопросы взаимодействия права интеллектуальной собственности и таких важнейших правовых институтов, как свобода слова и свобода творчества, которые в настоящее время испытывают беспрецедентное давление со стороны и публичной власти, и частных регуляторов (прежде всего, социальных сетей, цензура со стороны которых стала новой приметой сегодняшнего дня), а подчас и со стороны правообладателей, слишком ревностно защищающих свою легальную монополию.

Четвертый раздел мы посвящаем «зоне пересечения» права интеллектуальной собственности и других правовых институтов и отраслей: международного, семейного права, института личных неимущественных прав и персональных данных, «права на забвение», различных сертификационных знаков для алкогольной продукции, правового регулирования рекламы. В пятом разделе «Интеллектуальная собственность в экономической и культурной сферах» читатель найдет материалы по такой проблематике, как расширение круга объектов авторско-правовой охраны, реализация права доступа, коллективное управление авторскими и смежными правами, защита авторским правом шуток стендап-комиков, исчерпание исключительных прав, использование слов, схожих

с элементами чужих товарных знаков, в метатегах и ключевых словах, особенности правового режима коммерческого обозначения.

Традиционным для нашего ежегодника является жанровое разнообразие (помимо статей в выпуске представлены рефераты и обзоры современной иностранной литературы) и участие в нем наряду с известными авторами молодых исследователей.

При работе над выпуском была использована информационная поддержка СПС «КонсультантПлюс».

## ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

*(Ю.С. Харитонова)*

В этот непростой год главной темой в сфере интеллектуальной собственности ВОИС была избрана зеленая экономика. Предполагалось, что в рамках обсуждений специалисты в сфере частного права и права интеллектуальной собственности будут обсуждать в 2020 году вопросы обеспечения благополучия человека через призму инноваций и защиты окружающей среды.

Несомненно, данная тема остро стоит перед мировым сообществом и требует ответа от правоведов, специализирующихся в различных областях юридической науки: как обеспечить бережное отношение к природе, стимулировать рост инноваций и самосознания граждан в этой сфере. Исследования в данном направлении также невозможно представить без проведения междисциплинарных проектов, так как тема защиты окружающего мира неизбежно отсылает нас к глобальным проблемам экологии, медицины, экономики, социологии, инженерии и др.

Однако жизнь внесла свои корректизы в наши планы, и в центре внимания буквально всех исследователей оказалась пандемия COVID-19 и ее последствия.

Тем весомее показался нам вопрос о благополучии человека в мировом масштабе. Ведь в каждом случае благополучие как таковое воспринимается по-разному. В каких-то случаях мы думаем о финансовой и материальной стороне жизни человека, в каких-то – об эмоциональном состоянии. Однако на международном уровне имеет смысл ставить вопрос об обеспечении благополучия в различных сферах жизни конкретного индивида и всего человечества. В таком ключе благополучие сосредотачивается на основных вопросах – охране здоровья и правах на сохранение благоприятной окружающей среды. Именно эти вопросы стали предметом рассмотрения авторами сборника.

Также некоторые ученые посчитали возможным представить свои исследования в сфере права интеллектуальной собственности и конституционного права. Невозможно говорить о благополучии человека в отсутствие свободы творчества, свободы слова, свободы самовыражения. Ставятся вопросы о возможности нахождения баланса между интересами коммерсантов, бизнеса и частных лиц, обладающих правом на защиту личных данных, неприкосновенность частной жизни, на чистоту информационной сферы человека.

Специфика интеллектуально-правовой сферы также проявляется в близости к понятиям имиджа и репутации участников оборота. Поэтому в рамках представленного сборника рассмотрены и правовые возможности стимулирования экологического и иного ответственного поведения конкретных лиц в современном обществе.

Мы надеемся, что очень скоро благополучие нашего мира будет восстановлено, и после пандемии все авторы и наши читатели смогут встретиться на презентации данного издания в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова и обсудить все волнующие нас правовые вопросы.

А пока пожелаем здоровья всем нашим коллегам и читателям!

До скорой встречи.

# Раздел 1

## ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ В МЕДИЦИНСКОЙ И ФАРМАЦЕВТИЧЕСКОЙ СФЕРАХ И ПРАВО ЧЕЛОВЕКА НА ЗДОРОВЬЕ

Карцхия А.А.

### ВОЗМОЖНОСТИ ИП В БОРЬБЕ С ПАНДЕМИЕЙ COVID-19 И МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО (Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.01

**Аннотация.** Статья посвящена вопросам современного международного сотрудничества и биотехнологиям, используемым в глобальной борьбе с пандемией COVID-19 и ее последствиями.

**Ключевые слова:** пандемия; биотехнологии; интеллектуальная собственность; патенты; геномика; вакцина; международное сотрудничество.

**Kartskhia A.A. IP capabilities in the fight against the COVID-19 pandemic and international cooperation. (Article)**

**Abstract.** The article is devoted to the issues of modern international cooperation and biotechnologies used in the global fight against the COVID-19 pandemic and its consequences.

**Keywords:** pandemic; biotechnology; intellectual property; patents; genomics; vaccine; international cooperation.

Мощные экономические, демографические и технологические процессы в мире формируют новый баланс сил. Результатом, как отмечалось в докладе Всемирного экономического форума

«О глобальных рисках 2020»<sup>1</sup>, является неурегулированный геополитический ландшафт, в котором государства все чаще рассматривают возможности и вызовы через односторонние интересы. Формируется новая архитектура глобальных рисков в условиях геополитической и геоэкономической неопределенности. К их числу относятся:

- а) макроэкономическая нестабильность и финансовое неравенство;
- б) нарастающие климатические угрозы и риски ускоряющейся утраты биоразнообразия;
- в) фрагментация киберпространства цифровых технологий как угроза дальнейшему технологическому развитию последующих поколений технологий;
- г) неспособность системы общественного здравоохранения противостоять неинфекционным заболеваниям и угрозам пандемий ввиду изменения социальных, экологических, демографических и технологических моделей, которые угрожают свести на нет важнейшие достижения в области благополучия и процветания. Это вопросы, по которым заинтересованные стороны должны найти способы действовать быстро и целенаправленно.

Пандемия COVID-19, как отмечается в последних документах ООН<sup>2</sup>, представляет собой гораздо больше, чем кризис здравоохранения, – она затрагивает общество и экономику в их сердцевине. Без принятия срочных социально-экономических мер глобальные бедствия будут усугубляться, ставя под угрозу жизнь и средства к существованию на долгие годы вперед.

Пандемия имеет многочисленные последствия для гражданских, экономических, политических, социальных и культурных прав и свобод человека. Меры реагирования на эту пандемию должны соответствовать международным стандартам в области прав человека и учитывать ключевые проблемы в области прав человека. Глобальным планом установлены 10 тематических показателей для поддержки национальных и международных усилий по разработке основывающейся на правах человека политики реагирования на современный кризис, а также инструментов раннего

---

<sup>1</sup> См.: The Global risks report 2020 // WEF. – 2020. – Р. 6–10. URL: <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020> (дата обращения: 24.07.2020).

<sup>2</sup> См.: A UN Framework for the immediate socio-economic response to COVID-19. UN. – 2020. – April. – Р. 3. URL: <https://unsdg.un.org/resources/un-framework-immediate-socio-economic-response-covid-19> (дата обращения: 18.06.2020).

предупреждения. Особые усилия следует приложить для детализации соответствующих показателей по полу, возрасту, состоянию здоровья, национальности, миграционному статусу, расовой или этнической принадлежности, доходу, географическому положению и другим характеристикам, имеющим отношение к национальным контекстам. Использовать максимум имеющихся ресурсов на национальном и международном уровнях для обеспечения наличия, доступности, приемлемости и качества медицинской помощи для всех, кто в ней нуждается, в том числе для условий, отличных от инфекции COVID-19, и обеспечить соблюдение права на жизнь во всем мире.

Глобальный план ООН определяет пять направлений действий, включая: обеспечение доступности основных медицинских услуг и защиты систем здравоохранения; помочь людям в преодолении невзгод посредством социальной защиты и основных услуг; защиту рабочих мест, поддержку малых и средних предприятий и работников неформального сектора в рамках программ экономического реагирования и восстановления и др.

В прогнозе МВФ 2020 г.<sup>1</sup> отмечается, что мировая экономика вступила в самую глубокую экономическую рецессию со времен Великой депрессии, с возможностью финансового кризиса, который будет иметь серьезные последствия для уязвимых групп населения и домашних хозяйств, некоторые из которых уже граничат с нищетой.

Пандемия COVID-19 вызвала большие гуманитарные издержки во всем мире, которые продолжают расти. Чтобы защитить жизни и позволить системам здравоохранения справиться с этой болезнью, потребовались меры изоляции, ограничения на передвижение людей и массовые закрытия объектов с целью замедлить распространение вируса. Таким образом, кризис в сфере здравоохранения серьезно сказывается на экономической активности. В результате пандемии в 2020 г. прогнозируется резкое сокращение мировой экономики на 3%, намного больше, чем во время финансового кризиса 2008–2009 гг.

В сложившейся ситуации мировой пандемии Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) в мае 2020 г. выступила с инициативой создания в рамках Глобального плана гуманитарного

---

<sup>1</sup> См.: Global Economic Outlook // IMF. – 2020. – April 14. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020> (дата обращения: 18.06.2020).

реагирования на COVID-19 под руководством ООН (UN-led COVID-19 Global Humanitarian Response Plan) добровольного пула доступных технологий в борьбе с COVID-19 (С-ТАР)<sup>1</sup> в качестве публичного фонда ООН в сфере здравоохранения, который может стать эффективным инструментом для предотвращения, обнаружения и лечения COVID-19 и послужить глобальным общественным благом, доступным всем людям.

В заявлении ВОЗ<sup>2</sup> отмечалось, что пандемия COVID-19 выяснила неравенство современного мира, что, тем не менее, дает возможность преодолеть такое неравенство и построить более справедливый мир, в котором здоровье является не привилегией для немногих, а общим благом. Инициативу уже поддержал созданный в 2010 г. Патентный пул лекарственных средств (Medicines Patent Pool – МРР) при ООН, которому продлен соответствующий мандат деятельности. МРР ведет переговоры с патентообладателями о выдаче лицензий на жизненно важные лекарства для стран с низким и средним уровнем дохода. Эти лицензии позволяют некоторым производителям производить и распространять в развивающихся странах непатентованные версии запатентованных лекарственных средств. Лицензии также предоставляют свободу для разработки новых методов лечения, таких как комбинации фиксированных доз в одной таблетке, состоящей из нескольких лекарственных препаратов, а также специальные составы для детей. Конкуренция между гарантирующими качество фармацевтическими компаниями, производящими дженерики, способствует снижению цен и ускоряет доступ к новым методам лечения в развивающихся странах. Вновь создаваемый технологический пул С-ТАР (The COVID-19 technology access pool)<sup>3</sup> формируется на основе пяти следующих приоритетов:

- 1) публичное раскрытие результатов исследований по секвенированию генов;
- 2) публичное раскрытие всех результатов клинических исследований;

---

<sup>1</sup> См.: WHO. Coronavirus disease (COVID-19) outbreak situation. – 2020. URL: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> (дата обращения: 18.06.2020).

<sup>2</sup> См.: там же.

<sup>3</sup> См., напр.: Commitments to share knowledge, intellectual property and data. URL: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/covid-19-technology-access-pool>

3) поощрение правительства и спонсоров исследований к включению в контракты с фармацевтическими компаниями положений о справедливом распределении и публикации пробных данных;

4) лицензирование методов лечения и вакцин для крупных и мелких производителей;

5) поощрение открытых инновационных моделей и передачи технологий, которые увеличивают местный производственный и снабженческий потенциал.

Через С-ТАР компаниям и правительствам стран – членов ВОЗ, которые разрабатывают эффективные терапевтические препараты, предлагается внести патенты в патентный пул лекарственных средств, из которого будут сублицензироваться патенты производителям дженериков. С-ТАР строится на добровольных началах и основывается на успешном опыте лечения ВИЧ и гепатита С.

Инструменты для предотвращения, обнаружения и лечения COVID-19 являются глобальными общественными благами, которые должны быть доступны всем людям. Наука дает нам решения, но чтобы эти решения работали для всех, нужна солидарность.

Созданный ВОЗ медицинский патентный пул (Medicines Patent Pool – MPP)<sup>1</sup> представляет собой добровольное соглашение между несколькими субъектами, обладающими патентами на конкретную технологию. Такие пулы облегчают совместное использование интеллектуальной собственности нескольких патентообладателей – данных медицинских испытаний, ноу-хау, клеточных линий, а также прав на диагностические тесты, устройства, лекарства или вакцины – на основе лицензионных договоров (перекрестных лицензий). Администратору пула предоставляется право выдавать лицензии третьим лицам в соответствии с разрешенными условиями лицензирования. Патентный пул дает выигрыш в эффективности, поскольку вместо того, чтобы вести переговоры о нескольких лицензиях с различными сторонами, третья сторона может получить единую лицензию на группу патентов через пул. Меньшее количество лицензий, как правило, также приводит к снижению затрат для поставщиков при производстве и продаже продукции, что, в свою очередь, позволяет сделать продукцию дешевле для конечного потребителя. Патентные пулы широко

---

<sup>1</sup> См.: Medicines Patent Pool (MPP). URL: <https://medicinespatentpool.org/what-we-do/our-work/covid-19> (дата обращения: 18.06.2020).

используются в различных отраслях промышленности, но в первую очередь в сфере высоких технологий. В государственном секторе здравоохранения они дают возможность снизить стоимость производства лекарственных средств, в частности для лечения в странах с низким и средним уровнем дохода. Примером является SARS Patent Pools, мандат которого предусматривает расширение доступа к лекарственным средствам для лечения ВИЧ, гепатита С, туберкулеза и др. МПР заключил лицензионные соглашения на 18 запатентованных лекарственных средств, которые позволяют сублицензиатам разрабатывать, производить и продавать версии дженериков лекарственных средств в определенных странах. В настоящее время пул имеет сублицензионные контракты с 24 производителями дженериков и разработчиками медицинских препаратов.

Актуальные разработки нескольких медицинских технологий COVID-19, таких как диагностические тестирующие устройства и лекарственные средства, проходящие клинические испытания, могут послужить основой МПР пула. Как и в случае с ВИЧ, патентный пул борьбы с COVID-19 (SARS-CoV-2) будет способствовать улучшению доступности основных лекарственных средств или будущей вакцины, а также улучшению стандартизации диагностического тестирования. По мере развития патентного пула COVID-19 ВОЗ определит патенты, имеющие важное значение, чтобы привлечь их в этот пул и начать предметные переговоры о выдаче лицензий, которые могут расширить доступ к интеллектуальной собственности. В связи с недавним появлением вируса COVID-19, патенты на этот штамм не были выданы, и даже заявки, как правило, еще не были опубликованы (хотя ранняя публикация заявок патентов и ускоренная экспертиза часто доступны по запросу). Однако уже получены патенты, направленные на вирусные инфекции coronaviridae, такие как патент на экспериментальный препарат *Remdesivir*, и эти патенты могли бы стать основой для патентного пула на его ранних стадиях, если будет доказана эффективность этих терапевтических препаратов против COVID-19. В настоящее время многие клинические испытания продолжаются, в том числе некоторых непатентуемых соединений. Кроме того, одним из основных различий между патентным пулом COVID-19 и патентным пулом SARS является наличие выданных патентов на лекарственные средства, которые в настоящее время проходят клинические испытания.

Во время пандемии COVID-19 многие исследователи и фармацевтические компании спешат найти методы лечения и вакцины от этой болезни. В статье, опубликованной 13 апреля 2020 г. в «Genetic engineering and biotechnology news», приводятся данные о более чем 160 кандидатах на лекарственные и вакцины препараты, находящиеся на разных стадиях разработки<sup>1</sup>. Большое внимание уделяется обмену инновационными технологиями и ноу-хау. Участники отрасли сотрудничают и предоставляют друг другу доступ к собственным ресурсам: компания Excelra открыла доступ к базе данных COVID-19 Drug Repurposing Database, компания CAS подготовила обзор опубликованной научной информации о патентах в коллекции CAS, включая известные препараты против других РНК-вирусов – SARS-CoV и MERS-CoV. Другие высокотехнологические компании предполагают открыть доступ к своим патентам в течение первого года пандемии, при этом только Intel открывает более 72 000 патентов в разных странах<sup>2</sup>.

Продолжается работа по перепрофилированию лекарств, таких как Excelra и CA. Патентный анализ CAS биологических препаратов, связанных с коронавирусом, показывает, что они включают терапевтические антитела, цитокины и препараты на основе нуклеиновых кислот, направленные на экспрессию генов вируса, а также различные типы вакцин, которые могут быть применимы к COVID-19<sup>3</sup>.

COVID-19, хотя и беспрецедентный по своим масштабам, не является первым коронавирусом, который потребовал массовых мер в области общественного здравоохранения. Первый случай ОРВИ (SARS), серьезной формы вирусной пневмонии, вызванной коронавирусом ОРВИ (SARS), произошел в конце 2002 г. в провинции Гуандун КНР. Эпидемия быстро распространилась по всему земному шару. Статистические данные Всемирной организации здравоохранения свидетельствуют о том, что в 30 странах было зарегистрировано 8096 случаев заболевания и 774 смерти. Хотя

<sup>1</sup> См.: Philippidis A. Vanquishing the Virus: 160 + COVID-19 Drug and Vaccine Candidates in Development // Genetic engineering and biotechnology news. – 2020. – April 13. URL: <https://www.genengnews.com/a-lists/vanquishing-the-virus-160-covid-19-drug-and-vaccine-candidates-in-development> (дата обращения: 18.06.2020).

<sup>2</sup> См.: Ibid.

<sup>3</sup> См.: Research and development on therapeutic agents and vaccines for COVID-19 and related human coronavirus diseases / Liu C. и др. // ACS central science. – 2020. – N 6. – P. 315–331. URL: <https://pubs.acs.org/doi/pdf/10.1021/acscentsci.0c00272> (дата обращения: 18.06.2020).

масштабы вспышки несравнимы с COVID-19, уровень смертности, как сообщалось, был выше примерно на 10%<sup>1</sup>. Последнее известное заражение SARS произошло в 2004 г. Тем не менее возможны будущие вспышки заболевания.

Многие специалисты предположили, что вирус COVID-19 станет сезонным, как и грипп. Вакцины против гриппа, стратегии и методы его лечения уже давно являются предметом активных исследований, которые привели к созданию различных вакцин и противовирусных препаратов, таких как Tamiflu. В обзоре за 2012 г.<sup>2</sup> примерно 3800 патентных семей были идентифицированы как направленные на вакцины против вируса гриппа А, включая вакциные композиции и информацию, касающуюся вспомогательных разработок вакцин. Согласно обзору, как и ожидалось, количество публикаций (и, следовательно, патентных заявок) резко возросло после вспышек H5 N 1 и H1 N 1. В топ-лист вошли такие крупные фармацевтические компании, как Novartis, GlaxoSmithKline, Pfizer, Merck, Sanofi и AstraZeneca, свой вклад внесли и многие правительственные и некоммерческие институты.

Патентование, особенно в таких интенсивно развивающихся отраслях, как фармацевтика и биология, связано с инновациями и может использоваться для поощрения сотрудничества и стимулирования инноваций. Поскольку и в будущем возможны вспышки коронавирусных заболеваний, патенты могут стать ценным инструментом и источником патентных знаний.

В настоящее время многие страны разрабатывают вакцины против SARS-CoV-2. Крупные фармацевтические компании объявили о задержке своих клинических испытаний и пересмотрели свои планы НИОКР в свете пандемии вируса COVID-19, приостановив регистрацию в большинстве текущих клинических испытаний и отложив ранее запланированные исследования. Благодаря этому уже имеются реальные успехи в разработке соответствующих вакцин и тестов.

Например, Национальный исследовательский центр эпидемиологии и микробиологии имени Н.Ф. Гамалеи Минздрава РФ

---

<sup>1</sup> См.: Summary of probable SARS cases with onset of illness from 1 November 2002 to 31 July 2003. URL: [https://www.who.int/csr/sars/country/table2004\\_04\\_21/en/](https://www.who.int/csr/sars/country/table2004_04_21/en/) (дата обращения: 18.06.2020).

<sup>2</sup> См.: Patent landscape of influenza a virus prophylactic vaccines and related technologies // University of New Hampshire scholars' repository / Cavicchi J.R. и др. – 2012. – N 1. URL: [https://scholars.unh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1195&context=law\\_facpub](https://scholars.unh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1195&context=law_facpub) (дата обращения: 18.06.2020).

(НИЦЭМ) создал векторную вакцину от COVID-19 на основе ДНК аденоовириуса, в которую встроен ген коронавириуса SARS-CoV-2 и с помощью которой запускается механизм иммунной защиты человеческого организма<sup>1</sup>. Минздрав России выдал регистрационное удостоверение на разработанные в России отечественные противовириусный препарат для лечения пациентов с COVID-19 ативавир, а также противовириусный препарат левилимаб (ингибитор интерлейкина-6) российской биотехнологической компании «Биолаб»<sup>2</sup>. Оригинальную методику лечения вириуса предложил исследовательский институт Росатома, ученые которого подбирают молекулы и газовые компоненты, способные оставаться активными при вдыхании и излучать ультрафиолет прямо в легких, что позволит лечить туберкулез, онкологию и другие болезни<sup>3</sup>.

В апреле 2020 г. Европейская комиссия опубликовала руководящие принципы<sup>4</sup>, касающиеся диагностических тестов COVID-19 *in vitro*, которые государства – члены ЕС и иные заинтересованные участники должны учитывать при определении национальных стратегий. Руководящие принципы предусматривают, что соответствующей нормативной базой для проведения диагностических тестов COVID-19 служит Директива о медицинском оборудовании для диагностики *in vitro* 98/79/EC<sup>5</sup>. Согласно руководящим принципам COVID-19 тесты могут быть сгруппированы по научному обоснованию, типу технологии, предполагаемому пользователю и месту проведения тестирования.

С точки зрения научного обоснования тесты в целом делятся на две категории:

---

<sup>1</sup> См.: Минобороны объявило о начале испытаний российской вакцины от коронавириуса // INTERFAX.RU. – 2020. – 2 июня. URL: <https://news.mail.ru/society/42023416/?frommail=1> (дата обращения: 18.06.2020).

<sup>2</sup> См.: Филатова А. Препарат от артрита зарегистрирован в России для лечения COVID // Ридус. – 2020. – 6 июня. URL: [https://www.ridus.ru/news/329093?utm\\_campaign=ridus&utm\\_%20medium%20=referral&utm\\_source=push](https://www.ridus.ru/news/329093?utm_campaign=ridus&utm_%20medium%20=referral&utm_source=push) (дата обращения: 18.06.2020).

<sup>3</sup> См.: В «Росатоме» заявили о разработке нового метода борьбы против COVID-19 // РИА Новости. URL: <https://news.mail.ru/society/42021633/?frommail=1> (дата обращения: 18.06.2020).

<sup>4</sup> См.: Guidelines on COVID-19 *in vitro* diagnostic tests and their performance – EC, Brussels – 15.4.2020 C (2020) 2391. URL: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/testing\\_kits\\_communication.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/testing_kits_communication.pdf) (дата обращения: 18.06.2020).

<sup>5</sup> См.: Directive 98/79/EC on *in vitro* diagnostic medical devices (IVD). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31998L0079> (дата обращения: 18.06.2020).

1) обнаруживающие вирус SARS-CoV-2 в двух вариантах: определяющие генетический материал вируса методом поперечной полимеразной цепной реакции (от-ПЦР) либо выявляющие компоненты вируса (антигенные тесты);

2) обнаруживающие прошлые воздействия вируса (тесты антител).

С точки зрения типа технологии коммерческие СЕ-маркированные тесты<sup>1</sup> могут быть либо быстрыми, которые включают неавтоматизированные процедуры и предназначены для быстрого получения результата, либо автоматизированными для использования на анализаторах машин (небыстрые тесты). С точки зрения предполагаемого пользователя, тесты могут быть разработаны для использования медицинскими работниками или непрофессиональными пользователями (самотестирование). Что касается места проведения испытаний, то они могут быть как лабораторными, так и «околопациентными» испытаниями, проводимыми вне лабораторных помещений.

В руководящих принципах излагаются недостатки и ограничения, связанные с производительностью тестов, которые следует учитывать в контексте тестирования населения. Например, недостаточная диагностическая чувствительность может привести к отсутствию инфицированных лиц, в то время как недостаточная диагностическая специфичность может привести к введению ограничительных мер в отношении лиц, которые не являются истинно позитивными. Именно поэтому чувствительность должна быть приоритетной на стадии контроля заболевания, в то время как специфичность более важна на стадии деэскалации.

Еще одним ограничением, которое должно быть принято во внимание государствами – членами ЕС и заинтересованными сторонами, являются непрерывные мутации вируса, которые могут сделать определенные тесты от-ПЦР неэффективными. Именно поэтому профиль мутаций вируса должен контролироваться.

Производительность устройства может отличаться на практике по сравнению с исследованием производительности, которое изготавитель провел для целей маркировки СЕ из-за быстрого развития пандемии. Именно поэтому руководящие принципы рекомендуют изготавителям проводить проверку производительности теста – дополнительную валидацию клинических характеристик коммерческих тестов COVID-19.

---

<sup>1</sup> Биологический термин.

В марте 2020 г. Британское агентство по регулированию лекарственных средств и медицинских изделий (MHRA), а также и Европейское агентство по лекарственным средствам и спонсоры должны управлять клиническими испытаниями во время вспышки вируса атипичной пневмонии. Агентство особо указало, что пока нет лекарств, лицензированных специально для лечения или профилактики COVID-19, и нет маркированных CE наборов для самостоятельного тестирования, одобренных для домашнего использования. Потому выстроена работа по предотвращению использования ложных или нелицензированных препаратов от вируса (fake or unlicensed COVID-19 medical products).

Европейская Комиссия также опубликовала Рекомендации (ЕС) 2020/403<sup>1</sup>, в которых предусматривается, что для решения проблемы нехватки средств индивидуальной защиты (СИЗ), необходимых в контексте вспышки COVID-19, органы по надзору за рынком могут (несмотря на то что процедуры оценки соответствия, включая нанесение маркировки CE, не были полностью завершены в соответствии с правилами ЕС) санкционировать выпуск этих продуктов на рынок ЕС в течение ограниченного периода времени и в то время, когда осуществляются необходимые процедуры.

В апреле 2020 г. ВОИС<sup>2</sup> запустила новую функцию поиска для своей глобальной патентной базы данных PATENTSCOPE, чтобы облегчить поиск информации, содержащейся в опубликованных патентных документах, которые могут быть полезны для инноваторов, разрабатывающих новые технологии для борьбы с пандемией COVID-19. Поисковый центр ВОИС COVID-19 PATENTSCOPE предоставит ученым, инженерам, политикам в области общественного здравоохранения, промышленным предприятиям и представителям широкой общественности легкодоступный источник информации для улучшения выявления, профилактики и лечения таких заболеваний, как новый коронавирус. Учитывая резкое воздействие кризиса COVID-19 на здоровье и благосостояние

---

<sup>1</sup> См.: Commission recommendation (EU) 2020/403 of 13 March 2020 on conformity assessment and market surveillance procedures within the context of the COVID-19 threat. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0403&from=EN> (дата обращения: 18.06.2020).

<sup>2</sup> См.: WIPO Launches New Search Facility For PATENTSCOPE Database to Support COVID-19 Innovation Efforts. – Geneva, 2020. – April 21, PR/2020/850. URL: [https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2020/article\\_0008.html](https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2020/article_0008.html) (дата обращения: 18.06.2020).

людей, мир нуждается в любой доступной информации для успешного внедрения инноваций в области вакцинации и лечения.

В мае 2020 г. ВОИС запустила новый инструмент<sup>1</sup>, который отслеживает изменения политики в области интеллектуальной собственности (ИС), связанные с COVID-19, или другие меры, осуществляемые государствами – членами ВОИС в ответ на глобальную пандемию. Это последний случай из серии мер, принятых организацией в связи с пандемией COVID-19. «Трекер политики в области ИС COVID-19 является информационным хранилищем, которое поможет всем заинтересованным сторонам ориентироваться в изменениях, осуществляемых мировым сообществом ИС по мере его адаптации к пандемии COVID-19», – сказал генеральный директор ВОИС Фрэнсис Гарри<sup>2</sup>. Учитывая мандат ВОИС на руководство разработкой сбалансированной и эффективной международной системы ИС, вполне естественно, что ВОИС берет на себя ведущую роль в предоставлении такого инструмента, который способствует максимально широкому пониманию важной политики в области ИС и других мер.

Необходимо активное многостороннее сотрудничество для преодоления последствий пандемии. Как отмечалось в документах МВФ, странам необходимо сотрудничать, чтобы замедлить распространение вируса и создать вакцину и методы лечения для противодействия этой болезни. Пока такие медицинские средства не станут доступны, ни одна страна не будет защищена от пандемии (в том числе от ее возврата после спада первой волны), если в каких-то других странах передача инфекции продолжится.

---

<sup>1</sup> См.: WIPO Launches Tool to Track IP Policy Information in Member States during COVID-19 Pandemic. – Geneva, 2020. – May 5, PR/2020/853. URL: [https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2020/article\\_0010.html](https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2020/article_0010.html) (дата обращения: 18.06.2020).

<sup>2</sup> Там же.

**Жуковская А.А.**

**О БАЛАНСЕ ИНТЕРЕСОВ СУБЪЕКТОВ**  
**ФАРМАЦЕВТИЧЕСКОГО РЫНКА**  
**(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.02

**Аннотация.** В статье анализируются проблемные аспекты взаимоотношений участников фармацевтического рынка с позиции баланса частных и публичных интересов. Автор приходит к выводу о приоритете общественных интересов и необходимости ограничения легальной монополии патентообладателя, в том числе мерами антимонопольного регулирования.

**Ключевые слова:** баланс частных и публичных интересов; право на охрану здоровья; исключительное право; дженерик; положение Болар; плата за задержку; вторичные патенты; принудительная лицензия; антимонопольные иммунитеты.

***Zhukovskaya A.A. On balance of interests of pharmaceutical market participants. (Article)***

**Abstract.** The article is devoted to the analysis of the problem of the balance of private and public interests of pharmaceutical market participants. The author concludes that public interests take precedents and there is a need to limit the legal monopoly of the patent holder, using the measures of antitrust.

**Keywords:** balance of private and public interests; right to health protection; exclusive right; generic; Bolar provision; pay-for-delay patent settlements; secondary patents; compulsory license; antitrust immunities.

Правовые нормы создаются для преодоления социальных конфликтов. Однако зачастую право не справляется с данной задачей, порождая еще больше вопросов и противоречий в обществе. Одна из проблемных сфер подобного рода – патентные отношения на фармацевтическом рынке. Для данной сферы характерно столкновение разнонаправленных частных и публичных интересов. Решение такого конфликта посредством достижения определенного правового баланса интересов неминуемо окажет серьезное влияние на благополучие человека.

Автор не претендует на всеобъемлющий анализ рассматриваемой проблематики, цель работы уже – охарактеризовать ключевые проблемы дисбаланса частных и публичных интересов в сфере патентных отношений на фармацевтическом рынке и предложить пути их решения.

Отношения на фармацевтическом рынке возникают по поводу лекарственных препаратов, которые при соблюдении установленных Гражданским кодексом РФ условий приобретают режим изобретений, получая патентную защиту. Производитель лекарственного препарата становится обладателем исключительного права (так называемой легальной монополии), позволяющего ему коммерциализировать свое изобретение, в разработку которого вкладываются значительные денежные и временные ресурсы.

На другом полюсе рынка находится потребитель, которому как Конституцией РФ, так и международными актами (например, Всеобщей декларацией прав человека) гарантируется право на охрану здоровья. В качестве составляющей такого права Всемирная организация здравоохранения рассматривает доступ к основным лекарственным средствам<sup>1</sup>. Для облегчения доступа к лекарственным препаратам на рынке допускается деятельность компаний, производящих дженерики – биоэквивалентные оригинальному препарату лекарства, введение в оборот которых допускается по истечении действия патента на оригинальный препарат.

Дженериковые компании составляют конкуренцию производителям оригинальных лекарств, поскольку тратят значительно меньше ресурсов на их разработку и в связи с этим устанавливают более низкие цены на товар. Потребитель в условиях ограниченности ресурсов делает выбор в пользу более доступного ему

---

<sup>1</sup> См.: Доступ к основным лекарственным средствам как составная часть права на здоровье. URL: [https://www.who.int/medicines/areas/human\\_rights/ru/](https://www.who.int/medicines/areas/human_rights/ru/) (дата обращения: 03.07.2020).

дженерика, что негативно сказывается на имущественных интересах производителя-оригинатора. По состоянию на 2019 г., дженерики занимали 62,7% российского рынка (в ценовом выражении); в упаковках доля реализации дженериков составила 84,4%; средняя стоимость оригинального препарата – 464,0 руб., стоимость дженерика – 144,1 руб.<sup>1</sup> Столкновение интересов компании-оригинатора, дженериковой компании и потребителей представляет тот самый конфликт частных и публичных интересов, разрешение которого должно составлять основную заботу государства в этой сфере. В пользу каких интересов должен быть разрешен данный конфликт?

Лекарственный препарат является публичным благом, поскольку способствует удовлетворению потребностей неограниченного круга лиц<sup>2</sup>. Доступность лекарственных препаратов для потребителя – гарантия реализации права человека на охрану здоровья. В связи с этим представляется, что государство, в том числе в силу своего социального характера, должно предпринимать меры по обеспечению реализации такого конституционного права. Однако в то же время важно не допустить нарушения прав и имущественных ожиданий производителя лекарственного препарата.

Производитель лекарственного препарата получает правовую защиту своего изобретения, дающую возможность компенсировать расходы на производство и на вывод на рынок лекарственного препарата. Согласно п. 1 ст. 1363 ГК РФ изобретению предоставляется патентная защита сроком на 20 лет, гарантировавшая исключительное право изобретателя беспрепятственно распоряжаться результатом интеллектуального труда. Кроме того, поскольку лекарственное средство перед государственной регистрацией проходит длительную процедуру проверки, согласно п. 2 ст. 1363 ГК РФ допускается продление действия патента на срок до пяти лет, если с даты подачи заявки на выдачу патента на лекарственное средство до дня получения первого разрешения на применение прошло более пяти лет. После окончания срока действия патентной защиты изобретение переходит в свободный доступ, что позволяет другим участникам рынка пользоваться им по своему усмотрению. По

---

<sup>1</sup> Аптечный сегмент лекарственных препаратов. URL: <https://dsm.ru/news/663/> (дата обращения: 03.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Ворожеевич А.С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия РФ. – 2018. – № 1. – С. 72–122.

мнению автора, такая защита правообладателей соответствует их стремлениям получить имущественную выгоду, поскольку в течение длительного срока правообладателю гарантируется легальная монополия на собственное изобретение.

Однако легальная монополия патентообладателя не является безграничной. В ст. 1 Преамбулы к Директиве 2004/48/ЕС «Об обеспечении прав на интеллектуальную собственность» сказано, что «охрана интеллектуальной собственности важна не только для поддержания инноваций и творчества, но и для развития рынка труда и улучшения конкуренции». Стоит учесть также и то, что исключительное право не является, подобно праву собственности, неотъемлемым правом человека, а носит исключительно утилитарный характер<sup>1</sup>. Основная причина возникновения института интеллектуальной собственности – «потребность в пуске результатов интеллектуальной деятельности в экономический оборот»<sup>2</sup>. В силу этих причин закон устанавливает определенные границы патентных прав. К таким ограничениям относят срок действия исключительного права, случаи свободного использования изобретений и т.д. Именно здесь и возникает проблема столкновения прав и интересов компании-производителя оригинального препарата и дженериковой компании.

В зарубежных правопорядках сложилась судебная практика, впоследствии закрепленная в нормативных актах в виде так называемого «положения Болар», согласно которой проведение научных исследований до истечения срока действия патента на оригинальное изобретение с целью создания дженерика для последующего выхода на рынок не является нарушением исключительного права<sup>3</sup>. Обоснование такого положения заключается в том, что, проводя исследования оригинального препарата до истечения срока действия патента, дженериковая компания экономит временные ресурсы, что позволяет ей сразу же после истечения патента выводить на рынок дженерик. В п. 2 ст. 1359ГК РФ предусмотрена норма, подобная положению Болар, согласно которой не является нару-

---

<sup>1</sup> См.: Иванов А.Ю. Принудительное лицензирование для инновационного развития: о необходимости балансировки режима интеллектуальных прав // Закон. – 2017. – № 5. – С. 78–93.

<sup>2</sup> См.: Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. – М.: Статут, 2003. – С. 13.

<sup>3</sup> См.: Meléndez-Ortiz R., Roffe P. Intellectual property and sustainable development: Development agendas in a changing world. – Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2009. – P. 109–111.

шением исключительного права на изобретение проведение научного исследования продукта или способа, в которых использовано изобретение.

В российской правоприменительной практике положение п. 2 ст. 1359 толкуется расширительно, что позволяет включать в проведение научных исследований действия по подготовке и представлению документов для целей государственной регистрации и получения разрешения на использование дженерика<sup>1</sup>. Представляется, что такое толкование закона может создавать условия для злоупотребления компанией, производящей дженерик, своим правом на проведение научных исследований. По мнению автора, следует согласиться с Э.П. Гавриловым, который утверждает, что действия по осуществлению государственной регистрации лекарственного средства являются не чисто научными, а практическими подготовительными действиями и по общему правилу затрагивают исключительные права патентообладателя<sup>2</sup>.

В 2014 г. в Закон об обращении лекарственных средств было включено положение, согласно которому не допускается использование в коммерческих целях информации о результатах доклинических и клинических исследований лекарственных средств и препаратов для медицинского применения, представленной заявителем для государственной регистрации лекарственного препарата, без его согласия в течение шести лет с даты государственной регистрации референтного лекарственного препарата в России. Это положение в некотором роде ограничило возможность ведения подготовительной деятельности дженериковых компаний, однако полностью не исключило возможность злоупотреблений.

В то же время стоит отметить, что сами патентообладатели так же, как и другие участники рынка, способны своими действиями нарушать права конкурентов, в том числе дженериковых компаний. В силу характера данных нарушений они посягают и на интересы потребителей, поскольку препятствуют получению более доступных для них лекарств. К таким нарушениям можно отнести получившую распространение за рубежом практику «rau-for-delay patent settlements», которая заключается в том, что производитель оригинального препарата уплачивает дженериковой

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 16 июня 2009 г. № 2578/09 по делу № А40-65668/08-27-569.

<sup>2</sup> См.: Гаврилов Э.П. Судебная практика по охране интеллектуальной собственности // Хозяйство и право. – 2010. – № 7. – С. 27–41.

компании денежную сумму, с тем чтобы та откладывала выход на рынок дженерика, тем самым продлевая господство оригинального препарата. Например, в 2010 г. в США между компаниями Impax и Endo было заключено соглашение, согласно которому Impax обязалась не выводить на рынок дженерик до 2013 г. взамен уплаты ей 112 млн долл.<sup>1</sup> Федеральная комиссия по торговле США отмечает антитонкунктную направленность таких действий, а также обращает внимание на то, что они ограничивают права потребителей.

К нарушениям патентообладателя можно отнести и практику «патентного озеленения» (получения вторичных патентов) в том случае, если такая практика препятствует деятельности дженериковой компании. «Патентное озеленение» заключается в приобретении повторного патента на лекарство при внесении новшеств (в том числе незначительных) в первоначальный препарат. С одной стороны, такие действия соответствуют принципу кумулятивности инновационного процесса<sup>2</sup>. Кроме того, получение вторичного патента не лишает возможности осуществлять дженериковое производство на основе первоначального препарата. Однако, с другой стороны, такая практика может ограничивать возможность эффективной деятельности дженериковой компании, неоправданно увеличивая действие патентной монополии, в особенности благодаря маркетинговой политике патентообладателя, направленной на рекламу «усовершенствованного» препарата<sup>3</sup>.

Фармацевтические компании способны ограничить конкуренцию посредством отказа от заключения лицензионного договора. Преодолеть данный отказ можно с помощью института принудительного лицензирования. Принудительная лицензия является формой ограничения патентных прав, однако такое ограничение представляет собой справедливый компромисс, «так как предполагается, что социальных и финансовых выгод от применения принудительных лицензий, особенно в фармацевтической сфере, больше, чем потерь в инновациях и инвестициях»<sup>4</sup>. Данный

---

<sup>1</sup> См.: Impax Laboratories, Inc., In the Matter of. Mode of access: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/141-0004/impax-laboratories-inc> (дата обращения: 03.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Ворожевич А.С. Вторичные патенты на лекарственные препараты: нужно ли ограничить их выдачу? // Закон. – 2016. – № 9. – С. 117–130.

<sup>3</sup> См.: там же.

<sup>4</sup> См.: Харитонова Ю.С., Санникова Л.В. Защита прав патентообладателей при коллизии патентов на лекарственные препараты // Вестник Пермского ун-та. Юрид. науки. – Пермь, 2019. – Т. 43, № 1. – С. 121–145.

инструмент может быть применен только в результате судебного разбирательства, которому обязательно должно предшествовать обращение потенциального лицензиата к патентообладателю. В России применение института принудительного лицензирования ограничено условиями, установленными законом, и не может во всех случаях воспрепятствовать нарушению прав других компаний правообладателем.

По мнению автора, имеется проблема в части привлечения к ответственности патентообладателей за перечисленные и иные нарушения. Назначение исключительного права состоит не только в удовлетворении имущественных интересов патентообладателя, но и в том, чтобы работать на благо общества посредством обеспечения доступа к результатам интеллектуальной деятельности, в частности к лекарственным препаратам. Обеспечение доступа позволит не только увеличить конкуренцию на рынке, но и в наилучшей степени удовлетворить потребительский интерес в получении лекарственных препаратов, что способствует реализации конституционного права на охрану здоровья.

В связи с этим мер, предусмотренных гражданским законодательством, может быть недостаточно для восстановления нарушенных прав. В случаях, когда патентообладатель использует свое изобретение исключительно в коммерческих интересах, монопольно устанавливая цены, препятствуя деятельности дженериковых компаний, страдают интересы неограниченного круга лиц. В связи с этим представляется необходимым обеспечить вмешательство публичного права с целью восстановления баланса частных и публичных интересов во избежание монопольного господства патентообладателя на рынке.

Важнейшим инструментом такого воздействия могло бы быть антимонопольное регулирование, однако в настоящее время в Законе о защите конкуренции установлены антимонопольные иммунитеты, не допускающие распространение норм антимонопольного законодательства на действия по осуществлению исключительных прав. Наличие таких иммунитетов не представляется оправданным. В ст. 34 Конституции РФ сказано о недопустимости экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, без каких-либо изъятий для правообладателей. Необходимо привести в соответствие с Конституцией РФ и положения Закона о защите конкуренции посредством отмены антимонопольных иммунитетов. Это позволит в наи-

лучшей степени ограничить патентную монополию и обеспечить интересы широкого круга лиц.

За рамками работы остался широкий круг вопросов, касающихся данной проблематики. Тем не менее сказанное позволяет сделать вывод о том, что приоритет в защите в сфере патентного права на фармацевтическом рынке должен быть отдан не частным интересам правообладателя, положение которого в достаточной степени обеспечено гражданским законодательством, а общественным интересам, интересам потребителей. Возможность нарушения прав патентообладателя другими участниками рынка, в том числе дженериковыми компаниями, действительно есть, и такие нарушения также должны пресекаться правом. Однако ущерб, который может быть нанесен потребителям господствующим на фармацевтическом рынке патентообладателем, способен затронуть благополучие неограниченного круга лиц, поэтому в силу своего характера он должен предотвращаться не только мерами гражданского права, но и императивным воздействием, в том числе с помощью антимонопольного механизма.

## Раздел 2

# СТИМУЛИРОВАНИЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЭКОЛОГИЧЕСКИ ЧИСТЫХ ТЕХНОЛОГИЙ СРЕДСТВАМИ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

**Харитонова Ю.С.**

## **ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ НА СЛУЖБЕ ОХРАНЫ ПРИРОДЫ: ВОЗМОЖНОСТИ ТОКЕНИЗАЦИИ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ\*** (Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.03

**Аннотация.** Вопросы привлечения инвестиций в неприбыльные сферы общественной жизни, включая охрану природы, сохранение редких видов животных и обеспечение доступа населения планеты к природе, могут быть решены путем токенизации. Инвестиции могут быть привлечены под обеспечение в виде уникального объекта – рисунка «криптоананда». Токенизация приведет к соединению объектов интеллектуальной собственности и целей охраны природы, даст синергетический эффект. Использование блокчейн-технологии позволит привлечь новых инвесторов и при этом обеспечить максимальную прозрачность и добросовестность отношений в данной сфере.

**Ключевые слова:** токенизация интеллектуальной собственности; охрана природы; критоактивы; секьюрити токены; краудфандинг.

