



United Nations  
Educational, Scientific and  
Cultural Organization

Организация  
Объединенных Наций по  
вопросам образования,  
науки и культуры



ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ  
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ



HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS  
NATIONAL RESEARCH UNIVERSITY

The UNESCO Chair on copyright  
and other intellectual property rights

Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву  
и другим правам интеллектуальной собственности



#### Главный редактор:

**М. А. Федотов** (Советник Президента Российской Федерации, Председатель Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, директор Научно-методического центра “Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности”, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации)

#### Редакционный совет:

**Ю. М. Батури**н (член-корреспондент РАН, доктор юридических наук, профессор), **И. Л. Бачило** (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации), **И. А. Бли**знец (доктор юридических наук, профессор), **М. М. Богу**славский (доктор юридических наук, профессор), **Ю. Л. Бо**шицкий (кандидат юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Украины), **Э. П. Га**врилов (доктор юридических наук, профессор), **М. А. Кра**снoв (доктор юридических наук, профессор), **А. Н. Ко**зырев (доктор экономических наук, профессор), **В. В. Ор**лова (доктор юридических наук, профессор), **М. И. Па**стухов (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Республики Беларусь), **С. В. По**тапенко (доктор юридических наук, профессор), **И. М. Ра**ссолов (доктор юридических наук, профессор), **А. П. Се**ргеев (доктор юридических наук, профессор), **Л. С. Си**мкин (доктор юридических наук, профессор), **В. Н. Си**нелъникова (доктор юридических наук, профессор), **С. В. Сте**пашин (доктор юридических наук, профессор), **А. А. Те**деев (доктор юридических наук, профессор), **И. Г. Ша**блинский (доктор юридических наук, профессор), **С. К. Ш**айхитдинова (доктор философских наук, профессор), **С. М. Ша**храй (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации)

# ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ  
КАФЕДРЫ ЮНЕСКО ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ  
И ДРУГИМ ПРАВАМ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

№ 1 (том XII)  
2013

Москва

Научный журнал “Труды по интеллектуальной собственности”  
зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи  
и массовых коммуникаций.

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-45963  
от 15 июля 2011 г. ISSN 2225-3475.

**Учредитель и издатель:**

АНО “Творческий Центр ЮНЕСКО”, г. Москва

**Адрес редакции:**

117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55А, каб. 112.  
Тел. +7-499-238-31-39

**Адрес для корреспонденции:**

119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, каб. 221, Кафедра ЮНЕСКО  
www.unescochair.ru  
unesco.chair.copyright@mtu-net.ru

Издается с 1999 г. (бюллетень “Труды по интеллектуальной  
собственности” зарегистрирован Госкомпечати России 28 мая 1999 г.,  
свидетельство № 018878). Журнал посвящен актуальным  
проблемам авторского права, информационного права,  
прав интеллектуальной собственности. Плата за публикацию  
материалов в журнале не взимается ни в какой форме.  
Все представленные материалы в обязательном порядке  
проходят научное рецензирование. Перепечатка статей  
без согласия правообладателей запрещена  
в соответствии с п. 3 ст. 1274 ГК РФ.

**Подписные индексы:**

Объединенный каталог “Пресса России” - 11287

© Составление.

Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и  
другим правам интеллектуальной собственности, 2013.

## ОГЛАВЛЕНИЕ

### ПРОБЛЕМЫ ДОКТРИНЫ

Батурин Ю. М. Феномен конституционности: 4  
правовое и нравственное измерения

### ИННОВАЦИИ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

Федотов М. А. Интеллектуальная собствен- 26  
ность и (или) интеллектуальные права: рас-  
крывающая скобки

Будник Р. А. Внимание пользователя – деньги 87

Гутникова А. С. Особенности защиты субъек- 108  
тивных гражданских прав при обороте ис-  
ключительных прав на программы для ЭВМ

или прав использования программ для ЭВМ  
Матвеев А. Г. Исключительность исключи- 129  
тельных авторских прав: семантические под-  
ходы и их критика

Дейнеко А. Г. К вопросу о новых видах 157  
контрафакции в российском праве

Макарцев А. А. Проблемы разрешения изби- 176  
рательных споров, осложненных нарушением  
законодательства об интеллектуальной соб-  
ственности

МАКАРЦЕВ А. А. Проблемы разрешения изби-  
рательных споров, осложненных нарушением  
законодательства об интеллектуальной соб-  
ственности

### ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Войниканис Е. А. Классическая немецкая 194  
философия в поисках обоснования авторского  
права: Кант, Гегель и Фихте

### ИНФОРМАЦИЯ И ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ

Околёснова О. А. Информационно-правовое 226  
регулирование общественного контроля в  
контексте развития новых информационно-  
коммуникационных технологий

### ЮРИДИЧЕСКИЙ АРХИВ

Синайский Э. Д. Об адвокатской этике 243

**А. Г. ДЕЙНЕКО**

*Российская государственная академия интеллектуальной собственности, аспирант (117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55А; тел.: (495) 330-10-83; inst@rgiis.ru)*

## **К ВОПРОСУ О НОВЫХ ВИДАХ КОНТРАФАКЦИИ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ**

**Ключевые слова:** контрафакция; интернет; авторское право; цифровое пиратство; интеллектуальное пиратство

**Аннотация:** Статья посвящена исследованию понятий «контрафакция», «цифровое пиратство», «интеллектуальное пиратство» – противозаконной деятельности, нарушающей авторские права.