***Kharitonova Yu.S. Intellectual property in the service of nature conservation: possibilities of tokenization of social relations. (Article)***

***Abstract.*** The issues of attracting investment in nonprofit areas of public life, including nature conservation, conservation of rare animal species,

---

\* Статья подготовлена по гранту РФФИ № 18-29-16145 мк «Механизм правового регулирования отношений с использованием технологий распределенных реестров».

*and ensuring access to nature for the world's population, can be addressed through tokenization. Investments can be attracted to collateral in the form of a unique object – a drawing of «cryptopands». Tokenization will bring together intellectual property and conservation objectives, with a synergistic effect. The use of block technology will attract new investors, while ensuring maximum transparency and integrity of relations in this area.*

**Keywords:** *tokenization of intellectual property; nature protection; crypto assets; crowdfunding; securitizing tokens.*

Проблемы привлечения инвестиций в неприбыльные сферы общественной жизни всегда стояли достаточно остро. Волонтеры и спонсоры выступали главными лицами, чьими усилиями решались крупные и не очень вопросы сбора средств для сохранения окружающей среды, защиты животного мира, обеспечения доступа населения планеты к природе и т.д. В то же время в данной сфере зачастую возникали проблемы с обеспечением прозрачности и добросовестности деятельности всех участников процесса. Решением, позволяющим привлечь инвестиции в защиту природы и при этом обеспечить максимальную прозрачность отношений в данной сфере, стало применение блокчейн-технологии с выпуском токенов как разновидности криптоактивов.

Один из реализованных проектов кажется весьма интересным для правового анализа. Идея заключалась в том, чтобы создать сеть блокчейн, выпустить токены и собирать инвестиции в обмен на объекты исключительных прав – криптопанд, представляющих собой цифровые рисунки<sup>1</sup>. При этом каждый рисунок был уникальным и сам по себе заменял актив в распределенном реестре<sup>2</sup>. Неизменность данных в блокчейн-цепочках гарантировала, что природоохранные зоны, где обитают редкие и находящиеся под угрозой исчезновения дикие животные, смогут извлечь выгоду из продажи токенов cryptowildlife NFT, создаваемых на блокчейне. В литературе подчеркивается, что NFT являются уникальными и различимыми токенами (в основном реализованными на блокчейне

---

<sup>1</sup> См.: Chevet S. Blockchain technology and non-fungible tokens: Reshaping value chains in creative industries // SSRN electronic journal. – 2018. – January. URL: <https://ssrn.com/abstract=3212662> (дата обращения: 23.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Mosokeng M., Matima T. Future tourism trends: Utilizing non-fungible tokens to aid wildlife conservation // African journal of hospitality tourism and leisure. – 2018. – September. URL: [https://www.researchgate.net/publication/327832753\\_Future\\_tourism\\_trends\\_Utilizing\\_non-fungible\\_tokens\\_to\\_aid\\_wildlife\\_conservation](https://www.researchgate.net/publication/327832753_Future_tourism_trends_Utilizing_non-fungible_tokens_to_aid_wildlife_conservation) (дата обращения: 23.07.2020).

Ethereum – платформе, использующей стандарт ERC-721), которые обладают чертами индивидуальности и уникальности<sup>1</sup>. Это могло бы стать альтернативной моделью получения дохода с упором на охрану природы<sup>2</sup>.

Приведенный проект демонстрирует создание системы сбора инвестиций в искусство и возможность расходования полученных средств на цели защиты природы на основе идей токенизации экономики в целом и искусства в частности. Как это работает?

Токенизация интеллектуальной собственности представляет собой особый способ финансирования искусства<sup>3</sup>. Привлечение инвестиций в сферу искусства возможно как путем предоставления непосредственно прав использования интеллектуальной собственности несколькими обладателями токенов, так и в отношении результатов интеллектуальной деятельности, существующих в виде уникальных активов, которые могут стать поводом для привлечения инвестиций за счет дробления права обладателей.

Активы в сфере интеллектуальной собственности, такие как лицензии на произведения, торговые знаки, патенты, лицензионные платежи от прав на музыку и медиа, обычно имеют низкую ликвидность и в настоящее время почти не имеют вторичного рынка для торговли. Концепция токенизации интеллектуальной собственности предполагает дробление права на результат интеллектуальной деятельности как таковой либо фрактализацию права на него.

Такие компании, как Lexit, Molecule, платформа открытых инноваций DEIP, занялись поиском способов токенизации и повышения ликвидности интеллектуальной собственности (включая операции, направленные на расширение сотрудничества в области инноваций)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Pelnik E.* Why are non-fungible tokens valuable? // Medium. – 2018. – April 6. URL: <https://medium.com/coinmonks/non-fungible-tokens-ac1c1a7aebed> (дата обращения: 23.07.2020).

<sup>2</sup> См.: *Oxcert.* Fungible vs non-fungible tokens on the blockchain // Medium. – 2018. – April 6. URL: <https://medium.com/0xcert/fungible-vs-non-fungible-tokens-on-the-blockchain-ab4b12e0181a> (дата обращения: 23.07.2020).

<sup>3</sup> См.: *De Filippi P.* Blockchain-based crowdfunding: What impact on artistic production and art consumption? // Observatório Itaú cultural. – 2015. – N 19. URL: <https://ssrn.com/abstract=2725373> (дата обращения: 23.07.2020).

<sup>4</sup> См.: Tokenization of intellectual property rights. – Part 1: A small introduction to IP rights // Hackernoon. – 2019. – November 19. URL: <https://hackernoon.com/tokenization-of-intellectual-property-rights-part-1-a-small-introduction-to-ip-rights-8p1z3bzv> (дата обращения: 23.07.2020).

В силу неоднородности объектов интеллектуальной собственности можно выделить два способа токенизации в этой сфере: путем выпуска либо **Non-Fungible Soft Assets**, либо **Collectibles токенов**. В первом случае право дробится между несколькими правообладателями – держателями токена, что представляется наиболее перспективным для токенизации рассматриваемой сферы. Во втором случае речь идет о токенизации уникальных объектов, как в указанном выше проекте выпуска криптовалют.

Особенности токенизации интеллектуальной собственности связаны с ее нематериальным характером<sup>1</sup>. И в этой части следует обратить внимание на популярность токенизации в связи с присущей интеллектуальной собственности тягой к регистрационной системе подтверждения прав. В то же время нематериальный характер интеллектуальной собственности как объекта отношений как раз очень хорошо сочетается со скоростью и трансграничностью, которые свойственны технологии блокчейна. Например, токенизация идеи для художественного фильма в целях привлечения денег для его производства предполагает выпуск токенов, которые представляют собой доли авторских прав в будущей работе. Инвесторы покупают эти токены копирайта (используя либо фиатную валюту, либо криптовалюту), заключая смарт-контракт на онлайн-платформе токенизации (например, Innovation Network<sup>2</sup>), и тем самым приобретают долю в проекте, защищенном копирайтом. Деньги, которые инвесторы платят за токены, используются для финансирования производства фильма. Если фильм станет финансово успешным, инвесторы получат долю прибыли, которая соответствует стоимости купленных ими токенов; они также могут торговать токенами на онлайн-платформах криптовалюты<sup>3</sup>.

Некоторые компании работают над платформами, которые позволяют потребителям получать доступ к работе с использованием токенов в качестве лицензий. Так, токенизация позволяет собрать вознаграждения, которые причитаются авторам посредством

---

<sup>1</sup> См.: *Crypto currencies in the system of international private monetary law. Some issues of virtual assets taxation and accounting in Ukraine / Polatay V. и др.* // Revista ESPACIOS. – 2020. – Vol. 41, N 8. – P. 22–29.

<sup>2</sup> См.: URL: <http://innovation.net/> (дата обращения: 23.07.2020).

<sup>3</sup> См.: *Matulionyte R. Tokenizing copyright: Can blockchain help with arts funding? // Kluwer copyright blog. – 2019. – October 31. URL: [http://copyright-blog.kluweriplaw.com/2019/10/31/tokenizing-copyright-can-blockchain-help-with-arts-funding/?doing\\_wp\\_cron=1590347603.7160499095916748046875](http://copyright-blog.kluweriplaw.com/2019/10/31/tokenizing-copyright-can-blockchain-help-with-arts-funding/?doing_wp_cron=1590347603.7160499095916748046875)* (дата обращения: 23.07.2020).

кликов, покупок, просмотров. Когда часть объектов интеллектуальной собственности и прав на них, зарегистрированных в блокчейне, просматривается или прослушивается, это взаимодействие регистрируется, и создатель получает за это вознаграждение.

Выпуск так называемых *Collectibles tokens* позволяет решить аналогичные задачи, хотя и несколько иным способом с точки зрения права интеллектуальной собственности. Идеологи токенизации предметов искусства и объектов коллекционирования исходили из следующего. Биткойны являются взаимозаменяемыми. Каждый биткойн взаимозаменяется, как евро, доллары и фунты стерлингов. Они неотличимы друг от друга, поскольку все они по своей сути являются мерой стоимости и единицами обмена.

В отличие от этого, токены, обеспеченные коллекционными активами, имеют возможность представлять эксклюзивные и незаменимые активы, такие как предметы коллекционирования<sup>1</sup> (ювелирные изделия, мебель, предметы искусства, сюда же иногда относят не являющиеся, строго говоря, объектами интеллектуальной собственности вино и другие предметы коллекционирования), и поэтому их можно отличить друг от друга по дизайну. Соответственно каждый токен будет уникален, создавая цифровой дефицит, поскольку участники блокчейн-сети знают, сколько их в обращении и их отличительные особенности / уникальные характеристики. И эти токены не называют копирайт-токенами, так как в данном случае в фокусе находится не столько исключительное право, сколько в первую очередь право на результат интеллектуальной деятельности, выраженный в определенной форме.

Инвестиционные возможности токенизации коллекционируемых объектов как активов позволяют демократизировать рынки. Например, в настоящее время большинство розничных инвесторов не имеют возможности купить долю владения редким произведением искусства. Смарт-контракты используются для создания общей собственности на произведения искусства или коллекции произведений искусства, хранящиеся в коллекциях и музеях. Эти произведения искусства все еще могут быть отображены публично, но актив будет закодирован в блокчейне. Речь идет о том, что индивидуально-определенный объект (например, картина) может быть унаследован несколькими наследниками. С помощью токенов

---

<sup>1</sup> См.: Hobbs D. *Crypto collectibles: The non-fungible token craze* // TTT studios. – 2018. – May 22. URL: <https://medium.com/ttt-studios/crypto-collectibles-the-non-fungible-token-craze-417777d6cfb0> (дата обращения: 14.09.2020).

картина может быть разделена на абстрактные доли, а затем распределена между наследниками через блокчейн, превращаясь в подобие «акций», представляющих часть оригинальной картины. Эти абстрактные доли, представленные токенами, обеспеченными активами, могут быть отчуждены путем обмена токенов. В этом упрощенном примере держатели токенов имеют возможность немедленно продать свой токен, т.е. повышается ликвидность результата интеллектуальной деятельности.

Онлайн-платформа Maecenas (Меценат) провела аукцион по продаже частей в картине Энди Уорхола. Генеральный директор Maecenas Марсело Гарсия Касиль (Marcelo Garcia Casil) рассказал, что картина всемирно известного художника была токенизована и успешно продана с аукциона с использованием технологии блокчейна, что радикально преобразило арт-рынок<sup>1</sup>. Участники торгов конкурировали за токены и оплачивали свои приобретения криптовалютой и токенами платформы, на которой проходил аукцион. Пример токенизации предмета коллекционирования путем продажи долей на аукционе демонстрирует не только повышение ликвидности произведения искусства, но и возможности увеличения его цены на рынке.

Токенизированы таким образом могут быть не только объекты реального мира. Цифровые предметы коллекционирования, такие как CryptoKitties<sup>2</sup>, или криптопанды, являются примерами обеспеченных токенов, которые генерируют ценность и дефицит<sup>3</sup>. «Предметы тщеславия», заработанные во время игры в онлайн-игры, которые часто существуют в виде контрактов с поставщиком программного обеспечения<sup>4</sup>, иные предметы коллекционирования,

---

<sup>1</sup> См.: *Etem M. Andy Warhol's multi-million dollar painting tokenized and sold in blockchain* // CCN. – 2018. – 5 Sept. URL: <https://www.ccn.com/andy-warhols-multi-million-dollar-painting-tokenized-and-sold-on-blockchain/> (дата обращения: 23.07.2020).

<sup>2</sup> CryptoKitties – игра, основанная на разводимых, коллекционных и очень привлекательных существах, которых мы называем CryptoKitties. Каждая кошка является единственной в своем роде и на 100% принадлежит вам; ее нельзя воспроизвести, убрать или уничтожить. Вам нужно конвертировать свою валюту (например, доллары США, канадские доллары, фунты стерлингов) в эфиры, чтобы оплачивать такие вещи, как CryptoKitties, в сети Ethereum. URL: <https://www.cryptokitties.co/> (дата обращения: 23.07.2020).

<sup>3</sup> См.: *Evans T.M. Cryptokitties, cryptography, and copyright* // Aipla quarterly journal. – 2019. – Vol. 47, N. 2. – P. 219.

<sup>4</sup> См.: *Kharif O. Cryptokitties mania overwhelms Ethereum network's processing* // Bloomberg. – 2017. – December 4.

которые управляются через центральные базы данных<sup>1</sup>, могут стать более оборотоспособными в результате токенизации.

В случае с созданием криптопанд также стоит учитывать следующее. Файлы изображений, связанные с искусством блокчейна, такие как CryptoPunks, CryptoKitties или RarePere, хранятся в базе данных где-то «вне цепочки», т.е. вне блокчейна. Художники обычно обращаются к этому «автономному» хранилищу, добавляя «хэш» (своеобразный идентификатор, по которому можно определить оригинальное произведение), чтобы можно было найти файл изображения для соответствующего произведения из его записи. Например, несмотря на то что изображение моего CryptoPunk<sup>2</sup> состоит из относительно небольшого количества пикселей, оно фактически живет «вне цепочки» на сервере LarvaLabs по адресу: <https://www.larvalabs.com/public/images/cryptopunks/punk2050.png>

Фактически изображение само по себе не имеет технических возможностей защиты от несанкционированного доступа, таких как «децентрализация» или «неизменность», присущих блокчейну. Ничто не мешает кому-либо изменять, перемещать или удалять изображение из того места, на которое указывает хэш. Если бы это случилось, все, что у вас осталось бы – это непреложная запись, в которой говорилось, что у вас есть произведение искусства, и на самом деле это невозможно увидеть<sup>3</sup>.

Полагаем, что развитие блокчейн-технологии и смарт-контрактов дает художникам и иным авторам возможность защитить свои работы от неправомерного использования и экспроприации.

---

<sup>1</sup> См.: David G., Huemer C., Oosterlinck K. Art dealers' strategy: the case of Goupil, Boussod & Valadon from 1860 to 1914 // Centre for Economic Policy Research. – London, 2019. – Retrieved from: URL: [https://cepr.org/active/publications/discussion\\_papers/dp.php?dpno=13941](https://cepr.org/active/publications/discussion_papers/dp.php?dpno=13941) (дата обращения: 23.07.2020).

<sup>2</sup> 10 тыс. уникальных коллекционных персонажей с доказательством права собственности хранятся в блокчейне Ethereum. Проект вдохновил современное движение CryptoArt. Нет двух абсолютно одинаковых персонажей, и каждый из них может официально принадлежать одному человеку в блокчейне Ethereum. Первоначально они могли быть востребованы кем угодно с кошельком Ethereum, но все 10 тыс. были быстро распроданы. Теперь они продаются через торговую площадку, которая также встроена в блокчейн. На этом рынке можно покупать, делать ставки и предлагать «панков» на продажу. URL: <https://www.larvalabs.com/cryptopunks> (дата обращения: 23.07.2020).

<sup>3</sup> См.: Bailey J. Autoglyphs, generative art born on the blockchain // Artnome. – 2019. – April 8. URL: <https://www.artnome.com/news/2019/4/08/autoglyphs-generative-art-born-on-the-blockchain> (дата обращения: 23.07.2020).

А привлеченные средства могут быть направлены на решение острых социальных задач.

Создается надежная система управления цифровыми объектами искусства. При этом целью ограниченных выпусков токенов искусства обычно является не введение более строгих ограничений на использование или новую форму управления цифровыми правами, а скорее создание новых видов торгуемых цифровых активов. В свою очередь, эта тенденция подразумевает другое действие прав интеллектуальной собственности в отношении объектов цифровой культуры<sup>1</sup>. В целом же в мире искусства технология блокчейна может стать ключом к преодолению одной из самых больших проблем: отсутствия прозрачности<sup>2</sup>.

Решение этой задачи также важно для привлечения инвестиций в сферу защиты окружающей среды. Кроме того, создание блокчейн-платформ с токенами для сбора финансирования в пользу защиты диких животных позволяет привлечь внимание общественности к проблеме; найти и объединить активных граждан в блокчейн-комьюнити, что повлияет на увеличение цены токенов, и значит – на эффект операции; и конечно, собрать денежные средства на реализацию проекта и проконтролировать использование собранных средств.

---

<sup>1</sup> См.: *O'Dwyer R.* Limited edition: Producing artificial scarcity for digital art on the blockchain and its implications for cultural industries // *Convergence: The International journal of research into new media.* – 2018. – 20 Nov. URL: <https://doi.org/10.1177/1354856518795097> (дата обращения: 23.07.2020).

<sup>2</sup> См.: *Michalska J.* Blockchain: how the revolutionary technology could change the art market // *The Art newspaper.* – 2016. – September 1. URL: <https://www.theartnewspaper.com/analysis/blockchain-how-the-revolutionary-technology-behind-bitcoin-could-change-the-art-market> (дата обращения: 23.07.2020).

Коданева С.И.

**ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ  
vs ЗЕЛЕНАЯ ЭКОНОМИКА: КАК РАЗРЕШИТЬ  
ДИЛЕММУ?  
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.04

**Аннотация.** Глобальные экологические проблему и угрозы, с которыми столкнулось человечество в XXI веке, поставили на повестку дня необходимость перехода к зеленой экономике – экологически устойчивому развитию, основанному на отказе от традиционных технологий и замене их на экологически чистые. Это привело к всплеску патентования в экологическом секторе, однако владельцами большинства патентов являются транснациональные корпорации экономически развитых стран, что заставляет многих исследователей говорить о пагубности существующей системы защиты интеллектуальной собственности. Так ли это? И есть ли пути преодоления противоречий между интересами патентообладателей и человечества, нуждающегося в «зеленых» технологиях? Этим вопросам посвящена настоящая статья.

**Ключевые слова:** патентное право; зеленые патенты; «зеленая экономика»; устойчивое развитие.

***Kodaneva S.I. Intellectual property vs Green economy: how to solve the dilemma? (Article)***

**Abstract.** Global environmental problems and threats faced by humanity in the twenty-first century have put on the agenda the need to transition to a green economy – environmentally sustainable development based on the rejection of traditional technologies and their replacement with environmentally friendly ones. This has led to a surge in patenting in the environmental sector, but the majority of patents are owned by multinational

*corporations in economically developed countries, which leads many researchers to talk about the harmfulness of the existing system of intellectual property protection. Is this true? And are there ways to overcome the contradictions between the interests of patent holders and humanity in need of «green» technologies? This article is devoted to these issues.*

**Keywords:** patent law; green patents; «green economy»; sustainable development.

В последнее время много говорят о необходимости перехода к зеленой модели экономики и о том, какой она должна быть. Термин «зеленая экономика» появился в названии книги Д. Пирса и др.<sup>1</sup> «План действий по созданию зеленой экономики», в которой утверждается, что традиционное развитие ведет к деградации природного капитала и угрожает долгосрочному процветанию. Затем в докладе ЮНЕП «На пути к «зеленой» мировой экономике», подготовленном к Конференции ООН по устойчивому развитию (Рио+20) 2012 г., отмечалось, что современные экономические кризисы привели к разочарованию в существующей экономической модели, поскольку кризисы и медленный экономический рост являются следствием неправильного распределения капитала<sup>2</sup>. Организация экономического сотрудничества и развития<sup>3</sup> также подготовила доклад для Рио+20 «Курс на зеленый рост», в котором говорилось о том, что для обеспечения устойчивого роста необходимы инновации и инвестиции в экологические проекты. Наконец, в 2015 г. была принята Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 г. ООН, определившая ключевые задачи, которые необходимо решать для обеспечения устойчивого развития, включая задачу 8.4, которая призывает страны «постепенно повышать глобальную эффективность использования ресурсов в системах потребления и производства и стремиться к тому, чтобы экономический рост не сопровождался ухудшением состояния окружающей среды»; задачу 9.4 «модernизировать инфраструктуру и переоборудовать промышленные предприятия, сделав их устойчивыми за счет повышения эффективности использования ресурсов

---

<sup>1</sup> См.: Pearce D., Markandya A., Barbier E.B. Blueprint for a green economy // Publications Limited. – London, UK, 1989. – 188 р.

<sup>2</sup> См.: На пути к «зеленой» мировой экономике // ЮНЕП. – 2011. URL: <http://www.unepcom.ru/unep/gei/216-toward-ge.html> (дата обращения: 20.06.2020).

<sup>3</sup> См.: Курс на зеленый рост // ОЭСР. – 2011. URL: <https://www.oecd.org/greengrowth/48634082.pdf> (дата обращения: 20.06.2020).

и более широкого применения чистых и экологически безопасных технологий и промышленных процессов»; задачу 12.2 «добиться рационального освоения и эффективного использования природных ресурсов»<sup>1</sup>.

Достижение указанных целей невозможно без решения двух ключевых задач, тесно связанных между собой. Во-первых, необходимы значительные объемы инвестиций. Так, в указанных выше докладах привлечение инвестиций рассматривается как одна из наиболее важных проблем. Это нашло отражение и в Парижском соглашении, в соответствии с которым государства обязались «привести финансовые потоки в соответствие с траекторией в направлении развития, характеризующегося низким уровнем выбросов и сопротивляемостью к изменению климата», чтобы удержать рост глобальной средней температуры (превышение доиндустриальных уровней должно быть значительно меньше, чем на 2°C)<sup>2</sup>. По оценкам Межправительственной группы экспертов по изменению климата, эти «финансовые потоки» составят около 2,4 трлн долл. США (примерно 2,5% мирового валового внутреннего продукта в год) в период с 2016 по 2035 г.<sup>3</sup> Согласно анализу ОЭСР в период с 2016 по 2030 г. потребуется примерно 103 трлн долл. США дополнительных инвестиций<sup>4</sup>. Аналогично, McKinsey прогнозирует потребность в затратах около 49 трлн долл. США без учета проектов в сфере возобновляемой энергетики и энергоэффективности в период с 2016 по 2030 г.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Цели в области устойчивого развития // ООН. – 2015. URL: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/ru/sustainable-consumption-production/> (дата обращения: 20.06.2020).

<sup>2</sup> См.: Парижское соглашение. Конференция Сторон. Двадцать первая сессия. Париж, 30 ноября – 11 декабря 2015 г. Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата // ООН. – 2015. URL: [https://unfccc.int/files/meetings/paris\\_nov\\_2015/application/pdf/paris\\_agreement\\_russian\\_.pdf](https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_russian_.pdf) (дата обращения: 20.06.2020).

<sup>3</sup> См.: Special Report «Global Warming of 1.5°C» // The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). – 2018. URL: <https://www.ipcc.ch/sr15/> (дата обращения: 20.06.2020).

<sup>4</sup> См.: Investing in Climate, Investing in Growth // OECD. – 2017. URL: <https://www.oecd.org/environment/cc/g20-climate/synthesis-investing-in-climate-investing-in-growth.pdf> (дата обращения: 20.06.2020).

<sup>5</sup> См.: Gianfrate G., Peri M. The green advantage: Exploring the convenience of issuing green bonds // Journal of cleaner production. – 2019. – Vol. 219. – P. 127–135.

Соответственно, в последние десятилетия в сферу развития зеленых технологий были привлечены беспрецедентные объемы финансирования. Так, за десять лет с 2010 по 2019 г. только в зеленую энергетику было инвестировано в общей сложности 2,6 трлн долл. США<sup>1</sup>.

При этом понятно, что на современном этапе значительная часть привлекаемых средств идет на цели НИОКР, поскольку зеленые технологии пока что находятся в стадии разработки, многие из них еще несовершены и поэтому полноценный переход к зеленой экономике будет возможен только тогда, когда уровень техники в зеленом секторе станет достаточным, чтобы: а) экологически чистые технологии стали более эффективными и безопасными, чем традиционные, и б) их стоимость хотя бы относительно сравнялась (сегодня зеленые технологии в основном значительно дороже традиционных).

В этом контексте роль права интеллектуальной собственности в разработке технологий смягчения последствий изменения климата и адаптации к ним, и особенно в их передаче развивающимся странам, стала особенно спорным вопросом.

Если говорить о сфере патентования зеленых технологий, то она демонстрирует серьезные темпы роста: с 2002 по 2012 г. число заявок на патент РСТ<sup>2</sup>, опубликованных в отношении только возобновляемых источников энергии, увеличилось на 547%. И хотя затем последовал спад патентной активности, в 2019 г. количество публикаций РСТ было в 3,5 раза выше, чем в 2002 г. Если обратиться к патентным семействам, то здесь наблюдается примерно такая же картина: количество заявок увеличилось с 10 463 в 2002 г. до 27 089 в 2011 г. В 2017 г. (последний год, по которому имеются данные) эта цифра составляла 24 027 заявок<sup>3</sup>.

Вместе с тем следует учитывать, что такой взрывной рост патентования зеленых технологий наблюдается преимущественно в экономически развитых странах. В число лидеров входят Япония, США, Германия, Франция, Корея и Великобритания. При

---

<sup>1</sup> См.: Norton J. Patenting trends in renewable energy // WIPO MAGAZINE. – 2020. – N 1. URL: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2020/01/article\\_0008.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2020/01/article_0008.html) (дата обращения: 20.06.2020).

<sup>2</sup> РСТ – Договор о патентной кооперации (англ. Patent Cooperation Treaty) – международный договор в области патентного права, заключен в 1970 г. Предназначен для того, чтобы «упростить и сделать более экономичным получение охраны изобретений, когда такая охрана требуется в нескольких странах».

<sup>3</sup> См.: там же.

этом наибольшее количество патентов приходится на транснациональные корпорации. Так, первые 10 заявителей на патенты на хранение CO<sub>2</sub> в период с 1988 по 1997 г. контролировали 96% запатентованных технологий. В период с 1998 по 2007 г. этот показатель снизился до 57%, однако почти 60% патентов на улавливание CO<sub>2</sub> по-прежнему были сосредоточены у 10 корпораций<sup>1</sup>.

Что касается развивающихся стран, то здесь также наметилась тройка лидеров, которые идут вплотную за указанными выше западными государствами, а в ряде случаев даже их обгоняют. Индия, Китай и Бразилия все чаще подают заявки на патенты. Эти страны активно занимаются созданием технологических инноваций, а не полагаются на патентованные инновации, разработанные в других странах. Результатом этого является то, что Индия входит в пятерку лидеров по патентам на солнечные батареи (это наиболее активно развивающаяся технология в зеленой энергетике; так, в 2002 г. на долю солнечной энергии пришлось чуть более четверти опубликованных заявок РСТ на возобновляемые источники энергии, а в 2019 г. – более половины). Бразилия является лидером по количеству патентов в области гидроэнергетики и энергии, получаемой из силы приливов, и занимает второе место по количеству патентов на биотопливо. С 1998 г. Китай стал ведущим патентообладателем в области геотермальной, солнечной, ветряной энергетики, а также технологий улавливания CO<sub>2</sub>. Китайские «геотермальные патентные заявки» растут почти такими же темпами, как и заявки Великобритании, Швеции и Италии. Кроме того, Индия, Китай и Бразилия достаточно активны и в приобретении лицензий на западные патенты.

Что же касается остальных развивающихся стран, особенно стран Африки, то сегодня они практически оказались лишены доступа к современным экологически чистым технологиям, поскольку сами не обладают необходимой научной, технологической и финансовой базой для проведения НИОКР, а транснациональные корпорации – основные обладатели «зеленых» патентов – не спешат делиться своими технологиями.

Вместе с тем именно развивающиеся страны особенно нуждаются сегодня в восстановлении нарушенных природных экосистем и защите окружающей среды, поскольку в последние

---

<sup>1</sup> См.: Patents and clean energy: bridging the gap between evidence and policy. Final report // UNEP, EPO, ICTSD. – 2010. URL: [http://www.eurofaire.prd.fr/7pc/doc/1308064085\\_patents\\_clean\\_energy\\_study\\_en.pdf](http://www.eurofaire.prd.fr/7pc/doc/1308064085_patents_clean_energy_study_en.pdf) (дата обращения: 20.06.2020).

десятилетия большинство «грязных» производств было перемещено в эти страны из экономически развитых государств; также в странах Африки западные корпорации ведут добычу природных ресурсов, хищнически уничтожая как окружающую природную среду, так и традиционный образ жизни и экологически чистые ремесла местного населения<sup>1</sup>.

И тем не менее, как показало исследование, проведенное Организацией Объединенных Наций по окружающей среде, Европейским патентным ведомством и Международным центром по торговле и устойчивому развитию, почти 60% патентообладателей (именно «зеленых» патентов) сообщили, что за последние три года они не заключили лицензионного соглашения с партнером, базирующимся в развивающейся стране. Только 17% заявили, что они часто (5%) или иногда (12%) делают это. Из всех лицензий, выдаваемых партнерам из развивающихся стран, 54% приходится на Китай, Индию или Бразилию<sup>2</sup>.

Приведенные данные свидетельствуют о том, что большинство развивающихся стран лишены доступа к «зеленым» технологиям, что, в конечном итоге, может привести к новому глобальному неравенству, основанному на серьезных экологических диспропорциях между Севером и Югом.

Эта ситуация в очередной раз подняла актуальность спора о том, не приводит ли режим охраны интеллектуальной собственности к нарушению прав человека, если в результате целые страны оказываются лишены возможности использовать современные (применительно к настоящей статье – экологически чистые) технологии.

Так, Международный совет по политике в области прав человека в своем докладе «Изменение климата и права человека», рассмотрев этический аспект развития и патентования экологически чистых технологий, пришел к заключению, что богатые страны должны взять на себя ответственность и скорректировать свою политику передачи технологий, чтобы помочь развивающимся странам, которые больше всего страдают от изменения климата.

---

<sup>1</sup> См.: *Idemudia U., Kwakyewah C. Analysis of the Canadian national corporate social responsibility strategy: Insights and implications // Corporate social responsibility and environmental management.* – 2018. – Vol. 25, № 5 – P. 928–938.

<sup>2</sup> См.: *Patents and clean energy: bridging the gap between evidence and policy: final report // UNEP, EPO, ICTSD.* – 2010. URL: [http://www.eurosfaire.prd.fr/7pc/doc/1308064085\\_patents\\_clean\\_energy\\_study\\_en.pdf](http://www.eurosfaire.prd.fr/7pc/doc/1308064085_patents_clean_energy_study_en.pdf) (дата обращения: 20.06.2020).

Речь идет о правах на жизнь, здоровье, основные средства существования, достаточное питание и т.д. В докладе указано, что снятие запретов на беспрепятственное использование интеллектуальной собственности и получение чистой энергии должно рассматриваться как неотъемлемое основное право человека<sup>1</sup>.

Летиция Лагарде также уверена, что для достижения целей устойчивого развития и предотвращения изменения климата существенное содействие окажут принудительное лицензирование и передача технологий для зеленой энергетики в развивающиеся страны. Одним из решений может быть предоставление дешевых или бесплатных лицензий на определенные технологии для стимулирования зеленых инноваций<sup>2</sup>.

Ройя Гафеле и Бенджамин Гиберт видят причину проблемы в том, что большинство владельцев патентов используют их в целях защиты, а не для создания новых источников дохода. В то же время, лицензирование зеленых технологий для развивающихся стран может быть выгодным и приносить патентообладателям определенный доход. Поэтому необходимо, чтобы регулирующие органы в сфере патентования повышали осведомленность патентообладателей о благоприятных возможностях патентной системы, тем самым поддерживая рынки технологий и стимулируя владельцев патентов использовать систему защиты их интеллектуальной собственности более справедливо<sup>3</sup>.

Следует признать, что ряд компаний уже пошли по пути трансфера технологий. Так, Tesla выступила с предложением поделиться своим патентным портфелем инноваций с конкурентами, чтобы обеспечить дальнейшую поддержку внедрения зеленых технологий.

Учитывая высокий уровень значимости рассматриваемой проблемы для всего человечества, представляется, что в сфере зеленых технологий подобные инициативы должны быть поддержаны государством и обществом и получить такое же широкое распро-

---

<sup>1</sup> См.: Climate Change and Human Rights. A Rough Guide // International Council on Human Rights Policy. – 2008. URL: [http://www.ichrp.org/files/summaries/35/136\\_summary.pdf](http://www.ichrp.org/files/summaries/35/136_summary.pdf) (дата обращения: 20.06.2020).

<sup>2</sup> См.: *Lagarde L.* IP and climate change: an essential practical guide for current and future generations // Journal of intellectual property law & practice. – 2017. – Vol. 12, N 4. – P. 351–353.

<sup>3</sup> См.: *Ghafele R., Gibert B.* A changing climate: the IP landscape of clean energy technologies // Journal of intellectual property law & practice. – 2012. – Vol. 7, N 8. – P. 623–631.

странение, как, например, в сфере беспилотного транспорта, где реализуется довольно много проектов, предполагающих создание открытых площадок обмена знаниями (например, Udacity<sup>1</sup>, Baidu<sup>2</sup> и др.).

Также серьезным шагом в решении проблемы открытости технологий стала разработка европейским патентным ведомством патентного ландшафта зеленых технологий. Полученный результат важен по двум причинам: 1) он расширяет понимание взаимосвязи между интеллектуальной собственностью и технологическим развитием в области, имеющей особое значение для мирового сообщества; 2) он предоставляет новые возможности для использования имеющейся патентной информации.

Действительно, для определения того, как интеллектуальная собственность влияет на способность развивающихся стран бороться с изменением климата, необходима точная картина глобального патентного и лицензионного ландшафта. Оценка роли патентов в развитии зеленых технологий дает эмпирические данные, на которых можно основывать государственную политику в отношении изменения климата. Анализ патентных тенденций дает ценную информацию как для политиков, так и для бизнеса. Например, *The Economist* описывает появление и влияние Samsung как ведущего игрока в сфере зеленых технологий. Однако любой, кто изучал тенденции патентования Samsung с использованием патентных баз данных, заметил бы этот стратегический сдвиг задолго до того<sup>3</sup>.

Патентные ландшафты позволяют увидеть картину инновационной системы, а также основные тренды в технологическом развитии, а значит – спрогнозировать, как будут изменяться технологии, и куда будет двигаться инновационная система. Поэтому очевидно, что органы государственной власти и политики должны использовать патентные ландшафты в качестве источника информации для стратегического анализа и планирования в областях,

---

<sup>1</sup> См.: *Alvarez León L.F.* Counter-mapping the spaces of autonomous driving // *Cartographic perspectives*. – 2019. – N 92. – P. 15.

<sup>2</sup> См.: *Muqio D.* A Chinese internet giant just made a big move to compete with Tesla in the self-driving-car space // *Business Insider*. – 2017. URL: <https://www.businessinsider.com/baidu-will-open-source-self-driving-car-software-2017-4> (дата обращения: 20.06.2020).

<sup>3</sup> См.: *Ghafsele R., Gibert B.* A changing climate: the IP landscape of clean energy technologies // *Journal of intellectual property law & practice*. – 2012. – Vol. 7, N 8. – P. 623–631.

имеющих ключевое значение для развития государства, одной из которой является охрана окружающей среды и борьба с изменением климата.

Таким образом, представляется, что решение охарактеризованных в настоящей статье проблем невозможно без активной политики государственных органов, направленной, во-первых, на разработку и раскрытие патентных ландшафтов по зеленым технологиям для всех заинтересованных сторон; во-вторых, на повышение осведомленности патентообладателей о возможностях лицензирования их технологий; в-третьих, на принятие комплекса мер стимулирования трансфера технологий.

## Афанасьева Е.Г.

### Реферат статьи: ЭЙДЕЛЬМАН Д.Э., ОСТИН Г.У. ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ И ЧАСТНОПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ПОВЕДЕНИЯ

*Afanasieva E.G. Synopsis of an article: Adelman D.E., Austin G.W. Trademarks and private environmental governance // *Notre Dame law review*. – 2017. – Vol. 93, N 2. – P. 709–756.*

**Ключевые слова:** частноправовое регулирование; товарные знаки; сертификация; зеленые бренды; эколейблы; США.

**Keywords:** private regulation; trademarks; sertification; green marks; ecolables; USA.

В этой статье Дэвид Эйдельман и Грем Остин поднимают интересную тему использования товарных знаков как формы частноправового воздействия на экологическое поведение. Они начинают свою статью вопросом: в состоянии ли товарные знаки помочь потребителям выбрать те товары, которые соответствуют не только их практическим, функциональным предпочтениям, но и определенным ценностям? Ответ, казалось бы, очевиден – рынки изобилиуют системами сертификации, которые информируют потребителей о корпоративных трудовых стандартах, добросовестной коммерческой практике и экологическом поведении правообладателей. На брэндах, которые несут экологическую информацию о процессах изготовления товаров и об их качествах («зеленых брэндах», «экобрэндах», «эколейблах»), авторы и сосредоточивают внимание в этой статье.

Основной формой частноправового регулирования экологического поведения, по словам авторов, является независимая

сертификация. Такая сертификация может проводиться как некоммерческими, так и коммерческими организациями и их объединениями с целью вознаградить предпринимателей за экологически ответственное поведение. Правовой основой использования сертификационных знаков в США служит Закон о товарных знаках (Закон Лэнхема), который выделяет такие знаки в особую категорию. В отличие от обычных товарных знаков, сертификационные знаки предназначены для информирования о самом товаре, а не об источнике его происхождения, и не используются правообладателями в собственной коммерческой деятельности. Получение сертификата дает предпринимателям определенные конкурентные преимущества (что характерно в целом для товарных знаков, которые предоставляют правообладателям конкурентные преимущества, предотвращая ведение дел под чужой личиной и снижая расходы потребителей на поиск нужных товаров). Сертификация обретает правовую форму лицензирования – предоставления права использовать товарный знак (эколейбл, или зеленый бренд) любой компании, которая соответствует стандартам сертифицирующей организации.

Обращаясь к истории зеленых брендов, авторы констатируют, что они стали широко использоваться в 1980-е, когда потребители проявили интерес к органическим продуктам и природосберегающему производству. В 1992 г. Федеральная торговая комиссия США издала стандарты зеленых брендов, чтобы снизить риски введения потребителей в заблуждение. В начале 1990-х при финансовой поддержке правительства разных стран создается несколько ведущих сертификационных марок и программ – «Blue Angel» в Германии, «Energy Star» в США, «Ecolabel» в Евросоюзе, а чуть позже в ответ на глобализацию торговли появляются частные системы сертификации. Сейчас зеленые бренды существуют в 199 странах для 465 категорий товаров в 25 сферах промышленности (с. 716–719).

Д. Эйдельман и Г. Остин поясняют, что эколейблы работают в двух направлениях: во-первых, информируют потребителей о природосберегающих технологиях, используемых определенными компаниями, об экологичности их товаров, влияя таким образом на потребительский выбор; во-вторых, не позволяют компаниям, которые такие технологии не используют и чьи товары такими качествами не обладают, наживаться на репутации конкурентов, которые ведут себя более экологически ответственно. Однако с ростом количества таких эколейблов, отмечают авторы, их

эффективность снижается. Это происходит, во-первых, из-за того, что разница между сертификационными знаками и обычными товарными знаками непонятна потребителям. В качестве примера авторы приводят ситуацию с выращенным в природосберегающем режиме кофе: есть множество частных сертифицирующих организаций, и вместе с тем многие компании, в том числе и лидеры рынка, как, например, Старбакс, используют обычные товарные знаки как эколейблы, донося с их помощью до потребителей информацию о своем экологически ответственном поведении. Во-вторых, возникают риски перегрузки потребителей информацией, конкуренции между частными сертификационными центрами и их сертификационными знаками и экобрендами, которые применяются в режиме обычных товарных знаков, и смягчения в результате такой конкуренции стандартов частных сертифицирующих центров. С ростом числа обычных товарных знаков, которые используются как экобренды, значение сертификационных знаков снижается (с. 713).

Есть ли какие-то юридические препятствия для регистрации экобрендов в режиме обычных товарных знаков? Авторы напоминают о выработанной американской судебной практикой классификации товарных знаков на случайные и фантазийные, суггестивные (ассоциативные), описательные и родовые. Регистрация родовых товарных знаков не допускается, а описательные товарные знаки (которые характеризуют функцию, свойства, размер товара, место и результат его использования и т.п.) могут быть зарегистрированы только в случае доказывания приобретения ими второго значения (с. 740). Традиционная концепция товарных знаков, таким образом, сужает информацию, которую несет товарный знак, до информации об источнике происхождения товара. Как она применяется, можно судить по отказной практике патентного ведомства. В статье приводятся примеры отказов в регистрации товарных знаков (дела, рассмотренные Судебным и апелляционным советом по товарным знакам – подразделением Патентного ведомства США), которые содержали словесные элементы «green» и «verde». Авторы отмечают, что сами по себе эти слова неохраноспособны, не могут быть монополизированы, но их можно включать в товарные знаки в качестве неохраняемых элементов. Однако в регистрации товарных знаков, содержащих эти слова, случалось, отказывали со ссылкой на их ложность, способность ввести в заблуждение. Например, было отказано в регистрации товарного знака «GREEN SEAL», поскольку заявитель не доказал экологич-

ность своих товаров. Авторы приводят и другие примеры из отказной практики: «GREEN SPROUTS» для детского питания, «ECO WICK» для свечей; это позволяет им сделать вывод о скептицизме Патентного ведомства США в отношении экологических товарных знаков (с. 742).

Таким образом, основаниями для отказа в регистрации экобрендов в качестве товарных знаков могут быть как их описательность, так и предположительная обманчивость. Но все равно ниша для таких брендов существует. Получается, что слово «зеленый» должно быть дискламировано, если оно как-то связано с потребительскими предпочтениями экологически чистой продукции; кроме того, товарный знак, включающий это слово, не может быть зарегистрирован как обманчивый, если у товаров или услуг, для которых его планируется зарегистрировать, отсутствуют какие-либо правдоподобные природосберегающие свойства. Вместе с тем товарные знаки, намекающие на экологичность товаров, но не признанные описательными, могут быть зарегистрированы. И, наконец, отказ в регистрации товарного знака не влечет невозможности использовать спорное обозначение на товарах, просто оно не будет защищаться исключительными правами (с. 743–743).

Многие ученые сейчас высказываются против чрезмерной охраны товарных знаков, антисоревновательной практики крупных корпораций и злоупотреблений ими правами на товарные знаки, и авторы в целом с этим соглашаются (с. 745–746), однако в качестве побочного эффекта такой критики они называют сужение функций товарного знака до указания на источник происхождения товара или услуги. Это ограничительное понимание товарного знака только как указателя происхождения товара и подозрительное отношение к другим коммуникативным функциям, в том числе упрощающим дифференциацию товаров, по мнению авторов, не учитывает важность частноправового регулирования в современном мире, в котором переплетаются рыночные, политические и социальные начала. Частноправовое регулирование должно помогать потребителям голосовать за определенные товары своими кошельками, учитывая не только собственные эгоистические интересы.

В качестве путей решения выявленных проблем авторы предлагают три возможных варианта: 1) запрет на регистрацию эколейблов в режиме обычных товарных знаков; 2) одновременное ужесточение стандартов, применяемых и к обычным товарным знакам, используемым как эколейблы, и к сертификационным

знакам; 3) распространение на эколейблы (существующие как в режиме обычных товарных знаков, так и в режиме сертификационных знаков) доктрины размывания (dilution).

Поясняя, как может быть реализован второй вариант, Д. Эйдельман и Г. Остин проводят параллели с усложненной регистрацией фармацевтических товарных знаков, которые в США, помимо патентного ведомства, проверяет еще и управление по пищевым продуктам и медикаментам, а также, как ни странно, с регистрацией обозначений для крепежных изделий, особенности которой установлены специальным законом (Fastener quality act).

# Раздел 3

## ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ, СВОБОДА СЛОВА И ТВОРЧЕСТВА

Савина В.С.

### ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И СВОБОДА СЛОВА\* (Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.05

**Аннотация.** Статья посвящена анализу особенностей публично-правовых ограничений и запретов, а также их соотношения с нормами права интеллектуальной собственности. Свобода слова рассматривается в контексте осуществления интеллектуальных прав, анализируется соотношение данных прав и взаимное влияние.

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность; авторское право; свобода слова.

**Savina V.S. Intellectual property and freedom of speech.  
(Article)**

**Abstract.** This article analyzes the characteristics of public-law restrictions and prohibitions, as well as their relation with the norms of intellectual property rights. Freedom of speech is considered in the context of the exercise of intellectual rights, the correlation of these rights and mutual influence is analyzed.

**Keywords:** intellectual property; copyright; freedom of speech.

---

\* Статья подготовлена в рамках выполнения государственного задания по теме 3-Г3-2020 Тематического плана НИР ФГБОУ ВО РГАИС на 2020 г. «Вклад авторского права в экономику Российской Федерации. Роль творческих индустрий» / The article was prepared as part of the state assignment on the topic 3-GZ-2020 of the thematic plan of research of the Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education and Research of the Russian Academy of Geography for 2020 «Contribution of copyright to the economy of the Russian Federation. The role of creative industries».

Нормы права интеллектуальной собственности, содержащиеся в части четвертой ГК РФ, регламентируют не только права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации товаров, работ, услуг и предприятий, но и ограничения (запреты), в том числе, обусловленные необходимостью охраны публичного порядка. Так, например, согласно подп. 5 п. 4 ст. 1473 ГК РФ фирменное наименование юридического лица не может содержать обозначения, которое противоречит нормам морали, принципам гуманности и общественным интересам. Согласно п. 3 ст. 1483 ГК РФ запрещена государственная регистрация обозначений, представляющих собой (включающих) элементы, являющиеся ложными или вводящими потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя либо противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали в качестве товарных знаков.

Такого рода ограничения не присущи нормам авторского права. Содержащееся в п. 5 ст. 1259 ГК указание на то, что авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования, геологическую информацию о недрах, представляет собой исключение из сферы авторского-правовой охраны, позволяющее конкретизировать круг охраняемых по нормам авторского права объектов. Это отнюдь не исключает возможности правовой охраны таких результатов в соответствии с иными нормами права интеллектуальной собственности. Кроме того, отсутствие в законодательстве явно выраженных критерииов оханоспособности объектов авторского права и, соответственно, их государственной регистрации делает введение такого рода ограничений нецелесообразным.

Кроме того, следует обратить внимание на то, что авторско-правовая охрана – это охрана формы, а не содержания произведения науки, литературы и искусства, поэтому само по себе создание произведения любого содержания, даже противоречащего нормам морали и нравственности, непосредственным образом не нарушает норм авторского права. Более того, введение определенных требований к содержанию произведения в качестве условий его правовой охраны может рассматриваться как форма цензуры, что прямо противоречит норме ст. 29 Конституции Российской Федерации, согласно которой каждому гарантируется свобода мысли и слова.

Однако, на взгляд автора настоящей статьи, публикация произведения, публичное исполнение, доведение до всеобщего сведения вполне способны противоречить принципам гуманности и морали, идти вразрез с нормами публичного либо частного права (в случае нарушения в результате этих действий прав и законных интересов конкретного лица).

Исходя из этого, в отношении использования ряда произведений науки, литературы и искусства возможно применение конституционных и иных запретов. Например, в п. 2 ст. 29 Конституции РФ содержится запрет пропаганды или агитации, возбуждающих социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть и вражду, в частности пропаганды социального, расового, национального, религиозного или языкового превосходства. Данная норма воспроизводится и детализируется в иных нормативно-правовых актах.

Так, согласно п. 6 ст. 10 Закона об информации запрещается распространение информации, которая направлена на пропаганду войны, разжигание национальной, расовой или религиозной ненависти и вражды, а также иной информации, за распространение которой предусмотрена уголовная или административная ответственность. Данная статья посвящена распространению и предоставлению информации, и, несмотря на наличие научной дискуссии по вопросу соотношения интеллектуальных прав и права на свободный доступ к информации, с точки зрения автора настоящей статьи, содержащиеся в ней запреты вполне применимы к результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации.

Закон об информации также оперирует термином «информация, распространение которой в Российской Федерации запрещено», однако его содержание раскрывается не в данном законе, а в целом ряде иных нормативно-правовых актов. Закон об информации лишь приводит основания для включения информации в Единый реестр запрещенной информации (ст. 15.1 Закона об информации). К числу таких оснований отнесены решения уполномоченных Правительством РФ федеральных органов исполнительной власти, принятые в соответствии с их компетенцией в порядке, установленном Правительством РФ, в отношении информации, распространяемой посредством сети Интернет (пп. 1 п. 5 ст. 15.1 Закона об информации), а также вступившее в законную силу решение суда о признании информации, распространяемой посредством сети Интернет, информацией, распространение которой в России запрещено.

Подпункт 1 п. 5 ст. 15.1 Закона об информации также устанавливает закрытый перечень информации, доступ к которой может быть ограничен на основании решений уполномоченных органов (материалы с порнографическими изображениями несовершеннолетних, информация о способах, методах разработки, изготовления и использования наркотических средств, о способах совершения самоубийства и т.д.). Такого рода изображения и текстовые материалы могут представлять собой произведения науки, литературы и искусства, однако они не могут свободно использоваться на территории Российской Федерации в силу подобных ограничений.

То же самое касается использования экстремистских материалов, под которыми в соответствии с пп. 3 ст. 1 Закона о противодействии экстремистской деятельности<sup>1</sup> понимаются предназначенные для обнародования документы либо информация на иных носителях, призывающие к осуществлению экстремистской деятельности либо обосновывающие или оправдывающие необходимость осуществления такой деятельности, в том числе труды руководителей национал-социалистской рабочей партии Германии, фашистской партии Италии; публикации, обосновывающие или оправдывающие национальное и (или) расовое превосходство либо оправдывающие практику совершения военных или иных преступлений, направленных на полное или частичное уничтожение какой-либо этнической, социальной, расовой, национальной или религиозной группы.

Далее следует обратить внимание на ч. 1 ст. 148 УК РФ и содержащийся в ней запрет публичных действий, выраждающих явное неуважение к обществу и совершаемых в целях оскорбления религиозных чувств верующих. К таким действиям могут быть отнесены, в частности, публикация произведения, публичное исполнение, а также доведение его до всеобщего сведения.

Подобная норма содержится в ст. 5.26 КоАП, согласно которой к нарушениям законодательства о свободе совести, свободе вероисповедания и о религиозных объединениях относятся умышленное публичное осквернение религиозной или богослужебной литературы, предметов религиозного почитания, знаков или эмблем мировоззренческой символики и атрибутики либо их порча или уничтожение, а также осуществление миссионерской деятель-

---

<sup>1</sup> Федеральный закон № 114-ФЗ от 25 июля 2002 г. «О противодействии экстремистской деятельности».

ности с нарушением требований законодательства о свободе совести, свободе вероисповедания и о религиозных объединениях.

Помимо запрета пропаганды или агитации, возбуждающих социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть и вражду, определенные ограничения свободы слова при создании и использовании произведений науки, литературы и искусства могут быть связаны с доступом к информации, содержание которой составляет государственную, коммерческую, служебную, профессиональную, личную или семейную тайны, а также с доступом к персональным данным.

Так, например, в соответствии с п. 2 ст. 1295 ГК РФ работодатель наделен правом сохранения в тайне служебного произведения в течение трех лет со дня, когда это произведение было предоставлено в его распоряжение. Это один из способов реализации воли работодателя в отношении служебного произведения, альтернативой которому является непосредственное использование им этого произведения либо отчуждение исключительного права иному лицу.

Таким образом, отечественное законодательство содержит исчерпывающий перечень оснований для установления определенных ограничений в отношении использования тех или иных произведений науки, литературы и искусства исходя из их содержания. Указанные ограничения предусмотрены целым рядом иных нормативных правовых актов, носящих, как правило, публично-правовой характер<sup>1</sup>. При этом часть четвертая ГК РФ таких ограничений в отношении произведений науки, литературы и искусства не содержит в связи с тем, что введение ограничений обусловлено, в первую очередь, содержанием произведения, а не его формой, охраняемой по нормам авторского права.

---

<sup>1</sup> См., напр.: Федеральный закон от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях».

Дорофеев Р.С.

**СВОБОДА СЛОВА И ТВОРЧЕСТВА, ЦЕНЗУРА  
И АВТОРСКИЕ ПРАВА  
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.06

*Аннотация. В статье рассматриваются проблемы свободы слова и творчества в контексте авторского права, вопросы признания произведений экстремистскими, порнографическими, оскорбляющими чувства верующих, а также особенности охраны прав авторов в баттл-рэпе.*

*Ключевые слова:* авторское право; цензура; фейковые новости; экстремизм; порнография.

**Doroфеев R.S. Freedom of speech and thought, censorship and copyright. (Article)**

*Abstract. The article concerns the problems of freedom of speech and thought, recognition of works as extremist, pornographic, offending the believers' feelings and the features of authors' rights protection in the sphere of rap battles.*

*Keywords:* copyright; censorship; fake news; extremism; pornography.

Несмотря на то что практически в любой стране мира законодательно закреплены права на свободу слова, творчества, самовыражения, актуальным остается такое явление, как цензура – контроль государства за публикациями в различных СМИ, целью

которого является недопущение распространения каких-либо «вредных» с государственной точки зрения идей<sup>1</sup>.

Прежде чем перейти к тому, как коррелируются цензура и авторское право, стоит вкратце описать то, в каком виде цензура существует в ХХI в. Основным источником статистической информации, который позволяет оценить ситуацию со свободой СМИ в мире, является так называемый индекс свободы прессы, составляемый международной неправительственной организацией «Репортеры без границ» ежегодно. В 2020 г. наиболее свободными для СМИ странами были признаны Норвегия, Финляндия и Дания; Россия занимает 149-е место из 180; худшие показатели (традиционно) – в закрытых авторитарных исламских государствах (например, Туркмения, Ирак) и КНДР<sup>2</sup>.

В качестве одного из критериев при оценке уровня цензуры в открытых обществах исследователи рассматривают не только законодательство, но и способы защиты журналистами своих прав, например возможность оспорить запрет на публикацию той или иной статьи. В этом случае государства с большей независимостью судебной власти имеют перевес в отношении многих развивающихся стран<sup>3</sup>. Немаловажной является и проблема излишней сам цензуры: когда автор не выпускает тот или иной материал, опасаясь за свою карьеру, свободу и жизнь (пример: публикации И. Голунова о «похоронном бизнесе»). Лакмусовой бумагой уровня свободы слова в СМИ зачастую становятся чрезвычайные ситуации, когда государство, опасаясь распространения недостоверной информации (фейк-ньюс), вводят дополнительные законы для контроля: так, в России на фоне непростой ситуации с коронавирусом был принят отдельный закон об уголовной ответственности за распространение фейков об инфекции<sup>4</sup>.

Соотношение цензуры и авторского права во многом можно описать знаменитым законом единства и борьбы противоположно-

<sup>1</sup> См.: Что такое Цензура // Единый толковый словарь. URL: <https://xn----7sbhh7akdldfh0ai3n.xn--plai/cenzura.html> (дата обращения: 01.07.2020).

<sup>2</sup> См.: ТАСС: Россия заняла 149-е место в рейтинге свободы прессы. URL: <https://tass.ru/obschestvo/6347642> (дата обращения: 01.07.2020).

<sup>3</sup> См.: Ширяев Э. О цензуре, «Ведомостях» и Александре Сергеевиче // Голос Америки. – 2020. – 18 мая. URL: <https://www.golos-ameriki.ru/a/russia-vedomosti-censorship/5424535.html> (дата обращения: 01.07.2020).

<sup>4</sup> См.: Федеральный закон от 1 апреля 2020 г. № 100-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и ст. 31 и 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

стей: по своему духу цензура препятствует созданию какого-либо творческого контента, а авторское право – стимулирует этот процесс. Однако зачастую авторское право встает на сторону своего «оппонента»: защищая одних авторов, оно не дает другим опубликовать, распространить свое произведение, тем самым ограничивая свободу творчества.

Наиболее актуальна в этом контексте принятая относительно недавно Директива об авторском праве на Едином цифровом рынке ЕС, которая поспособствовала «зарегулированию» сферы Интернета. По ее положениям медиаплатформы (например, Google, YouTube) обязаны заключать с авторами соглашения об использовании материалов, если в них отображается какой-либо контент, не принадлежащий тому, кто загрузил его в Сеть<sup>1</sup>. Законодательные органы ЕС, разрабатывая Директиву, исходили из того, что она поможет неизвестным авторам зарабатывать на своем творчестве, однако автоматизированность процессов в Интернете, особенно в социальных сетях, привела к абсурду: любые тексты / видео / изображения с элементами других произведений удаляются автоматически. Например, видео на платформе YouTube начала 2010-х годов, где парень рвет траву для салата, было неожиданно заблокировано: птицы, поющие на заднем плане, были признаны птицами, поющими в песне одного из исполнителей<sup>2</sup>. С аналогичной проблемой сталкивалось множество пользователей; так, общеизвестный лайфхак для различных российских «стримеров» (блогеров, ведущих прямые трансляции) – никогда не включать музыку зарубежных исполнителей, дабы система не прервала процесс.

Обеспокоенность вызвала и возможность создания мемов в форме рисованных изображений-карикатур с узнаваемыми персонажами, которые обыгрывают те или иные ситуации. Несмотря на то что формально под запрет они не попали, поле для творчества авторов сузилось хотя бы за счет фотографий, которые зачастую используются как часть мема.

---

<sup>1</sup> См.: Герасюкова М. «Пользователи проиграли битву»: ЕС защитил авторов в Интернете // Газета.ru. – 2019. – 27 марта. URL: [https://www.gazeta.ru/tech/2019/03/27/12268112/article\\_13.shtml](https://www.gazeta.ru/tech/2019/03/27/12268112/article_13.shtml) (дата обращения: 01.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Messieh N. A copyright claim on chirping birds highlights the flaws of YouTube's automated system // TNW. – 2012. – 27 февраля. URL: <https://thenext-web.com/google/2012/02/27/a-copyright-claim-on-chirping-birds-highlights-the-flaws-of-youtubes-automated-system/> (дата обращения: 01.07.2020).

Пострадало творчество также и от законодательства о фейковых новостях – в первую очередь, жанр пародии. В одном из популярных кейсов в США портал The Babylon Bee опубликовал фельетон – пародию на фейковые новости: «CNN купила стиральную машину промышленного размера для перекручивания фактов», – с описанием того, как любой журналист CNN может получать готовые заметки нужного содержания и в нужном политическом ракурсе, всего лишь загрузив в машину исходные данные. Шутку оценили все, кроме Facebook, который расценил это как (правильно!) фейковую новость<sup>1</sup>.

В России аналогичные законы (поправки в ГК) пока не принимались. Одни эксперты говорят о том, что Россия навряд ли пойдет по такому пути: президент Ассоциации интернет-издателей Иван Засурский отмечает значимость безвозмездных открытых лицензий для информационного поля, где к материалам на тех или иных основаниях доступ имеют все пользователи<sup>2</sup>. Другие же пишут о том, что Россия никогда не упускала шанс ужесточить регулирование деятельности иностранных информационных платформ, перераспределив доходы в пользу отечественных «производителей»<sup>3</sup>. Так или иначе основной страх, связанный с цензурой и фейк-ньюс – политическая ангажированность, которую обнаруживают в тех же США, где Д. Трамп борется с Twitter, обвиняя социальную сеть в цензуре множества его публикаций (недавно платформа удалила его предвыборный ролик с кадрами массовых беспорядков; официальная причина – жалоба одного из правообладателей фотографии, используемой в видеоряде<sup>4</sup>).

Помимо цензуры, связанной с нарушением авторского права, интересно проанализировать и цензуру, связанную с экстремизмом /

---

<sup>1</sup> См.: Мирошниченко А. Борьба с фейк-ньюс уперлась в неожиданное препятствие – сатири // Журналист. – 2018. – 3 мая. URL: <https://jrnlst.ru/satirafakenews> (дата обращения: 01.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Проблемы авторского права в России и Европе: международная дискуссия на площадке IPQuorum-2019 // Российская газета. – 2019. – 11 апреля. URL: <https://rg.ru/2019/04/11/problemy-avtorskogo-prava-v-rossii-i-evrope-diskussiya-na-ipquorum-2019.html> (дата обращения: 01.07.2020).

<sup>3</sup> См.: Страх А. Зачем нужна директива ЕС об авторском праве от 2019 года // D-Russia.Ru. – 2019. – 24 мая. URL: <https://d-russia.ru/zachem-nuzhnaya-direktiva-es-ob-avtorskom-prave-ot-2019-goda.html> (дата обращения: 01.07.2020).

<sup>4</sup> См.: Twitter удалил видео с речью Трампа о гибели Флойда // РБК. – 2020. – 5 июня. URL: <https://www.rbc.ru/politics/05/06/2020/5ed9d5e29a7947f79981dee9> (дата обращения: 01.07.2020).

порнографией, где государственные органы запрещают какой-либо материал, удаляют его, привлекая создателя к ответственности.

Особенностью авторских прав является, как мы помним, то, что они присваиваются самим фактом создания произведения. Кроме того, охраняется форма, а не содержание<sup>1</sup>. Эти особенности приводят к тому, что любое произведение вне зависимости от противоправности будет защищаться авторским правом. Если вы сняли видео с маршем ваших соседей-неонацистов по территории соседнего двора и положили его в шкаф – никаких проблем не возникнет, авторское право (в «спящем режиме») будет; однако если вы это видео выложите на страничку в социальной сети, где его сможет увидеть каждый пользователь, – это признают экстремизмом, ролик удалят, вас привлекут к ответственности, а прибыль вы не получите, как бы гениально вы ни спародировали персонажей Третьего рейха. Несмотря на то что использование и реализация ролика будут невозможны, авторства вы не лишитесь (как бы вам, возможно, ни хотелось этого во время судебного процесса).

Любопытная ситуация возникает с произведениями, в которых обнаруживается оскорбление чувств верующих. В этом случае суды иногда прибегают к авторскому праву как к способу дополнительной «поддержки» их аргументации. Например, ВС РФ в деле 2017 г. по секте Свидетелей Иеговы усмотрел не только наличие в брошюрах «информации, возбуждающей религиозную рознь, пропагандирующей исключительность, превосходство и неполноту граждан», но и непозволительно оскорбительную «интерпретацию установлений, содержащихся в Библии»<sup>2</sup>.

Весьма резонансным стало дело художника Александра Савко о запрете картины, признанной экстремистским материалом. На картине изображен Микки Маус в образе Иисуса Христа с аллюзией на гравюру немецкого художника XIX в. Юлиуса Шнорра фон Карольсфельда «Нагорная проповедь. Евангелие от Матфея 5:1–12», что эксперты по делу расценили как «грубое обращение с тем, что является святыней для миллионов людей». В то же время в работах художника (которые, начиная с 1990-х годов, сотни раз

---

<sup>1</sup> См.: Савина В.С. Публично-правовые ограничения и запреты в праве интеллектуальной собственности // ИС. Авторское право и смежные права. – 2020. – № 2. – С. 4.

<sup>2</sup> См.: Апелляционное определение ВС РФ от 17 июля 2017 г. № АПЛ17–216.

выставлялись на различных российских выставках) не было обнаружено какого-либо призыва, обоснования или оправдания экстремистской деятельности. Суд, основываясь на эмоциональных оценках экспертов, фактически уравнял оскорблению чувств верующих и экстремистскую деятельность<sup>1</sup>.

На мой взгляд, одной из основных проблем в сфере экстремистских материалов является отсутствие четких критериев, по которым эксперты должны оценить факт нарушения закона. КС РФ предлагает судам исходить из каждого отдельного случая, ориентируясь на ряд общих критериев (форма и содержание деятельности или информации, их адресаты и целевая направленность, общественно-политический контекст, наличие реальной угрозы, обусловленной в том числе призывами к противоправным посягательствам на конституционно охраняемые ценности, обоснованием или оправданием их совершения, и т.п.)<sup>2</sup>, как следствие, эксперты и судьи опираются на свое субъективное (подчас эмоциональное) мнение или же политический контекст, что приводит к запрету на распространение материалов, которые могут быть «общественно опасными» только при желании видеть их таковыми.

В случае с ненормативной лексикой или распространением, допустим, детской порнографии все несколько проще, так как можно подойти к делу более формально: есть определенные слова, которые можно / нельзя использовать, определенные части тела, которые можно / нельзя оголять на публике. Но и здесь практика порождает множество споров: совсем недавно активистка Юлия Цветкова была привлечена к ответственности по ст. 242 УК РФ о распространении порнографии из-за постановок в детском театре, а также рисунков с изображениями половых органов в паблике «Монологи вагины» в социальной сети ВК. Несмотря на то что умысла на совершение преступления у девушки не было, а идея состояла в том, чтобы женщины / девочки приняли и полюбили свое тело (просвещение, дестигматизация), суд воспринял это как порнографию. Эксперты отмечают, что формулировка данного понятия в Федеральном законе от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью

---

<sup>1</sup> См.: Гайнутдинов Д. Экстремистское искусство: без права на трактовку // Адвокатская газета. – 2018. – 5 марта. URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/ekstremistskoe-iskusstvo-bez-prava-na-traktovku/> (дата обращения: 01.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Определение КС РФ от 2 июля 2013 г. № 1053-О.

и нравственному развитию» позволяет определить как порнографию любое изображение половых органов<sup>1</sup>.

В данной работе мне также хотелось бы поговорить о проблеме свободы творчества и авторского права в контексте рэп-баттлов. Рэп-баттл – это поединок двух исполнителей в жанре рэп; основная задача, как правило, сводится к тому, чтобы обличить / унизить своего визави в рифмованной форме. Поскольку рэп-баттлы в своем большинстве были и остаются определенной субкультурой, здесь функционируют свои правила: свободный мат (использование которого отчасти поощряется), свободные темы (и наркотики, и секс, и политика, и экстремизм), – философия берет свое начало с улиц, где не принято прибегать к помощи закона, а разрешать вопросы самому (раньше – дракой, сейчас – словом).

Несмотря на все это, попытка баттловых площадок (самые известные – RBL, Versus, Кубок МЦ) собрать аудиторию, заработать на рекламе в какой-то момент привела к тому, что баттлы стали смотреть все больше и больше людей. С одной стороны, это и было изначальной целью, с другой – сделало внимание к контенту более пристальным. Это привело к тому, что организаторы стали «вырезать» наиболее острые моменты, затрагивающие политические / религиозные темы. Так, например, на видео баттла Гнойный – Эрнесто Заткнитесь (на июнь 2020 г. количество просмотров на YouTube – 20 млн) не попали следующие строчки: «Даже патриарх Кирилл когда-то был спермой», «Не существуют, словно украинцы – как нация», а также обыгрывание фамилии Кадырова. Летом 2018 г. с баттла Сеймура (Seimur) против Лёхи Медь удалили кусок про трагедию в Кемерове<sup>2</sup>. Организатор площадки Ресторатор прокомментировал это следующим образом: «Модерация в баттлах постепенно появляется. Если вначале мы провозглашали свободу слова, то сейчас – ай-ай-ай, иногда сверху пальчиком грозим. Тем более в Twitter на нас стали подписываться люди из каких-то надзорных ведомств. Мы стараемся не шутить про первых лиц государства: если шутка того не стоит, лучше не надо. Из песни слов

---

<sup>1</sup> См.: Чернявский Р. Шесть лет тюрьмы за рисунки вагины: что не так с делом Юлии Цветковой // The Village. – 2019. – 30 нояб. URL: <https://www.the-village.ru/village/city/comments/368385-monologi-tsvetkovoy> (дата обращения: 01.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Ресторатор рассказал, что из последнего выпуска Versus вырезали «неуместные моменты» // The Flow. – 2018. – 3 сент. URL: <https://the-flow.ru/news-versus-kemerovo> (дата обращения: 01.07.2020).

не выкинешь, и цензурировать баттл не станут, но это не наш формат: в политику нам лучше не лезть»<sup>1</sup>.

Тем не менее какие-либо единые правила «самоцензуры» отсутствуют; пока подобные инциденты случались только на Versus. На RBL: All Stars летом прошлого года «вырезания» были высмеяны Сектором (Sector) в поединке против Сеймуря: «Власти разгоняют митинги, это не обозревают СМИ. Живые президенты правят странами, пока мертвые правят миром. Журналистам не дают расследовать, ослушаешься – получишь только угрозы и боль. Сеймур пришел в баттлы за свободой слова. Бро, мы с тобой! Баттлы последний оплот свободы слова... О, Versus? Так ты там сказал в баттле, в котором у тебя вырезали кусок текста?» – что получило огромную поддержку зрителей.

Разумеется, не было (и не будет, скорее всего) ни одного случая, когда тот или иной «баттловик» обратился бы в суд за защитой своего авторского права на неприкосновенность произведения – будь то в случае «цензуры» организатора или плагиата (последнее называется «байтерством»). Единственным способом остается рассказать об этом на следующем баттле, публично указав на факт «вырезки» или использования оппонентом текста другого «баттловика». В какой-то степени это, наверное, можно назвать самозащитой права. Хотя, конечно, правовые понятия в данной сфере навряд ли применимы.

Таким образом, основной проблемой свободы слова и творчества сегодня является поиск баланса между государственными и частными интересами, в частности – определение адекватных критериев признания произведений экстремистскими, порнографическими или оскорбляющими религиозные чувства. Пожалуй, роль авторского права состоит в том, чтобы помочь авторам защищать свои работы, даже в условиях действия цензуры, при этом не препятствуя новым авторам творить, – это в первую очередь касается Интернета. Возможно, публичное объявление и высмеивание плагиаторов и излишне строгих цензоров (по аналогии с баттл-рэпом) может стать выходом из дилеммы: судиться или не судиться. Роль иронии и общественного порицания никто не отменял.

---

<sup>1</sup> См.: На рэп-баттле Versus и #Slovospb отцензурировали шутки про патриарха и мост Кадырова // The Village. – 2016. – 29 июля. URL: <https://www.the-village.ru/village/weekend/industry/242161-versus-censorship> (дата обращения: 01.07.2020).

Галкина А.М.

**ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ  
СФЕРЫ ИНТЕРНЕТ-МЕМОВ  
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.07

*Аннотация. В статье анализируются актуальные проблемы сферы интернет-мемов. Рассмотрена проблема применения авторских прав на мемы, проводится анализ сферы интернет-мемов с точки зрения свободы слова и свободы творчества, а также проводится оценка необходимости правового регулирования данной сферы.*

*Ключевые слова:* мемы; право интеллектуальной собственности; авторское право; произведение искусства.

**Galkina A.M. Problems of the sphere of Internet memes legal regulation. (Article)**

*Abstract. The article analyzes current problems in the sphere of Internet memes. The article considers the problem of applying copyright to memes, analyzes the sphere of Internet memes from the point of view of freedom of speech and freedom of creativity, and assesses the need for legal regulation of this sphere.*

*Keywords:* memes; intellectual property law; copyright; work of art.

Сфера интернет-мемов, с точки зрения правового регулирования, является одной из наиболее спорных и неоднозначных. Мемы представляют собой изображения, видео, идеи, «вирусно» распространяющиеся в Интернете.

Правовая природа мемов пока не определена. Существуют разные подходы к пониманию этого объекта: переработанное фото, карикатура, товарный знак и т.д.

В настоящий момент наиболее широко распространенной является регистрация мема как товарного знака и последующая его защита в данном качестве: именно так поступили правообладатели мема «Grumpy Cat» – «Грустный кот»<sup>1</sup>, что позволило им в дальнейшем успешно осуществлять защиту своего товарного знака. До совершения регистрации в качестве товарного знака мем представляет собой объект, охраняемый авторским правом, так как отвечает всем необходимым признакам для квалификации его в качестве произведения.

В зарубежной практике можно встретить случаи возникновения споров, связанных с использованием мемов. В 2015 г. произошел спор по поводу мема Socially Awkward Penguin (Пингвиносоциофоб)<sup>2</sup>. Центральное изображение пингвина принадлежало фотографу National Geographic, поэтому лицензионное агентство National Geographic – Getty Images обратилось ко всем сайтам, использовавшим это изображение, с требованием получения выплат. Но наибольший общественный резонанс возник по поводу требований Getty Images к одному немецкому блогу. Сумма требований составляла 900 долл., что почти втрое превышало обычные лицензионные платежи за использование изображения.

Основная проблема заключается в том, что обычно создатели мема берут за основу не собственное произведение, но фото или иное изображение, авторские права на которое принадлежат другому лицу. То есть происходит использование и переработка чужих произведений, что допускается только после согласия правообладателя (ст. 1229, 1270 ГК РФ)<sup>3</sup>, которое создателями мема, конечно же, не получено.

---

<sup>1</sup> См.: Демченко Н. Grumpy Cat отсудила 710 тыс. долл. у кофейной компании по делу о правах. – 2018. – 25 янв. URL: <https://www.rbc.ru/society/25/01/2018/5a697de39a7947eeb3f62d67> (дата обращения: 02.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Dewey C. How copyright is killing your favorite memes // The Washington post. – 2015. – 9 Sept. URL: <https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2015/09/08/how-copyright-is-killing-your-favorite-memes/> (дата обращения: 02.07.2020).

<sup>3</sup> См.: Мемы и право // IP view. – 2020. – 30 янв. URL: [https://zen.yandex.ru/media/id/5e2473000a451800b2342342/memy-i-pravo-5e32ed677db96606cb16b928?utm\\_source=ip\\_club%2C+vkontakte&utm\\_term=ip%2Bclub&utm\\_campaign=IP\\_CLUB](https://zen.yandex.ru/media/id/5e2473000a451800b2342342/memy-i-pravo-5e32ed677db96606cb16b928?utm_source=ip_club%2C+vkontakte&utm_term=ip%2Bclub&utm_campaign=IP_CLUB) (дата обращения: 02.07.2020).

Российская судебная практика по данному вопросу не стоит на месте: в ближайшем будущем должно произойти первое в России судебное разбирательство из-за авторских прав на мем: блогер Алексей Капустин планирует подать иск на магазин «Твоё» и Wildberries. Блогер считает, что Wildberries неправомерно использовали созданный им мем и тем самым нарушили авторские права на спорный объект, который представляет собой надпись «Показалось». Слово написано белым цветом и обрамлено красным прямоугольником, что внешне похоже на нашивку на форме полицейских<sup>1</sup>.

Wildberries отказались признавать требования блогера, ссылаясь на то, что данное произведение не обладает художественной ценностью и в нем отсутствует элемент творчества. Тем не менее блогер намерен обратиться в суд.

Многие авторы рекомендуют использовать изображения и фото для создания мема только в случае, если вы являетесь автором этого изначального объекта. В противном случае есть риск получить претензию от правообладателя, даже если ваша публикация не преследовала какой-либо коммерческой цели<sup>2</sup>.

В США данная проблема может быть решена благодаря доктрине «доброповестного использования» – «fair use»: факт использования объекта авторского права оценивается на основе нескольких критериев, которые позволяют сделать вывод о (не) добросовестности использования в каждом конкретном случае. Правовое определение доктрины «fair use» включает следующие критерии: цель использования, объем используемых объектов, влияние использования на рынок или стоимость оригинального произведения, характер произведения, защищенного авторским правом.

Конечно, нельзя сказать, что существует какой-то универсальный ответ на вопрос о добросовестном использовании объекта, тем не менее есть некоторые виды использования, которые обычно считаются добросовестными: научные статьи, журналы (в случаях,

---

<sup>1</sup> См.: Шахова А. В России намечается первый в истории суд из-за авторских прав на мем. Блогер хочет засудить Wildberries // Секрет фирмы. – 2020. – 17 марта. URL: [https://secretmag.ru/news/v-rossii-namechaetsya-pervyi-v-istorii-sud-iz-za-avtorskikh-prav-na-mem-blogger-khochet-zasudit-wildberries.htm?utm\\_source=ip-club%2C+vkontakte&utm\\_term=ip%2Bclub&utm\\_campaign=IP\\_CLUB](https://secretmag.ru/news/v-rossii-namechaetsya-pervyi-v-istorii-sud-iz-za-avtorskikh-prav-na-mem-blogger-khochet-zasudit-wildberries.htm?utm_source=ip-club%2C+vkontakte&utm_term=ip%2Bclub&utm_campaign=IP_CLUB) (дата обращения: 02.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Do Memes Violate Copyright Law? // Thelawtog. URL: <https://thelawtog.com/memes-violate-copyright-law/> (дата обращения: 02.07.2020).

если объект используется в научных целях, объем такого использования оправдан целями публикации, а также с обязательным указанием на источник и автора объекта), критика. Следует отметить, что многие авторы в начале своих публикаций ставят так называемый «дисклеймер» – письменный отказ от ответственности с указанием, например, исключительно на научный характер использования объектов.

Нередко в качестве «основы» для мемов используется изображение реального лица, причем не только известных лиц, но и простых обывателей, которые по счастливой (или не слишком) случайности таким образом обретают всемирную славу.

В соответствии со ст. 152.1 ГК РФ использование и обнародование изображения гражданина разрешается только после получения его согласия. Тем не менее интернет-сообщество это не останавливает: мемы с изображением реальных лиц являются одними из наиболее часто встречающихся.

Чаще всего изображенные на мемах лица не рады такой популярности: именно это иллюстрирует разбирательство по делу «Валерий Сюткин против онлайн-энциклопедии «Луркоморье». На данном ресурсе был опубликован мем с изображением Сюткина и нецензурной надписью. Мещанский районный суд обязал администрацию портала удалить фото по итогам рассмотрения дела по иску Валерия Сюткина о защите чести и достоинства лица и незаконном использовании изображения гражданина<sup>1</sup>.

Интересно, как подобный вопрос решается в соответствии с законодательством Германии. В Германии, как и в России, запрещено распространять и использовать изображение лица без его согласия. Тем не менее Закон Германии об изображениях делает исключение в случае публичной известности лица, чьи изображения распространяются. При разрешении подобных дел в каждом конкретном случае судья будет учитывать «историческую актуальность» лица: случаи, когда положение и деятельность «помещают» персону в центр внимания общественности, делая особым интерес публики к любой информации о самом человеке. То

---

<sup>1</sup> См.: Суд обязал онлайн-энциклопедию «Луркоморье» удалить «непотребный» мем с Валерием Сюткиным // Право.ru – 2015. – 7 апр. URL: <https://pravo.ru/news/view/117607/> (дата обращения: 02.07.2020).

есть чем известнее лицо, тем терпимее оно должно относиться к распространению своего изображения<sup>1</sup>.

Как показывает практика, даже в случаях наложения судебного запрета на распространение фотографии лица в Сети окончательно удалить фото практически невозможно. В качестве примера можно привести ставшую вирусной неудачную фотографию певицы Beyonce: после того, как юристы певицы добились решения суда об изъятии фотографии из Сети, удалить ее окончательно так и не удалось<sup>2</sup>.

Многие интернет-пользователи всерьез обеспокоены проблемой влияния правового регулирования на сферу интернет-мемов. Особый резонанс вызвал проект Директивы по авторскому праву Европейского союза (далее – Директива), предложенный в 2018 г. В связи с возникшими разногласиями, окончательное голосование за принятие Директивы было отложено на 2020 г. Наибольшие споры вызывает статья 13 Директивы – там содержатся требования к веб-сайтам автоматически контролировать все загружаемые файлы, чтобы предотвратить распространение контента, защищаемого авторским правом. Похожая система используется в YouTube и Instagram – администрация сайтов анализирует все загружаемые видео и блокирует те, что нарушают авторские права<sup>3</sup>.

Некоторые авторы<sup>4</sup> полагают, что подобные меры приведут к «смерти» интернет-мемов и исчезновению одной из самых любимых развлекательных индустрий в Сети.

Наиболее острого социальной проблемой в данной сфере является набирающая обороты тенденция возбуждения уголовных дел за создание, публикацию или репост «экстремистских» мемов. Чаще всего в таких случаях возбуждаются уголовные дела по статье

---

<sup>1</sup> См.: Тальцева Н. Дело Onotole vs Maryjane: Запретный плод никогда не был пищей изголодавшихся // Zakon.ru – 2012. – Июнь. URL: [https://zakon.ru/discussion/2012/6/24/delo\\_onotole\\_vs\\_maryjane\\_zapretnyj\\_plod\\_nikogda\\_ne\\_byl\\_pishhej\\_izgolodavshixsyu](https://zakon.ru/discussion/2012/6/24/delo_onotole_vs_maryjane_zapretnyj_plod_nikogda_ne_byl_pishhej_izgolodavshixsyu) (дата обращения: 02.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Удаленное из Интернета фото Бейонсе // Memepedia. – 2018. – 26 дек. URL: <https://memepedia.ru/unflattering-beyonce/> (дата обращения: 02.07.2020).

<sup>3</sup> См.: Europe considers internet copyright law that would kill your favorite GIFs and memes // Mashable. – 2018. – 20 June. URL: <https://mashable.com/article/copyright-kill-memes-gifs/> (дата обращения: 02.07.2020).

<sup>4</sup> См.: Shah S. WHY MEME? Death of MEMES? EU approves controversial copyright law that could wipe out hilarious memes forever // The sun. – 2018. – 20 June. URL: <https://www.thesun.co.uk/tech/6481234/memes-death-eu-copyright-law/> <https://www.rt.com/news/429245-eu-meme-ban-internet/> (дата обращения: 02.07.2020).

«об оскорблении чувств верующих» (ст. 148 УК РФ) и «экстремизм» (ст. 282 УК РФ)<sup>1</sup>. Так, в 2018 г. было заведено уголовное дело на Даниила Маркина за публикацию мема с персонажем (Джон Сноу) из сериала «Игра престолов» с подписью «Воистину воскрес»<sup>2</sup>. Подобные ситуации в настоящее время не редкость, поэтому интернет-«шутникам» нужно соблюдать осторожность и морально-этические нормы при публикации или репосте очередной вирусной картинки.

Так ли необходимо регулировать мемы правом? Некоторые авторы считают, что культура интернет-мемов возникла из абсолютного игнорирования авторского права<sup>3</sup>.

Более того, правообладатели видят мемы как дополнительный способ рекламы своего товара или произведения: использование кадра из фильма в качестве мема и превращение изображения в вирусное только порождают дополнительный интерес пользователей к фильму.

Массовая культура находится в постоянном развитии и приобретает все новые и новые формы. Мемы – одна из форм именно такой некоммерческой интернет-культуры, основная цель которой – скрасить досуг интернет-пользователей. В случае возникновения споров правообладателей по поводу мема необходимо оценивать наличие коммерческой цели публикации и репоста такого изображения в каждом случае, так как большая часть мемов, за редким исключением, публикуется в Сети исключительно с развлекательной целью, поэтому говорить о неправомерном использовании какого-либо мема в коммерческих целях не имеет смысла.

Чрезмерное правовое вмешательство в данную сферу может привести к ущемлению прав лиц на творчество, причем творчество безвозмездное, целью которого является, опять же, привнесение развлекательных элементов в Сеть и одновременное получение «лайков», которые также вряд ли имеют какую-либо имущественную ценность.

---

<sup>1</sup> См.: *Robinson O. The memes that might get you jailed in Russia // BBC trending.* – 2018. – 23 August. URL: <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-45247879> (дата обращения: 02.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Вот за такие картинки и мемы тебя посадят как экстремиста // Ростбарт. – 2018. – 30 июля. URL: <https://www.rosbalt.ru/like/2018/07/30/1720944.html> (дата обращения: 02.07.2020).

<sup>3</sup> См.: +100500 к копирайту: кто владеет правами на мемы // Право.ру – 2016. – 3 нояб. URL: <https://pravo.ru/story/view/134865/> (дата обращения: 02.07.2020).

Неоднозначную реакцию вызывает и уголовное преследование за «экстремистские» мемы. Понятие «экстремизм» определено в законе слишком широко, поэтому в разных ситуациях может толковаться совершенно неравнозначно. Некоторые авторы считают, что понятием «экстремистская деятельность» можно охарактеризовать абсолютно любое действие лица, как говорится: «было бы желание». Нередки случаи, когда преследованию подвергались и современные художники: организаторы и авторы выставки «Осторожно – религия!» были признаны виновными в разжигании религиозной ненависти и приговорены к уплате штрафа<sup>1</sup>. Студентами МГУ имени М.В. Ломоносова в процессе подготовки научного доклада был проведен социологический опрос, где респондентам предложили оценить, считают ли они экспонаты выставки возбуждающими религиозную ненависть или оскорбляющими чувства верующих. Примечательно, что 65,4% респондентов не посчитали экспонаты таковыми<sup>2</sup>.

Не стоит относиться к мемам чересчур критично: в конце концов мемы являются неотъемлемой частью жизни большинства населения и помогают нам пережить трудные жизненные моменты: взять хотя бы ставшую популярной серию комиксов про Наташных котиков – именно это помогло многим сохранить позитивный настрой в период вынужденной самоизоляции<sup>3</sup>!

---

<sup>1</sup> См.: Карамаев С. Осторожно – искусство! // Lenta.ru. – 2005. – 30 марта. URL: <https://lenta.ru/articles/2005/03/30/religion/> (дата обращения: 02.07.2020).

<sup>2</sup> См.: Алексеева Т.С., Немчинова П.С. Вербальный экстремизм: свобода выражения мнения и уголовно-правовая защита общества (правовые позиции Европейского Суда) // Круглый стол «Интернет на службе террористической пропаганды: международный и зарубежный опыт противодействия» / Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Юридический факультет, Научно-образовательный центр международного и сравнительного уголовного права имени Н.Ф. Кузнецовой. – 2020. – Февр.

<sup>3</sup> См.: Краткий пересказ апреля 2020 года // Picabu.ru – 2020. – Апрель. URL: [https://picabu.ru/story/kratkiy\\_pereskaz\\_aprelya\\_2020\\_goda\\_7419294?utm\\_medium=social&utm\\_term=7419294&utm\\_source=vkmain&utm\\_campaign=photo&utm\\_content=humor](https://picabu.ru/story/kratkiy_pereskaz_aprelya_2020_goda_7419294?utm_medium=social&utm_term=7419294&utm_source=vkmain&utm_campaign=photo&utm_content=humor) (дата обращения: 02.07.2020).

Афанасьева Е.Г., Долгих М.Г.

**ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ И СВОБОДА СЛОВА  
И ТВОРЧЕСТВА  
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.08

**Аннотация.** Товарному знаку как в РФ, так и в зарубежных правопорядках предоставляется достаточно серьезная степень правовой защиты. Существует законодательный запрет на регистрацию аморальных, антисоциальных и антигуманных товарных знаков, что, по мнению авторов статьи, порой существенно нарушает свободу слова и свободу творчества. Но порой угрозы свободе слова и творчества исходят и от правообладателей товарных знаков. В частности, в конфликтах по поводу пародирования товарных знаков надо внимательно следить за тем, не нарушает ли правообладатель пределы осуществления своего права.

**Ключевые слова:** товарные знаки; свобода слова; свобода творчества; пародия; олимпийская символика; Евросоюз; США.

***Afanasieva E.G., Dolgikh M.G. Trademarks, the freedom of speech and expression. (Article)***

**Abstract.** A trademark, both in Russian Federation and in foreign legal orders, is provided with a fairly serious degree of legal protection. There is a legal prohibition on the registration of immoral, anti-social and inhuman trademarks, which, according to the authors of the article, sometimes significantly violates freedom of speech and expression. But in other situations owners of trademarks themselves threaten the freedom of speech and creativity. So, for example, In conflicts about trademark parodies it is important to watch carefully whether the trademark owner violates the limits of his right realization.

**Keywords:** trademarks; freedom of speech; freedom of expression; parody; olympic symbolics; European Union; USA.

Мы живем в эпоху серьезного наступления на свободу слова. В первую очередь она испытывает давление со стороны государства в форме как административной ответственности, так и возможности уголовного преследования за высказывания, которые могут быть квалифицированы как «экстремистские», «оправдание терроризма», «разжигание розни», «оскорбление чувств верующих» и т.п. С другой стороны, угрозы свободе слова исходят и от «частных регуляторов», например от социальных сетей, вводящих собственную цензуру в форме блокирования аккаунтов пользователей за их посты и комментарии, зачастую по не поддающимся какому-либо разумному объяснению поводам.

Говоря об «области пересечения» права интеллектуальной собственности и свободы слова, как правило, обращают внимание на институт авторского права и смежных прав. И это вполне объяснимо, поскольку свобода слова необходима в первую очередь для создания и использования произведений. Цензура способна нанести серьезный вред этим процессам, осложнив их или исказив. Однако отмеченное справедливо и в отношении таких объектов интеллектуальной собственности, как средства индивидуализации, прежде всего товарные знаки.

Свобода слова и творчества в этой сфере необоснованно ограничивается запретами на регистрацию «аморальных, антисоциальных и антигуманных» товарных знаков (подп. 2 п. 3 ст. 1483 ГК РФ) и практикой их реализации. В качестве наиболее ярких примеров из отказной практики Роспатента вспоминаются «Кузькина мать», «Медвепутик», «Володя и медведи», «Выпь (Бухало)», «Солнцедар», «Белочка (Я пришла)», «ШИРЕ ХАРИ», «Толстый фраер».

Любопытно, что такая обеспокоенность «моральностью» товарных знаков не является «стилевой особенностью» российской правовой системы. Парижская конвенция разрешает отказывать в регистрации аморальных и противоречащих публичному порядку товарных знаков (ст. 6 *quinqüies* (В-3)), хотя и не устанавливает такую обязанность для стран-участниц. Многие из них воспользовались возможностью предусмотреть в своем законодательстве такое препятствие к предоставлению правовой охраны. Например, в п. «f» ч. 1 ст. 7 Регламента № 2017/1001 Европейского парламента и Совета Европейского союза «О товарном знаке Европейского

союза» несоответствие товарных знаков «общественному порядку или принятым нормам морали» отнесено к абсолютным основаниям для отказа в регистрации. Для отклонения заявки достаточно вероятности, что обозначение будет воспринято как шокирующее или оскорбительное (при этом учитывается, какие товары и услуги предполагается индивидуализировать товарным знаком). В качестве примера практической реализации этих запретов в Европе можно привести отказ в регистрации товарного знака, включающего изображение герба СССР<sup>1</sup>.

Запрет на регистрацию аморальных, скандальных и оскорбительных товарных знаков был включен и в ст. 2(а) Закона США о товарных знаках (Закон Лэнхема – Lanham Act). По этому основанию патентное ведомство США отказывалось зарегистрировать в качестве товарных знаков бутылку в форме кисти руки с поднятым средним пальцем, словесные обозначения «MILF LESSONS», «AWSHIT WORKS», «COCK SUCKER», «LIBIDO»<sup>2</sup>.

Законодательные запреты регистрации скандальных, аморальных, оскорбительных знаков и практика их применения нередко критиковались за несоответствие свободе слова и наделение регистрирующих ведомств полномочиями по охране морали (оппоненты возражали, что отказ в регистрации товарного знака не препятствует использованию обозначения для индивидуализации товаров, просто оно будет слабее защищено).

И вот недавно в США эта критика вышла за рамки доктрины. Верховный суд США в решении по делу *Matal vs Tam* признал запрет на регистрацию оскорбительных / порочащих («disparaging») знаков не соответствующим Конституции США. Речь шла о регистрации в качестве товарного знака названия азиатско-американского ансамбля «THE SLANTS» («раскосые», «косоглазые»). Регистрирующее ведомство сочло, что такой товарный знак оскорбителен для выходцев из Азии, однако Верховный суд не согласился с отказом в регистрации товарного знака, прийдя к выводу о том, что положение Закона о товарных знаках о запрете регистрации оскорбительных (порочащих) товарных знаков «нарушает осново-

<sup>1</sup> Подробнее см.: Афанасьев Е.Г., Афанасьева Е.А. Ужасные и опасные [товарные знаки]? // Право будущего: интеллектуальная собственность, инновации: Интернет: Ежегодник. – М.: ИНИОН РАН, 2018. – Вып. 1 / РАН. ИНИОН, Центр. социал. науч.-информ. исслед. Отд. Правоведения. Каф. предпринимательского права МГУ им. М.В. Ломоносова; отв. ред. Афанасьева Е.Г. С. 129–135.

<sup>2</sup> Подробнее см.: Афанасьева Е., Долгих М. Скандальные и аморальные товарные знаки // ЭЖ-Юрист. – 2015. – № 16. – С. 12.

полагающий принцип свободы слова, которая гарантирована Первой поправкой к Конституции: оскорбительность высказываемых идей – не основание для запрета высказываний».

Вскоре по тому же основанию в решении *In re Brunetti* суд Федерального округа признал неконституционным законодательное положение, запрещающее регистрацию аморальных и скандальных товарных знаков (суд согласился с патентным ведомством в том, что заявленное на регистрацию для одежды и аксессуаров обозначение *FUCT* представляет собой фонетический эквивалент «*fuck*», которое даже в современном обществе воспринимается как вульгарное, однако отметил, что и такие высказывания частных лиц подпадают под защиту Первой поправки).

Подход американских судов, защитивших свободу слова в сфере товарных знаков, заслуживает уважения и подражания. Регистрация обозначений, которые могут показаться кому-то (например, сотрудникам регистрирующего ведомства) «скандальными», «оскорбительными», «аморальными», едва ли таит серьезную опасность для кого-либо. Потребитель, которому оформление товара кажется неприятным, отталкивающим, может просто отвернуться и пройти мимо, не приобретать его. Гораздо большую угрозу – угрозу для таких важных и неотъемлемых свобод, как свобода слова и творчества, представляет в последнее время стремительный рост числа любителей оскорбиться, что создает риск не только воспрепятствования регистрации товарных знаков, но и попыток аннулировать уже зарегистрированные знаки по мотиву изменения со временем коннотации словесных и иных обозначений<sup>1</sup>.

Ограничения свободы слова и творчества исходят и от правообладателей товарных знаков, которые чересчур серьезно воспринимают свою легальную монополию.

Показателен в этом отношении такой пример. Британская компания «BMRB» – правообладатель товарного знака TGI предоставила исключительную лицензию на проведение под ним исследований потребительских предпочтений лицензиату – компании «Комкон», чем она на протяжении длительного срока и занималась. Однако спустя несколько лет правообладатель объявляет о своем намерении в скором будущем «передать лицензию на проведение TGI в России» аффилированной компании – «местному

---

<sup>1</sup> См., напр.: Глава Союза женщин России сравнила радугу со свастикой // Коммерсантъ. – 2020. – 4 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4405721> (дата обращения: 27.08.2020).

офису TNS» (ЗАО «ТНС Гэллап Медиа»). Потенциальный лицензиат сообщает об этих планах на своем сайте. Действующий исключительный лицензиат («Комкон») требует «прекратить использование товарного знака TGI, пригрозив судебным разбирательством»<sup>1</sup>. С формальной точки зрения исключительный лицензиат по действующему лицензионному договору вправе защищать исключительное право на товарный знак от нарушений, затрагивающих его договорные права, теми способами, которые доступны самому правообладателю (ст. 1254 ГК РФ); при этом один из способов использования товарного знака – это его использование в рекламе, легальное определение которой стало широко («информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке»<sup>2</sup>), что может охватить и сообщение о своих коммерческих планах. Однако с точки зрения здравого смысла такие ограничения выглядят чрезмерными и, пожалуй, могут быть рассмотрены в качестве нарушения пределов осуществления гражданских прав.

Другой пример – ограничения на использование символики крупных спортивных мероприятий, которая регистрируется в качестве товарных знаков некоммерческими спортивными организациями (олимпийскими комитетами и др.) и после этого может использоваться спонсорами на основании лицензионных договоров. Этот правовой механизм способен помочь привлечению инвестиций в спорт и отсечь паразитирование на символике спортивных мероприятий тех, кто не имеет к ним никакого отношения, однако нередко чрезмерно ревностное отношение правообладателей к высказываниям, включающим слова, совпадающие с элементами их товарных знаков, выливается в попытки ограничить свободу слова. Подобные риски ограничения личных неимущественных прав и свобод из-за чрезмерного разрастания монополии правообладателей товарных знаков хорошо подмечены авторами шутки, которая была в преддверии Сочинской Олимпиады опубликована на сайте smixer.ru, специализирующемся на пародировании новостных

<sup>1</sup> См.: Занина А., Соболев С. Товарный знак протеста: «Комкон» и TNS спорят за марку TGI // Коммерсантъ. – 2010. – 22 янв. URL: <http://www.kommersant.ru/doc.aspx?DocsID=1307845&NodesID=4> (дата обращения: 24.08.2020).

<sup>2</sup> Ст. 3 Закона о рекламе.

сюжетов: «Районный суд г. Сочи признал нелегитимным существование пожилой жительницы Сочи – Олимпиады Владимировны Леопардовой 1914 г. рождения. Как стало известно Smixer.ru... бабушка три раза нарушила Закон об авторском праве. “Одна из жительниц г. Сочи грубо нарушила права Олимпийского комитета...” – сообщил Smixer.ru министр спорта... По словам В. Мутко, данная жительница носит имя Олимпиада. Она родилась в 1914 г., что сходно с написанием года Сочинской Олимпиады: 2014. А ее фамилия – Леопардова – почти точно копирует один из основных логотипов Олимпийских игр – Леопарда... По решению сочинского суда Олимпиада Леопардова теперь является товарным знаком и собственностью Олимпийского комитета и обязана существовать согласно распоряжениям руководства комитета. После окончания Сочинской Олимпиады 2014 г. она, скорее всего, сможет возобновить свою обычную жизнь...»<sup>1</sup>.

В том, что в этой шутке есть доля правды, убеждают, в частности, попытки Олимпийского комитета США преследовать компании за использование в их бизнес-аккаунтах «олимпийских хэштегов» для обсуждения олимпийских событий и поздравления спортсменов-победителей<sup>2</sup>. Это еще один пример наступления на свободу слова под прикрытием монополии правообладателя товарного знака.

Интересы правообладателей известных товарных знаков вступают в противоречие со свободой слова и творчества и в конфликтах на почве пародирования товарных знаков. Достаточно вспомнить две наиболее известные истории со «Сбербаром» и «Газпромчиком». В первом случае владелец кафе, которое размещалось в том же здании, что и отделение «Сбербанка», решил с юмором обыграть это соседство. Над входом в кафе появилась вывеска «Сбербар», выполненная таким же шрифтом, как и вывеска соседа; на ней так же, как и на банковской вывеске, были рубрики «режим работы» и «обслуживание физических лиц», а логотип на вывеске кафе (бокал) напоминал фирменный сбербанковский «кошечек», водруженный на ножку. Владельцы кафе планировали

---

<sup>1</sup> Одна из старейших жительниц Сочи стала собственностью Олимпийского комитета. URL: <http://smixer.ru/news/a-207.html> (дата обращения: 24.08.2020).

<sup>2</sup> См.: *Grady J., McKelvey S. Congratulations but #SeeYouInCourt: Olympic Hashtag Restrictions Raise Concerns Over Trademark Rights and Free Speech // Journal of sports & entertaining law.* – Harvard, 2018. – Vol. 9, N 2 – P. 101–130. С рефератом этой статьи читатель может ознакомиться в настоящем выпуске.

работать под слоганом «Еда рядом!» (похожим на сбербанковский «Всегда рядом!») и придумали много других забавных мелочей. Однако этим веселым планам не суждено было воплотиться в жизнь: получив письма с угрозами от юристов «Сбербанка», посчитавших такие шутки нарушением прав на сбербанковские средства индивидуализации, владелец кафе предпочел от греха подальше переименовать его в «Депозитарий», немного изменить изобразительную часть вывески и остановиться на слогане «Еда осталась!».

Похожая до определенной степени история произошла при попытке наладить продажу портативных газовых плиток «Газпромчик» – юридический отдел «Газпрома» направил шутникам письмо с требованием прекратить несанкционированное использование обозначения, схожего с его средствами индивидуализации; в результате товар был снят с продажи<sup>1</sup>. Ни в случае со «Сбербарам», ни в случае с «Газпромчиком» никто, конечно, не спутал бы спорные обозначения и никому бы не пришло в голову, что туристическими плитками приторговывает газовый монополист, а «Сбербанк» решил подработать ресторанным бизнесом и попутно дать возможность подкрепиться проголодавшимся посетителям своего отделения. Однако судебные перспективы обоих конфликтов (ни один из них не дошел до суда) неясны, поскольку общеизвестные товарные знаки пользуются усиленной правовой защитой (не только от использования для однородных товаров и услуг тождественных или схожих до степени смешения обозначений), а в готовности судов применять в таких ситуациях по аналогии нормы авторского права о свободном пародийном использовании (п. 3 ст. 1274 ГК РФ) уверенности нет.

Делами о пародировании товарных знаков богата зарубежная, прежде всего, американская, судебная практика. Стоит вспомнить конфликты вокруг собачьих бисквитов «Dogiva» (пародия на известный шоколадный бренд «GODIVA»), «чудовищно прочных» мусорных пакетов «Bagzilla» (пародия на товарный знак «Godzilla»), попкорна «Dom Popignon» (в упаковках, напоминающих

---

<sup>1</sup> Подробнее см.: Левинская А. «Газпром» запретил «Х5» торговать конфортами «Газпромчик» // РБК daily онлайн. – 2013. – 12 марта. URL: <http://www.rbcdaily.ru/market/562949986165863> (дата обращения: 24.08.2020); Маркова О., Кияткин А. Владельцы «Сбербара» отказались от своих бренда и символики под нажимом Сбербанка // Деловая газета «Маркер». – 2010. – 27 июня; Маркова О. Владельцы «Сбербара» переименовали ресторан в «Депозитарий» // Деловая газета «Маркер». – 2011. – 15 марта.

бутылки «Dom Perignon»), обозначения «The South Butt» (пародия на «The North Face»), жевательных игрушек для собак «CHEWY VUITON» (в виде сумочек «Луи Виттон»). Судьба этих споров была неодинакова. В одних случаях суды считали пародийное использование добросовестным, правомерным и отказывали правообладателям в исках: они либо решали, что пародия достаточно качественна, чтобы не возникала вероятность смешения, и что пародирование только повышает различительную способность товарного знака, поскольку привлекает к нему дополнительное внимание; либо даже в тех случаях, когда имелась вероятность смешения, признавали пародийное использование товарных знаков допустимым на основании Первой поправки. Решая дела в пользу истцов, суды исходили либо из того, что в рассматриваемом случае использование товарного знака нельзя считать пародией, либо из того, что пародия была недостаточно качественная и смешение было возможно или что законодательство о размывании товарных знаков защищает репутацию товарного знака от пародирования<sup>1</sup>. Прекрасно написал один американский автор – Дж. Томас Маккарти: «Некоторые процессы, затеянные правообладателями против тех, кто высмеивает их товарные знаки путем их пародирования, показывают гиперчувствительность этих правообладателей к юмору и критике. Это, наверное, оттого, что руководители крупных компаний не привыкли, чтобы над ними потешались. Вот они и готовы спустить собак судебного преследования на тех, кто осмелился насмехаться над символикой их компаний. Но как раз чем успешнее компания, чем она известнее, тем больше вероятность, что ее средства индивидуализации, символы станут объектами шуток. Тут лучше закаляться, а не просить суды затыкать рты критикам и насмешникам»<sup>2</sup>.

Товарный знак – важное средство индивидуализации, объект интеллектуальной собственности и коммерческий актив. Но он не должен превращаться ни в инструмент неоправданного ограничения конкуренции, ни в средство подавления свободы слова и творчества.

---

<sup>1</sup> Подробнее см.: Афанасьева Е.Г. Пародирование товарных знаков: «руки прочь от святынь» или «надо иметь чувство юмора»? // Предпринимательское право. – М., 2014. – № 2. – С. 38–45.

<sup>2</sup> Цит. по: Афанасьева Е.Г. Указ. соч. – С. 38–45 (перевод автора).

Кулыба Д.Р., Афанасьева Е.Г.

**Реферат статьи: ГРЕЙДИ Дж., МАККЕЛВИ С.  
ПОЗДРАВЛЕНИЯ ПОЗДРАВЛЕНИЯМИ, НО  
#УВИДИМСЯ В СУДЕ: ОГРАНИЧЕНИЯ НА  
ОЛИМПИЙСКИЕ ХЭШТЕГИ  
С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ СВОБОДЫ СЛОВА  
И ПРАВ НА ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ\***

*Kulyba D.R., Afanasiyeva E.G. Synopsis of an article:  
Grady J., McKelvey S. Congratulations but #SeeYouInCourt:  
Olympic hashtag restrictions raise concerns over trademark  
rights and free speech // Journal of sports & entertaining law. –  
Harvard, 2018. – Vol. 9, N 2. – P. 101–130.*

**Ключевые слова:** олимпийская символика; хештеги; товарный знак; США; свобода слова.

**Keywords:** olympic symbols; hashtags; trademark; freedom of speech.

В своей статье Джон Грейди (профессор Университета Южной Каролины) и Стивен Маккелви (профессор Массачусетского университета в Амхерсте) пишут о запрете на размещение информации об олимпийских событиях в корпоративных социальных сетях коммерческих организаций, не относящихся к официальным спонсорам Олимпиады.

В статье рассказывается о судебном процессе по иску компании *Zerorez*, занимавшейся в Миннесоте чисткой ковров, в отношении установленных Олимпийским комитетом США (USOC)

---

\* Реферат впервые опубликован: Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право. Реферативный журнал. – 2020. – № 2. – С. 96–99.

ограничений (с. 104). Спору предшествовала публикация Комитетом перед началом Летних Олимпийских игр 2016 г. «политики в отношении использования Олимпийского бренда компаниями, не являющимися спонсорами Олимпийских игр, в своих социальных сетях». В этом документе Комитет информировал, что зарегистрировал на свое имя ряд федеральных товарных знаков, в том числе со словесными элементами: *«Olympic»*, *«Olympian»*, *«Team USA»*, *«Future Olympian»*, *«Gateway to Gold»*, *«Go For The Gold»*, *«Going for the Gold»*, *«Let The Games Begin»*, *«Road to Rio»*, *«RIO 2016»*.

Комитет предупреждал, что коммерческие компании (кроме СМИ и спонсоров) не могут писать об Олимпийских играх в своих корпоративных аккаунтах в социальных сетях, в частности использовать товарные знаки Комитета в хештегах, например, *#RIO2016* и *#TeamUSA*. Любое подобное использование будет расцениваться как коммерческое. Недопустимыми будут признаваться и пожелания и поздравления, адресованные спортсменам-олимпийцам. После этого Комитет начал рассыпать письма-предупреждения вероятным нарушителям «политики» (с. 105–106). Авторы объясняют такую озабоченность Комитета «антитештеговой политикой» (*no hashtags*) ростом зависимости дальнейшего развития олимпийского движения от финансовой поддержки спонсоров – «олимпийских партнеров» (*«olympic partners»*).

Компания *Zerorez* обратилась в суд, чтобы заблаговременно увериться в том, что планируемые ею к публикации в корпоративных аккаунтах в *Twitter* и *Facebook* поздравления спортсменов-олимпийцев не будут расценены как нарушения прав Комитета на товарные знаки. Возник вопрос, могут ли «связанные с событием хештеги» (*even-related hashtags*) монополизироваться как товарные знаки, и кто кроме олимпийских спонсоров имеет право использовать эти хештеги.

По мнению истца, установленные Комитетом ограничения нарушили Первую и Четырнадцатую поправки к Конституции США, мешая ему обсуждать Олимпийские игры в социальных сетях. Истец возражал против того, чтобы высказывания считались коммерческими только на том основании, что они размещены в бизнес-аккаунтах в социальных сетях, и утверждал, что из прав Комитета на товарные знаки в соответствии с Законом Лэнхема и Законом «О любительском спорте» 1978 г. (Ted Stevens Olympic and amateur sports act) не вытекает автоматический запрет компаниям использовать хештеги *#TeamUSA*, *#Olympics* и *#Rio2016* для ссылки на олимпийскую тематику.

Истец считал, что толкование положений Закона «О любительском спорте» как запрета всем компаниям публиковать высказывания некоммерческого характера на тему Олимпиады либо неверно, либо свидетельствует о его неконституционности по причине нарушения Первой поправки.

В сентябре 2016 г. Олимпийский комитет США подал ходатайство о прекращении дела, ссылаясь на то, что между сторонами отсутствует «действительный и конкретный спор». В результате суд не стал рассматривать дело по существу (с. 108). Дж. Грейди и С. Маккелви анализируют предшествующую судебную практику по вопросам ограничения коммерческих высказываний от некоммерческих, в частности правила, сформулированные Верховным судом в делах *First National Bank of Boston vs Bellotti* (1978 г.) и *Bolger vs Youngs Drug Corp.* (1985 г.) (с. 111–122). Основываясь на этой практике, авторы формулируют гипотезы о том, как могло быть разрешено дело *Zerorez*. Дж. Грейди и С. Маккелви уверены, что если бы оно все-таки было бы рассмотрено по существу, «антихештеговая политика» Комитета не устояла бы в суде, и спорные посты истца в социальных сетях были бы признаны объектами охраны Первой поправкой. Комитет едва ли смог бы доказать, что эти посты были способны ввести общественность в заблуждение в отношении «происхождения высказывания» или спонсирования истцом Олимпийских игр. Кроме того, вообще сомнительно, чтобы хештеги выполняли функцию товарных знаков в смысле Закона Лэнхема, а не функцию организации обсуждений. Разумный суд, скорее всего, признал бы «антихештеговую политику» Комитета, с помощью которой он присваивал себе функции контроля за высказываниями корпораций чрезмерно ограничительной (с. 129).

В статье рассказывается и о других спорах с Олимпийским комитетом США по поводу нарушения Первой поправки. В деле *Stop the Olympic prison vs United States Olympic Committee* компания-истец (S.T. O.P.) отстаивала свое право на публикацию плаката против превращения Олимпийской деревни в Лейк-Плесид (*Lake Placid*) в тюрьму. Получив от Комитета письмо с требованием прекратить нарушение права на товарный знак («*cease and desist order*»), компания обратилась в суд.

Истец утверждал, что производство и распространение плаката охватывались Первой поправкой и что изображенные на нем олимпийские кольца и содержащееся в нем слово «Олимпийский» не нарушают прав Комитета США на товарный знак. Суд отметил, что положения Закона «О любительском спорте» направлены на

то, чтобы предоставить сильную защиту олимпийской символике и таким образом гарантировать ее рыночную цену. Однако Закон, строго говоря, распространяется на использование символики «в целях торговли» или «для побуждения к приобретению каких-либо товаров или услуг, а также для продвижения театрализованных представлений, спортивных выступлений или соревнований». Плакат же был предназначен для других целей.

Обращаясь к Закону Лэнхема и его критерию «вероятности смешения», суд отметил, что Комитет не представил никаких доказательств введения общественности в заблуждение относительно источника или происхождения плаката или спонсорства, одобрения или любой другой связи между *S.T. O.P.* и Комитетом.

Вынося решение в пользу *S.T. O.P.*, суд пришел к выводу, что ответчик не доказал, что истец манипулировал плакатом, чтобы запутать или обмануть кого-либо, использовать товарный знак ответчика для собственной выгоды или для того, чтобы навредить репутации ответчика (с. 109).

Первая поправка также была в центре внимания в деле *United States Olympic Committee vs American Media, Inc.*, в решении по которому суд в значительной степени опирался на решение Верховного Суда США по делу *San Francisco Arts & Athletics, Inc. vs United States Olympic Committee*.

В данном случае Олимпийский комитет США подал в суд на издательство за использование словосочетания *Olympics USA* в названии журнала. Комитет утверждал, что название журнала и его содержание были попыткой паразитировать на олимпийской символике и создать впечатление одобрения со стороны Комитета и таким образом ввести в заблуждение клиентов Комитета и широкую общественность.

Суд, основываясь на решении Верховного суда в *San Francisco Arts & Athletics*, и в этом деле не поддержал широкое понимание «коммерческого высказывания» и расширение контроля Комитета над словосочетанием «*OLYMPICS USA*» (с. 111).

В заключение авторы высказывают предположение, что дело *Zerorez* – предвестник грядущих перемен в правовой оценке попыток Олимпийского комитета США и других спортивных организаций регулировать обсуждение спортивных событий в социальных сетях. Во-первых, ясно, что поздравительные и другие основанные на фактах высказывания, которые не связаны напрямую с брендами, должны охраняться в рамках Первой поправки. Потребители не станут ожидать, что обсуждение спортивных проблем – моно-

полия исключительно небольшой элиты спонсорских брендов. А Олимпийскому комитету США и подобным организациям в других странах стоит меньше пускать в ход меры правовой ответственности для защиты своих брендов, а скорее признавать возможности неспонсорского использования олимпийских хештегов в рамках реализации свободы слова, что будет способствовать популяризации спортивных событий (с. 129–130).

## Раздел 4

# ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И СМЕЖНЫЕ ИНСТИТУТЫ ПРАВА

Червяков А.С.

### ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В БАЗАХ ДАННЫХ И КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММАХ (Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.09

**Аннотация.** В статье рассматриваются вопросы правомерности обработки персональных данных (PD) при помощи баз данных и программ, в частности: проблемы создания, использования и передачи базы данных, содержащих PD; хранения PD в «облачных базах»; защиты PD после уничтожения баз данных. Проводится сравнительно-правовой анализ данного института в европейском и американском законодательстве.

**Ключевые слова:** базы данных; компьютерные программы; персональные данные.

**Chervyackov A.S. Securitization of PD (personal data) in databases and computer programs. (Article)**

**Abstract.** The article discusses the legitimacy of the processing of personal data using databases and programs, in particular, the problems of building, using and transmitting a database containing PD; storing PD in «cloud bases»; PD protection after database destruction. A comparative legal analysis of this institution in European and American legislation is carried out.

**Keywords:** database; computer programs; personal data.

Пандемия COVID-19 в 2020 г. стала причиной значительных ограничений, налагаемых на граждан в целях остановки распространения вируса, например, были ограничены свобода передвижения и право на неприкосновенность частной жизни. Ограничения затронули ряд правовых вопросов, в частности и вопрос использования и защиты персональных данных (далее – PD), которые обрабатывались в специальных базах данных и компьютерных программах. Например, Департамент здравоохранения города Москвы издал приказ, согласно которому жители, заболевшие коронавирусной инфекцией, обязаны использовать дистанционный медицинский сервис ТМИС и специальное программное обеспечение «Социальный мониторинг»<sup>1</sup>, т.е. базу данных и программу, собирающие PD заболевшего лица.

Работа данного программного обеспечения была связана с множеством проблем как с технической стороны, например, определение геолокации при подключении к разным вышкам из одной квартиры, так и с правовой, например, согласие на обработку персональных данных в приложении «Социальный мониторинг» предусматривало передачу PD сроком на 10 лет, хотя само приложение носит временный характер и ограничено сроками карантина; также остро встал вопрос о защите PD, в частности, о безопасности хранения и их уничтожении по завершении пандемии<sup>2</sup>.

Необходимо иметь в виду, что зачастую согласие давалось людьми под угрозой отказа в предоставлении медицинских услуг или же по причине плохого самочувствия. С одной стороны, на основании Закона о персональных данных персональные данные в случае необходимости защиты жизни и здоровья могут обрабатываться и без согласия субъекта, однако обработка должна ограничиваться этой целью, что явно не соответствует заявленным 10 годам. Возможно, в будущем это выльется в судебные процессы по отзыву таковых согласий их субъектами и требования прекра-

---

<sup>1</sup> См.: Пункт 5 приказа Департамента здравоохранения города Москвы от 8 апреля 2020 г. № 373 «Об утверждении алгоритма действий врача при поступлении в стационар пациента с подозрением на внебольничную пневмонию, коронавирусную инфекцию (COVID-19), порядка выписки из стационара пациентов с внебольничной пневмонией, коронавирусной инфекцией (COVID-19), для продолжения лечения в амбулаторных условиях (на дому)».

<sup>2</sup> См.: Ящик Пандоры: последствия усиленного контроля граждан в период пандемии // Сфера: Информационный юридический портал: [сайт]. URL: <https://lfacademy.ru/sphere/post/yaschik-pandory-posledstviya-usilennogo-kontrolya-grazhdan-v-period-pandemii> (дата обращения: 12.06.2020).

тить обработку данных. Однако здесь стоит отметить распространение на приведенные отношения института врачебной тайны, который также имеет целью защиту данных больного человека, на что указал Конституционный Суд РФ в Определении от 16 июля 2013 г. № 1176-О<sup>1</sup>. Это дает гарантию того, что переданные данные не будут использованы в противоправных целях.

Поговорим о том, насколько правомерна подобная обработка PD, каким требованиям должны отвечать базы данных и программы в свете российского и зарубежного законодательства по данному вопросу.

Вопрос баз данных затрагивается потому, что в век цифровизации хранение данных происходит именно с их помощью. Легальное определение базы данных содержится в абз. 2 п. 2 ст. 1260 ГК РФ, в нем сделан упор на то, что основным элементом охраны в базе данных является *систематизация определенным образом*, чтобы материалы, входящие в нее, могли быть найдены и обработаны с помощью компьютерной программы.

Похожее определение мы можем увидеть как в международных актах<sup>2</sup>, так и в законодательстве иностранных государств<sup>3</sup>. Таким образом, базы данных можно представить в виде *сложного объекта интеллектуальных прав, особенностью которого является распространение собственного режима защиты на объекты, входящие в нее*. В нашем случае таковыми являются PD, защита которых осуществляется на основании Федерального закона от 27 июля № 152-ФЗ «О персональных данных», в котором для базы данных с PD предусмотрено наименование «информационная система персональных данных».

В последнее время базы данных постепенно начинают приобретать «облачный» вид, поэтому остановимся на характеристике облачных сервисов подробнее. Облачные сервисы появились относительно недавно, поэтому правопорядки, как российский, так и зарубежные, еще не смогли дать им легальную дефиницию. Однако

---

<sup>1</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 июля 2013 г. № 1176-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Круглова Александра Геннадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 4 части 2 статьи 10 Федерального закона «О персональных данных».

<sup>2</sup> См.: Статья 10 Соглашения ТРИПС.

<sup>3</sup> См.: § 4 Закона Германии об авторском праве и смежных правах (Urheberrechtsgesetz (UrhG) – Закон об авторском праве от 9 сентября 1965 г. с последними изменениями, внесенными в ст. 1 Закона 5 декабря 2014 г.). (Упр. силу).

наиболее полное определение было дано Национальным институтом стандартизации и технологий США. Так, под «облачным» сервисом понимается «*модель предоставления удобного сетевого доступа в режиме “по требованию” к коллективно используемому набору конфигурируемых вычислительных ресурсов, которые могут быть оперативно задействованы и высвобождены при минимальном взаимодействии с поставщиком услуги и минимальных собственных управлеченческих усилиях*»<sup>1</sup>. Таким образом, облачные сервисы также можно использовать в качестве базы данных, однако здесь не будут проводиться различия между «облачными» и «классическими» базами и программами, так как в правопорядках большинства государств к ним предъявляются абсолютно идентичные требования, о которых пойдет речь далее.

Российский законодатель устанавливает ряд технических критериев для баз данных и программ, которые являются необходимым условием для обработки РД. Они содержатся в подзаконных актах органов исполнительной власти РФ. К таким требованиям можно отнести антивирусную защиту; предотвращение вторжений; «ограничение программной среды» (управление запуском программного обеспечения, управление установкой программного обеспечения, управление временными файлами) и др.<sup>2</sup> Также проводится дифференциация требований защиты баз по четырем уровням в зависимости от РД, хранящихся в них<sup>3</sup>. То есть можно говорить о том, что законодатель принял необходимые меры для регламентации уровня технической защиты баз данных.

Также в качестве одного из критериев можно выделить техническую возможность оператора по обеспечению постоянного доступа правоохранительных органов к базам данных, в которых содержатся РД. Эта обязанность закреплена в Правилах,

---

<sup>1</sup> См.: Савельев А.И. Правовая природа «облачных» сервисов: свобода договора, авторское право и высокие технологии // Вестник гражданского права. – 2015. – № 5. – С. 5.

<sup>2</sup> См.: Пункт 8 приказа ФСТЭК России от 18 февраля 2013 г. № 21 «Об утверждении состава и содержания организационных и технических мер по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных».

<sup>3</sup> См.: Пункты 9–17 постановления Правительства РФ от 11 ноября 2012 г. № 1119 «Об утверждении требований к защите персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных».

утвержденных Правительством<sup>1</sup>. Верховный Суд РФ признал данную норму действующей в полном объеме, поэтому оператор, который уклоняется от выполнения данной обязанности, несет ответственность в соответствии со ст. 13.11 КоАП РФ<sup>2</sup>.

Европейский законодатель в GDPR также предусмотрел определенные функции для баз данных и программ, невозможность исполнения которых влечет запрет на обработку PD<sup>3</sup>. Например, это возможность псевдонимизации и криптографической защиты PD; способность гарантировать постоянную конфиденциальность. Предусмотрен институт сертификации, а также осуществляется взаимодействие с техническими университетами по данным вопросам<sup>4</sup>. А законодательство Великобритании движется вперед быстрее общеевропейского и вводит новые, более совершенные условия для технической защиты PD<sup>5</sup>. Таким образом, можно говорить о том, что уровень допустимых баз данных в Европе сравним с уровнем допустимости для баз в РФ.

Рассмотрим особенности создания баз данных, содержащих PD. С точки зрения права интеллектуальной собственности, нет разницы между созданием баз данных для различных целей. Так, база данных может быть создана автором для себя; по договору подряда для заказчика; при исполнении работником своих служебных обязанностей работодателя в качестве служебного произведения; а также по государственному контракту<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Пункт 12 постановления Правительства РФ от 19 ноября 2007 г. № 790 «О внесении изменения в Правила взаимодействия операторов связи с уполномоченными государственными органами, осуществляющими оперативно-разыскную деятельность».

<sup>2</sup> См.: Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 5 марта 2019 г. по делу № АПЛ19-53 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: <https://sudact.ru/vsrf/doc/5QOV9iS2jtn/> (дата обращения: 24.08.2020).

<sup>3</sup> См.: Статья 32 Регламента Европейского парламента и Совета Европейского союза 2016/679 от 27 апреля 2016 г. о защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС (Общий Регламент о защите персональных данных / General Data Protection Regulation /GDPR).

<sup>4</sup> См.: EU General Data Protection Regulation (GDPR). An Implementation and Compliance Guide. – 2th. ed. – Cambridgeshir: IT Governance Privacy Team, 2018. – 55 p.

<sup>5</sup> См.: McCausland H. Regulating the GDPR: Perspectives from the United Kingdom // Seattle university law review. – 2019. – N 42. – P. 113–114.

<sup>6</sup> См.: Войниканис Е.А., Калягин В.О. База данных как объект правового регулирования. – М.: Статут, 2011. – С. 23–27.

В каждом из этих случаев автору базы данных будут принадлежать не только авторские права на осуществленные им подбор или расположение материалов, которые не имеют значения для PD, но и исключительное право изготовителя базы данных. Особенность его заключается в том, что изготовитель базы данных, требующей существенных затрат, может извлекать материалы и использовать их любым способом<sup>1</sup>. Согласно п. 2 ст. 1334 ГК такое право признается независимо от обладания исключительным правом на базу данных, поэтому, казалось бы, можно говорить о возможной утечке PD из базы, однако для предотвращения подобной ситуации был предусмотрен институт согласия на обработку PD, которое обязательно должно содержать перечень всех лиц, которые могут получить доступ к данным; условие об отзыве согласия на обработку по инициативе субъекта (например, когда согласие было дано на основе ложной информации или же когда персональные данные начали обрабатываться с нарушением закона); а также о возможности прекращения неправомерного использования данных по заявлению субъекта.

Поговорим о правовом режиме баз данных, содержащих персональные данные. Рассматривая данный вопрос с точки зрения права интеллектуальной собственности, можно отметить отсутствие различий в объеме интеллектуальных прав на саму базу данных, так как в любом случае автор будет обладать авторскими правами на данный объект, а правообладатель будет иметь исключительное право. Однако если мы сравним объем прав на объекты, входящие в базу, то увидим некоторые различия. Так, использование PD, включенных в базу данных, должно строго ограничиваться целями обработки, согласием и нормами Закона «О персональных данных», и данный круг не может быть расширен в силу императивного характера норм.

В то же время если в базу данных включены иные объекты, например произведения литературы, то режим охраны приобретает иной характер, так как основывается на диспозитивных нормах ГК РФ. Безусловно, составитель базы связан необходимостью получения согласия на использование произведения, но такое согласие может предоставлять составителю более значительный объем прав, нежели согласие на обработку PD. Так, например, между

---

<sup>1</sup> См.: Корнеев В.А. Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. – М.: Статут, 2010. – С. 37.

составителем базы данных и автором произведения может быть заключен лицензионный договор о передаче исключительного права, что существенно «развязывает руки» правообладателю базы данных в плане использования произведения.

Разберем основные положения о защите PD. Судебная практика европейского и российского правопорядков выработала свои подходы к защите персональных данных. Некоторые позиции судов будут рассмотрены далее.

Статья 7 Закона «О персональных данных» предусматривает запрет на передачу PD третьим лицам без согласия их субъекта. Однако на практике возникают случаи нарушения данной нормы, например, когда базы данных становятся предметом купли-продажи между заинтересованными лицами. Существует обширная практика привлечения к ответственности на основании ст. 13.11 КоАП РФ за подобные нарушения, административные штрафы за которые исчисляются в миллионах рублей<sup>1</sup>.

Однако некоторые эксперты считают, что штрафы для юридических лиц в размерах от 1 до 16 млн не являются существенными (для сравнения: европейский законодатель в GDPR исчисляет штрафы за идентичные нарушения в десятках млн долл.)<sup>2</sup>. Представляется, что такая позиция наиболее верная, так как важность института персональных данных в цифровом мире сложно переоценить, и отсутствие превентивного действия нормы может привести к неблагоприятным последствиям, например к элементарным рекламным звонкам, имеющим персонифицированный характер.

Закон «О персональных данных» предусматривает возможность передачи базы данных, содержащих PD, лишь в том случае, если эти данные прошли процедуру обезличивания. Передача осуществляется при помощи лицензионного договора<sup>3</sup>, причем передана может быть как вся база данных, так и ее часть<sup>3</sup>. Однако это возможно исключительно в статистических или исследова-

---

<sup>1</sup> См.: Решение Благовещенского городского суда Амурской области от 28 ноября 2019 г. по делу № 12-1742/2019; Решение Владимира областного суда от 29 ноября 2019 г. по делу № 11-287/2019.

<sup>2</sup> См.: *Нагорная М.* Принят закон о повторной ответственности за нарушение норм КоАП о персональных данных // Адвокатская газета: [сайт]. URL: <https://www.advgazeta.ru/novosti/prinyat-zakon-o-povtornoy-otvetstvennosti-za-naru-shenie-norm-koap-o-personalnykh-dannykh/> (дата обращения: 13.06.2020).

<sup>3</sup> См.: Пункт 104 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

тельских целях, поэтому при передаче обезличенной базы данных могут возникать следующие проблемы. Во-первых, обе стороны лицензионного договора должны иметь не только исследовательскую цель, но и возможность доказать наличие именно этой цели, так как в случае возникновения спорной ситуации бремя доказывания будет лежать на них. Во-вторых, при отсутствии данной цели необходимо получить согласие на обработку обезличенных данных от их субъекта.

Далее рассмотрим вопрос защиты с точки зрения субъекта, чьи права были нарушены. Если неправомерная обработка персональных данных нанесла их субъекту материальный ущерб, например, мошенническим путем был оформлен кредит на субъекта или же при персонифицированном рекламном звонке, осуществленном на основе украденных данных, субъекту обманом был продан дорогостоящий товар, в таком случае исходя из концепции чисто экономических убытков у субъекта появляется право на взыскание убытков по ст. 15 ГК РФ.

Если же субъекту был причинен моральный вред (в приведенных выше примерах такое причинение вполне может иметь место), в таком случае субъект может потребовать компенсацию морального вреда на основании ст. 151 ГК РФ.

Однако существует и способ защиты от дальнейшего неправомерного использования данных. Так, на основании п. 3 ст. 21 Закона «О персональных данных» оператор обязан прекратить неправомерную обработку персональных данных, а также обеспечить уничтожение персональных данных в случае выявления нарушений. Эта обязанность предусмотрена законом, однако может быть возложена на оператора и решением суда, например, в виде требования об уничтожении базы данных или об удалении из базы PD конкретного лица. Основанием для такого решения может быть, например, неправомерное получение персональных данных путем угрозы, обмана или в результате заблуждения.

Стоит затронуть вопрос об исполнимости данного требования. С одной стороны, суд для обеспечения исполнения решения может применить арестант на основании ч. 4 ст. 174 АПК РФ или ч. 3 ст. 206 ГПК РФ; оператор должен отчитаться перед соответствующими государственными органами об удалении данных; правоохранительные органы на основании упомянутого решения ВС РФ имеют доступ к базам данных с PD и могут проверить исполнение решения суда. Но, с другой стороны, в эпоху цифровизации недобросовестный оператор может вывести персональные данные из

одной базы и переместить их в другую или может сделать бумажный вариант базы, наличие которого будет проблематично доказать. Поэтому гарантировать исполнение решения суда в такой ситуации очень тяжело – представляется, что оно может быть исполнено лишь в формальном виде.

Подводя итог, хотелось бы сказать о том, что невероятно быстрый технический прогресс накладывает отпечатки и на защиту прав человека, среди которых немаловажное место занимают персональные данные. Влияние цифрового развития сказывается в первую очередь на возможностях технической защиты данных от злоумышленников, так как далеко не все операторы способны обеспечить надлежащую защиту РД граждан, однако многими правопорядкими были установлены соответствующие критерии для баз данных и программ, связанных с обработкой РД.

В завершение стоит отметить, что законодатель понимает необходимость защиты РД, поэтому принимает соответствующие меры по обеспечению должного технического уровня операторов на территории РФ. Однако некоторые действия государственной власти в сфере персональных данных настороживают. К таковым можно отнести как ситуацию с выдачей «цифровых пропусков» и получением согласия на передачу РД на десятилетний срок, так и решение ВС РФ о необходимости обеспечения постоянного доступа служб безопасности к базам данных. Пока сложно говорить, для чего это делается, однако самым неблагоприятным вариантом развития событий видится излишний контроль за гражданами, который будет облегчен цифровым способом хранения РД в базах данных.

**Иванова А.П.**

**Реферат статьи: ГЕОРГИДИАС Е. ВНИЗ  
ПО КРОЛИЧЬЕЙ НОРЕ: ПРИМЕНЕНИЕ ПРАВА  
НА ЗАБВЕНИЕ К ИЗОБРАЖЕНИЯМ,  
ОПУБЛИКОВАННЫМ В СОЦИАЛЬНЫХ СЕТЯХ**

*Ivanova A.P. Synopsis of an article: Georgiades E. Down the rabbit hole: applying a right to be forgotten to personal images uploaded on social networks // Fordham intellectual property, media and entertainment law journal. – New York, 2020. – Vol. 30, N 4. – P. 1111–1155.*

**Ключевые слова:** право на забвение; персональные данные; авторское право; неприкосновенность частной жизни.

**Keywords:** right to be forgotten; personal data; copyright; privacy.

Социальные сети значительно упрощают общение и взаимодействие людей в режиме онлайн. Facebook, Instagram, Twitter делают личную жизнь публичной, активно поощряя пользователей делиться своей жизнью с друзьями, семьей и знакомыми в цифровой среде.

Очень часто изображения людей запечатлеваются на фотографиях и публикуются в социальных сетях без согласия изображенных на них лиц. Более того, в процессе обмена изображениями в социальных сетях люди часто теряют контроль над использованием своих изображений, что позволяет третьим лицам использовать их без согласия первоначального правообладателя. Применение цифровых и коммуникационных технологий создает необходимость защиты личных изображений и информации, запечатленной на этих изображениях, от неправомерного использования.

Автор статьи, профессор юридического факультета Университета Бонд Евгения Георгиадис, рассматривает вопрос о том,

является ли право быть забытым тем средством, которое может применяться для защиты от неправомерного использования изображений людей в социальных сетях.

Право быть забытым возникло из растущей озабоченности по поводу влияния цифровых технологий в целом на личную неприкосненность. В знакомом деле *Google Spain vs Gonzalez* суд постановил, что субъекты, контролирующие данные, должны удалять их в тех случаях, когда они являются «неадекватными, неуместными, более не актуальными или избыточными по отношению к тем целям, для которых они были первоначально собраны или обработаны, в свете прошедшего времени»<sup>1</sup>. Суд постановил, что люди имеют право требовать удаления своих данных, опубликованных операторами поисковых систем.

В Общем Регламенте о защите персональных данных (далее – Регламент), принятом в Европейском союзе в 2016 г., также предусмотрено право быть забытым, которое может быть использовано в четырех случаях:

- персональные данные больше не являются необходимыми для достижения целей, ради которых они были собраны или иным образом обработаны;
- субъект данных отзывает согласие и отсутствует иное правовое основание для обработки;
- субъект данных возражает против обработки;
- персональные данные были незаконно обработаны.

Таким образом, использование права на забвение в отношении фотографий в социальных сетях возможно только в указанных четырех случаях. Более того, существует целый ряд критериев, которые должны быть соблюдены для того, чтобы право быть забытым было применено к фотографиям в социальных сетях. Во-первых, изображения должны соответствовать значению «данные», которое предусмотрено в Регламенте. Во-вторых, человек должен быть «субъектом данных». В-третьих, изображения должны контролироваться третьей стороной, которая является «контролером данных». В большинстве случаев фотографии, опубликованные в социальных сетях без согласия изображенных на них лиц, соответствуют всем трем критериям и подпадают под одну из ситуаций, в которых применяется право на забвение.

---

<sup>1</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 1995 O.J. (L 281) 31.

Право быть забытым – это механизм не фактического предотвращения неправомерного использования личных изображений, а восстановления прав людей, чьи изображения были использованы без их согласия. Более того, существует ряд случаев, на которые не распространяется действие права быть забытым. Например, как показывает судебная практика, при удовлетворении запроса на удаление данных должен быть достигнут баланс между правом на конфиденциальность, свободой выражения мнения и интересами общественности в получении доступа к информации. В деле *Google Spain vs Gonzalez* суд указал, что при поиске данного баланса необходимо учитывать разные факторы, в частности характер информации, интерес общественности к обладанию этой информацией, который зависит от роли, которую играет субъект данных в общественной жизни<sup>1</sup>.

Одним из важных преимуществ права быть забытым является то, что оно позволяет людям восстановить контроль над своими данными. Одним из главных аргументов против права быть забытым является то, что оно угрожает свободе слова. Потенциальный ущерб также может быть связан с необходимостью поддерживать контроль над информацией, загружаемой пользователями. Хотя эти опасения противников права на забвение справедливы, последние часто не принимают во внимание то, что право на забвение решает важную проблему коммерциализации персональных данных: крупные интернет-компании, такие как Google, Facebook и Microsoft, превратили обмен изображениями в Интернете в источник дохода от рекламы и, таким образом, разработали бизнес-модель, которая зависит от сбора и хранения огромного количества личных изображений в Интернете<sup>2</sup>.

Еще одним исключением, которое потенциально ограничивает действие права на забвение, является обработка данных для личных или домашних целей. Это исключение охватывает большинство видов деятельности, которой занимаются люди онлайн, в том числе загрузку личных изображений и публикацию на странице профиля.

Оговорка о личных или домашних целях обработки появилась задолго до принятия Общего регламента о защите персональных

---

<sup>1</sup> Case C-131/12, Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), 2014 E.C.R. 317.

<sup>2</sup> См.: *Bernal P.A. A Right to delete? // European Journal of Law and Technology. – Belfast, 2011. – Vol. 2, N 2. URL: http://ejlt.org/article/view/75/144* (дата обращения: 10.06.2020).

данных – в 1995 г. Однако во время ее появления Интернет находился в зачаточном состоянии и доступ большинства людей к информации был ограничен письменными записями или документами на компьютерах, которые не имели выхода в Сеть. Поскольку эта оговорка фактически исключает большинство пользователей из действия права на забвение, она имеет большое значение для оценки эффективности применения права быть забытым в защите от неправомерного использования личных изображений в Интернете.

Социальные сети все чаще вторгаются в частную жизнь людей, поскольку в них сконцентрировано значительное количество данных об интерактивных взаимодействиях пользователей. С самого своего появления социальные сети продвигали идею о том, что «обмен информацией – это социальная норма, а конфиденциальность или забвение – это устаревшая концепция»<sup>1</sup>. В свою очередь, право быть забытым – это попытка сократить объем собираемых данных, что подорвало бы мощь социальных сетей. Право на забвение позволяет людям восстановить контроль над своими данными через устранение дисбаланса власти, который существует между корпорациями и отдельными людьми. Оно дает людям возможность запросить удаление персональных данных в случае их неправомерного использования. В этом смысле право быть забытым – это оптимальное практическое решение для пользователей социальных сетей, а также любых третьих лиц, которые возражают против публикации и использования их изображений в Интернете.

В то же время против признания права быть забытым выдвигается множество различных аргументов. Основной из них заключается в том, что это право позволит людям переписать историю, т.е. контролировать информацию, которая находится в общественном достоянии. Однако, по мнению автора, такие опасения неоправданы, поскольку применение права на забвение возможно лишь в ограниченных ситуациях, например, когда данные устарели, неактуальны или лицо отзывает свое согласие на их публикацию.

Также существует целый ряд других проблем, связанных с правом быть забытым. Одна из них заключается в том, что в его применении есть много аспектов, в которых отсутствует определенность. Право быть забытым само по себе не является проблемой, но применение этого права порождает некоторые вопросы.

---

<sup>1</sup> См.: *Murdock J. Facebook is tracking you online, even if you don't have an account // Newsweek. – 2018. – Apr. 17. URL: <https://www.newsweek.com/facebook-tracking-you-even-if-you-dont-have-account-888699> (дата обращения: 10.06.2020).*

Например, вопрос соотношения авторского права и права на забвение. Поскольку субъект данных может и не быть правообладателем изображения, возникает вопрос: имеет ли субъект данных право требовать от обладателя авторских прав удаления своего изображения из личного профиля? Кроме того, неясно, имеет ли субъект данных право требовать удаления изображения от провайдера социальной сети.

Еще одна проблема, связанная с правом на забвение, касается сферы применения исключения, связанного с обработкой данных для личных или бытовых целей. В частности, не до конца понятно, «может ли физическое лицо, размещающее персональные данные открыто и для неограниченной аудитории, по-прежнему считаться обрабатывающим эти данные в личных или домашних целях»<sup>1</sup>.

Кроме того, удаление изображений может быть трудно реализовать. Даже если социальная сеть удалит изображение, как правило, оно все равно останется в Интернете в общем доступе: для удаления изображения из кэш-памяти понадобится время. Кроме того, некоторые пользователи могли уже сохранить его на жестком диске или в облаке, или могли поделиться им на своей странице<sup>2</sup>. Эти проблемы также усугубляются глобальным характером Интернета, который позволяет размещать изображения в юрисдикциях с незначительной защитой персональных данных или вообще без нее. Требование об удалении изображения в одной стране бессмысленно, если пользователи могут получить доступ к этому изображению из другой страны.

Таким образом, с развитием Интернета люди начали терять контроль над своими персональными данными, в том числе над фотографиями, на которых они изображены. Право на забвение может стать эффективным механизмом, который позволит людям восстановить контроль над использованием своих изображений в контексте социальных сетей. Оно призвано уравновесить чашу весов между свободой выражения мнения и неприкосновенностью частной жизни, особенно в тех случаях, когда информация устарела или утратила свою актуальность.

---

<sup>1</sup> Data Protection Working Party, Art. 29, Annex 2: Proposals for Amendments Regarding Exemption for Personal or Household Activities. URL: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/news-overview.cfm> (дата обращения: 10.06.2020).

<sup>2</sup> См.: *Terwagne C.D. The right to be forgotten and informational autonomy in the digital environment / Ghezzi A., Pereira Á.G., Vesnić-Alujević L. (eds) // The Ethics of Memory in a Digital Age. Palgrave Macmillan Memory Studies. – L.: Palgrave Macmillan, 2014.*

**Богданова А.М., Афанасьева Е.Г.**

**Реферат статьи: ИЛЬИН И., КЕЛЛИ А.  
ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЧЕЛОВЕЧЕСКОГО ГОЛОСА  
И РЕЧИ В ЯЗЫКОВЫХ ТЕХНОЛОГИЯХ:  
ПЕРСПЕКТИВЫ ЕВРОПЕЙСКОГО И РОССИЙСКОГО  
ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ**

*Bogdanova A., Afanasieva E.G. Synopsis of an article:  
Ilin I., Kelli A. The use of human voice and speech in language  
technologies: the EU and Russian intellectual property law  
perspectives // *Juridica international*. – Tartu, 2019. –  
N 28. – P. 17–27.*

**Ключевые слова:** авторское право; смежные права; Эстония, Евросоюз, языковые технологии.

**Keywords:** copyright; related rights; Estonia; European Union; language technologies.

В данной статье Алексей Келли – профессор права интеллектуальной собственности Тартуского университета и докторант этого университета Илья Ильин рассматривают правовые аспекты применения языковых технологий с точки зрения права интеллектуальной собственности Евросоюза и России – авторского права и смежных прав. Для примера имплементации директив ЕС авторы обращаются к эстонскому законодательству (Закону Эстонии об авторском праве, который действует с 12 декабря 1992 г.).

В качестве примеров языковых технологий авторы называют автоматизированный перевод текстов, различные сервисы проверки грамотности и сервисы голосового перевода.

Авторы ставят для себя задачу выяснить, насколько эстонское и российское законодательство совпадают в правовой оценке голоса и речи, и нет ли юридических барьеров и рисков для сотрудничества в сфере развития языковых технологий между компаниями и исследовательскими институтами этих двух стран.

Авторы отмечают, что в обеих юрисдикциях человеческий голос и речь представляют собой сложный юридический феномен, и в то время как много исследований посвящено правовой природе мультимедийных продуктов, составной частью которых нередко являются голос и речь, правовые вопросы применения голоса и речи в стремительно развивающихся языковых технологиях в литературе обойдены вниманием. Поднимая проблему дифференциации голоса и речи, авторы поясняют, что поскольку голос складывается из звуков, а речь – из фонем, возникает вопрос: это два разных объекта права или один? Письменная речь представляет собой текст, который с точки зрения права обычно квалифицируется как литературное произведение, охраняемое авторским правом. Голос же в отрыве от речи, как правило, невозможно рассматривать как результат интеллектуальной деятельности, а следовательно, он является только элементом индивидуальности и не может охраняться в режиме интеллектуальных прав. Вместе с тем в определенных случаях он все-таки может подпасть под режим интеллектуальной собственности: к примеру, голос вымышленного персонажа охраняется авторским правом либо может быть зарегистрирован как товарный знак (с. 18).

Как объекты интеллектуальной собственности голос и речь могут выступать в двух вариантах: во-первых, когда они служат для создания произведений или представления их публике, например, в ходе исполнения или перевода; во-вторых, когда они используются для создания языковых технологий (в качестве элемента приложения) и именно в этом виде становятся объектами авторских и смежных прав. Образцы человеческого голоса и речи используются при создании языковых ресурсов в составе баз данных, а языковые ресурсы, в свою очередь, используются при создании языковых технологий.

По мнению авторов, для сотрудничества двух стран необходим одинаковый подход в отношении к речи и голосу как к объектам авторского и смежных прав. Краткое сопоставление законодательства Эстонии (как члена ЕС) и России показывает, что в обеих странах для авторско-правовой защиты не требуется официальной регистрации; программное обеспечение и базы данных подлежат

охране; срок действия авторского права составляет жизнь автора плюс 70 лет после его смерти. А. Келли и И. Ильин также напоминают, что ключевой концепцией авторского права в соответствии с Бернской конвенцией является оригинальность произведения, так что голос и речь могут быть защищены авторским правом, если они являются частью творческого произведения. В обеих юрисдикциях качество произведения не влияет на его охраноспособность, охране подлежат как первоначальные, так и производные произведения – адаптации, переводы. Творческий вклад автора тесно связан с его индивидуальностью. Но что делать, когда произведение создается с использованием технологии языкового приложения? Например, устная речь может быть преобразована в текст либо языковое приложение может само генерировать произведение – музыку, текст, изображения, автоматический перевод без участия человека. В первом случае автором произведения является лицо, которое использует языковые технологии. Во втором случае определить авторство сложнее. Например, происходит преобразование голоса из лекции в субтитры, которые в дальнейшем будут переведены и озвучены синтезированным голосом без участия человека в этом процессе. Результат каждого этапа преобразования будет охраняться авторским правом при условии соответствия критериям творчества и оригинальности.

Во многих юрисдикциях, кроме того, законодательство устанавливает, что авторство может принадлежать только человеку. Так что современное европейское и российское право не считает произведения, созданные компьютером, охраноспособными, поясняют А. Келли и И. Ильин. Однако при минимальном вкладе человека этот человек будет признан автором, а произведение – охраноспособным (с. 20–21).

А. Келли и И. Ильин обращаются к проблеме охраны неотчуждаемых моральных прав автора при разработке языковых технологий. При этом затрагивается одно из таких прав – право на неприкосновенность произведения, следовательно, для снижения юридических рисков в обеих юрисдикциях стоит получать предварительное согласие автора на внесение в произведение изменений. Одна из формул такого рода согласия содержится в Европейском кодексе авторского права<sup>1</sup>, в соответствии со ст. 3.5 которого автор может согласиться на то, чтобы не осуществлять свои моральные

---

<sup>1</sup> European Copyright Code (ECC). URL: <https://www.ivir.nl/copyrightcode/european-copyright-code/> (дата доступа: 29.07.2020).

права; такое согласие должно быть ограниченным в объеме, явно выраженным и информированным.

Рассматривая охрану речи и голоса как объектов смежных прав, авторы напоминают, что для смежных прав более характерна экономическая составляющая; вместе с тем за исполнителями признаются и моральные права. При использовании голоса и речи человека в языковых технологиях, если голос и речь служат для представления произведения публике, которое записывается, они охраняются в рамках исполнительских и фонограммных смежных прав, если же голос и речь являются элементами цифрового языкового ресурса, они охраняются в составе базы данных и также подпадают под защиту смежных прав. Европейская система авторского права защищает базы данных и как произведения, охраняемые авторским правом, и в режиме *sui generis* (с учетом критерия существенных инвестиций). Аналогичен и подход российского права.

Применительно к созданию так называемых LRS (*Learning Récord Store*) – хранилищ учебных записей, которые ранее считались базами языковых данных, авторы отмечают, что с точки зрения интеллектуальной собственности языковые ресурсы охватываются двумя уровнями прав. Первый уровень прав распространяется на материалы, содержащие языковые данные (текст, видео, образцы голоса и т.д.). Второй уровень прав связан с самой базой данных, и вопросы интеллектуальной собственности могут быть легко урегулированы на договорной основе с отдельными лицами, участвующими в их разработке. Исключительные права могут быть переданы другим лицам, права использования интеллектуальной собственности – предоставлены по лицензионным договорам.

А. Келли и И. Ильин называют следующие категории произведений, которые могут быть использованы для создания цифровых ресурсов: 1) незащищенные произведения (например, правовые акты, официальные документы); 2) «безопасные тексты» (учебные пособия, технические документы, медицинские заключения и др.); 3) охраняемые авторским правом объекты. В статье подчеркивается, что для создания хорошего языкового ресурса недостаточно использования одних только незащищенных и «безопасных» текстов. Развитие языковых технологий требует образцов повседневного использования языка, которые, скорее всего, защищены авторским правом. Директива N 2019/790 Европейского парламента и Совета Европейского союза «Об авторском праве и смежных правах на Едином цифровом рынке» вводит определение понятия анализа (проработки) текста и данных (*text and data mining – TDM*) как

любой автоматизированной технологии анализа текстов и данных в цифровой форме с целью получения информации, которая включает в себя образцы, тенденции и связи, но не ограничивается ими. В Директиве используется термин «mining» (проработка, разработка, добыча), а не «analysis»; авторы ссылаются на мнение экспертов, согласно которому в данном контексте предпочтителен именно термин «анализ» (с. 24).

Что же представляет собой ТДМ с точки зрения авторского права? Авторы приводят мнение экспертов из института Макса Планка, согласно которому сам по себе автоматизированный анализ текста не отличается от чтения человеком, следовательно, не требует отдельного согласия правообладателя. Вместе с тем такая деятельность может затрагивать как имущественные, так и неимущественные авторские права (право на использование произведения, на неприкосновенность и переработку), если сопровождается созданием копий и переработкой.

Разработка языковых ресурсов может быть основана на модели исключения или согласия правообладателя. Например, в ст. 3.7 упомянутой Директивы установлено исключение, т.е. право свободного использования охраняемых объектов для исследовательских организаций и институтов культурного наследия в форме репродуцирования и извлечения с целью проведения научных исследований, анализа текстов и данных произведений и иных охраняемых объектов. Российское законодательство предусматривает общие исключения, позволяющие некоммерческое свободное использование произведений (в личных, научных и культурных целях). Хотя специальные исключения в отношении анализа текста и данных в нем не установлены, отмечают авторы статьи, однако это не означает, что такая деятельность по российскому законодательству не разрешена, поскольку она вообще не затрагивает авторских прав. В основе своей анализ текста и данных подразумевает извлечение из них паттернов и информации. Ключевым вопросом тут является правомерность изготовления копий охраняемых в режиме авторского права и смежных прав объектов (произведений, исполнений). Российское право, отмечают авторы, позволяет свободное использование в научных целях, что охватывает и изготовление копий для исследовательских целей. Аналогичная ситуация наблюдалась и в эстонском законодательстве, пока в нем не появилось специальное исключение в отношении ТДМ. В настоящее время, делают вывод авторы, европейское и

российское правовое регулирование в отношении ТДМ хотя и не идентичны, но более или менее совместимы.

Создание цифровых языковых ресурсов может также базироваться на согласии правообладателей (лицензионном договоре). Договорную модель следует использовать при создании языковых ресурсов в коммерческих целях (в качестве примера авторы приводят «Алису» – голосовой помощник в Яндексе). В подобных случаях не всегда необходимо ведение переговоров для заключения лицензионного договора; данные исследований ТДМ свидетельствуют о том, что в этой сфере помогают лицензии по модели Creative Commons (CC). Авторы подчеркивают, что правомерность создания языковых ресурсов важна для их последующего беспрепятственного распространения.

В своей статье авторы также уделяют внимание юридическим рискам, связанным с разработкой языковых технологий, и предлагают алгоритм поведения разработчиков с учетом таких рисков: выявление произведений, содержащих голос и речь; определение роли голоса и речи в таких произведениях – выражение идеи или представление произведения публике; если произведение выражает идеи, то должен быть проведен тест на оригинальность; если произведение является производным, следует проверить согласие на его создание правообладателя первоначального произведения; если голос и речь используются в процессе представления произведения публике, следует установить обладателя смежных прав и проверить, имеется ли согласие правообладателя первоначального произведения (с. 26).

В заключение авторы формулируют несколько выводов: поскольку голос и речь взаимосвязаны, с точки зрения правового режима создания языковых технологий они должны рассматриваться как единый объект; чтобы подпадать под правовую охрану в режиме интеллектуальных прав, они должны быть составной частью произведения или базы данных; проблемы развития языковых технологий, охватывающих европейские и русский языки, заключаются не в различиях между правовыми системами России и Евросоюза, а скорее, в международной основе защиты авторских прав; несовпадения в правовом регулировании в сфере авторского права и смежных прав не препятствуют совместным инициативам по развитию языковых технологий на базе европейских языков и русского языка (с. 27).

Данилов И.С.

**СЕМЬЯ И ТВОРЧЕСТВО: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ  
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ  
В СОСТАВЕ ИМУЩЕСТВА СУПРУГОВ  
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.010

**Аннотация.** Совместный режим имущества супругов обладает множеством особенностей, связанных с социальным назначением семьи и личным характером отношений между супругами. Личный неимущественный аспект крайне силен и в праве интеллектуальной собственности, что связано с творческим характером деятельности авторов и изобретателей. Эти особенности, а также неделимость исключительных прав на произведение приводят к возникновению множества спорных вопросов при включении интеллектуальных прав в состав имущества супругов и особенно при разделе этого имущества. Анализ этих проблем и нахождение для них адекватных правовых решений необходимы для нормального регулирования отношений между супругами как в браке, так и в случае его прекращения.

**Ключевые слова:** семья; брак; совместная собственность; супруг; имущество; интеллектуальная собственность; автор; изобретатель; произведение; изобретение; товарный знак; исключительное право; соавторство.

**Danilov I.S. Family and art: questions concerning intellectual property rights in property of spouses. (Article)**

**Abstract.** Matrimonial regime has a lot of distinctive features related to social purpose of the family and personal nature of relations between the spouses. Personal aspect is also very prominent in the intellectual property

*law due to creative character of activity of authors and inventors. These features and imparibility of copyright lead to many questions concerning inclusion of intellectual property rights in community property and especially division of this property. Analysis and adequate legal solution of these problems are necessary for normal regulation of relations between the spouses both during marriage and in case of divorce.*

**Keywords:** family; marriage; matrimonial regime; spouse; property; intellectual property; author; inventor; work; invention; trademark; copyright; co-authorship.

Важным последствием, а иногда и целью вступающих в брак лиц является изменение режима их имущества. Регулированию имущественных отношений между супругами посвящено большинство норм Семейного кодекса Российской Федерации (далее – Семейный кодекс, СК РФ), поскольку именно они, в отличие от личных неимущественных, легко поддаются формализации. В случае неисполнения имущественные обязанности супругов могут быть принудительно исполнены.

Наибольшие сложности вызывает разрешение вопросов, связанных с режимом интеллектуальных прав в имуществе супругов. Здесь вступают в противоречие интересы супруга-автора как творца и интересы другого супруга как члена семьи. Вопросы также связаны с тем, оправдан ли тут одинаковый подход к правам на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации из-за отсутствия в последних творческого компонента. В связи с этим необходим подробный анализ проблемных ситуаций, связанных с интеллектуальными правами супругов, а также способов их разрешения, предлагаемых в законодательстве, доктрине и судебной практике.

Согласно ст. 256 ГК РФ, исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, принадлежащее автору такого результата (ст. 1228), не входит в общее имущество супругов. Однако доходы, полученные от использования такого результата, являются совместной собственностью супругов, если брачным договором между ними не предусмотрено иное. Эти нормы отражены и в Семейном кодексе.

Согласно ч. 3 ст. 36 СК РФ, исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный одним из супругов, принадлежит автору такого результата. Это положение означает, что такие исключительные права не включаются в состав

общего имущества супругов и, соответственно, не подлежат разделу в случае, например, развода супругов.

Однако, согласно ч. 2 ст. 34 СК РФ, к имуществу, нажитому супругами во время брака (общему имуществу супругов), относятся доходы каждого из супругов от трудовой деятельности, предпринимательской деятельности и результатов интеллектуальной деятельности, полученные ими пенсии, пособия, а также иные денежные выплаты, не имеющие специального целевого назначения.

Стоит обратить внимание, что вышеуказанные нормы касаются только прав на результаты интеллектуальной деятельности, автором которых являются сами супруги. Исключительные права, приобретенные супругами в период брака от третьих лиц (если только речь не идет о безвозмездном приобретении одним из супругов или о ситуации, когда в качестве встречного предоставления по возмездной сделке супруг предоставляет только свое, а не общее имущество), входят в состав общего имущества супругов. К такой позиции неоднократно приходили высшие судебные инстанции РФ<sup>1, 2</sup>.

Применительно к интеллектуальным правам, входящим в состав общего имущества супругов, актуальным становится вопрос об их судьбе в случае развода супругов и раздела их имущества. Исключительное право является единым и неделимым; оно может лишь переходить к одному из супругов. Соответственно, в доктринальных источниках можно встретить вполне логичное предложение применять к нему по аналогии правила Гражданского кодекса РФ о неделимой вещи, предусмотренные ст. 133 ГК РФ<sup>3</sup>. Согласно ч. 3 ст. 38 СК РФ, в случае, если одному из супругов передается имущество, стоимость которого превышает причитающуюся ему долю, другому супругу может быть присуждена соответствующая денежная или иная компенсация. Таким образом, если после раздела общего имущества у одного из супругов остаются интеллектуальные права, превышающие полагающуюся ему

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 30 июня 2011 г. № 51 «О рассмотрении дел о банкротстве индивидуальных предпринимателей».

<sup>2</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании».

<sup>3</sup> См., напр.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / В.О. Калягин, О.М. Козырь, А.Д. Корчагин и др.; отв. ред. Л.А. Трахтенберг. – М.: Контракт: ИНФРА-М, 2009. – Комментарий к ст. 1229 ГК РФ.

долю при разводе, другой супруг вправе получить компенсацию за них.

Другим важным вопросом, возникающим применительно к интеллектуальной собственности супружов, является вопрос о правах супружов-соавторов. Ситуация, при которой супруги совместно создают произведения, нередко встречается в мире искусства. Так, известными супружами-соавторами являются писательница Марина Москвина и художник Леонид Тишков, писатели Марина и Сергей Дяченко. Супруги Светлана Мартынчик и Игорь Степин даже издавались под общим псевдонимом «Макс Фрай» и получили известность именно под ним, а не как отдельные авторы.

Согласно ст. 1258 ГК РФ, соавторами являются граждане, создавшие произведение совместным творческим трудом. Если соглашением между соавторами не предусмотрено иное, созданное ими произведение используется совместно. Ни один из соавторов не вправе запретить использование произведения в случае, когда его части, созданные соавторами, не могут быть отделены друг от друга.

Другая ситуация возникнет в случае распоряжения правами на произведения, созданные в соавторстве. Распоряжение такими правами, согласно п. 3 ст. 1229 ГК РФ, осуществляется соавторами совместно.

По умолчанию доходы от использования произведения, созданного в соавторстве, распределяются между соавторами в равных долях. Такой режим может быть изменен соглашением между соавторами.

Поскольку интеллектуальные права супружов не входят в состав их общего имущества, нормы о соавторстве действуют и применительно к произведениям, созданным супружами-соавторами. Приоритет норм о соавторстве над нормами, касающимися совместного имущества супружов, был подтвержден Конституционным Судом РФ, подчеркнувшим, что на заключение сделок, касающихся исключительных прав автора, не требуется согласие другого супруга, поскольку они не являются общим имуществом<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 24 апреля 2018 г. № 994-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Артемова Сергея Алексеевича и Артемовой Ирины Витальевны на нарушение их конституционных прав пунктом 1 статьи 1240, пунктом 1 статьи 1258, пунктом 7 статьи 1260, статьей 1285 Гражданского кодекса Российской Федерации и пунктом 2 статьи 35 Семейного кодекса Российской Федерации».

По-другому дело обстоит с доходами от произведений, соавторами которых являются супруги. Согласно ст. 34 СК РФ, такие доходы будут входить в общее имущество супругов. Следовательно, при разделе имущества между ними такие доходы также будут подлежать разделу как совместно нажитое имущество<sup>1</sup>.

**Сложным вопросом является принадлежность супругам прав на товарные знаки и иные средства индивидуализации.** В первую очередь это актуально именно для товарных знаков, поскольку фирменные наименования могут принадлежать только коммерческим юридическим лицам, права на наименование места происхождения товара и географические указания тесно связаны с производством определенных товаров в определенной местности и могут признаваться за любым лицом, производящим товары в такой местности, а права на коммерческие обозначения могут передаваться только в составе тех предприятий, которые они индивидуализируют (ст. 1539 ГК РФ).

Согласно ст. 1478 ГК РФ, обладателем исключительного права на товарный знак может быть юридическое лицо или индивидуальный предприниматель. Таким образом, право на товарный знак может принадлежать одному из супругов только в том случае, если он является индивидуальным предпринимателем.

Дискуссионным является вопрос, входят ли права на товарные знаки в состав общего имущества супругов. Согласно ст. 36 СК РФ, к личному имуществу супругов относятся их добрачное имущество, имущество, получаемое ими по безвозмездным сделкам в период брака, вещи индивидуального пользования, а также исключительные права на созданные ими результаты интеллектуальной деятельности. Перечень такого имущества является закрытым.

Как было проанализировано выше, оставление за супругами исключительных прав на созданные ими произведения связано в первую очередь с творческим характером произведений, несущих на себе существенный отпечаток личности автора. Ситуация с товарными знаками несколько иная. Несмотря на то что к правам на средства индивидуализации по общему правилу применяются те же нормы, что и к правам на результаты интеллектуальной деятельности, их объекты не отличаются творческим характером,

---

<sup>1</sup> См.: Кузнецова Е. Возможность раздела авторских прав при расторжении брака и разделе совместно нажитого имущества супругов // Административное право. – 2019. – № 1. – С. 95–98.

присущим произведениям искусства и изобретениям. В связи с этим представляется нелогичным распространять на права на средства индивидуализации исключение из режима общего имущества супругов, сделанное для прав на результаты интеллектуальной деятельности именно в связи с их творческим характером.

Кроме того, возникновение прав на товарные знаки связано с их государственной регистрацией. Как отмечает А.А. Растворгueva, регистрация прав на товарные знаки может быть связана с существенными финансовыми затратами, сделанными, в том числе, и за счет другого супруга<sup>1</sup>. Она обращает внимание на то, что в ст. 36 СК РФ употребляются в первую очередь термины «автор», «результат интеллектуальной деятельности» и «создание», а в отношении средств индивидуализации используются термины « правообладатель », «средство индивидуализации» и «регистрация права». А.А. Растворгueva не находит оснований для применения к ним по аналогии норм ст. 36 СК РФ, касающихся интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной деятельности, поскольку в ней установлен именно закрытый перечень исключений из режима общей собственности супругов, не содержащий упоминания о правах на средства индивидуализации. Исходя из вышеизложенного, автор полагает, что права на товарные знаки, зарегистрированные после заключения брака, должны относиться к общему имуществу супругов.

Судебная практика не всегда подтверждает эту позицию. Так, Московский городской суд пришел к выводу, что поскольку заявку на регистрацию товарного знака подает один из супругов, права на сам товарный знак должны также признаваться исключительно за ним<sup>2</sup> (такая точка зрения поддерживается и некоторыми авторами, например, С.В. Ивановой<sup>3</sup>). В своем определении суд приравнял права на средства индивидуализации к правам на результаты интеллектуальной деятельности. Такой подход, по мнению А.А. Растворгевой, является неправильным из-за различной правовой природы средств индивидуализации и результатов интеллектуальной деятельности. Она справедливо полагает, что права

---

<sup>1</sup> См.: Растворгueva A.A. Права супругов на созданные и приобретенные в период брака объекты интеллектуальных прав и их материальные носители: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2017. – С. 115.

<sup>2</sup> См.: Определение Московского городского суда от 28 марта 2011 г. по делу № 33-6337.

<sup>3</sup> См.: Иванова С.В. Делим по-братьски и по-честному // СПС «Консультант Плюс». – 2015.

на средства индивидуализации стоит включать в состав общего имущества супругов из-за отсутствия творческого компонента, позволяющего делать исключение для прав на результаты интеллектуальной деятельности.

К правам на средства индивидуализации также теоретически могут быть применены нормы ст. 37 СК РФ о включении в состав общего имущества супругов личного имущества одного из них в случае его значительного улучшения за счет другого супруга. Поскольку регистрация товарного знака может потребовать значительных финансовых затрат, справедливо будет применить к ним нормы, применяемые, например, при улучшении недвижимого имущества за счет одного из супругов. Даже в случае подачи заявки на регистрацию товарного знака до заключения брака расходы на его продвижение могут покрываться из семейного бюджета или имущества второго супруга. Исходя из этого и в таком случае признание прав на него совместной собственностью супругов будет обоснованным<sup>1</sup>.

**Сложным вопросом является правовой режим материальных носителей объектов интеллектуальных прав в имуществе супругов.** Соотношение интеллектуальных и вещных прав регулируется ст. 1227 ГК РФ. Согласно п. 1 данной статьи, интеллектуальные права не зависят от права собственности и иных вещных прав на материальный носитель (вещь), в котором выражены соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации.

Переход права собственности на вещь по общему правилу не влечет переход или предоставление интеллектуальных прав на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, выраженные в этой вещи. Из этого правила установлено одно исключение. Согласно п. 1 ст. 1291 ГК РФ, при отчуждении оригинала произведения его собственником, обладающим исключительным правом на произведение, но не являющимся автором произведения, исключительное право на произведение переходит к приобретателю оригинала произведения, если договором не предусмотрено иное. Правила, относящиеся к автору произведения, распространяются также на наследников автора, их наследников и так далее в пределах срока действия исключительного права на произведение. В.О. Калягин связывает эту норму с предположением законодателя о том, что если обладатель ориги-

---

<sup>1</sup> Расторгуева А.А. Указ. соч. – С. 115.

нала произведения, не являющийся автором, отчуждает его без оговорки о сохранении за собой исключительного права на само произведение, это свидетельствует об утрате им интереса к использованию данного произведения<sup>1</sup>. Такое намерение законодателя представляется спорным, поскольку далеко не всегда обладатель исключительного права, даже не являясь автором или его наследником, будет при отчуждении оригинала произведения, например рукописи, задумываться о том, что он при этом теряет исключительное право на произведение, если не была сделана специальная оговорка. Если такой оригинал приобретает один из супругов (за исключением случаев приобретения по безвозмездным сделкам), он, как и исключительные права на само произведение, будет включаться в общее имущество супругов, если супругами не был установлен иной режим имущества.

Материальный носитель произведения может не обладать особой ценностью, например, в случае, если это печатная копия книги из большого тиража. Однако в ряде случаев сам материальный носитель обладает значительной ценностью, например, в случае его изготовления из драгоценных материалов, популярности автора или исторической ценности. Для некоторых произведений, например для картин или скульптур, сам материальный носитель является уникальным и уже поэтому обладает определенной ценностью. В связи с этим актуальным становится вопрос, будут ли материальные носители объектов интеллектуальных прав считаться частью общего имущества супругов.

В ст. 36 СК РФ установлен открытый перечень имущества, которое может признаваться общим имуществом супругов, а также устанавливается общий принцип, согласно которому все, что нажито супругами в период брака, относится к общему имуществу. Соответственно, если супруги приобретают материальные носители объектов интеллектуальных прав за счет общих доходов, они должны включаться в состав их общего имущества.

Более сложная ситуация складывается в случае, если автором произведения является один из супругов. Оригинал произведения может быть изготовлен из материалов, входящих в состав общего имущества супругов или в состав личной собственности другого супруга. А.А. Растворгueva обращает внимание на то, что в таком случае исключительное право на созданное произведение

---

<sup>1</sup> См.: Калягин В.О. О правовых последствиях отчуждения оригинала произведения // ИС. Авторское право и смежные права. – 2016. – № 7. – С. 5–16.

должно принадлежать его автору согласно нормам ст. 36 СК РФ, а сам материальный носитель произведения должен входить в состав общего имущества супругов по нормам ст. 34 СК РФ<sup>1</sup>.

В ситуации, когда материальный носитель неразрывно связан с произведением (например, если это картина или скульптура), передача его при разделе имущества тому супругу, который не является автором произведения, может создать проблемы для реализации супругом-автором его интеллектуальных прав на это произведение, например права доступа. Такое развитие событий является особенно вероятным при наличии конфликтных отношений между супругами. В связи с этим многие авторы, например, А.А. Растворгусева и А.М. Рабец, обращают внимание на необходимость при разделе имущества оставлять материальный носитель произведения тому супругу, который является его автором<sup>2</sup>.

В случае принадлежности материалов, из которых было создано произведение, одному из супругов к созданному произведению не могут применяться нормы ст. 37 СК РФ, касающиеся перехода в состав общего имущества супругов имущества одного из них, значительно улучшенного за счет общего имущества супругов или имущества другого супруга. Созданное произведение – это совершенно новый объект права, а не улучшенный старый, поэтому нормы об улучшении к нему не применимы.

Таким образом, особенности интеллектуальных прав, в первую очередь нематериальный и творческий характер их объектов, оказывают существенное влияние на их правовой режим в составе имущества супругов. Для адекватного регулирования отношений супругов в области интеллектуальных прав законодателю необходимо соблюдать баланс между интересами одного супруга как создателя произведения и интересами другого супруга как члена семьи, ведущего совместное с автором хозяйство и нередко материально поддерживающего его при создании произведений искусства.

Отдельная дискуссия связана с тем, стоит ли относить к личному имуществу супругов права на зарегистрированные ими средства индивидуализации, в первую очередь на товарные знаки.

---

<sup>1</sup> См.: Растворгусева А.А. Указ. соч. – С. 86.

<sup>2</sup> См.: Растворгусева А.А. Указ. соч. – С. 148–149; Рабец А.М. Исключительные права на произведения изобразительного искусства в системе имущественных правоотношений супругов // Вестник Тверского гос. ун-та. Сер. Право. – 2015. – № 3. – С. 92.

Несмотря на то что по общему правилу к правам на средства индивидуализации применяются те же нормы, что и к правам на результаты интеллектуальной деятельности, отсутствие творческого компонента в средствах индивидуализации является аргументом в пользу отнесения прав на них к общему имуществу супругов.

Важным вопросом является четкое разграничение интеллектуальных прав и вещных прав на материальные носители объектов интеллектуальных прав. Эти права отличаются по самой своей сути и требуют разного подхода к правовому регулированию связанных с ними общественных отношений. Это касается и положения вышеуказанных прав в имуществе супругов.

Афанасьева Е.А.

**ИСТИНА НА ЭТИКЕТКЕ: РЕГУЛИРОВАНИЕ  
МАРКИРОВКИ ВИН В СТРАНАХ ЕВРОПЫ И В США  
(Обзор)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.011

*Аннотация.* Обзор посвящен правовому режиму информации, содержащейся на винных этикетках – от географических наименований до органической сертификации на примерах из опыта стран Европы и США.

**Ключевые слова:** право США; право Франции; право ЕС; предпринимательское право; географическое наименование; виноделие; концепция *терруара*; режим апелласьонов, биологические вина, органическая сертификация.

***Afanasieva E.A. Veritas in vine label: wine labeling requirements in Europe and USA. (Review)***

*Abstract.* The review focuses on the legal regime of information placed on wine labels – from geographical identification to organic certification, examining examples from the experience of European countries and the United States.

**Keywords:** US law; French law; EU law; business law, geographic identification; winemaking; *terroir*; *appellation*; organic wines; organic certification.

Пожалуй, ни один другой алкогольный напиток не оставил такой след в культуре, искусстве и истории, как вино. Являясь, с одной стороны, сельскохозяйственным продуктом, а с другой –

эмоциональной категорией, вино представляет большой интерес для изучения не только само по себе, но и в части тары и этикетки, которая выступает главным источником информации для потребителя, но в отличие от этикетки лимонада может (а порой и обязана) соответствовать определенным правилам, разнящимся от государства к государству.

В этом обзоре я рассматриваю информацию, содержащуюся как раз на винных этикетках, различные маркировки вин – от географических наименований и до органической сертификации на примерах из опыта стран Европы и США. Часть информации, содержащейся на винной этикетке, может охраняться в режиме интеллектуальной собственности (товарные знаки), часть подпадает под иное частно-правовое или под публично-правовое регулирование. Что же касается географических наименований, то в одних правопорядках (Испания, Франция, Италия, Португалия) они охраняются в режиме *sui generis* в соответствии со специальным законодательством; в других (США, Канада, Новая Зеландия) – в рамках законодательства о товарных знаках как коллективные знаки и знаки соответствия; в-третьих – в рамках предпринимательского права и противодействия недобросовестной конкуренции.

Хорошее вино, каким мы его знаем, – относительно современное явление. Никогда еще потребитель не пил вино такого качества, которое доступно сейчас. Так или иначе, уже не первое столетие во главе всего мирового виноделия находится Франция, задающая тренды мировому винному сообществу, начиная от сортов винограда и заканчивая охраной географических наименований.

Французская винная культура основана на мифологии стабильной и почтенной традиции, уходящей в глубь веков. Центральное место в этой мифологии занимает концепция терруара: представление о том, что и место, и земля, и люди определяют продукт [1, р. 605].

В начале XX в. Франция законодательно закрепила эксклюзивные права местных производителей на указание географического наименования происхождения продукта. Эти регионы, так называемые апелласьоны, стали обозначать тип и качество вина, производимого в них. Шампань и Бордо, к примеру, являются самыми известными апелльсонами. Целью введения режима апелльсонов было предотвращение мошенничества – таким образом потребители могли быть уверены, что вино соответствует заявленным характеристикам, а производители получали монополию на защищенное географическое наименование.

Действующее законодательство требует, чтобы вина, претендующие на защищенное географическое наименование (апелласьон), соответствовали строгим требованиям к качеству, типичности, месту и способу производства. Если изначально такая модель казалась идеальной, то долгосрочное изменение климата, по мнению Р. Барнеа, угрожает разрушить этот режим [1, р. 605].

Для французского вина географическое обозначение гораздо важнее указания сорта винограда. Потребитель скорее встретит бутылку с маркировкой Шампань, Бордо или Божоле, чем с указанием сортов пино нуар, каберне совиньон или гаме.

В праве Евросоюза термин «терруар» определяется как качество продукции «в основном или исключительно в связи с конкретной географической средой, ее природными и человеческими факторами, а также производством, переработкой и изготовлением продукта, которое имеет место в определенных географических областях» [1, р. 606]. Терруар настолько встроен в европейскую винную культуру, что и французское законодательство о вине, и международные режимы, защищающие географические наименования вина, опираются на концепцию терруара. Защита географического наименования, предоставляемая вину, является результатом как национального, так и международного права. Национальные министерства сельского хозяйства или аналогичные органы регулируют винодельни и определяют, в каких регионах, если таковые имеются, предоставляется географическая защита. Хотя национальные термины для охраняемых регионов различаются (к примеру, АОР во Франции и АВА в США), на международном уровне такие продукты обладают «защищенным географическим наименованием». Этот термин является общим для продуктов, связанных с географическими областями, и касается не только вина, но и, к примеру, сыров и других продуктов.

В настоящее время регионы, производящие вина и некоторые другие продукты под защищенным географическим наименованием, могут страдать от изменений климата, которые в состоянии поставить под угрозу их способность производить эти вина в течение длительного срока. Эта проблема не ограничивается Францией, но особенно остра в этой стране из-за очень строгого режима апелльсюнов (*Appellation d'Origine Protégée* – АОР), который регулирует производство французского вина и спиртных напитков с защищенным географическим указанием (например, Коньяк, Арманьяк и Кальвадос). Нынешний правовой режим географической защиты не предусматривает механизма адаптации

к реальности, в которой изменение климата делает регионы неспособными выращивать виноград, необходимый для производства регламентированных в них вин. Поскольку режим АОР основан на географической концепции терруаров и приоритета почтенной (пусть и сомнительной) традиции перед инновациями, этот правовой режим является негибким и никак не адаптируется к условиям климата. По мнению Р. Барнеа, такая модель ущербна, так как статичные правовые подходы к виноградарству могли бы работать, если бы климат был постоянным. Однако когда климат меняется, терруар меняется вместе с ним. Закон, основанный на статичных определениях терруара, устаревает, поскольку производство вина смещается за рамки территорий, установленных законом.

Регуляторная сфера применения АОР широка и охватывает как пространственные, так и человеческие факторы. Законодательные ограничения площади для производства исходят из типов почв, водоразделов, а также исторических и политических предпосылок. Поскольку правовой режим поддерживает понятие терруара, закон также регулирует виноградарскую практику: сорт винограда и его спелость; крепость алкоголя; урожайность; расстояние между лозами и способы их обрезки; а также методы виноделия. Барнеа предлагает изменить существующий правовой режим для географического наименования вина, чтобы учесть изменения в сельскохозяйственной географии, вызванные изменением климата. Например, Бургундия и Шампань известны винами из винограда сорта пино нуар. Если в какой-то момент эти регионы станут неспособными к выращиванию качественного винограда этого сорта, закон не обеспечит адаптивную гибкость, позволяющую производителям вводить новшества с использованием различных сортов или технологий выращивания и при этом сохранять защиту географического наименования.

До тех пор, пока режим защиты географических наименований предполагает стабильность климата, он будет плохо приспособлен к миру, в котором наверняка со временем изменятся контуры винодельческих регионов. И наоборот, если терруар понимается как набор человеческих и физических факторов, служивших (и продолжающих служить) в качестве концептуальной основы для правовой системы, которая изобрела традицию хорошего вина, но которая требует гибкости в долгосрочной перспективе, то АОР и терруар могут остаться верными своим корням и достаточно гибкими, чтобы адаптироваться к изменению климата.

Тот факт, что французскому винному законодательству в условиях изменения климата необходим адаптивный потенциал, не подлежит сомнению. Однако рекомендации, что делать дальше, редки в литературе по виноградарству и отсутствуют в юридической науке. В своей статье Барнеа предлагает альтернативы действующему правовому режиму, учитывающие интересы как потребителей, так и производителей.

Как правило, основным источником сведений, которые получает потребитель, прежде чем открыть бутылку и попробовать ее содержимое, является этикетка на бутылке вина. Поэтому жизненно важно, чтобы на ней содержалась точная и исчерпывающая информация о вине и особенно о винограде, из которого оно было произведено. В США Закон, регулирующий маркировку и рекламу вина, кодифицирован в разделе 27 Кодекса федеральных правил (*Code of Federal Regulation – CFR*) в частях 4 и 24 [3, р. 492]. В Законе говорится о необходимости указания на винных этикетках следующей информации: бренда; класса или типа вина; места розлива; процента алкоголя; информации о добавлении сульфитов. Необязательная информация включает в себя год сбора урожая, наименование места происхождения (вплоть до указания конкретного виноградника, на котором был выращен виноград), сорт винограда, вкусовые характеристики вина. Чтобы вино поступило в продажу, его этикетка должна быть одобрена бюро по налогообложению табачной и алкогольной продукции (*Alcohol and tobacco tax and trade bureau – ТТВ*) при Министерстве финансов и иметь выданный им «сертификат одобрения этикетки» (*certificate of label approval – COLA*).

Получать COLA не требуется, если вино имеет «свидетельство об освобождении от одобрения этикетки», если производитель может доказать, что «вино должно быть разлито по бутылкам или не должно продаваться, отправляться или доставляться, или иным образом вводиться в торговлю между штатами или внешнюю торговлю». В этом случае производители не обязаны соблюдать какие-либо федеральные правила маркировки и рекламы своих товаров, но должны отмечать на бутылках, что вино продается только в том штате, где оно было бутилировано.

Географическое наименование в США может быть «*United States*» или «*American*», включать название штата (или не более трех граничащих друг с другом штатов) или зарегистрированный американский винодельческий район (*American viticultural area – AVA*) – регион виноградарства, аналог французского АОП, который

был зарегистрирован в ТТВ. По состоянию на февраль 2019 г., в США насчитывается 244 установленных AVA, таких как, например, *Finger Lakes* в Нью-Йорке, *Puget Sound* в Вашингтоне и, пожалуй, наиболее известный *Napa Valley* в Калифорнии [3, р. 493]. AVA позволяют соотнести качество, репутацию или другие характеристики вина, изготовленного из винограда, выращенного в определенном районе, с его географическим происхождением.

Американская система наименования вин имеет несколько возможных уровней номенклатуры – некоторые из них основаны на политических классификациях, в то время как другие были специально разработаны для винодельческой промышленности. На каждом уровне наименования предъявляются разные требования относительно того, какой процент винограда в вине должен происходить из этого района и где вино должно быть изготовлено и бутилировано. Если используется широкое наименование – «*United States*» или «*American*», то, по крайней мере, 75% винограда должно быть выращено в США и вино полностью произведено в США. Если используется наименование одного штата, 75% винограда должно быть выращено в этом штате, а вино должно быть произведено в нем или в смежном штате. Если указано наименование округа, как минимум 75% винограда должно быть выращено в округе (а вино – полностью произведено в штате, в котором находится данный округ). Если используется наименование более одного штата, весь виноград должен быть выращен в указанных штатах, процентная доля вина, полученного из каждого штата, должна быть указана на этикетке, а вино должно быть полностью произведено в одном из этих штатов. Если используется географическое наименование более одного округа, весь виноград должен быть выращен в указанных округах, а на этикетке должен быть указан процент вин, полученных из каждого округа.

Для маркировки вина с помощью AVA требуется, чтобы, по крайней мере, 85% винограда было выращено в AVA, а вино – произведено и разлито по бутылкам в штате или одном из штатов, в которых находится AVA. Например, если вино из AVA *Yakima Valley* в Вашингтоне будет продаваться в рамках межштатной торговли, для этого потребуется COLA. Чтобы получить COLA, 85% винограда должно быть выращено в долине Якима, а вино должно быть бутилировано в штате Вашингтон. В качестве альтернативы вино, не имеющее COLA, которое будет продаваться только внутри штата, может использовать обозначение AVA «*Yakima Valley*» без необходимости соблюдения правил COLA. Вино, произведенное

из винограда из долины Якима и разлитое по бутылкам в Нью-Йорке, тоже может иметь маркировку «*Yakima Valley*», если производитель удостоверяет, что вино будет продаваться только в штате Нью-Йорк, а не «киным образом вводиться на межштатные территории». Так называемое «вино долины Якима» может не соответствовать «требованию 85%» или не иметь никакого отношения к долине Якима (за исключением того, что виноград, из которого оно произведено, был выращен там до отправки на винодельню в Нью-Йорке). Многие представители винодельческой отрасли и Конгресс считают, что такое использование названий AVA на винах, не содержащих COLA, является неточным, «подрывает интересы потребителя», в целом разрушает систему AVA и, следовательно, должно быть запрещено. В июне 2016 г. ТТВ предложило внести поправки в CFR, чтобы привести все вина, независимо от того, освобождены ли они от COLA или нет, или будут ли они продаваться между штатами или только внутри штата, в соответствие с федеральными стандартами использования наименований мест происхождения на этикетках вин. Если бы эта поправка была принята, любое вино, на этикетке которого указано наименование места происхождения товара, должно было бы соответствовать минимальному процентному составу и требованиям к этикетке, как того требует уровень наименования. Сторонники поправки считают, что она поможет предотвратить несправедливое освобождение от COLA производителей, извлекающих выгоду из «узнаваемости бренда», ассоциирующегося с определенным AVA, и повышать уверенность потребителей в том, что вино соответствует производственным стандартам и нормам названного AVA.

Противники полагают, что усиление строгости дестабилизирует отрасль, перекрывая поток доходов производителям, продающим свой виноград для производства вина в другие штаты, а также ограничит сбытовые возможности производителей, которые поставляют свой виноград из AVA других штатов, но которым запрещено правдиво называть это AVA на своих этикетках. Однако существует разница между «обозначениями происхождения вина» и «идентификацией источников винограда». Обозначение происхождения вина подчеркивает тесную связь между тем, где виноград был выращен и где вино было произведено, выдержано и бутилировано. Наименования мест происхождения, и особенно AVA, определяют происхождение вина – где был выращен виноград и где вино произведено (это одно ограниченное и определенное место). Между тем идентификация источников винограда

просто указывает, где был выращен виноград (что может отличаться от того, где вино было в конечном счете произведено).

В своей статье Дебора Со приводит аргументы в поддержку компромиссного подхода к маркировке вина: использования всех наименований мест происхождения в соответствии со стандартами CFR независимо от того, является ли вино свободным от COLA, а также разрешения производителям, которые поставляют свой виноград из AVA, точно указывать, где был выращен этот виноград.

Этот компромисс, отвечающий интересам как производителей, так и потребителей, сохранил бы репутацию известных AVA и виноделов в этих областях, а также позволил бы производителям продолжать получать виноград из более урожайных регионов. Наконец, потребители будут по-прежнему располагать правдивой и точной информацией о том, где выращивался виноград и где вино было произведено и разлито в бутылки.

Помимо географического наименования вин интересным и неоднозначным является вопрос органической сертификации вина и ее отражения на винной этикетке. В своей статье доктор права Райан Пужка [2] рассматривает историю регулирования органического вина в США и ЕС и исследует мотивы производства органического вина в этих двух регионах.

Начиная с 1970-х годов в США и Западной Европе винодельческая промышленность заново «изобретала себя». Многочисленные виноделы пытались вернуться к доиндустриальным методам виноделия: так и началась мода на органические вина. Тренд на органику также коснулся всех продуктов питания – производители стремились удовлетворить спрос на более здоровые, натуральные и экологически чистые продукты.

Запросу культурных, богатых и экологичных винолюбов больше не соответствуют обычные вина, производство которых механизировано, а сами они стали стандартизованными и предсказуемыми. «Естественное» движение в виноделии направлено на отказ от вин, которые проходят через желатиновые фильтры, электрические поля и различные добавки, чтобы улучшить консистенцию вина и лучше подготовить его к выдержке.

В информационную эпоху проверка подлинности органических методов производства имеет большое значение для потребителей. Производство органических вин во Франции и Германии началось с 1950-х годов, однако только в 1991 г. были приняты единые европейские стандарты для органического сельского

хозяйства, регулирующие применение удобрений и мер борьбы с вредителями для органических продуктов.

В США Министерство сельского хозяйства создало Национальную органическую программу (NOP), которая разработала нормативную базу для органики, и Национальный совет по органическим стандартам (NOSB), который обеспечил сертификацию органических продуктов.

Для производителей процесс органической сертификации стал изначально дорогостоящим и трудоемким мероприятием. Однако потребителям сертификат дает возможность получить сведения о происхождении и качестве продукта, если, конечно, они понимают, что означают этикетки.

Рост производственных затрат на сертификацию органических продуктов может быть справедливо поддержан игроками на рынке, чтобы отвечать запросам потребителей, которые требуют больше информации, и, соответственно, бюджет NOP постоянно растет с момента его создания.

В 2012 г. США и ЕС заключили всеобъемлющее соглашение об экологической эквивалентности, которое охватывает почти всю органическую сельскохозяйственную продукцию, но из-за значительных различий в двух регионах правил, касающихся добавления сульфитов в вино, это соглашение об эквивалентности на вино не распространяется, что привело к ряду трудностей с маркировкой на международном винном рынке и, как следствие, к экономическому неравенству, которое препятствует развитию органического виноградарства. Эти трудности отразились и на потребителях – привели к путанице и общему недоверию к органически сертифицированным винам.

Сульфиты – это химические соединения, которые сохраняют вино и повышают его стабильность, предотвращая рост бактерий или превращение вина в уксус. Сульфиты естественным образом встречаются во всех винах и являются естественным биологическим результатом ферментации, но в наше время сульфиты стали основной добавкой в вино, предназначенное к продаже на рынке, так как они помогают стабилизировать его и продлить срок его хранения, предоставляя виноделам большую гибкость в производстве.

Коммерческие производители считают добавление сульфитов важным для стабильности и качества вина, а производители органических продуктов обычно придерживаются противополож-

ной точки зрения – от максимального снижения допустимого порога добавления сульфитов и до полного их запрета.

В то время как национальные и международные схемы органической сертификации обеспечивают ощущение прозрачности и, таким образом, повышают доверие потребителей, на винном рынке порой встречаются вина с мошеннической маркировкой. Например, в 2014 г. один австралийский винодел был пойман на мошенничестве с маркировкой своего вина как экологически чистого [2, р. 257]. Интересно, что его разоблачение – дело рук не австралийского сертификационного агентства, а оптовых торговцев органическим вином.

Если в институт органической сертификации не будут внесены существенные изменения для защиты от таких преступлений, маркировка органической продукции может потерять большую часть своего значения, и потребители будут подвергаться повышенному риску получить не то, на что они рассчитывали. Следовательно, какая бы схема сертификации в конечном итоге ни была принята, она должна сохранить значимость органической маркировки, тем самым защищая производителей от недобросовестной конкуренции, а недостаточно информированных потребителей – от обмана.

Историческое Соглашение об эквивалентности между США и ЕС смогло преодолеть незначительные различия в стандартах органической сертификации за счет признания того, что Программа Европейского союза по органике и NOP Министерства сельского хозяйства США в подавляющем большинстве аналогичны и тем самым значительно улучшили трансатлантическую торговлю органической сельскохозяйственной продукцией. После заключения соглашения производители органических продуктов получили возможность экспортirовать свои товары и продавать их как органические, просто соблюдая внутренние правила сертификации органических продуктов, вместо того, чтобы добиваться отдельной сертификации. Соответственно, Соглашение об эквивалентности, несомненно, улучшило прозрачность для потребителей, для которых теперь «органический» означает одно и то же, независимо от того, был ли продукт произведен в Европе или в США.

В целом Соглашение об эквивалентности является благом для стремительно растущего рынка органического сельского хозяйства, но вино – единственный продукт, для которого не было согласовано органическое соответствие. Поэтому возможность совместного пользования преимуществами универсальных стан-

дартов по обе стороны Атлантики не реализована – Соглашение дает явное преимущество винам, произведенным в США: оно разрешает продавать в Европе вина США, сертифицированные как «сделанные из органического винограда» или «органические», с пометкой «органические», в то время как только некоторые европейские сертифицированные органические вина могут продаваться просто как «сделанные из органического винограда». Виной тому – несовместимость региональных идеологий, касающихся добавления сульфитов в вино. Таким образом, хотя Соглашение ратифицирует и признает органическую эквивалентность виноградарства, оно отказывается предоставить аналогичный статус ко-нечному винному продукту исключительно на основе уровней добавленных сульфитов и тем самым лишает органическое вино преимуществ, которыми пользуются остальные вина. Мало того, Соглашение еще и вводит потребителей в заблуждение относительно того, что на самом деле находится в бутылке вина.

Хотя это исключение вина из-под действия Соглашения кажется несколько странным, оно отражает регулятивные трудности, связанные с классификацией вина – сельскохозяйственного продукта, который включает несельскохозяйственные ресурсы для сохранения его характера во время транспортировки и выдержки. Более того, вино, в отличие от других, более традиционных продуктов питания, является премиум-продуктом, обладающим своими собственными культурным и историческим значением.

Несмотря на все эти уникальные характеристики, влияющие на регулирование рынка вина, международная дискуссия о сертификации органического вина сосредоточена на том, что представляется простым вопросом о предпочтениях: разрешать ли использование сульфитов в качестве добавки в сертифицированное органическое вино или нет.

Р. Пужка предлагает создать частное международное агентство по сертификации органических вин, отражающее стандарт биодинамической агрикультуры Demeter для биодинамических продуктов. Это частное сертификационное агентство обеспечит большую прозрачность для потребителей и более экономически привлекательный и упорядоченный процесс регулирования для производителей вина, которые рассматривают возможность органического виноградарства. Расшифровка винных этикеток трудна для всех, кроме самого искушенного любителя вина, и включение в этикетку узнаваемой органической сертификации должно способствовать прозрачности для потребителей, а не душить ее.

К сожалению, маловероятно, что любая из сторон дебатов о добавлении сульфитов в вино в США уступит свою позицию, поэтому сомнительно, что NOP отменит свои излишне строгие требования к органической маркировке вина.

### **Список литературы**

1. *Barnea R.* Appellations and adaptations: geographical Indication, viticulture, and climate change // Washington law review. – Wash., 2017. – Vol. 26, N 3. – P. 604–634. URL: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wilj/vol26/iss3/8> (дата обращения: 12.12.2019).  
*Барнеа Р.* Апеллясионы и адаптация: Географическое наименование, винная культура и изменения климата.
2. *Puszka R.* Reds, whites, and sulfites: Examining different organic wine regulation practices in the United States and the European Union regulation practices in the United States and the European Union // Northwestern journal of international law & business. – Chicago, 2020. – Vol. 40, N 2. – P. 250–274.  
*Пужска Р.* Красные, белые и сульфиты: анализ регулирования органических вин в Соединенных Штатах и Европейском союзе.
3. *Soh D.* Something to wine about: what proposed revisions to wine labeling requirements mean for growers, producers, and consumers // Brooklyn journal of corporate, financial & commercial law. – N.Y., 2019. – Vol. 13, N 2. – P. 491–514. URL: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol13/iss2/7> (дата обращения: 12.12.2019).  
*Соу Д.* Без вина виноватые: что означают предлагаемые изменения требований к маркировке вина для виноделов, производителей и потребителей.

Певзнер В.А.

**«OPT-IN» vs «OPT-OUT ADVERTISING»:  
ПОИСК КОМПРОМИССА МЕЖДУ ОСУЩЕСТВЛЕНИЕМ  
ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ НА СРЕДСТВА  
ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ И ПРАВА  
НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ  
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.012

**Аннотация.** Правопорядкам известны две модели получения согласия лиц на рассылку сообщений коммерческого характера: «*opt-in*» и «*opt-out*». В статье анализируются основные преимущества и недостатки рассматриваемых моделей, а также отражение в них соотношения интересов коммерсантов-правообладателей и граждан-потребителей. Автором подчеркивается неоднозначность и проблематичность каждой из моделей. Наконец, в работе исследуются причины выбора большинством правопорядков конструкции «*opt-in*».

**Ключевые слова:** реклама; спам; средства индивидуализации; товарный знак; неприкосновенность частной жизни; «*opt-in*»; «*opt-out*».

**Pevzner V.A. «Opt-in» vs «opt-out advertising»: in search of the compromise between exercising of the exclusive rights to means of individualization and the right to privacy. (Article)**

**Abstract.** States are familiar with two models of obtaining consent for receiving commercial e-mails – «*opt-in*» and «*opt-out*». In the article the basic advantages and disadvantages of the models are analysed. Moreover, the reflection of the balance between the interests of businessmen – exclusive right holders and consumers is also reviewed. The author highlights the ambiguity

*and complexity of both models. Finally, the reasons for choosing the «opt-in» construction by the majority of states are pointed out.*

**Keywords:** *advertisement; spam; means of individualization; trademark; right to privacy; «opt-in»; «opt-out».*

Средства индивидуализации обоснованно выступают в качестве одного из главных способов информирования потребителей о товарах и услугах производителя. Одним из трех правомочий обладателя исключительного права на средство индивидуализации, наряду с правомочиями распоряжения и защиты, является правомочие пользования. ГК РФ напрямую закрепляет правомочие обладателя исключительного права использовать товарный знак и иные средства индивидуализации любым не противоречащим закону способом, в частности в рекламе. Дискуссию в последние годы вызывает оправданность одного из ограничений реализации исключительного права на средства индивидуализации – в рассылке сообщений коммерческого характера пользователям сети Интернет. В данной статье предлагается рассмотреть основные аргументы в пользу двух основных моделей получения согласия пользователей на рассылку сообщений коммерческого характера – «opt-in» и «opt-out advertising». Анализируемые модели отражают поиск правопорядками баланса между интересами добросовестных коммерческих организаций, стремящихся информировать потребителей о своих продуктах путем использования принадлежащих им товарных знаков и иных средств индивидуализации, и самих потребителей, право на неприкосновенность частной жизни которых охраняется законом.

Прежде всего, стоит отметить, что несанкционированная рассылка сообщений коммерческого характера квалифицируется в качестве спама. Согласно п. 2 Правил оказания телематических услуг связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 10 сентября 2007 г. № 575, спам – это телематическое электронное сообщение, предназначеннное неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту и (или) пользователю без их предварительного согласия и не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя. В данном определении не отражено, правомерно ли относить спам к рекламе как к родовому понятию.

Для того чтобы определить, можно ли считать спам рекламой, необходимо провести определенную классификацию. Исследователи делят спам на коммерческий (*UCE – unsolicited commercial e-mail*) и некоммерческий (*UBE – unsolicited bulk e-mail*)<sup>1</sup>.

Коммерческий спам соответствует определению рекламы, данному в п. 1 ст. 3 Закона о рекламе. Некоммерческий спам не подпадает под действие данного федерального закона, поскольку целью некоммерческих спам-сообщений не является привлечение внимания потребителей к определенному товару.

Следуя выбранной траектории, можно распространять на сообщения, содержащие коммерческий спам, положения ст. 18 Закона о рекламе «Реклама, распространяемая по сетям электросвязи». Наиболее важная норма касается имплементации в российское законодательство о рекламе подхода «*opt-in*».

В мировой практике подходу «*opt-in*» противопоставляется модель «*opt-out*»<sup>2</sup>. Модель «*opt-in*» предполагает обязательное предварительное согласие пользователя на получение им сообщений коммерческого характера. Согласно модели «*opt-out*» предварительное согласие на получение рассылки не требуется, должна быть лишь предусмотрена возможность отписки.

Обе модели получили широкое распространение. Так, в начале 2000-х годов модель «*opt-out*» использовали в своем правопорядке США, Европейский союз и Южная Корея. Сейчас использование данного принципа отошло на второй план, и большинство государств обратились к модели «*opt-in*». Среди них можно выделить Российскую Федерацию, а также бывших «приверженцев» конструкции «*opt-out*»: Европейский союз и Южную Корею. США продолжают последовательно применять выбранную ими модель.

Какие преимущества и недостатки можно в них выделить?

Следуя пути «*opt-out advertising*», компании получают относительно равные возможности в информировании потенциальных клиентов о своих товарах и услугах, в том числе с использованием своих товарных знаков и иных средств индивидуализации, поскольку они несут издержки лишь в случае получения отказа пользователей от рассылки сообщений. При использовании иной модели организации несут также бремя получения согласия потребителей:

---

<sup>1</sup> См.: Ельчанинова Н.Б. Правовые методы борьбы со спамом // Известия ЮФУ. Технические науки. – 2008. – С. 138.

<sup>2</sup> См.: Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. – М.: Статут, 2014. – С. 476.

формирование реестров пользователей, выразивших согласие, подтверждение их идентификации, отслеживание отписавшихся лиц в целях недопущения отправки им повторных сообщений. К примеру, в Германии судебной практикой был выработан подход, получивший название «double opt-in», в соответствии с которым пользователь проходит двухступенчатую процедуру дачи согласия на получение коммерческих сообщений: на первом этапе лицо проставляет «галочку» в предложенной онлайн-форме, на втором – подтверждает свое согласие, переходя по ссылке, высланной ему на электронную почту<sup>1</sup>. Подобная система, безусловно, снижает вероятность выражения согласия не самим пользователем, а третьим лицом, однако ее сложность может также негативно отразиться на стимуле организаций информировать потенциальных клиентов. Высказываются даже предположения, что мелкие и средние предприятия могут потерять конкурентные преимущества по сравнению с крупными компаниями, поскольку они не располагают достаточными материальными ресурсами для реализации информационных функций<sup>2</sup>.

Не вызывает сомнений тот факт, что более строгий подход, реализуемый в рамках концепции «opt-in advertising», потенциально снижает количество приходящих на почту либо иным путем спам-сообщений. Тем не менее добросовестные участники рынка онлайн-рекламы страдают от таких ограничений даже больше, чем распространители спама, поскольку последние зачастую меняют свою юрисдикцию, тем самым уходя от действия введенных запретов и продолжая незаконную деятельность.

Таким образом, модель «opt-out» отражает баланс между необходимостью соблюдения свободы коммерческих высказываний («freedom of commercial speech»), беспрепятственной реализации исключительного права на товарный знак и иные средства индивидуализации и соблюдения права граждан на частную жизнь: коммерсанты не сталкиваются с трудностями при рекламировании своих товаров и услуг, а граждане могут ограничить вмешательство в их частную жизнь путем отписки от рассылки. Противоположная

---

<sup>1</sup> См.: Азизов Р.Ф. Правовое регулирование отношений в сети Интернет в романо-германской правовой семье (на примере Германии) // Eurasian Advocacy. – 2016. – № 4. – С. 118.

<sup>2</sup> См.: Rhee G. Comparative analysis on spam laws from constitutional perspective: U.S. CAN-SPAM Act and South Korea PICNUIP – should South Korea switch back to opt-out? // Institute of law studies Pusan National University. – 2018. – N 4. – P. 152.

конструкция, напротив, является явным перекосом в сторону прав граждан-потребителей, притом что у добросовестных предпринимателей возникают значительные технические и материальные сложности при соблюдении установленного законом порядка рассылки рекламных сообщений.

Почему же большинство государств, включая Российскую Федерацию, обратились именно к модели «*opt-in advertising*», несмотря на названные выше недостатки?

Во-первых, механизм «*opt-out advertising*» дает недобросовестным рекламораспространителям «лазейку» в виде возможности рассылать вредоносные сообщения, которые формально соответствуют законодательно определенным критериям. Хотя, безусловно, и таким недобросовестным «игрокам» приходится следовать норме об обязательности указания ссылки на отписку от своего контента<sup>1</sup>, в действительности может даваться неработающая или фальшивая ссылка, которая к тому же может информировать отправителя об активности конкретного пользователя. В дальнейшем такой рекламораспространитель может рассылать спам-сообщения «откликнувшимся» на такие письма лицам с других адресов и даже из других юрисдикций<sup>2</sup>. Таким образом, позитивное действие принципа «*opt-out*» минимально, о чем свидетельствует статистика объема спам-сообщений в США.

Во-вторых, в случае применения подхода «*opt-in*» пользователю, обратившемуся в суд за защитой своих прав и законных интересов, необходимо доказать лишь факт получения рассылки от конкретного лица, а бремя доказывания наличия предварительного согласия несет отправитель. Данное положение находит отражение и в российском законодательстве, в частности в п. 1 ст. 18 Закона о рекламе установлено, что «...реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено». В правопорядках, использующих принцип «*opt-out*», истцу надлежит доказать не только факт получения спам-сообщений, но и фактическую невозможность отписаться от их получения, что, без сомнения, значительно сложнее.

---

<sup>1</sup> Что, к примеру, установлено в печально известном CAN-SPAM Act, принятом в 2003 г. в США.

<sup>2</sup> См.: *Kigerl A.C. Email spam origins: does the CAN-SPAM Act shift spam beyond United States jurisdiction? // Trends in organised crime.* – 2016. – N 21. – P. 65.

В-третьих, право подачи иска в системах, использующих концепцию «*opt-out advertising*», принадлежит далеко не всем субъектам. Так, к примеру, в США, согласно *Controlling the assault of non-solicited pornography and marketing act* («*CAN-SPAM Act*»), право на подачу иска есть у Федеральной торговой комиссии (ФТК) и в исключительных случаях у интернет-провайдеров. У пользователей, чьи права были нарушены, такой возможности нет, они могут лишь обратиться в ФТК в случае выявленного правонарушения. Таким образом, возможности правового реагирования у граждан значительно сужены. В модели «*opt-in advertising*» право на подачу иска в случае нарушения законодательства о рекламе есть у любых лиц, считающих свои интересы затронутыми.

Можно заключить, что в правопорядках, имплементировавших подход «*opt-in*», защита прав граждан в сфере законодательства о рекламе более эффективна и доступна.

Подводя итог, необходимо отметить, что смещение баланса между интересами предпринимателей, рекламирующих свои товары, услуги и реализующих свои права на средства индивидуализации, и правом граждан-потребителей на неприкосновенность частной жизни в сторону граждан-потребителей в рамках модели «*opt-in advertising*» оправданно, поскольку в мировой практике была доказана ее большая эффективность в борьбе со спамом в сравнении с моделью «*opt-out*».

**Красиков Д.В.**

**ПРОБЛЕМЫ ТРАНСГРАНИЧНОЙ РЕАЛИЗАЦИИ  
ПРИНЦИПА ТЕРРИТОРИАЛЬНОСТИ  
В ПРАВЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ  
В ЭПОХУ ИНТЕРНЕТА\***  
**(Обзор)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.013

**Аннотация.** В настоящее время – в эпоху беспрецедентного уровня развития информационных и коммуникационных технологий – реализация принципа территориальности, лежащего в основе традиционной концепции права интеллектуальной собственности, сопряжена с рядом проблем. Настоящая статья посвящена обзору ряда зарубежных исследований по отдельным проблемам реализации принципа территориальности в современном праве интеллектуальной собственности.

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность; принцип территориальности; международное сотрудничество; гармонизация.

**Krasikov D.V. Problems of cross-border implementation of the territoriality principle in intellectual property law in the era of Internet. (Review)**

**Abstract.** At present, in an era of unprecedented level of development of information and communication technologies, the implementation of the principle of territoriality, which is the basis of the traditional concept of intellectual property law, is associated with a number of problems. This article

---

\* Работа выполнена при поддержке гранта РФФИ № 20-011-00806 «Теоретико-практическая модель утверждения территориального суверенитета и делимитации юрисдикций государств в киберпространстве».

*is devoted to a review of a number of foreign studies on certain problems of the implementation of the principle of territoriality in modern intellectual property law.*

**Keywords:** *intellectual property; principle of territoriality; international cooperation; harmonization.*

Территориальность, лежащая в основе традиционной концепции интеллектуальной собственности, порождает ряд проблем, связанных с приобретением и защитой прав в этой области. Реализация интересов участников общественных отношений в сфере интеллектуальной собственности сопряжена с необходимостью задействовать значительные (зачастую недоступные для многих заинтересованных лиц) ресурсы и преодолевать нередко существующие недостатки эффективности механизмов регистрации и судебной защиты соответствующих прав в различных государствах [1, р. 229–232]. При этом потребность в эффективной трансграничной защите интересов в сфере интеллектуальной собственности возрастает с развитием информационно-коммуникационных технологий, способствующих трансграничному расширению круга этих отношений.

Александра Джордж – доцент юридического факультета Университета Нового Южного Уэльса (Австралия) – выявляет и исследует современные глобальные тенденции в сфере защиты и осуществления прав интеллектуальной собственности, связанные с международным сотрудничеством государств и с межгосударственными усилиями по гармонизации национального законодательства: автор изучает действующие международные соглашения и механизмы и приходит к заключению о том, что они имеют слабое практическое значение для решения возникающих в этой сфере проблем [1, р. 233–257], в то время как инструменты и процессы гармонизации (горизонтальной и вертикальной) внутригосударственного законодательства, судебных механизмов и административных процедур являются достаточно действенными [1, р. 257–272]. Основной вывод исследования А. Джордж состоит в том, что в то время как положения международного публичного права заложили основы и продолжают формировать юридические условия приобретения интеллектуальных прав в трансграничном контексте, развитие института защиты этих прав в будущем также требует принятия мер административного характера и вовлечения аспектов международного частного права [1, р. 228–229].

Развитие средств виртуальной коммуникации и распространения и обмена информацией обуславливает рост потенциала нарушений прав интеллектуальной собственности во многих юрисдикциях. Закономерно в связи с этим, что территориально рассредоточенный характер деятельности, нарушающей авторские права, и ее трансграничные последствия в качестве ответной реакции порождают стремление правообладателей максимально расширить территориальный охват средств правовой защиты, искомой в случае таких нарушений: как правило, возможности защиты прав носителей соответствующих интересов в сфере интеллектуальной собственности ограничены территориальным охватом доступных им судебных исков (поскольку они либо не обладают правами во всех юрисдикциях, в которых были нарушены их интересы, либо по разным причинам решают не искать защиты в некоторых из них). Вместе с тем территориальный объем заявляемых требований и территориальный объем искомой правовой защиты не всегда совпадают, что снижает правовую определенность для участников отношений в сфере интеллектуальной собственности [5, р. 503–504]. Примером возникающих в связи с этим проблем служит конкуренция позиций судов Канады и США по спору с участием компаний *Equustek Solutions Inc.* и *Google Inc.*: в 2014 г. в результате разбирательства по делу *Equustek Solutions Inc. vs Jack* в Верховном суде канадской провинции Британская Колумбия третьей стороне – компании *Google Inc.* – было адресовано судебное предписание о прекращении индексирования и размещения ссылок во всех ее поисковых системах в Интернете (а не только в канадском домене .ca) на веб-сайты ответчика<sup>1</sup>; данное предписание было впоследствии поддержано соответствующим апелляционным судом<sup>2</sup> и Верховным судом Канады<sup>3</sup>; в 2017 г. данное предписание было признано неисполнимым в США Окружным

---

<sup>1</sup> См.: *Equustek Solutions Inc. vs Jack. Supreme Court of British Columbia. Case No. S112421. Order of 13 June 2014. URL: <https://www.bccourts.ca/jdb-txt/SC/14/10/2014BCSC1063.htm>* (дата обращения: 01.08.2020).

<sup>2</sup> См.: *Equustek Solutions Inc., Robert Angus and Clarma Enterprises Inc. vs Morgan Jack, Datalink Technologies Gateways Inc. and Datalink Technologies Gateways LLC. Court of Appeal for British Columbia. Case No. CA41923. Judgement of 11 June 2015. URL: <https://www.bccourts.ca/jdb-txt/CA/15/02/2015BCCA0265.htm>* (дата обращения: 01.08.2020).

<sup>3</sup> См.: *Google Inc. vs Equustek Solutions Inc. Supreme Court of Canada. Case No. 36602. Judgement of 28 June 2017. URL: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2017/2017scc34/2017scc34.html>* (дата обращения: 01.08.2020).

судом США для Северного округа штата Калифорния<sup>1</sup>; в 2018 г. Верховный суд Британской Колумбии отказался принимать во внимание решение американского суда и изменять свою позицию<sup>2</sup>.

Изучая проблему «территориального несоответствия» (*territorial discrepancy*) между исками о нарушении прав интеллектуальной собственности и соответствующими средствами правовой защиты, Маркета Тримбл – профессор Юридической школы Уильяма С. Бойда Университета штата Невада в Лас-Вегасе (США) – рассматривает различные виды средств защиты, имеющих экстрапротерриториальный эффект трансграничного характера (судебные запреты на вывод активов за рубеж; предписания судов о прекращении или совершении определенных действий за пределами юрисдикции соответствующего суда; присуждение судами выплат в размере прибыли, полученной за рубежом; судебные запреты и предписания относительно действий в Интернете без каких-либо территориальных ограничений; *de facto* внепротерриториальные меры, такие как возложение обязанности принесения публичных извинений или опубликования результатов судебного разбирательства; средства защиты, экстрапротерриториальные по отношению к применимому зарубежному праву), и выявляет основные возникающие в связи с этим проблемы – экспортование прав интеллектуальной собственности (и корреспондирующих обязанностей) в государства, на которые экстрапротерриториальные средства защиты распространяют свой эффект, без учета особенностей их правовой системы; «наслаждение» средств защиты, параллельно используемых в различных юрисдикциях; трансграничные проблемы репутационного характера для адресатов судебных предписаний; сложности с приведением в исполнение предписанных мер [5, р. 525–543]. При этом в настоящее время проблемы рассматриваемого территориального несоответствия не находят своего решения ни во внутригосударственном законодательстве, ни в международных соглашениях.

---

<sup>1</sup> См.: Google LLC vs Equustek Solutions Inc., et al. United States District Court, N.D. California, San Jose Division. Case No. 5:17-cv-04207-EJD. Order of 2 November 2017. URL: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2018/01/GOOGL-LLC-v.-EQUUSTEK-SOLUTIONS-INC.-Dist.pdf> (дата обращения: 01.08.2020).

<sup>2</sup> См.: Equustek Solutions Inc. vs Jack. Supreme Court of British Columbia. Case No. S112421. Judgement of 16 April 2018. URL: <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2018/2018bcsc610/2018bcsc610.html?resultIndex=5> (дата обращения: 01.08.2020).

Автор анализирует три основных подхода к их преодолению, состоящие в адаптации пределов используемых средств правовой защиты к пределам лежащих в их основе исковых требований, в приведении объема заявляемых требований в соответствие с объемом искомых средств правовой защиты и в решении проблемы несоответствия в каждом отдельном случае с учетом конкретных обстоятельств дела и в зависимости от того, какие конкретные средства правовой защиты испрашивается истцом, и приходит к выводу о том, что лишь последний подход является действенным и эффективным: при содействии национального законодателя (например, в определении пределов действия средств правовой защиты в Интернете, в том числе, с применением геолокационных и геоблокирующих технологий) и международного права суды, используя индивидуализированный подход, должны искать сбалансированные решения и проявлять необходимую чувствительность к проблемам, которые могут быть порождены территориальным несоответствием между исками о нарушении прав интеллектуальной собственности и соответствующими средствами правовой защиты [5, р. 548–551].

Относительно сохранения значения и роли принципа территориальности для права интеллектуальной собственности в науке высказываются разные мнения.

Изучая взаимосвязи средств защиты, правоприменения и территориальности в сфере авторских прав в контексте практики применения технологий геоблокировки и блокировки интернет-сайтов в Европейском союзе, доцент Юридической школы Тринити-колледжа в Дублине (Ирландия) Джузеппе Маззиотти утверждает, что территориальная природа авторских прав, вопреки распространенному убеждению, не является главным препятствием на пути формирования трансграничных рынков (потенциал которых в настоящее время реализован очень ограниченно) и предоставления контентных услуг (которые могут значительно снизить привлекательность каналов онлайн-пиратства); основные соответствующие препятствия состоят в коммерчески обусловленных решениях участников рынка, в культурном и языковом их разнообразии, а также в различиях правовых традиций и судебных механизмов государств [2, р. 534].

В науке также звучат тезисы о том, что борьба с получившими глобальное распространение нарушениями прав интеллектуальной собственности, которую сегодня вынуждены вести правообладатели, делает концепцию территориальности интеллек-

туальной собственности иллюзорной и вредоносной для международного сообщества участников отношений в этой сфере, и что для защиты своих интересов правообладатели должны иметь возможность либо принимать упреждающие меры, либо «консолидировать» свои частные права на глобальном уровне [3, р. 71]. По мнению Шона Морриса, научного сотрудника юридического факультета Хельсинкского университета (Финляндия), с учетом сложности и ресурсоемкости реализации стратегий упреждения в разных юрисдикциях, второй вариант является более эффективным средством. Однако для этого необходимо выработать новый подход к международному праву интеллектуальной собственности, который требует более согласованного и глобального режима, оснащенного большим количеством инструментов для борьбы с территориально рассредоточенной практикой нарушений в рассматриваемой сфере. Создание глобального режима права интеллектуальной собственности устранило бы соответствующие территориальные препятствия, порожденные законодательством различных государств (примерами попыток создания подобных режимов можно считать усилия по учреждению Транстихоокеанского партнерства и заключению Всеобъемлющего экономического и торгового соглашения между Европейским союзом и Канадой) (*ibid.*).

Вместе с тем инкорпорация обязательств в сфере интеллектуальной собственности в систему международного торгового права посредством инвестиционных соглашений и соответствующих положений соглашений о свободной торговле рассматривается многими учеными как потенциальная угроза принципу территориальности в международной системе интеллектуальной собственности. Их влияние двояко: во-первых, такие обязательства ограничивают возможность принятия государством собственных законов в сфере интеллектуальной собственности, необходимых для достижения определенных социальных целей (хотя международные соглашения могут содержать и положения, оставляющие определенную степень свободы усмотрения на этот счет); во-вторых, соответствующие международные нормы позволяют корпорациям оспаривать меры, принимаемые государствами для достижения тех или иных социальных целей, в рамках процедур урегулирования инвестиционных споров (что оказывает сдерживающее влияние на регулятивную политику государства) [4, р. 318–320].

Эммануэль Оук – лектор Эдинбургской Юридической школы Эдинбургского университета (Соединенное Королевство), –

исследуя влияние тенденции инвестиционно-ориентированного преобразования регулирования интеллектуальной собственности и системы разрешения инвестиционных споров на принцип территориальности, позитивно оценивает перспективы сохранения его значения в контексте практики международных инвестиционных трибуналов [4, р. 347]. На примере анализа арбитражных решений по делам *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. vs Oriental Republic of Uruguay*<sup>1</sup> и *Eli Lilly and Company vs The Government of Canada*<sup>2</sup> автор показывает, что применение арбитрами широкого подхода к толкованию положений об экспроприации, содержащихся в международных инвестиционных соглашениях, позволяет сохранить регулятивную автономию государств в сфере интеллектуальной собственности, предотвращая при этом злоупотребление созданной для защиты инвесторов системой [4, р. 348].

### Список литературы

1. *George A.* Transcending territoriality: International cooperation and harmonization in intellectual property enforcement and dispute resolution // *Tsinghua China law review*. – 2018. – Vol. 10, N 2. – P. 225–273.
2. *Mazzitelli G.* Remedies, enforcement and territoriality // *Columbia journal of law & the arts*. – 2018. – Vol. 41, N 3. – P. 533–538.
3. *Morris S.P.* From territorial to universal – the extraterritoriality of trademark law and the privatizing of international law // *Cardozo arts & entertainment law journal*. – 2019. – Vol. 37, N 1. – P. 33–85.
4. *Oke E.K.* Territoriality in intellectual property law: Examining the tension between securing societal goals and treating intellectual property as an investment asset // *SCRIPTed – A journal of law, technology & society*. – 2018. – Vol. 15, N 2. – P. 313–348.
5. *Trimble M.* The territorial discrepancy between intellectual property rights infringement claims and remedies // *Lewis & Clark law review*. – 2019. – Vol. 23, N 2. – P. 501–552.

---

<sup>1</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. vs Oriental Republic of Uruguay* (ICSID Case No. ARB/10/7), Award of 8 July 2016. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf> (дата обращения: 01.08.2020).

<sup>2</sup> *Eli Lilly and Company vs The Government of Canada* (UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2) Final Award of 16 March 2017. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf> (дата обращения: 01.08.2020).

# Раздел 5

## ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ В ЭКОНОМИЧЕСКОЙ И КУЛЬТУРНОЙ СФЕРАХ

Рахматулина Р.Ш.

### ВЛИЯНИЕ ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА НА БЛАГОПОЛУЧИЕ НАШЕЙ ЖИЗНИ (Статья)

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.014

***Аннотация.** В статье автор рассматривает правовую природу нетипичных объектов авторского права: аромат духов, оригинальное расположение блюда на тарелке, макияж, вкус и т.д.*

**Ключевые слова:** объекты авторского права; оригинальность; эстетический эффект; нетипичные объекты авторского права; объекты дизайна.

***Rahmatulina R.Sh. The impact of copyright objects on the well-being of our lives. (Article)***

***Abstract.*** In the article, the author considers the legal nature of atypical copyright objects: perfume aroma, original dish arrangement on the plate, makeup, taste.

***Keywords:*** copyright objects; originality; aesthetic effect; atypical copyright objects; design objects.

В настоящее время меняется окружающий нас мир. Изменилось и качество жизни. Объекты авторского права, прежде всего, как объекты культуры и эстетики, оказывают духовное воздействие на людей. Общество стало благополучнее, все больше вокруг появляется стимулов для творческой реализации личности. Так,

для привлечения внимания и получения быстрого результата в бизнесе, рекламе, культуре и в других сферах используются различные объекты творческой деятельности человека. Благодаря технологиям творческие объекты быстро распространяются в информационно-телекоммуникационной сети, их узнают, они становятся популярными. «Современный период развития общества – время глубокой интеграции всех сфер жизни человека, включая творчество, результаты которого нуждаются в правовой охране во многих государствах мира одновременно»<sup>1</sup>, – указывает О.В. Луткова. Современное право интеллектуальной собственности меняется, появляются новые нетипичные (нетрадиционные) объекты, которые влияют на наше восприятие.

Такими объектами, например, являются ароматы духов, татуировки, рецепты приготовления блюд, расположение продуктов на тарелке, макияж, объекты дизайна и фэшн-индустрии.

Не возникает сомнений, что авторское право защищает скульптуры, картины, рассказы, пьесы. Однако с иными объектами могут возникать сложности при определении как их охраноспособности, так и фигуры правообладателя. Важны ли для этого, например, эстетические особенности, привлекательность продукта для публики, вклад автора в производный объект?

Российская система объектов авторского права не так часто относит такие особенные объекты к объектам авторского права, так как для признания объекта охраняемым необходимы критерии объективной формы и творческого характера.

В американском праве в каждом отдельном случае есть ответы на эти вопросы. Суды рассматривают разные схемы и особенности объекта, его оригинальность и даже новизну.

В Европе не раз предметом спора становились ароматы духов, вкусы, макияж и поднимался вопрос их защиты авторским правом. Вставал также вопрос о степени творческого вклада, достаточного для того, чтобы определить создателя. В законах многих европейских стран дается неисчерпывающий перечень объектов авторского права, которые имеют признак оригинальности. В связи с этим интересным представляется дело об охране аромата духов, которое рассматривалось в Верховном суде Нидерландов. Суд постановил, что «запах духов может соответствовать этим требо-

---

<sup>1</sup> Луткова О.В. Трансграничные авторские отношения: материально-правовое и коллизионно-правовое регулирование: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2020. – 417 с.

ваниям, даже если он ощущается только через нос. Суд отлил запах духов от их рецепта или содержащей его жидкости, сравнив последнюю с бумагой книги, которая не является предметом авторского права, в то время как содержание книги является таким. Это различие подразумевает, что духи, которые содержат совершенно разные ингредиенты, но пахнут одинаково, могут нарушать авторские права, в то время как духи с аналогичной формулой, но другим запахом не будут»<sup>1</sup>.

Однако по другому делу компании *Lancome* французский апелляционный суд принял иное решение, указав, что аромат духов не может охраняться авторским правом, так как запах парфюма может быть воплощением ноу-хау.

В зарубежных странах охрану объектов авторского права связывают не только с объективной формой выражения, творческим характером труда, но и с оригинальностью. Порог оригинальности определяется через анализ, прежде всего, индивидуального творения автора. В спорах с ароматами духов суды исходили из признака оригинальности и восприятия аромата. При этом восприятие парфюма ощущается через запах. В современном мире, когда технологии достигли совершенства, любой запах, вкус может быть получен с помощью химического воздействия с использованием различных веществ. Тогда встает вопрос о творческой составляющей такого подбора. В парфюмерии создатели ароматов используют ольфакторную пирамиду, с помощью которой они разделяют ароматы по уровню их восприятия. По этой причине парфюмерные объекты могут быть похожими по запаху, и в этой связи возникает проблема охраны таких объектов (здесь можно привести аналогию с шахматными партиями, вопрос об охрано-способности которых является достаточно дискуссионным).

В этой связи правильно отмечает Камиль Кельман, что «одним из тревожных аспектов защиты парфюмерии является риск того, что она может привести к неоправданным монополиям. Большинство людей не имеют высокоразвитого обоняния и могут различать только ограниченную палитру запахов»<sup>2</sup>. Это, конечно, приведет к монополии и ограничению конкуренции, что опасно и

---

<sup>1</sup> См.: *Koelman K.* Copyright in the courts: Perfume as artistic expression? // WIPO magazine. – 2006. – N 5. URL: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2006/05/article\\_0001.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/05/article_0001.html) (дата обращения: 07.03.2020).

<sup>2</sup> Там же.

для других сфер, так как запахи имеют отношение не только к парфюмерной индустрии.

Еще один объект, который положительно влияет на жизнь и связан с нашим благополучием, – это еда. С едой связаны разнообразные судебные споры по поводу вкуса, рецептов, дизайна блюд, например, торта и т.д. Умение красиво преподнести блюдо на тарелке с использованием в качестве декораций разнообразных продуктов также является современным искусством. Кулинарные творения разнообразны – это и торты, и букеты из зефира, и авторские блюда и т.д. Отдельным творением является не только оформление блюда, но и его подача. В соответствии с нормами российского авторского права кулинарные рецепты не являются объектами авторского права, но если они изложены как литературные произведения, тогда они обладают правовой охраной.

В Суде ЕС было рассмотрено дело о распространении авторского права на вкус еды. В решении суда «отмечается, что вкус еды определяется на основании субъективных «ощущений и переживаний», которые меняются под действием разного рода факторов, включая возраст, предпочтения, ситуации и окружающей обстановки»<sup>1</sup>. Скорее всего данный фактор мог бы быть принят во внимание в рамках законодательства о защите конкуренции, как, например, это осуществляется при защите формы торта (производители пытаются защищать свои права и на некоторые элементы внешнего вида торта, которые, по нашему мнению, относятся к элементам дизайна).

В Германии в соответствии с Законом об авторском праве и смежных правах от 9 сентября 1965 г. красиво оформленная еда в ресторане может быть признана объектом декоративно-прикладного искусства и защищена авторским правом. Фотографировать и размещать фотографии такой еды в Интернете и средствах массовой информации запрещено без разрешения правообладателя-повара. Обратим здесь внимание на то, что «оригинальное расположение еды на блюде» во многих странах не охраняется. При этом остается спорным, будет ли являться объективной формой выражения идеи повара расположение оригинально сервированной еды на блюде. Нетипичность таких объектов, как еда на тарелке или макияж, заключается в их быстром исчезновении. Однако их

---

<sup>1</sup> Европейский Суд не признал вкус еды объектом авторского права // Аргументы и факты. – 2018. – 14 нояб. URL: <https://aif.ru/food/products/> evropeyskiy\_sud\_ne\_priznal\_vkus\_edy\_obektom\_avtorskogo\_prava

фотографирование поможет не только защитить права на них, но и повысить их популярность. Подсмотрев дизайн оформления блюд, макияж, элементы танца, их легко скопировать, поэтому фотография таких объектов позволяет закрепить авторское право за их создателем. Необходимо также отметить, что в Великобритании признак «быстрого исчезновения» макияжа на лице является причиной того, что этот объект не признан охраняемым.

В России и в других странах блюда авторской кухни, их дизайн, макияж становятся все более популярными. Необходим дополнительный критерий охраноспособности таких объектов. При этом следует рассматривать оригинальность объекта авторского права в целом, а никак не его отдельных частей. На оригинальность таких объектов будет влиять и эстетика блюд, которая также привлекает потребителей (интересно, что в США эстетический признак имеет значение для определения вида объекта авторского права).

Однако Европейский Суд в своем решением от 12 сентября 2019 г. (C-683/17) обратил внимание на то, что «эстетика сама по себе еще не означает авторское право»<sup>1</sup>; с одной стороны, необходимо, чтобы претендующий на охрану объект был идентифицирован, т.е. у него была форма, а с другой – форма должна представлять творческое содержание, отражать авторский стиль создателя.

В переводе с греческого «эстетический – способный чувствовать». Этот термин связан с чем-то возвышенным, духовным. Философы связывают это понятие со способом мышления и созерцания прекрасного»<sup>2</sup>. В Словаре русского языка С.И. Ожегова «эстетический – это художественный, относящийся к чувству прекрасного, к красоте»<sup>3</sup>.

Еще И. Кант рассматривал эстетику как науку, служащую основой для отнесения произведений к различным категориям прекрасного. Им выделено словесное искусство, изобразительное искусство, искусство игры ощущений. Философ А.Ф. Лосев определял эстетику через восприятие различных форм окружающего нас мира<sup>4</sup>. Великий физик А. Эйнштейн также писал о познании

<sup>1</sup> The EU decision of 12 September 2019 (C-683/17) drew attention to the fact that aesthetics in itself does not mean copyright. URL: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-09/cp190109en.pdf> (дата обращения: 01.08.2020).

<sup>2</sup> Лосев А.Ф., Шестаков В.П. История эстетических категорий. – М., 1965. – С. 374.

<sup>3</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М.: Русский язык, 1984. – С. 810.

<sup>4</sup> См.: Лосев А.Ф. Эстетика возрождения. – М.: Мысль, 1978. – С. 623.

окружающего мира через связь науки и искусства, а значит, и эстетики<sup>1</sup>.

Отмечая эстетический эффект, необходимо перейти к следующим популярным объектам, которые связаны с качеством нашей жизни, – к объектам дизайна. Эти объекты также можно назвать нетипичными в связи с ихвойной охраной.

Эстетический признак, бесспорно, проявляется в объектах дизайна в большей степени, он сопровождает признак оригинальности. Но предметом спора в авторском праве становится форма дизайнераского объекта, например форма кольца, ремня и т.д. Такие произведения должны быть художественными произведениями, а их функциональность, утилитарность (полезность), удобство не могут быть предметами спора в авторском праве.

Все художественные и дизайнерские признаки, например живописность (цветовая палитра, графика, изменчивость цвета и т.д.), влияют на определение формы и проводят различие между такими произведениями. Отсюда объекты дизайна считаются произведениями, если обладают особенностями эстетики и оригинальности.

По российскому законодательству такими признаками объекты авторского права не обладают, но судебная практика зарубежных стран часто предоставляет охрану объектам авторского права, в том числе объектам дизайна по таким признакам, т.е. в объектах дизайна художественные признаки должны быть отделены от функциональных. Художественный признак близок к эстетике, как в учении о формах прекрасного в творчестве. Эстетика влияет на ощущение красоты.

Таким образом можно сказать, что с быстрым распространением и популярностью объекта связаны и другие признаки, а именно: восприятие объекта, его красота и эстетический эффект как субъективное ощущение красоты. Все эти признаки и эффекты связаны с оригинальностью, признаком объектов авторского права, который используется в зарубежной практике.

Как отмечают многие зарубежные специалисты, необходимо классифицировать продукты на массовые и индивидуальные, оригинальные, и такое разграничение должно быть вполне разумным. Разумное разделение в художественных изделиях с точки зрения авторского права должно охраняться в красивой форме, а не в механической составляющей.

---

<sup>1</sup> См.: Эйнштейн А. Собр. науч. тр. – М.: Наука, 1967. – Т. 4. – С. 600.

Дихотомия охраны эстетического в авторском праве не может проявляться в красоте и полезности одновременно. Элемент эстетики применим к оригинальности в отношении объектов авторского права и связан с их восприятием.

В Европейском союзе объекты дизайна охраняются на всей территории Директивой о правовой охране дизайна ЕС № 98/71/ЕС от 13 октября 1998 г. (далее – Директива) и Регламентом ЕС о дизайнах Сообщества № 6/2002 от 12 декабря 2001 г. Согласно Директиве дизайн должен обладать признаками «новизны» и «оригинальности». Оригинальный характер основывается на общем впечатлении, которое вид дизайна производит на информированного потребителя (п. 13 Директивы).

В США объекты дизайна охраняются нормами Закона об авторском праве 1976 г., где сказано, что объект дизайна считается живописным, графическим или скульптурным произведением только в том случае и только в той мере, в какой такой дизайн включает в себя живописные, графические или скульптурные особенности, которые могут быть идентифицированы отдельно и способны существовать независимо от утилитарных аспектов этого изделия.

В России в 2007 г. был опубликован проект Закона о дизайне, автором которого был А.Ф. Донышин. В данном проекте дизайн – это художественно-проектное творчество, особый вид абстрактно-образного креативного мышления и деятельности, возникший в процессе накопления и освоения естественно-научных и гуманистических знаний, а также развития искусства (особенно визуального), техники и технологий<sup>1</sup>.

Соответственно, дизайн как объект авторского права может охраняться национальными законами, куда может быть включен признак оригинальности. Представляется, что в отношении объектов дизайна как произведений необходим только признак оригинальности (или признак новизны может с ним быть объединен). Другой подход заключен в разделении объектов дизайна как объектов авторского права и объектов патентного права (промышленный образец).

Современные тенденции в мире дизайна не только привлекают красотой и эффективностью продукции, но и влияют на повседневную жизнь человека. Разные технологии в мире дизайна

---

<sup>1</sup> См.: Донышин А.Ф. Закон о дизайне // Здравый смысл. – 2007. – № 4. URL: <http://razumru.ru/humanism/journal/45/donshin.htm> (дата обращения 25.06.2020).

предназначены для того, чтобы повысить уровень нашей жизни. Перечень товаров с цифровым дизайном становится безграничным и включает смартфоны, фотоаппараты, часы, наушники, холодильники, стиральные машины и т.д. И если мир современного цифрового дизайна для многих сейчас недоступен, то в ближайшем будущем многие крупные компании обещают сделать продукты и услуги более доступными и для людей разных возрастов, и для инвалидов. Дизайн объектов в виртуальной среде – это привлечение внимания потребителей, это решение определенной задачи. Действующее правовое регулирование объектов дизайна не всегда обеспечивает надежный уровень охраны. Необходимо разделять объекты промышленного дизайна и объекты авторского права.

Обобщая вышесказанное, отметим, что такой дополнительный критерий охраноспособности объектов авторского права, как оригинальность, раскрывается через различные признаки и охраняется не оригинальная идея, а оригинальное выражение идеи в определенной форме.

**Пшенова А.В., Леонард Ф.Б.**

**СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ИНСТИТУТА  
ПРАВА ДОСТУПА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.015

**Аннотация.** В статье выделяются и рассматриваются проблемные аспекты такого неизученного в юридической литературе института, как право доступа. Авторами предлагаются пути решения выявленных проблем на основе зарубежного опыта и формулируется новый вариант редакции ст. 1292 ГК РФ, который поможет облегчить применение данного института на практике.

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность; авторское право; произведения искусства; право доступа; иные права.

**Pshenova A.V., Leonard P.B. Current state of the right of access in Russian Federation. (Article)**

**Abstract.** The article highlights and examines the problematic aspects of the right of access. The authors propose ways to solve these problems based on foreign experience and set forth a new edition of Article 1292 of the Civil Code of Russian Federation, which, as believed, will help to facilitate the application of this right in practice.

**Keywords:** intellectual property; copyright; works of art; right of access; other rights.

Деление прав на результаты интеллектуальной деятельности на исключительные, личные неимущественные и «иные» традиционно. Наименее изученным является такое право из категории

«иных», как право доступа. Научные разработки ограничены лишь статьей Н.С. Солоповой<sup>1</sup> и диссертацией Д.И. Подноскова<sup>2</sup>. Не является ли такое «невнимание» к данному институту признаком того, что рассматриваемое право со временем утратило свое первоначальное значение? Постараемся найти ответы на эти вопросы.

Право доступа исторически выделилось из права на воспроизведение, его изначальной целью было дать возможность ученикам и заказчикам оценить мастерство художника<sup>3</sup>. Сегодня оно регулируется одной статьей ч. 4 ГК РФ (ст. 1292), которая, во-первых, дает автору произведения изобразительного искусства право требовать от собственника оригинала произведения предоставления возможности осуществлять право на его воспроизведение, запрещая при этом автору требовать от собственника его доставки. Во-вторых, статья дает право автору произведения архитектуры требовать от собственника оригинала произведения предоставления возможности осуществлять фото- и видеосъемку произведения, если договором не предусмотрено иное. Анализируя эти положения, можно сделать несколько важных выводов.

Во-первых, в российском праве ограничен круг **объектов** права доступа: произведения изобразительного искусства и архитектуры. В немецком праве также существует норма о праве доступа (Zugangsrecht). Она закреплена в параграфе 25 Закона Германии об авторском праве<sup>4</sup>. В статье закона не указывается определенный объект и не ограничивается, как следствие, круг субъектов права. В свою очередь, американский законодатель Законом об авторском праве в цифровую эпоху (§ 1201) наделяет автора правом доступа к произведению – программе для ЭВМ<sup>5</sup>. Предполагается, что автор имеет право доступа к материальному

---

<sup>1</sup> См.: Солопова Н.С. Проблемы реализации права доступа к произведению в контексте нематериальности объектов авторского права: философско-социологический аспект // Бизнес, менеджмент и право. – 2017. – № 1/2. – С. 27–33.

<sup>2</sup> См.: Подносков Д.В. Право следования и право доступа в российском авторском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Рос. гос. ин-т интеллектуал. собственности Роспатента. – М., 2006. – С. 165.

<sup>3</sup> См.: Право интеллектуальной собственности: учебник для вузов / Новоселова Л.А. и др.; под ред. Л.А. Новоселовой. – М.: Юрайт, 2019. – С. 70.

<sup>4</sup> См.: Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. November 2018 (BGBl. I S. 2014) geändert worden ist. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/index.htmpp> (дата обращения: 15.05.2020).

<sup>5</sup> См.: Digital Millennium Copyright Act // 17 U.S. C. §§ 1201–1205 (2003).

носителю произведения, посредством которого осуществляется ознакомление с произведением. Вопрос о рациональности права доступа на программу для ЭВМ является дискуссионным и заслуживает отдельного исследования.

Особую роль для права доступа может также играть и рукопись произведения. Ценность рукописей как для авторов, так и для заказчиков отмечал еще Г.Ф. Шершеневич<sup>1</sup>. Значение рукописей может заключаться в пометках или записях на полях, которые могут дополнить смысл произведения или каким-либо другим образом повысить его стоимость. Также необоснованным представляется исключение объектов декоративно-прикладного и сценографического искусства. Как декоративно-прикладное искусство (мозаика, валяние, топиар), так и сценографическое искусство представляют собой процесс создания изделия, которое может быть воплощено в материальном носителе. Оригинал такого произведения по своей правовой природе не имеет отличий от оригинала произведения изобразительного искусства. Автору такого произведения также может понадобиться получить доступ к такому произведению.

Сегодня господствует точка зрения, что целью введения права доступа являлось желание законодателя дать авторам произведений изобразительного искусства или архитектуры возможность снова воочию взглянуть на свое творение, чтобы его воспропизвести<sup>2</sup>.

Видится, что цель доступа к оригиналу актуальна только для принципиально неповторимых произведений, существующих в единственном экземпляре. Мы считаем, что к таковым для целей настоящей статьи можно отнести не только произведения изобразительного искусства, но и рукопись литературного произведения, произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства – т.е. все то, что физически можно передать другому лицу.

Во-вторых, закон ограничивает перечень **обязанных субъектов**: «представлять возможности осуществлять право на воспроизведение своего произведения» должны только собственники произведения. В этом аспекте позволим себе согласиться с авто-

---

<sup>1</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения / сост. В.А. Белов. – М.: Юрайт, 2019. – С. 274.

<sup>2</sup> См.: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: поглавный / под ред. А.Л. Маковского. – М.: Статут, 2008. – СПС «КонсультантПлюс».

рами, указывающими на то, что такая формулировка необоснованно оставляет «за бортом» владельцев<sup>1</sup>. Представим ситуацию, когда собственник картины временно отдал ее своим родственникам на хранение, а сам уехал на неопределенный срок. Исходя из сегодняшней формулировки закона, автор не имеет легальной возможности требовать от них предоставления права доступа, хотя логическое объяснение этому найти трудно.

В-третьих, формулировка содержания права доступа как «**возможности осуществлять право на воспроизведение**» представляется нам проблемной. Согласно пп. 2. п. 1 ст. 1270 ГК РФ воспроизведение произведения – составляющая исключительного права, которая остается за автором, но может быть отчуждена по договору, на что указывает ч. 1 ст. 1291 ГК РФ. Представим себе ситуацию: художник продал картину, одновременно передав свои исключительные права на нее. Лишить его возможности получить доступ к произведению в случае необходимости (сфотографировать для каталога, например) было бы несправедливо, тем более что цель института исторически состояла в возможности вдохновиться, продемонстрировать его ученикам или потенциальным заказчикам<sup>2</sup>.

Употребляя словосочетание «право доступа» в скобках после слов «право на воспроизведение», законодатель ставит между этими отнюдь не синонимичными понятиями знак равенства. Представляется, что воспроизведение – скорее одна из возможных целей доступа (что подтверждает историческое происхождение этого права), но не его содержание, которое корректнее описывать как право требовать физического доступа. В противном случае ссылка на невозможность требовать доставки потеряла бы смысл. Соответствует такой трактовке и ч. 2 рассматриваемой статьи, которая предоставляет автору произведения архитектуры право осуществлять фото- и видеосъемку объекта, в котором был реализован его проект. Отметим, что это невозможно без предоставления физического доступа.

---

<sup>1</sup> См.: Зимин В.А. Право следования и право доступа по российскому законодательству о правовой охране интеллектуальной собственности // Политика, государство и право. – М., 2012. – № 5. URL: <http://politika.sci.ru/2012/05/342> (дата обращения: 01.04.2020).

<sup>2</sup> См.: Право интеллектуальной собственности: учебник для акад. бакалавриата / Новоселова Л.А. и др.; под ред. Л.А. Новоселовой. – М.: Юрайт, 2019. – С. 70.

Существенной спецификой обладает швейцарское законодательство. Оно выделяет два отдельных, но тесно связанных между собой права: право автора на доступ и на выставку (*Droit de l'auteur d'accéder à l'œuvre et de l'exposer*)<sup>1</sup>. Суть первого швейцарский законодатель определяет как право автора требовать от собственника или владельца копии произведения, но лишь при соблюдении следующих условий: это важно для осуществления его авторского права и не противоречит законному интересу владельца. Также швейцарский закон обязывает автора сохранять произведение в изначальном виде. Видится целесообразным заимствование опыта Швейцарии в части закрепления условий осуществления права доступа.

Технологии не стоят на месте, и физический доступ в его традиционном понимании не всегда может быть удобен. Альтернативой ему может служить предоставление копии произведения. К примеру, автор картины хочет включить ее фото в каталог или журнал, и приходить к владельцу оригинала не имеет смысла.

В связи с изготовлением копии произведения возникает много вопросов, например, за чей счет она должна изготавливаться. Видится, что это должно стать финансовым бременем автора, поскольку иное противоречило бы здравому смыслу.

Также возникает вопрос о том, кому принадлежит право выбора того или иного способа ознакомления с произведением? Представляется, что автор произведения и владелец оригинала произведения должны совместно решать этот вопрос по взаимному согласию и в зависимости от конкретных обстоятельств дела. Иначе возможны ситуации, что владелец, не имея технической возможности сделать качественное фото, тем не менее готов физически предоставить автору доступ к произведению, тогда как автор требует фото. Данная проблема находится в плоскости фактов, а не права.

Может ли на владельца оригинала произведения или единственной копии быть возложена гражданско-правовая ответственность в случае отказа предоставления доступа в какой бы то ни было форме? Видится, что с владельцем могут быть взысканы убытки: как реальный ущерб, так и упущенная выгода. Так, например, в размере суммы, потраченной автором за размещение своей картины в каталоге, где он так и не смог опубликовать работу

---

<sup>1</sup> См.: *Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins* (état le 1 er avril 2020). URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/563985> (дата обращения: 15.05.2020).

из-за отказа в предоставлении фотографии. Также, например, в размере стоимости картины, которую автор не реализовал, поскольку не смог предоставить заказчикам возможность ознакомиться с примерами его работ.

Возникает множество вопросов, связанных со сроками предоставления доступа или изготовления фотографии, с качеством фотографии. Однако такие детали, как представляется, невозмож но урегулировать в законе, а потому логично, что в данной ситуации особую роль будут играть принципы гражданского права, в частности, добросовестности и разумности.

Подводя итоги всему, сказанному выше, представляется, что при формализации содержания права доступа необходимо отказаться от формулировки, пересекающейся с элементами исключительного права, ограничения круга объектов и необоснованного сужения круга обязанных лиц. В связи с этим предлагаем следующую редакцию ст. 1292 ГК РФ:

### *Статья 1292. Право доступа*

*1. Автор произведения изобразительного искусства, рукописи литературного произведения, произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства вправе требовать от собственника, владельца оригинала произведения или единственного экземпляра произведения предоставления возможности доступа к материальному носителю произведения или предоставления копии произведения. При этом от собственника или владельца оригинала произведения нельзя требовать доставки произведения автору.*

*2. Выбор способа осуществления права доступа производится по взаимному согласию сторон.*

*3. Автор произведений, указанных в п. 1 настоящей статьи, вправе требовать от собственника, владельца оригинала произведения возможности осуществления права доступа только при соблюдении следующих условий:*

*а) осуществление права доступа необходимо для осуществления авторских прав;*

*б) осуществление права доступа не противоречит законному интересу собственника, владельца оригинала произведения.*

*4. Автор произведения архитектуры вправе требовать от собственника или владельца оригинала произведения предоставления возможности осуществлять фото- и видеосъемку произведения, если договором не предусмотрено иное.*

**Сапрыкин М.И.**  
**КОМУ ВЫГОДНА МОНОПОЛИЯ РАО?**  
**(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.016

**Аннотация.** В статье рассматривается практика применения законодательства Российской Федерации в области охраны интеллектуальной собственности и ее проблемы на примере деятельности Российского авторского общества. Раскрывается содержание основных направлений деятельности организаций в сфере коллективного управления авторскими и смежными правами.

**Ключевые слова:** Российское авторское общество; интеллектуальная собственность; авторские и смежные права.

***Saprykin M.I. Who benefits the monopoly of the Russian Authors' Society? (Article)***

**Abstract.** The article reviews the practice of applying the legislation of the Russian Federation in the field of intellectual property protection and its issues on the example of the activities of the Russian Authors' Society. The content of the main activities of organizations in the field of collective management of copyright and related rights is disclosed.

**Keywords:** Russian Authors' Society; intellectual property; copyright and related rights.

Коллективное управление, как способ реализации исключительных авторских и смежных прав, занимает уникальную позицию в системе механизмов регулирования гражданских правоотношений. Несмотря на то что институт интеллектуальной собственности,

в его современном понимании, образовался относительно недавно, проблема защиты авторских прав существует уже много столетий. До середины XIX в. защита прав авторов в России имела номинальный характер. Основной причиной, побудившей российских драматургов того времени организовать первое авторское общество, послужило отсутствие законодательного запрета на свободное использование чужих произведений в публичных местах. Почти каждый владелец театра имел право поставить пьесу и не платить авторское вознаграждение писателю. Такая несправедливость вызвала негодование среди драматургов, и в 1874 г. было создано Общество русских драматических писателей. Эту организацию можно назвать первым в России авторско-правовым обществом. Ее устав закреплял возможность распоряжения правами авторов только за членами общества, а основной целью организации стала охрана права на публичное исполнение произведений<sup>1</sup>. Впоследствии в Общество стали входить композиторы, авторы опер и другие деятели искусства. Они передавали свои права на исполнение произведений организации, которая осуществляла управление ими, а также реализовывала их третьим лицам за вознаграждение. При этом сумма вознаграждения нигде не фиксировалась.

С течением времени Общество не раз трансформировалось в новые организации, названия которых менялись, но цели и задачи по защите интересов авторов оставались прежними. В 1930-е годы правительство СССР установило твердые ставки авторских вознаграждений за публичное исполнение произведений. В 1973 г. СССР, внеся необходимые изменения в законодательство страны, присоединился к Женевской конвенции об авторском праве. Все-союзное агентство по авторским правам (ВААП), действующее на тот момент, объединило все сферы авторского права, став авторитетной авторско-правовой организацией – членом Международной конфедерации обществ авторов и композиторов (СИЗАК) – международной неправительственной организацией, объединяющей большинство зарубежных организаций по управлению правами на коллективной основе. 12 августа 1993 г. в России было учреждено Российское авторское общество (РАО), которое осуществляет коллективное управление в сфере интеллектуальной собственности и по сей день.

---

<sup>1</sup> См.: Плиева С.В. Исторические этапы развития авторского права в России // Бизнес в законе. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/istoricheskie-etyapy-razvitiya-avtorskogo-prava-v-rossii/viewer> (дата обращения: 18.08.2020).

За свою почти 30-летнюю историю РАО обзавелось неоднозначной репутацией. Связано это, в первую очередь, с отсутствием реальных конкурентов в России. В 2008 г. РАО вместе с ВОИС прошли аккредитацию Министерства культуры, по результатам которой организации получили право заключать лицензионные договоры и собирать вознаграждения на бездоговорной основе. Это значит, что с любого публичного воспроизведения авторского контента РАО сможет получить вознаграждение, даже если сам автор не заключал договор с организацией о передаче прав на управление. В то же время, чтобы заключить договор с другим обществом на управление авторскими правами на более выгодных условиях, правообладателю придется письменно отказаться от услуг РАО, что само по себе является несколько абсурдным.

Такая система сделала РАО монополистом в своей области. Альтернативные организации в России, конечно, существуют. Среди них есть те, которые предлагают действительно удобные, с точки зрения управления правами, технологии. По образцу американской корпорации «Pro Music Rights» российская компания «Бубука» разработала приложение, с помощью которого любой желающий может оформить месячную подписку на использование музыкальных произведений в своем заведении. Тарифы значительно ниже установленных РАО, а ротацию треков можно отслеживать в режиме реального времени. Тем не менее компания пока обслуживает лишь малую долю рынка, ведь перечисленные привилегии РАО все равно не позволяют другим организациям составить им реальную конкуренцию. Как правило, правообладателю не хочется заниматься юридической рутиной и поиском более выгодных предложений. Гораздо проще ничего не предпринимать и получать хоть какую-то сумму за использование своих произведений.

Проблемой монополизации рынка РАО больше всего обеспокоены именно коммерческие потребители авторского контента: рестораны, бары, парки, торговые центры, телеканалы и др. Именно они являются плательщиками за использование чужих произведений, а тарифы, которые использует РАО, стали провоцировать множественные судебные процессы.

Например, в 2009 г. Кировский суд г. Ростова-на-Дону вынес решение в пользу РАО о компенсации на сумму 450 тыс. руб. за каждый случай бездоговорного использования произведений группы Deep Purple самой же группой на своем же собственном

концерте<sup>1</sup>. Аналогичный случай возник в ноябре того же года после концерта певицы Beyonce, когда РАО потребовало от организаторов концерта певицы выплатить 5% выручки от продажи билетов. Согласно мнениям экспертов, общий объем выручки от концерта составил примерно 50 млн руб., соответственно, организаторы обязаны были выплатить 2,5 млн<sup>2</sup>. Но особый резонанс вызвал случай, когда РАО потребовало выплатить отчисления авторам военных песен, которые исполнял хор ветеранов «Смуглёнка» в парке на мероприятии в честь Дня Победы. Однако в последнем случае РАО не стало доводить дело до судебного разбирательства, ограничившись простым предупреждением<sup>3</sup>.

Что касается исков к певцам, исполняющим свои собственные песни, то юридически они вполне обоснованы. РАО является российским аналогом Американского ASCAP, которое также выплачивает своим членам авторские вознаграждения за публичное исполнение их песен. Интересы ASCAP на территории России официально представляет РАО, которое, таким образом, собирает отчисления в пользу иностранных авторов за исполнение их песен в России и передает их ASCAP, удерживая комиссию в свою пользу. Это является узаконенным средством получения дохода для РАО, и оно, естественно, этим средством активно пользуется.

Немаловажным при оценке эффективности работы РАО является тот факт, что размеры сборов, осуществляемых данной организацией, значительно превышают количество и размер выплат правообладателям, несмотря на то что, по условиям договора, РАО может удерживать не более 45% с полученных средств (в случае, если правообладатель вступает в договор как физическое лицо), а средняя ставка не превышает, как правило, 15%. В первую очередь от этого страдают сами правообладатели. Например, Андрей Агапов, известный российский промоутер, в одном из своих интервью указывает на то, что он в течение пяти лет организовывал в Москве выступления Славы Полунина. Он утверждает, что

---

<sup>1</sup> См.: *Лобков Д.* В деле об авторских вознаграждениях Deep Purple поставлена точка? // Prevo.ru. – 2009. – 20 окт. URL: <https://pravo.ru/news/view/18908/> (дата обращения: 18.08.2020).

<sup>2</sup> См.: *Белавин П.* Бейонсе предъявили авторские права // Коммерсантъ. – 2010. – 17 февр. – С. 12. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/1323791> (дата обращения: 18.08.2020).

<sup>3</sup> См.: *Зюзяев А.* Ветераны, заплатите за «Смуглёнку»! // Комсомольская правда. – 2010. – 7 мая. URL: <https://www.kp.ru/daily/24485/641894/> (дата обращения: 18.08.2020).

стабильно выплачивал авторские гонорары через РАО. За пять лет размер выплат составил порядка 5 млн руб., однако Полунин эти деньги так и не получил<sup>1</sup>.

Безусловно, использование таких методов «защиты» возникает во многом из-за существенных пробелов в законодательстве в сфере регулирования данных правоотношений. Российское авторское общество, в свою очередь, активно пользуется этими пробелами, преследуя личную выгоду. Получается, что вместо того чтобы выполнять свои изначальные функции, РАО занимается вопросом личных интересов. Это и стало причиной, по которой многие артисты нелестно отзываются об этой организации.

В итоге становится очевидным, что в Российской Федерации механизмы защиты авторских прав несовершены. Зачастую приходится руководствоваться не законом, а действующей практикой. Из-за этого возникает много проблем и споров среди правообладателей и потребителей. Чтобы их решить, достаточно руководствоваться законом и внутренними правилами организации. РАО является некоммерческим юридическим лицом, а значит, его целью не может быть извлечение прибыли. Однако на практике становится очевидным обратное.

Монополия РАО не позволяет развиваться рынку в области предоставления услуг по коллективному управлению авторскими правами, но его и не обязательно развивать. РАО поддерживается государством, а значит, у него есть все возможности для предоставления тех условий и того уровня услуг, которые сейчас могут предложить так называемые «конкуренты».

Хочется верить, что в скором времени Общество пересмотрит свою политику в отношении управления авторскими правами и сможет убрать те барьеры, которые сегодня стоят перед правообладателями и потребителями авторского контента.

---

<sup>1</sup> См.: Барабанов Б. Песня с процентом // Коммерсантъ Власть. – 2009. – 14 сент., № 36. – С. 50. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/123173> (дата обращения: 18.08.2020).

**Карелова А.Д.**

**Реферат статьи: ФАМ Х. ВСТУПИМСЯ ЗА ВЫСТУПЛЕНИЯ  
СТЕНДАП-КОМИКОВ: ВОРОВСТВО КОМЕДИЙНОГО  
МАТЕРИАЛА, ДЕЙСТВЕННОСТЬ АВТОРСКОГО ПРАВА  
И СОЦИАЛЬНЫХ НОРМ В ЭПОХУ СОЦИАЛЬНЫХ СЕТЕЙ**

*Karelova A.D. Synopsis of an article: Pham H. Standing up for stand-up comedy: joke theft and the relevance of copyright law and social norms in the social media age // Fordham intellectual property, media and entertainment law journal. – 2019. – Vol. 30, N 1. – P. 55–89.*

**Ключевые слова:** авторское право; стендап; плагиат; право США.

**Keywords:** copyright; stand-up; plagiarism; USA law.

Ханна Фам (Hannah Pham) – адвокат, имеющий практику в Австралии и Нью-Йорке, выпускница магистерской программы Школы права Нью-Йоркского университета (New York University School of Law) – в своей статье анализирует возможности авторско-правовой охраны шуток стендап-комиков. Данная тема важна и актуальна, поскольку ставшие нередким явлением кражи шуток и их дальнейшее распространение на просторах Интернета вредят материальным интересам комиков, лишают их контроля над использованием их комедийного материала, что, по словам известного стендапера, «обесценивает стендап-индустрию». Х. Фам обращается к точкам зрения и идеям нескольких профессиональных комиков, чтобы понять, как они создают и распространяют комедийный материал, как «кражи» шуток влияют на стимулы к дальнейшей деятельности и как авторское право может защитить комиков от кражи их шуток в сети Интернет, а в особенности – в социальных сетях.

В течение многих лет стендап-комики были фактически единственными людьми, которые могли распространять юмористические материалы на широкую публику. В настоящий момент, когда социальные сети стали повсеместными, оказалось, что совсем необязательно быть комиком, чтобы распространить шутку среди мировой аудитории: достаточно лишь опубликовать чужую шутку и отметить пару друзей, чтобы запустить «вирусную» цепочку, и миллионы людей по всему миру увидят это за очень короткое время.

Поведение большинства комиков в стендап-индустрии подчиняется профессиональным нормам, обусловливающим серьезное отношение к обвинениям в краже чужого материала. Так, например, когда Эми Шумер обвинили в краже шуток другого комика, она немедленно пришла на радио-шоу Джима Нортона, чтобы защитить свое имя; из данного случая следует, что уважение и доверие коллег имеют первостепенное значение для стендап-комика. Автор цитирует Дотана Олиара и Кристофера Спрагмана, которые констатируют: «Используя эту неформальную систему, комики могут заявлять о своем праве на комедийный материал, регулировать его использование и передачу, налагать санкции на нарушителей и поддерживать создание нового материала» (с. 59). Они обнаружили, что стендап-индустрия самостоятельно контролирует кражи комедийного материала: пойманный на краже стендапер тут же теряет уважение «игроков внутри сообщества», и на его карьере может быть поставлен крест. Но это практически не обеспечивает защиту от незаконного присвоения комедийного материала со стороны лиц, не принадлежащих к данному сообществу.

Как уже было упомянуто выше, данная проблема возникла в связи с ростом популярности использования социальных сетей, являющихся эффективным источником распространения информации. Для комиков социальные сети вообще представляют некий парадокс, поскольку они могут быть использованы как для продвижения стендапера, так и для нанесения ущерба его карьере, ведь даже однажды увиденная в Интернете шутка уже не сможет произвести должного эффекта на зрителей во время выступления на сцене. В связи с этим многие комики специально придумывают анекдоты для распространения в социальных сетях, которые не будут использованы во время живого выступления, либо выкладываются видеозаписи уже прошедших шоу. Тем не менее все равно находятся «агрегаторы анекдотов», неправомерно публикующие комедийные материалы стендаперов, на которых, в свою очередь, никоим образом не распространяются правила профессиональной

этики комиков, а в отсутствие специальных законодательных санкций действия подобных субъектов вовсе оказываются безнаказанными.

Важные вопросы, проходящие красной нитью через всю статью Х. Фам, это: 1) угрожает ли стремительно увеличивающееся количество случаев неправомерного использования чужого комедийного материала жизнеспособности стендап-индустрии; 2) влияет ли кража материала на желание комика создавать новые шутки.

Для того чтобы ответить на данные вопросы, необходимо определить стимулы, лежащие в основе деятельности комиков, а также факторы, побуждающие стендапера войти в индустрию и впоследствии остаться в ней. Для большинства это творческое самовыражение и финансовая выгода. В случае кражи материала пострадавший комик, скорее всего, будет вынужден отказаться от своей шутки, поскольку риски того, что его будут считать вором, слишком велики. Кроме того, утрата репутации означает одновременную потерю потенциальных зрителей на живом комедийном выступлении. Следовательно, «агрегаторы анекдотов» крадут не только сам материал, но и аудиторию, финансовую выгоду, а главное, мотивацию к самовыражению комиков.

Исходя из вышесказанного, Х. Фам считает важным рассмотреть действие в стендап-индустрии Закона США об авторских правах, который должен способствовать прогрессу, обеспечивая авторам исключительное право на созданные ими произведения. Многие комментаторы считают, что существуют доктринальные барьеры для защиты шуток авторским правом, однако эта точка зрения не учитывает всех тонкостей процесса создания комедийного материала и не соотносит его с основными требованиями, предъявляемыми к охраняемому авторским правом объекту: постоянство и стабильность (произведение должно восприниматься, воспроизводиться или передаваться в течение периода, превышающего его первоначальную временную продолжительность); оригинальность; уникальность воспроизведения шутки (практически каждый комик тщательно репетирует каждую паузу и ударение, которые и образуют свой индивидуальный способ подачи материала стендапера) – т.е. важна не столько идея, сколько способ выражения: так, например, когда два художника рисуют одну и ту же сцену, каждый обладает авторскими правами на свои картины благодаря уникальности выражения окружающей действительности каждым из них (с. 72–73). Однако, несмотря на то что комедийный материал относится к объектам авторских прав по смыслу

Закона, шутки все равно находятся под «слабой защитой», поскольку, исходя из вышеназванных критерииев, для констатации правонарушения требуется, чтобы оригинал был дословно воспроизведен с использованием всех, в том числе интонационных, особенностей его создателя. Из-за сложности и неоднозначности процесса защиты авторских прав на шутки комики зачастую предпочитают «пустить все на самотек» и не бороться за свои права и тем самым, по мнению Х. Фам, действуют себе во вред.

Важными в контексте рассматриваемого вопроса являются также четыре фактора доктрины «добросовестного использования», рассматриваемые судьями при оценке действий ответчика в спорах по поводу авторских прав: 1) цель и характер использования, в том числе: имеет ли такое использование коммерческий или некоммерческий характер; 2) природа охраняемого авторским правом произведения; 3) объем заимствованного материала по отношению к целому произведению; 4) влияние использования на стоимость произведения и его дальнейшие рыночные перспективы (с. 77–78). В случае с «агрегаторами анекдотов» в социальных сетях суд, применяя четвертый критерий, признает распространение шутки недобросовестным. Таким образом, авторское право распространяется на стендап-индустрию, комикам лишь необходимо прибегать к его использованию.

Автор в своей статье рассматривает и другие методы защиты прав комиков. Первый – это процедура уведомления и удаления, предусмотренная DMCA (Законом США «Об авторском праве в цифровую эпоху»). Первоначальная задача DMCA была ограничить ответственность онлайн-сервисов и агрегаторов за нарушение авторских прав лицами, действующими на базе их интернет-платформы, в случае своевременного уведомления и удаления контента, нарушающего авторские права. Это дало владельцам агрегаторов мощный стимул к сотрудничеству для выявления и устранения нарушений авторских прав в цифровой сфере. Для того чтобы инициировать процесс удаления, автору (правообладателю) спорного материала необходимо выполнить шесть простых требований: идентифицировать свое произведение; выявить контент, нарушающий авторское право; убедиться в отсутствии добросовестности со стороны нарушителя; дать свою контактную информацию; подтвердить ее достоверность; заявление должно быть подписано правообладателем или лицом, уполномоченным действовать от его имени (с. 79). Как только выдается уведомление об удалении спорного контента, сайт-агрегатор обязан незамедли-

тельно принять разумные меры для уведомления пользователя, разместившего спорный контент, о его удалении или блокировании доступа к нему (предусмотрена и процедура реагирования на контрудоведомление и восстановления контента). Как правообладатели, комики тоже могут обращаться за подобной защитой, поскольку раздел 512 DMCA не требует, чтобы правообладатель регистрировал свою работу перед использованием данной процедуры. Преимущество этого процесса заключается также в том, что сайты-агрегаторы и прочие интернет-ресурсы должны принимать все меры для пресечения повторных нарушений, а значит, могут отключать «агрегаторы шуток», крадущие чужие материалы.

Однако данная процедура имеет и свои минусы: во-первых, это средство правовой защиты ограничивается удалением материала, нарушающего авторские права, но не обеспечивает возмещения убытков; во-вторых, удаление материала после того, как шутка уже была широко распространена в Интернете, может быть малоэффективным; в-третьих, процедура возлагает бремя выявления нарушения правопорядка на комиков, которые, в отличие от компаний, вкладывающих большие суммы денег в автоматизированные процессы, могут не иметь доступа к специальным инструментам, созданным для мониторинга возможных случаев нарушения авторских прав; в-четвертых, агрегаторы и интернет-ресурсы на практике не всегда могут использовать свое право удалять «повторных нарушителей» (с. 80–81).

Еще одна мера – обращение в Copyright claims board (Совет по рассмотрению жалоб на нарушение авторских прав (далее – «Совет»)). В настоящее время из-за чрезмерных расходов на судебные разбирательства комики редко прибегают к ним. В 2011 г. Конгресс США направил в американское ведомство по авторским правам письмо, в котором предписал изучить вопрос отсутствия у лиц реальной возможности для защиты своих прав в суде, сообщить результаты и дать рекомендации в отношении возможности создания более доступной системы урегулирования «мелких» претензий в области авторского права. В сентябре 2013 г. ведомство подготовило отчет с рекомендациями создания в его структуре в качестве добровольной альтернативы федеральному суду централизованного трибунала, который будет администрировать судебные разбирательства через Интернет и средства телеконференции без необходимости личного присутствия; предполагалось, что каждое дело будет рассматриваться тремя людьми, двое из которых будут иметь значительный опыт работы в области авторского

права; стоимость процедуры будет ограничена 30 тыс. долл. США (с. 82–83). Это предложение легло в основу законопроекта, внесенного в 2016 г. под названием *«Copyright alternative in small-claims enforcement act of 2016»*. Законопроект предусматривает создание Совета, который будет служить альтернативой судебному разбирательству.

Это даст комикам доступ к экономичному и единственному способу защиты своих нарушенных прав. Дополнительное преимущество данного Совета – наличие установленной законом компенсации. Недостаток же данного способа защиты состоит в том, что для участия в судебном разбирательстве потребуется согласие ответчика: получив уведомление и иск, он сможет в течение 30 дней отказаться от рассмотрения дела в Совете. Обоснование этого права на отказ кроется в Седьмой поправке к Конституции США, которая гарантирует право на суд присяжных в рамках федерального разбирательства. Х. Фам предполагает, что «агрегаторы анекдотов», зачастую зарабатывающие куда больше, чем комики, станут отказываться участвовать в этом процессе по тактическим причинам (с. 84).

Подводя итоги, автор отмечает, что стендап-комедия – это уникальная форма творческого самовыражения, которая становится все более популярной в обществе. Воровство шуток в мире социальных сетей – довольно недавнее явление, которое напрямую влияет на жизнеспособность индустрии стендап-комедии и будет продолжать влиять на нее по мере развития технологий. В этих реалиях система норм профессиональной этики, регулирующая стендап-индустрию, работает неэффективно, мало защищая от кражи комедийного материала со стороны лиц, не принадлежащих к сообществу и не подпадающих под действие норм сообщества. В этих условиях есть большая потребность в снижении законодательных барьеров для защиты авторских прав комиков. Рассмотренные в статье два новых механизма, с помощью которых комики могут защитить свои права на интеллектуальную собственность (процедура уведомления и удаления и альтернативная процедура рассмотрения дел Советом для разрешения мелких споров о нарушении авторских прав), способны предоставить стендап-комикам больше возможностей для правовой защиты и позволить им противостоять воровству шуток в социальных сетях и в сети Интернет; им остается лишь проявить инициативу в их использовании, и тогда стендап-индустрия сможет и дальше процветать в такую непростую эпоху цифровых технологий (с. 89).

## Иванова А.П.

### Реферат статьи: ДЕТЕРМАНН Л. ЦИФРОВОЕ ИСЧЕРПАНИЕ: НОВОЕ ПРАВО ИЗ СТАРОГО МИРА

*Ivanova A.P. Synopsis of an article: Determann L. Digital exhaustion: new law from the old world // Berkeley technology law journal. – Berkeley, 2018. – Vol. 33, N 177. – P. 177–224.*

**Ключевые слова:** интеллектуальные права; принцип исчерпания; цифровизация; цифровые товары; исключительные права.

Электронные книги, аудиофайлы, видеоклипы, компьютерные программы и другие цифровые товары стали занимать центральное место в нашем информационном обществе. Однако когда потребители приобретают данные товары, они вряд ли догадываются об их особом правовом режиме. В ходе ряда судебных процессов в Германии немецкие суды разъяснили, что в случае купли-продажи цифровых товаров принцип исчерпания не действует и загрузка цифровых продуктов не дает права на их распространение. Л. Детерманн, практикующий юрист международной юридической компании Baker McKenzie, профессор Свободного университета Берлина и Калифорнийского университета, в своей статье сравнивает институт исчерпания интеллектуальных прав в США и Европе.

Американские суды впервые сформулировали принцип исчерпания в 1873 г. в контексте патентного права, затем, в 1908 г. – в отношении прав на книжные произведения (с. 183). В 1909 г. это положение было внесено в Закон США об авторском праве и с тех пор несколько раз подвергалось изменениям. Суды до сегодняшнего

дня используют «доктрину первой продажи», хотя принцип исчерпания относится не только к продаже, но и к дарению.

В соответствии с Законом США об авторском праве правообладатели имеют исключительное право воспроизводить защищенное авторским правом произведение, создавать производные произведения на его основе, распространять копии произведения и демонстрировать его публично. Однако «владелец законно сделанной копии или фонограммы также имеет право ... на отчуждение этой копии или фонограммы. Владелец копии может свободно сдавать в прокат или одалживать свою копию, за исключением фонограмм и программного обеспечения». Владелец копии, как правило, не может воспроизводить или адаптировать свою копию, за исключением копии программного обеспечения, когда это необходимо «для использования компьютерной программы», с учетом ряда ограничений (с. 184).

В Европе суды, как правило, ссылаются на исчерпание прав, основываясь на принципах, изложенных в директивах ЕС. В соответствии с ними (как и с национальным законодательством Германии), обладатели авторских прав имеют исключительное право воспроизводить, распространять и доводить до сведения общественности защищенные произведения. Директива ЕС по авторскому праву предусматривает, что «право распространения не подлежит исчерпанию в отношении оригинала или копий произведения, за исключением случаев, когда первая продажа или другая передача права собственности на этот объект производится правообладателем или с его согласия». Аналогичное положение имеется в директиве ЕС по программному обеспечению: «Первая продажа копии программы правообладателем или с согласия правообладателя исчерпывает право распространения этой копии, за исключением права контролировать дальнейший прокат программы или ее копии» (с. 184). Как и в США, в соответствии с законодательством ЕС владельцы копий имеют ограниченные права на производство и адаптацию.

В США и Европе законодательство об авторском праве проводит различие между авторским правом и правом собственности на оригинал или копии произведения. Автор, чтобы получить авторские права на произведение, должен зафиксировать его в материальной или электронной форме. Если автор продает свою оригинальную работу или копию, он не передает автоматически свои авторские права.

Как по американскому, так и по европейскому законодательству об авторских правах владелец авторизованной копии произведения имеет право на ее перепродажу. Если первая продажа или другая передача права собственности производится правообладателем или с его согласия, для последующего распространения согласие правообладателя не требуется.

Книжные магазины обычно не требуют от клиентов заключения сложных договоров: покупатели отдают продавцу деньги и берут книгу, затем они владеют книгой и могут ее перепродать и передать в пользование. В 1908 г. при попытке книжных издательств распространить условия лицензии на продажу книг, чтобы контролировать цены перепродажи, Верховный суд США вмешался и постулировал доктрину первой продажи в отношении книг; подобные правила почти все время применялись и к музыкальным магазинам, которые продавали виниловые пластинки, аудиокассеты, компакт-диски, DVD и Blu-ray диски, как книги, без заключения сложных договоров. Однако в отношении программного обеспечения суды придерживаются позиции, что на данный объект распространяются нормы о лицензионном договоре.

По вопросу о распространении доктрины первой продажи на копии программного обеспечения в праве США и ЕС существуют следующие подходы. В США законодательство об авторском праве устанавливает, что владельцы копий программного обеспечения могут перепродаивать их, но не сдавать в прокат. На практике компании, производящие программное обеспечение, делают все возможное и для предотвращения перепродаж. Причем в большинстве дел правообладатели пытались предотвратить перепродажу программного обеспечения на дисках или других носителях незначительной ценности, а не перепродажу компьютеров или автомобилей, поставляемых с предустановленным программным обеспечением. Правообладатели обычно оставляют за собой право на копии программного обеспечения, предварительно установленные на компьютерах, смартфонах, автомобилях и других устройствах на условиях лицензии конечного пользователя, однако на практике они почти никогда не пытаются через суд запретить потребителям перепродаивать копии программного обеспечения вместе с подержанными автомобилями, компьютерами и другими устройствами с предустановленными на условиях лицензии копиями программного обеспечения.

В ЕС по общему правилу считается, что если лицо приобрело копии компьютерных программ по сделке на условиях единого

временной выплаты и бессрочного владения, то вне зависимости от того, приобретались ли копии на дисках или скачивались, оно может перепродавать свои копии (и даже делать временные копии для целей перепродажи при условии, что оно затем удалит свою первоначальную копию), но не сдавать в прокат.

В отношении музыкальных произведений судами также признан принцип исчерпания. В деле *Capitol Records, LLC vs ReDigi Inc.* Окружной суд Южного округа Нью-Йорка рассмотрел вопрос о перепродаже цифровых музыкальных файлов. ReDigi представлял собой облачный сервис, куда пользователи загружали купленную ими музыку и таким образом могли перепродавать ее другим пользователям. Всякий раз, когда пользователь продавал файл, ReDigi передавал копию на учетную запись нового владельца для загрузки, и предыдущий владелец больше не мог получить доступ к своей копии. Суд пришел к выводу, что действительно, когда пользователь впервые купил и загрузил музыкальный файл на свой компьютер, он стал владельцем и получил право перепродавать песню со своего компьютера; однако загрузка копии музыкального файла в облачный сервис ReDigi нарушает право правообладателя на воспроизведение, поскольку новая копия в облачном хранилище не была авторизована правообладателем. Таким образом, на основании решения по делу *ReDigi* потребитель, как правило, может свободно продать свой компьютер с ранее загруженным музыкальным файлом, но не может передавать сами файлы, если это связано с созданием их копий (с. 197).

Однако в отношении аудиокниг суды высказали иную позицию. Немецкие суды в деле *Hamm Audiobooks* вынесли решение в пользу правообладателя, указав, что в случаях, когда аудиокниги скачиваются из сети Интернет, доктрина исчерпания не применяется. Соответственно, в данном случае допустимы договорные запреты на перепродажу. По мнению судов, пользователь не может перепродать копию медиафайла, загруженного из Интернета, поскольку он не приобретает права собственности на него, и ввиду этого на него не распространяется исчерпание прав (с. 199). Суды также отметили, что, даже если потребитель может приобрести право собственности на копию цифрового товара путем загрузки, он не может сделать дополнительную копию для ее продажи отдельно от компьютера или смартфона, на который он загрузил файл, поскольку это нарушит право правообладателя на воспроизведение (с. 201). Исчерпания не происходит, когда копии пере-

даются онлайн; исчерпание требует передачи владения физическим носителем, содержащим копию (с. 202).

Суд ЕС также высказал мнение о значении типа материальных носителей для решения вопроса о том, произошло ли исчерпание прав, в деле *Art & Allposters vs Stichting Pictoright*. Нидерландское общество коллективного управления «Stichting Pictoright» предоставило компании «Allposters» право воспроизводить работы известных художников на плакатах и распространять такие плакаты. Однако «Allposters» стала производить и продавать не только собственно плакаты, но и репродукции на холстах (по более высокой цене, чем плакаты). Суд ЕС постановил, что исчерпание права на распространение применяется к материальному объекту, в котором содержится защищенное произведение или его копия, если оно было помещено на рынок с согласия правообладателя; права на распространение исчерпываются только в отношении копий на конкретном физическом носителе (в данном случае плакатов), и это исчерпание не узаконивает последующие изменения физических носителей (с. 204).

Вместе с тем нидерландские суды более склонны к использованию доктрины первой продажи, несмотря на то что в Нидерландах законодательство подчиняется тем же директивам и договорам ЕС, что и законодательство Германии. Например, онлайн-магазин подержанных электронных книг «Tom Kabinet» осуществлял продажу электронных книг на условиях «один экземпляр – один пользователь»: для продажи на сервисе электронных книг, бывших в использовании, первоначальные владельцы должны были доказать, что они законно приобрели эти книги и что они удалят существующие копии после загрузки книги на платформу. Чтобы предотвратить торговлю нелегальными копиями, магазин добавлял новые водяные знаки в электронные книги после их покупки. Окружной суд Амстердама в первой инстанции подтвердил, что перепродажа использованных электронных книг может быть разрешена, но при этом необходимо применение соответствующих технических мер, не дающих продавцам загружать незаконно приобретенные копии (с. 210).

В деле *Vereniging Openbare Bibliotheeken vs Stichting Leenrecht* нидерландские суды, а впоследствии и Суд ЕС рассмотрели вопрос о праве электронных библиотек предоставлять электронные книги для временного скачивания. Суд ЕС постановил, что подобная передача во временное пользование электронных книг путем загрузки возможна. При условии соблюдения правила «один

экземпляр – один пользователь» предоставление электронной книги равноценно предоставлению физической книги. Кроме того, Суд ЕС указал на то, что если книга, которую предоставляет библиотека, «была введена в обращение путем первой продажи или иной передачи права собственности обладателем исключительного права или с его согласия», государство – член Союза может на законодательном уровне установить, что дальнейшее распространение библиотеками может осуществляться без согласия правообладателя (с. 211). Суд ЕС прямо не ответил на вопрос о том, применяется ли принцип исчерпания в отношении электронных книг вообще, но допустил такую возможность для библиотек.

В 2013 г. Верховный суд США в решении по делу *Kirtsaeng vs John Wiley & Sons, Inc.* признал, что доктрина первой продажи в соответствии с законодательством США об авторском праве также применяется к копиям, законно изготовленным и впервые проданным за пределами США. Суд подтвердил право ответчика покупать экземпляры учебников по низким розничным ценам в Таиланде (где они печатались по лицензии американского издателя) и перепродавать их в США по более высокой цене. Верховный суд США отметил, что данные положения распространяются в том числе на импорт автомобилей и других устройств, содержащих программное обеспечение.

В ЕС ситуация иная. Первая продажа копии в пределах любого государства-члена согласно законодательству Союза приводит к исчерпанию исключительных прав, и покупатель может свободно перепродать копию в любом государстве – члене ЕС, однако за его пределами принцип исчерпания не действует.

Таким образом, можно сделать следующие выводы.

Если потребитель покупает копию цифрового товара на USB-накопителе или компакт-диске, по общему правилу он может перепродать, предоставить в прокат или одолжить USB-накопитель или компакт-диск вместе с копией. Если потребитель приобретает копию путем приобретения во временное пользование (например, в электронной библиотеке), проката или потоковой передачи, он не имеет таких прав.

Копии, приобретенные в ЕС, как правило, могут быть импортированы и перепроданы в США, но не наоборот.

Суды США и Германии не разрешают владельцу копии цифрового товара передавать свою копию без носителя, признавая это нарушением права на воспроизведение. Исключение – копии программного обеспечения.

В странах ЕС национальное законодательство об авторском праве может позволить – и в Нидерландах позволяет – публичным библиотекам предоставлять копии электронных книг, если соблюдается правило «один экземпляр – одна копия».

В ЕС и США потребители, как правило, не могут передавать, исполнять или демонстрировать взятую напрокат копию публично, например, в потоковом режиме, без согласия правообладателя.

Правила, касающиеся исчерпания авторских прав, остаются очень сложными и противоречивыми и в США, и в ЕС. Они отличаются от одной юрисдикции к другой, а также в пределах одной юрисдикции в зависимости от того, к какому типу цифрового товара относится спорный объект, произошла ли первая продажа в пределах или за пределами юрисдикции, а также распространяются копии на физических носителях или нет.

Принцип исчерпания имеет как плюсы, так и минусы. Сторонники цифрового исчерпания ссылаются на потребительские ожидания, благосостояние потребителей, общественный доступ к произведениям, свободу торговли и конфиденциальность транзакций. Их оппоненты – на интересы правообладателей и свободу договора.

Однако, по мнению автора, потребителей мало волнует принцип исчерпания. Их больше интересует возможность использовать цифровые товары на нескольких устройствах (например, на смартфоне, домашнем компьютере и MP3-плеере), создавать резервные копии в облаке; обмениваться книгами, видеопотоками и музыкальными файлами с членами семьи и копировать музыкальные плейлисты на обновленные аппаратные устройства. Ни доктрина первой продажи, ни другие положения законов об авторских правах не признают за потребителем таких прав, но многие поставщики цифровых товаров предоставляют такие права на договорной основе. Условия использования цифровых товаров Apple, например, предусматривают, что пользователь может «записать аудио-плейлист на компакт-диск для прослушивания до семи раз», а также повторно загрузить музыкальный файл, приобретенный на другие устройства, или загрузить его в облачное хранилище.

Но правообладатели могут не захотеть предлагать такие договорные условия, если они будут вынуждены принять последствия обязательного цифрового исчерпания. Суды должны воздерживаться от излишнего применения принципа исчерпания.

Таким образом, по обе стороны Атлантики цифровое исчертание не имеет значения для большинства потребителей и компаний с практической точки зрения. Как в ЕС, так и в США обладатели прав на программное обеспечение перешли в основном к сервисным моделям, которые не предполагают распространения или исчертания в соответствии с законодательством об авторских правах. Потребители все чаще пользуются фильмами и музыкой через потоковые сервисы, которые явно выходят за рамки сферы действия принципа исчертания. До настоящего времени правообладатели не предпринимали масштабных попыток предотвратить перепродажи автомобилей, компьютеров, смартфонов или других материальных товаров со ссылкой на нарушение такими перепродажами прав на установленные на них цифровые товары; для этого нужны достаточно мощные рыночные силы.

**Афанасьева Е.Г.**

**Реферат статьи: НОГЕЙРА СЕРЕНШ М.  
ТЕРРИТОРИАЛЬНОСТЬ ИСЧЕРПАНИЯ ПРАВ НА  
ТОВАРНЫЙ ЗНАК ПО ПЕРВОЙ ДИРЕКТИВЕ ЕС 89/104**

*Afanasieva E.G. Synopsis of an article: Nogueira Serens M.*

*O âmbito geográfico do esgotamento do direito à marca  
na Primeira directiva 89/104/CEE // Revista da Ordem dos  
advogados. – Lisboa, 2018. – Ano 78, N 1/2. – P. 288–328.*

**Ключевые слова:** товарный знак; исчерпание прав; параллельный импорт; право Евросоюза.

**Keywords:** trademark; exhaustion; parallel trade; EU law.

Профессор юридического факультета Университета Коимбры и Лиссабонского португальязычного университета М. Ногейра Серенш в своей статье прослеживает, как в рамках Евросоюза восторжествовала региональная модель исчерпания прав на товарный знак.

Сперва в ст. 6 проекта Директивы 89/104/CEE о товарных знаках (автор именует ее Первой директивой) был установлен международный принцип исчерпания (правда, из формулировки было видно, что из него предполагались некоторые исключения). Однако затем произошел разворот на 180 градусов, и в результате в ст. 7 Директивы от 21 декабря 1988 г. появилось положение, которое закрепляло региональный (в рамках Евросоюза) принцип исчерпания: право на товарный знак не дает правообладателю возможности запрещать его использование в отношении товаров, которые были введены под этим товарным знаком в коммерческий оборот в Евросоюзе самим правообладателем или с его согласия.

То есть от первоначального намерения обязать страны-участницы закрепить в своих законодательствах международный принцип исчерпания прав на товарный знак было решено отказаться. Большинство доктринальных источников исходит из того, что было решено также не допустить установления в национальных законодательствах стран-участниц принципа международного исчерпания и обязать их исходить из принципа регионального исчерпания как максимального стандарта. Однако, по наблюдениям автора, ни историческое, ни грамматическое толкование не говорили однозначно в пользу такого понимания и подталкивали к мысли о том, что, возможно, наоборот, принцип регионального исчерпания установлен как минимальный стандарт. Кстати, подчеркивает М. Ногейра Серенш, этой неопределенности нет в тексте ст. 9 Директивы 92/100 от 19 ноября 1992 г. в отношении исчерпания авторских и смежных прав, поскольку там говорится, что право на территории Сообщества исчерпывается только с первой продажей товара на территории Сообщества самим правообладателем или с его согласия (с. 297).

Для систематического толкования, с одной стороны, следовало обратиться к ст. 5 Первой директивы об исключительном праве правообладателя зарегистрированного товарного знака, которым, в частности, охватываются правомочия запрещать экспорт и импорт товаров, аналогичных или схожих с теми, для которых зарегистрирован товарный знак, с обозначениями, идентичными зарегистрированному товарному знаку или схожему с ним, а если речь идет о знаменитом (престижном) товарном знаке (*marca de prestígio*), то даже и не схожих товаров (с. 297). Исчерпание права образует «исключение из исключительного права», поэтому нормы об исчерпании должны толковаться ограничительно, следовательно, региональное исчерпание должно пониматься как максимальный стандарт (с. 298). С другой стороны, при толковании ст. 7 Первой директивы во взаимосвязи с положениями Договора о функционировании ЕС о гармоничном развитии международной торговли, постепенном снятии ограничений на международные сделки, о снижении таможенных барьеров можно было бы сделать противоположный вывод – что в ст. 7 сформулирован минимальный стандарт и что страны-участницы могут в своем законодательстве устанавливать принцип международного исчерпания.

В условиях такой неопределенности сторонники принципа регионального в рамках ЕС исчерпания как максимального стандарта предлагали телеологическую аргументацию, ссылаясь на

цели Первой директивы, отраженные в ее преамбуле: для упрощения свободного движения товаров и услуг в рамках Евросоюза требуется, чтобы товарные знаки предоставляли своим обладателям равную защиту во всех странах-участницах; если же некоторые страны-участницы в своем законодательстве установили бы международный принцип исчерпания, зарегистрированные в них товарные знаки пользовались бы защитой в ином объеме (с. 299). Кстати, возник бы и вопрос – могли бы товары, ввезенные из третьих стран в такие страны-участницы, свободно обращаться в рамках Евросоюза? (с. 301).

М. Ногейра Серенш считает, что препятствия для обращения товаров на рынке Евросоюза из-за несовпадения режимов исчерпания прав (если бы в некоторых странах действовал международный принцип) – это было бы меньшее зло. На самом деле это был выбор не между единством европейского рынка и его разделенностью из-за того, что в некоторых странах будет действовать международный принцип исчерпания, а между рынком, открытым (хотя бы и с некоторыми ограничениями) параллельному импорту из третьих стран (в интересах конкуренции и европейских потребителей) и закрытым для параллельного импорта (монополизированным правообладателями в ущерб интересам всех европейских потребителей). Во имя единства рынка Евросоюза страны-участницы лишились возможности позаботиться о своих потребителях (с. 305). Первыми жертвами толкования положений Первой директивы как регионального принципа исчерпания в качестве максимального стандарта стали потребители Евросоюза: им пришлось переплачивать за товары, которые они смогли бы купить дешевле, если бы их ввозили параллельные импортеры. Принято считать, что зато в выигрыше оказываются местные работники, но М. Ногейра Серенш утверждает, что на самом деле это недоказуемо – вовсе не факт, что прибыли, получаемые от продажи товаров потребителям Евросоюза по завышенным ценам, оседают в Евросоюзе, а не репатриируются участниками корпораций-правообладателей в третьи страны. Кроме того, в проигрыше остаются малые предприятия (с. 306–307).

Первая директива по-разному приживалась в разных странах-участницах. Например, германский законодатель посчитал, что ее положения не позволяют ему продолжать руководствоваться международным принципом исчерпания (с. 308). По такому же пути пошли и законодатели Бенилюкса: если ранее в Единообразном законе Бенилюкса о товарных знаках в ст. 13 был сформули-

рован международный принцип исчерпания, то потом для имплементации в него Первой директивы эта статья была изменена в сторону признания принципа регионального исчерпания как максимального стандарта. В Дании же законодатель прямо не запретил применение принципа международного исчерпания, оставив решение этого вопроса судам (с. 309–310).

Национальные суды стран-участниц неоднократно обращались к Суду ЕС за толкованием положений ст. 7 Первой директивы и в конце концов получили разъяснения, что региональный принцип исчерпания – это не минимальный, а единственный стандарт, обязательный для всех стран-участниц, в том числе и для тех, которые ранее исходили из международного принципа.

**Руденкова А.А.**

**НАРУШЕНИЯ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ**

**С ПОМОЩЬЮ МЕТАТЕГОВ И КЛЮЧЕВЫХ СЛОВ\***

**(Статья)**

DOI: 10.31249/pravbud/2020.00.017

**Аннотация.** Данная статья посвящена использованию в метатегах и ключевых словах чужих товарных знаков. Автор обращает внимание на то, что иногда такое использование приводит к нарушению прав потребителей, путем ввода их в заблуждение. Основываясь на практике российских и зарубежных судов, автор делает вывод о недостаточности регулирования оборота товаров в сети Интернет для защиты интересов потребителей.

**Ключевые слова:** метатеги; ключевые слова; права потребителя; защита потребителя; Интернет.

**Rudenkova A.A. Consumer rights violations with meta tags and keywords. (Article)**

**Abstract.** This article is about the usage of alien trademarks in meta tags and keywords. The author discovers that sometimes such use could lead to consumers' rights violation. Based on Russian and foreign courts' practice the author made a conclusion about insufficiency of legal regulation of Internet goods turnover to protect consumers' interests.

**Keywords:** meta tags; keywords; consumer rights; consumer protection; the Internet.

---

\* Статья написана под научным руководством Ю.С. Харитоновой.

Законом РФ № 2300-І от 7 февраля «О защите прав потребителей» в ст. 10 гарантируется право потребителей на выбор товара как в реальном, так и в интернет-магазине. Данное положение в свою очередь обязывает производителей и продавцов предоставлять покупателям необходимую и достоверную информацию о товарах (работах, услугах), их изготовителе и продавце.

Одним из основных прав потребителей при выборе товаров является право на информацию, которое представляет собой основу для действенного функционирования экономики и права.

Для правильного выбора товара обычный среднестатистический потребитель нуждается в достоверной информации (в том числе о фирменном наименовании организации, ее нахождении), которая должна быть ему доведена в понятной и доступной форме изготовителем или продавцом. Как правило, такие сведения размещаются на вывесках и баннерах магазинов, однако сфера продаж работ и услуг во Всемирной паутине растет с каждым годом, поэтому возникают новые правовые проблемы, требующие самостоятельного урегулирования.

Совершая покупку с помощью интернет-сайта, потребитель, как правило, не имеет достаточных знаний о производителе и продавце приобретаемого товара, поэтому нуждается в предоставлении полного объема информации для оценки разумности приобретения на конкретном сайте.

*Реклама также является своеобразным источником информации для потребителей, поэтому к ней применимы требования Закона «О защите прав потребителей», относящиеся к праву на достоверную информацию.*

*Информация, хранящаяся и передаваемая потребителям через Интернет, нематериальна, и значительная ее часть защищается правом интеллектуальной собственности, например, в режиме товарных знаков. Целью зарегистрированных товарных знаков является идентификация определенных товаров с конкретной компанией как «источником происхождения» каких-либо продуктов.*

В связи с тем что способы продвижения продукции в Интернете более эффективны, маркетологи весьма часто пытаются ввести потребителей в заблуждение относительно действительного изготовителя или же продавца товаров для извлечения наибольшей выгоды.

Развитие виртуальных коммуникаций позволило покупателям узнавать необходимую информацию о товарах и их производ-

дителях, а после этого совершать покупки и получать необходимые услуги онлайн. Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» в ст. 10 обязывает владельцев интернет-магазинов размещать на принадлежащих им сайтах информацию о своем наименовании, месте нахождения и адресе, адресе электронной почты для направления претензий. Но несмотря на это, недобросовестные предприниматели всячески «заманивают» потребителей приобрести товар с помощью SEO-оптимизации сайтов, злоупотребляя использованием мета-тегов и контекстной рекламы.

*Метатеги<sup>1</sup> являются весомым аспектом идентификации бизнеса для потенциальных клиентов во «всемирной паутине», с их помощью можно оказывать влияние на отображение страницы и ее позицию в поисковой выдаче запроса, поиск подходящей целевой аудитории потребителей, содержание сведений об авторстве и многое другое.*

Нередко владельцы сайтов используют чужие товарные знаки в качестве метатегов для привлечения потребителей. Негативным последствием такого использования является снижение трафика сайта правообладателя товарного знака, а также заблуждение потребителя относительно действительного производителя и продавца продукции.

В США в таких случаях применяется доктрина, получившая название *initial interest confusion* (сбой первоначального намерения, отвлечение внимания потребителей). Она позволяет обнаружить нарушение интеллектуальных прав еще до фактической покупки товара или услуги. Основной элемент правонарушения – это вероятность того, что сходство товарных знаков может сбить потребителей с толку относительно источника продукции.

Стоит отметить, что использование в метатеге чужого товарного знака, который смог лишь привлечь первоначальное внимание потребителя, уже считается нарушением, так как может быть подорвана инвестиционная функция используемого товарного знака (т.е. использование товарного знака для приобретения или сохранения репутации, способное привлечь потребителей и сохранить их лояльность).

---

<sup>1</sup> Метатеги (англ. *meta tags*) представляют собой небольшие текстовые блоки, которые прикрепляются к веб-странице и служат в качестве кода для предоставления информации о сайте. Метатеги могут содержать в себе описание веб-страницы, ключевые слова к ней, информацию об авторстве и другие элементы.

Так, в 1999 г. 9-й Окружной апелляционный суд США установил, что использование чужого товарного знака в метатеге вызывает путаницу. Также суд отметил, что использование такого знака в своих метатегах можно сравнить с размещением рекламного баннера или вывески магазина с чужим товарным знаком прямо на дороге<sup>1</sup>. Однако некоторые американские ученые-юристы и судьи критикуют решение, так как убеждены в том, что сама по себе теория *«initial interest confusion»* плохо применима для определения ответственности за нарушение прав на товарный знак<sup>2</sup>.

В 2018 г. в поисковой системе Яндекс ООО «Терма» использовало в своем метатеге обозначение, сходное до степени смешения с товарным знаком «Mobiba», принадлежащим конкурирующей компании. Представитель поисковой системы указал на то, что «использование спорного обозначения в ключевых словах при размещении рекламных объявлений в сети Интернет, а также в скрытом тексте на сайте, html-коде, в метатегах не является по смыслу ст. 1484 ГК РФ использованием товарного знака».

Однако нарушитель, используя обозначение «Mobiba» в качестве ключевого слова и в структуре html, оказывал влияние на работу поисковых систем, предоставляя потребителям доступ к информации об однородных товарах, для индивидуализации которых истец зарегистрировал свой товарный знак, что влекло формирование у потребителей искаженного представления о продукции сайта с контрафактными метатегами. Добросовестность использования ООО «Терма» чужого товарного знака не была доказана, так как нарушитель привлекал своими действиями потенциальных потребителей чужой продукции, не выплачивая какую-либо компенсацию обладателю товарного знака. Таким образом, судом был признан факт введения потребителей в заблуждение с помощью нарушения исключительных прав на товарный знак<sup>3</sup>.

Предприниматели активно внедряются в сеть Интернет и успешно там развиваются, в том числе с привлечением таких маркетинговых уловок, как покупка ключевых слов для контекстной

---

<sup>1</sup> Brookfield Communs., Inc. vs W. Coast Entm't Corp., 174 F. 3 d 1038, 1064 (9 th Cir. 1999).

<sup>2</sup> См.: Kravitz J.C. Initial interest confusion: Dispelling some of the confusion // Massachusetts lawyers weekly. – 2004. – 23 Aug. URL: <https://www.nixonpeabody.com/en/ideas/articles/2004/09/15/initial-interest-confusion-dispelling-some-of-the-confusion> (дата обращения: 06.08.2020).

<sup>3</sup> См.: Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 10 июля 2018 г. по делу № А45-5897/2018.

рекламы, что позволяет персонализировать рекламу под конкретного потребителя.

В отличие от таких элементов интернет-сайта, как метатеги, служащие для оптимизации результатов поисковых запросов без привлечения третьих лиц, ключевые слова являются компонентами для создания контекстной рекламы в целях продвижения веб-сайта с помощью информационных посредников.

Практика Суда ЕС исходит из того, что реклама, хотя и не предполагающая экономического подтекста, настолько неопределенна в отношении происхождения товаров или услуг, что обычно даже информированные и достаточно внимательные интернет-потребители не могут на ее основе определить, является ли рекламодатель третьей стороной по отношению к правообладателю или, наоборот, экономически с ним связан<sup>1</sup>.

Судебная практика США не отличается абсолютным единобразием и стабильностью при разрешении вопросов об использовании товарных знаков в ключевых словах. Так, в течение длительного периода по таким судебным спорам применялась «доктрина сбоя первоначального намерения», известная нам по отношению к метатегам<sup>2</sup>. Однако в 2011 г. судебная практика пошла по другому пути. Так, в деле *Network Automation, Inc. vs Advanced System Concepts* суд решил, что «не стоит распространять “доктрину сбоя первоначального намерения” на использование товарных знаков в ключевых словах контекстной рекламы, так как в некоторых случаях такая реклама содержит в себе ключевые слова с чужим товарным знаком лишь с целью предложить товары, альтернативные товарам правообладателя и предоставить потребителю право выбора»<sup>3</sup>.

Следует отметить, что существует высокая вероятность того, что потребители воспримут результаты органолептического поиска как более релевантные, чем рекламные ссылки. Так, в США проводилось исследование глазных яблок человека, в результате которого было обнаружено, что потребители обращают свое

---

<sup>1</sup> CJEU, Google France SARL vs Louis Vuitton Malletier SA (2010) Joined cases C-236/08 to C-238/08.

<sup>2</sup> Playboy vs Netscape, 354 F. 3 d 1020 (9 th Cir. 2004).

<sup>3</sup> Network Automation, Inc. vs Advanced Systems Concepts, Inc., 638 F. 3 d 1137 (9 th Cir. 2011). URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1558293.html> (дата обращения: 06.08.2020).

первоначальное внимание на первые несколько органолептических результатов, прежде чем смотреть на рекламу<sup>1</sup>.

Следуя логике Суда ЕС, можно сделать вывод, что предна- меренное размещение двух конкурирующих товаров на одной полке равносильно нарушению прав на товарный знак. То есть, если покупатель в обувном магазине будет заинтересован в определенной марке обуви, а продавец приведет его к полке, где также находится обувь конкурирующих марок, потребитель столкнется с обувью конкурентов, несмотря на запрос конкретной марки. Мало- вероятно, что среднестатистический потребитель придет к выводу, что производители таких товаров экономически связаны только потому, что их продукция размещена на полке рядом друг с другом<sup>2</sup>. Данный пример позволяет сделать вывод, что включение элементов чужих товарных знаков в метатеги может быть правомерным.

Так, доктриной добросовестного использования товарного знака (*fair trademark use*) допускается в некоторых случаях использование чужого товарного знака: если в его качестве выступает общеупотребимое слово (например, солнце); а также в целях критики, анализа и в сравнительной рекламе (*nominative fair use of trademark*)<sup>3</sup>. В других случаях использование чужого товарного знака недопустимо.

Подводя итог, хотелось бы акцентировать внимание на том, что право на информацию является неотъемлемым, принадлежит каждому потребителю. Современное законодательство недостаточно полно регулирует оборот товаров в сети Интернет, чтобы защитить потребителей, что приводит к многочисленным нарушениям. Количество маркетологов, использующих товарные знаки в метатегах и ключевых словах для повышения рейтинга страниц путем введения потребителей в заблуждение, растет с каждым годом.

К сожалению, не все производители и продавцы понимают, что правильный с точки зрения законодательства маркетинг обойдется им в разы дешевле, чем защита от исковых заявлений о нарушении прав на достоверную информацию со стороны потребителей и на товарные знаки со стороны его правообладателей.

---

<sup>1</sup> См.: Hung W. Limiting initial interest confusion claims in keyword advertising // Berkeley technology law journal. – 2012. – Vol. 27, N 4. – P. 667.

<sup>2</sup> См.: Dupont J.S. Uncharted territories of trade mark use // Intellectual property quarterly. – 2013. – N 2 – P. 139–165.

<sup>3</sup> См.: Билюков Э.А. Использование товарного знака в ключевом слове (метатеге keywords) интернет-страницы // Журнал Суда по интеллектуальным правам. – 2018. – № 20. – С. 58–63.

**Афанасьева Е.Г., Афанасьева Е.А.**

**Реферат статьи: КАСАДО НАВАРРО А.  
МЕЖДУНАРОДНАЯ ОХРАНА КОММЕРЧЕСКОГО  
ОБОЗНАЧЕНИЯ\* ПО СТ. 8 ПАРИЖСКОЙ КОНВЕНЦИИ:  
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ОПЫТ И СРАВНИТЕЛЬНОЕ  
ИССЛЕДОВАНИЕ\*\***

*Afanasieva E.G., Afanasieva E.A. Synopsis of an article:  
Casado Navarro A. La protección internacional del nombre  
comercial a través del artículo 8 del Convenio de la Unión de París:  
experiencias nacionales y comparadas // Cuadernos de derecho  
transnacional. – Madrid, 2019. – Vol. 11, N 1. – P. 139–170.*

**Ключевые слова:** средства индивидуализации; Парижская конвенция по охране промышленной собственности; коммерческое обозначение; недобросовестная конкуренция; право Франции; право Италии; право Испании; право Англии.

**Keywords:** means of individualization; the Paris convention for the protection of industrial property; trade name; unfair competition; French law; Italian law; Spanish law; English law.

Антонио Касадо Наварро (стипендиат Университета Кордовы) отмечает, что до подписания Парижской конвенции по охране промышленной собственности коммерческие обозначения

---

\* В официальном переводе текста ст. 8 Парижской конвенции на русский язык фигурирует фирменное наименование, однако в реферируемой статье речь идет именно о коммерческом обозначении (прим. реф. – Е. А., Е. А.).

\*\* Реферат впервые опубликован в: *Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право. Реферативный журнал*. – М., 2020. – № 2. – С. 100–105.

(*nombres comerciales*) мало в каких юрисдикциях были предусмотрены как самостоятельные институты. Статья 8 Конвенции обеспечивает охрану коммерческих обозначений (далее – КО) во всех странах Парижского союза, в том числе и иностранных КО, в том числе и в тех странах, в которых их охрана ранее не была предусмотрена или требовалось соблюсти определенные формальности. Это породило определенные проблемы и сложности. Виной тому, во-первых, отсутствие в большинстве стран единообразной терминологии; во-вторых, и в самой Конвенции имеется неопределенность из-за того, что серьезно различалось законодательство стран, подписавших конвенцию.

Автор подчеркивает, что у института КО проконкурентный характер, цель ст. 8 – облегчить предприятиям выход на рынки других стран-участниц под своими КО без необходимости соблюдения в этих странах формальностей.

Возникли вопросы – КО может претендовать на международную защиту по ст. 8 Конвенции, если оно признается таковым в стране происхождения? А если обозначение не признается таковым в стране происхождения, оно и в других странах не будет охраняться? Но тогда получится, что в стране защиты к нему будут применены ужесточенные условия по сравнению с национальными КО вопреки положениям ст. 2 Конвенции о национальном режиме? Значит, следует обращаться к праву той страны, в которой иностранный субъект ищет защиты? Но что если в нем отсутствуют нормы о КО или эти нормы имеют ограничительный характер? Тогда КО, возникшее в соответствии с правом страны происхождения, может в принимающей стране натолкнуться на ограничения?

Автор считает, что для целей ст. 8 Конвенции необходимо широкое понимание КО как любого индивидуализирующего обозначения, под которым субъект ведет международную коммерческую деятельность и с помощью которого идентифицирует свое предприятие на рынке – вне зависимости от того, соответствует ли оно конкретным требованиям законодательства страны происхождения или принимающей страны. Условием предоставления охраны должно быть только использование обозначения на рынке. В соответствии с такой трактовкой ст. 8 охраняться должны и наименования компаний (*denominaciones sociales*), и доменные имена (*nombres de dominio*), если они используются в коммерческой деятельности как КО, т.е. когда такое использование позволяет

установить в глазах публики ассоциативную связь между обозначением и деятельностью предприятия (с. 145).

Такое понимание базируется на цели ст. 8 Конвенции предоставить защиту КО предприятий на международном рынке, освободив правообладателя от выполнения любых формальностей, требуемых законодательством иностранного государства. Правильность такого понимания подтверждается и сравнением ст. 8 Конвенции с ее положениями об охране товарных знаков (условия охраноспособности товарных знаков определяются каждой страной-участницей в своем законодательстве). Статья 8 ничего подобного в отношении КО не устанавливает, так что возникновение КО не подчинено никакому национальному законодательству. Вместе с тем определенные ограничения (соответствие публичному порядку и императивным нормам законодательства принимающей страны) все-таки применимы. Например, в защите может быть отказано, если КО включает государственную, региональную или муниципальную символику принимающей страны, указания на определенные сферы деятельности (банковскую, страховую) или географические указания (с. 146).

Статья 8 Конвенции говорит об охране КО, но не разъясняет, в чем такая охрана состоит. Большинство исследователей сходится в том, что принимающие страны-участницы свободны в выборе мер охраны – будут ли это нормы о средствах индивидуализации или о недобросовестной конкуренции. Если в стране-участнице зарегистрированным и незарегистрированным КО предоставляется охрана разных уровней, она не обязана предоставлять незарегистрированному иностранному КО максимальную защиту.

Вывод о том, что предоставление охраны иностранному КО не зависит от требований национального законодательства принимающей страны в отношении возникновения или приобретения права на него, распространяется только на условие регистрации. Иное дело – условие об использовании или известности КО в той стране, в которой испрашивается его охрана.

Последнее предложение в ст. 8 Парижской конвенции говорит о том, что КО охраняется во всех странах-участницах вне зависимости от того, является ли оно частью товарного знака. Это положение появилось в тексте статьи как ответ на французскую судебную практику по делам о КО, включающих элементы товарных знаков, которые перешли в общественное достояние (в таких случаях суды считали, что КО должно следовать судьбе товарного знака, т.е. право на него должно прекращаться). Формулировка

ст. 8 нацелена на то, чтобы такого не произошло (например, при «заброшенности» товарного знака). Прекращение или аннулирование правовой охраны товарного знака (будь то из-за поведения правообладателя или третьих лиц) не прекращает правовую охрану входящего в него КО (с. 148–149). Кроме того, разъясняет автор, это положение ст. 8 означает, что в случае нарушения права на такой товарный знак правообладатель может требовать защиты права как на товарный знак, так и на КО.

Как правило, в национальных правопорядках условием возникновения права на КО является его использование (Франция, Италия). В Германии и Австрии, помимо требования об использовании, в качестве дополнительного условия возникновения права на КО предусмотрена его регистрация. В Испании и Португалии право на КО возникает как на основании регистрации, так и на основании использования (при этом уровень охраны различается в пользу зарегистрированных КО). Использование является непременным условием приобретения права даже в тех странах, где регистрация обязательна (с. 149).

Возникает вопрос: где требуется использовать КО – в стране происхождения или в принимающей стране? Первый вариант ответа: для предоставления КО охраны по ст. 8 Конвенции не обязательно, чтобы оно использовалось в принимающей стране. Достаточно использования в стране происхождения, чтобы охрана автоматически распространялась на все страны-участницы. У этой «позиции меньшинства» есть слабые места, отмечает автор. Например, она основывается на нереальном предположении, что об использовании в стране происхождения известно во всех странах-участницах. Второй вариант, из которого исходит судебная практика в большинстве европейских стран (ограничительное толкование): использование должно происходить в принимающей стране (с. 150). Такая трактовка более соответствует смыслу и целям Конвенции, ее проконкурентным началам.

Есть и третий, компромиссный вариант – считать условием предоставления охраны иностранному КО его явную известность в принимающей стране (даже если оно там не используется). Автор считает, что правильным было бы дополнить второй вариант третьим. Но в любом случае это определяется законодательством принимающей страны (с. 151).

Далее автор останавливается на охране КО в национальных правопорядках. Во *французском праве* КО (*not commercial*) охраняется законодательством о недобросовестной конкуренции, и при

определенных обстоятельствах оно может противопоставляться младшему товарному знаку.

Легального определения КО во французском праве нет. В доктрине и судебной практике преобладает мнение, что это наименование, под которым физическое или юридическое лицо ведет бизнес, идентифицируя его в отношениях с клиентурой. КО должно иметь словесное выражение (будь то фантазийное обозначение, имя, аббревиатура, название компании) и соответствовать требованиям законности и различительной способности, не создавать риска введения в заблуждение (с. 152). Французский торговый кодекс предписывает предпринимателю декларировать свое КО для включения в коммерческий регистр, однако такое включение не может рассматриваться как правообразующий факт. Доктрина и судебная практика сходятся в том, что если КО используется, его отсутствие в коммерческом регистре не является препятствием к защите права на него (с. 153). Условием охраны права на КО иностранного физического или юридического лица (из страны – участницы Парижской конвенции) будет являться его использование во Франции. Оно будет подлежать охране с момента первого публичного использования, например, противопоставляться (со ссылкой на недобросовестную конкуренцию) младшему товарному знаку при регистрации, если регистрация знака может вызвать смешение (с. 154).

В *итальянском праве*, по мнению автора, наиболее близким к КО является такое средство индивидуализации как *«ditta»*. Легального определения *«ditta»* нет, а в доктрине оно понимается как имя, под которым предприниматель ведет бизнес и которое отличает его от конкурентов (с. 154). Как правило, *«ditta»* выражается в словесной форме, хотя допускается включение в него и графических элементов. От гражданина-коммерсанта требуется указание в *«ditta»* своей фамилии, но на практике это правило не соблюдается; кроме того, связь *«ditta»* с фамилией конкретного коммерсанта нарушается при его отчуждении (при котором не требуется включения в него фамилии нового правообладателя). Традиционно считалось, что право на *«ditta»* возникает вследствие использования (правда, с момента учреждения регистра предприятий стало меньше ясности в вопросе о том, чему отдавать предпочтение при конфликте – использованию или включению в регистр, однако судебная практика и доктрина, основываясь на положениях Кодекса Италии о промышленной собственности, исходят из того, что большее значение имеет приоритет в начале использования, а не

более раннее включение в регистр) (с. 155). Условием охраны иностранного КО является его использование на территории Италии (при этом не требуется, чтобы оно приобрело в Италии достаточную известность). Вместе с тем при определенных условиях охрану в Италии на основании ст. 2564 Гражданского кодекса может получить КО, которое в Италии не использовалось, но снискало достаточную известность (с. 156–157).

В *Великобритании* специальных норм о средствах индивидуализации предприятий в законодательстве нет. В доктрине под КО понимают наименование, под которым действует предприятие. Охрана КО возможна только в рамках института недобросовестной конкуренции и деликта *«passing off»* – не как самостоятельных объектов прав, а лишь как элементов признанной клиентами репутации (*goodwill*) (с. 158). Для защиты иностранного КО необходимо, чтобы оно использовалось на территории Великобритании, например, компанией через свои агентства или представительства, снискав себе там репутацию в глазах клиентов, чтобы они ассоциировали КО с этой деятельностью. Если же иностранный правообладатель КО не ведет под ним деятельности на территории Великобритании и не имеет на ней клиентов, он не сможет претендовать на охрану своего КО, хотя бы оно было известным (с. 160). Защита может состоять в запрете использования КО, обяжании удалить его с продукции, в противопоставлении его товарному знаку и наименованию компании.

Автор делает вывод, что ни в одном из рассмотренных правопорядков КО не является полноценным объектом исключительных прав промышленной собственности (с. 161).

В *Испании* в условиях неясности законодательства судебная практика в прошлом исходила из слишком широкой трактовки: Верховный суд Испании многократно повторял, что правообладатель КО, зарегистрированного или используемого в стране Парижского союза, может претендовать на защиту прав на него в Испании вне зависимости от использования или регистрации в Испании. Таким образом, иностранные КО получали преимущества перед национальными (поскольку для охраны незарегистрированного национального КО требовалось доказать его использование в Испании). В доктрине такой подход критиковался (с. 162). Ситуация изменилась с принятием Закона 1988 г. о товарных знаках, в котором в качестве условия охраны иностранного КО в Испании было названо его использование на испанской территории. В результате иностранные и национальные КО были уравнены (с. 163). Действие

вующий закон о товарных знаках 2001 г. требует доказательства использования или хорошей известности иностранного КО на значительной части территории Испании в качестве условия для приравнивания иностранного КО к незарегистрированному испанскому.

Наличие института зарегистрированных КО вдобавок к товарным знакам (т.е. двух регистрируемых средств индивидуализации без значимых различий) автор характеризует как испанскую специфику. Такое дублирование ни к чему, считает автор, стоило бы отказаться от режима регистрируемого КО и охранять это средство индивидуализации в режиме противодействия недобросовестной конкуренции (с. 164–170).

## 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, кандидат юридических наук.

*Богданова Анастасия Михайловна* – студент РГУ нефти и газа (НИУ) им. И.М. Губкина.

*Галкина Анастасия Максимовна* – магистрант юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

*Данилов Иван Сергеевич* – аспирант кафедры предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова.

*Долгих Мария Геннадиевна* – доцент РГУ нефти и газа (НИУ) им. И.М. Губкина.

*Дорофеев Роман Сергеевич* – магистрант юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

*Жуковская Арина Александровна* – магистрант юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

*Иванова Ангелина Петровна* – выпускник МГУ им. М.В. Ломоносова, младший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН.

*Карелова Александра Денисовна* – студент юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

*Карцихия Александр Амиранович* – профессор РГУ нефти и газа (НИУ) им. И.М. Губкина, доктор юридических наук.

*Кулыба Дмитрий Романович* – студент РГУ нефти и газа (НИУ) им. И.М. Губкина.

*Леонард Филип Брайанович* – студент юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

*Коданева Светлана Игоревна* – старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

*Красиков Дмитрий Владимирович* – заведующий кафедрой международного права ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия», кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН.

*Певзнер Виктор Александрович* – студент юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

*Пиенова Анна Вячеславовна* – студент юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

*Рахматулина Римма Шамильевна* – доцент ФГБОУ ВО Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации (Финуниверситет), кандидат юридических наук.

*Руденкова Альбина Александровна* – студент юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

*Савина Виктория Сергеевна* – начальник отдела международных и просветительских проектов ФГБОУ ВО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности», кандидат юридических наук, доцент.

*Сапрыкин Михаил Иванович* – студент юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

*Харитонова Юлия Сергеевна* – профессор кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор.

*Червяков Андрей Сергеевич* – студент МГУ имени М.В. Ломоносова.

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

**Ежегодник**

**Выпуск 3**

Корректор О.В. Шамова  
Компьютерная верстка  
Н.М. Власова

Гигиеническое заключение  
№ 77.99.6.953.П.5008.8.99 от 23.08.1999 г.  
Подписано к печати 17/XI-2020 г. Формат 60x84/16  
Бум. офсетная № 1 Печать офсетная  
Усл. печ. л. 11,4 Уч.-изд. л. 9,97  
Тираж 300 экз. (1–100 экз. – 1-й завод)  
Заказ № 116

**Институт научной информации  
по общественным наукам  
Российской академии наук (ИНИОН РАН)**  
Нахимовский проспект, д. 51/21, Москва, 117418  
<http://inion.ru>, [https://instagram.com/books\\_inion](https://instagram.com/books_inion)

**Отдел маркетинга и распространения  
информационных изданий**  
Тел.: +7 (925) 517-36-91, +7 (499) 134-03-96  
e-mail: [shop@inion.ru](mailto:shop@inion.ru)

Отпечатано по гранкам ИНИОН РАН  
ООО «Амирит»  
410004, Саратовская обл., г. Саратов,  
ул. Чернышевского, д. 88, литер У