XX век стал для человечества веком технических революций. Появление самолетов, телевидения и космических кораблей венчало изобретение и распространение Интернета. Сеть Интернет не только многократно ускорила процессы информационного обмена, но и привела к появлению новых видов развлечений, СМИ и даже произведений искусства. Применительно к последним сеть Интернет заставила по-новому взглянуть и на такое понятие, как «пиратство».

Понятие «пиратство» закреплено в современном российском федеральном законодательстве исключительно, как нападение на морские, или речные суда в целях завладения чужим имуществом, со-

пряженное с применением насилия<sup>1</sup>, но в то же время оно было знакомо науке авторского права и до появления сети Интернет. Сегодня, наряду с пониманием пиратства, как противозаконной деятельности, нарушающей авторские права, стали общеупотребимыми и такие термины, как «контрафакция», «цифровое пиратство», «интеллектуальное пиратство» и др.

В связи с этим целью данной статьи является анализ сущности пиратства в его современном авторско-правовом понимании<sup>2</sup>, а также его соотношения с другими терминами, применяемыми для обозначения нарушений в сфере авторского права. Для этого представляется целесообразным обратиться к первому упоминанию данного термина в нормативно-правовых актах.

Исследователи приписывают происхождение исследуемых терминов к английскому праву, где в 1710 г. в Статуте королевы Анны пиратство было впервые описано в авторско-правовом контексте<sup>3</sup>, а затем, в эпоху технической революции, в английском праве появилось и понятие контрафакта<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ст. 217 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (в ред. от 05 апреля 2013 г.) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

<sup>2</sup> Здесь и далее термин «пиратство» будет упоминаться исключительно в авторско-правовом смысле. – *Прим. авт.*

<sup>3</sup> В то же время в оригинальном тексте Статута термин «piracy» не встречается // <http://www.copyrighthistory.com>

<sup>4</sup> Дворянkin О. А. Что такое пиратство? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 2. С. 36.

Как представляется, мировое «признание» термин «пиратство» получил только в XIX в., будучи упомянутым в ст. 12 первоначальной редакции Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений<sup>1</sup> (далее – Бернская конвенция). Тем не менее, исследователи отмечают, что даже в своих первоначальных редакциях Бернская конвенция не налагала на государства-члены подробно изложенные обязательства в отношении проблемы пиратства<sup>2</sup>. В действующем тексте Бернской конвенции термин «пиратство» не упоминается, как и не встречается он в нормативных актах СССР. Советские правоведы для обозначения нарушения имущественных авторских прав использовали термин «контрафакция». Например, проф. Н. Д. Казанцев и С. Н. Братусь определяли контрафакцию, как «самовольное, вопреки воле автора, использование чужого произведения», но при этом разграничивали данное понятие и понятие плагиата, при котором виновный приписывает себе авторство на чужое произведе-

<sup>1</sup> «Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений» от 09 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.) // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9. Ст. 12 Бернской Конвенции в первоначальной редакции устанавливала, что «произведения, подвергшиеся пиратству, могут быть изъяты при ввозе в те страны Союза, где оригинальное произведение пользуется правовой охраной». – *Прим. авт.*

<sup>2</sup> *Пейнетьер Д. Живучесть пиратства и его последствия для творчества, культуры и устойчивого развития* // Материалы XIII сессии Межправительственного комитета UNESCO по авторскому праву. Париж: ЮНЕСКО, 2005. С. 15 // <http://unesdoc.unesco.org>

ние<sup>1</sup>. Толковый словарь Д. Н. Ушакова исходил из аналогичного понимания контрафакции, определяя ее, как нарушение авторского права, состоящее в «незаконной перепечатке чужого произведения»<sup>2</sup>.

Таким образом, можно сделать вывод, что в СССР понятие «контрафакция» рассматривалось и понималось, как нарушение имущественных авторских прав, понятие «плагиат» использовалось для обозначения нарушения неимущественных авторских прав, а понятие «пиратство» употреблялось исключительно в контексте международного морского права. Особняком в данном случае стоит Большая Советская Энциклопедия, которая понимала контрафакцию исключительно, как неправомерное использование известных товарных знаков и других обозначений<sup>3</sup>.

Вышеприведенное использование термина «контрафакция» применительно к патентному, а не авторскому праву свидетельствует о неоднозначности понимания данного термина и о некотором его размытии, сохранившемся и по сей день. Проф. Э. П. Гаврилов справедливо отмечает, что термин «контрафакция» иногда используется «для обозначения нарушений в сфере интеллектуальной собственности вообще», а в последнее время вместо

<sup>1</sup> Советский юридический словарь / Под ред. Н. Д. Казанцева, С. Н. Братусь и проч. М.: Госюриздат, 1953 // <http://www.determiner.ru>

<sup>2</sup> Толковый словарь русского языка: в 4-х тт. / Под ред. Д. Н. Ушакова. М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1935–1940 // <http://ushakovdictionary.ru>

<sup>3</sup> Большая советская энциклопедия. 3-е изд. М.: Советская энциклопедия, 1969–1978 // <http://slovari.yandex.ru>

данного термина часто применяется термин «пиратство»<sup>1</sup>.

Причина подобного размытия названных понятий на наш взгляд, заключается в отсутствии легального закрепления их признаков. Термин «контрафакция» отсутствует в современном российском законодательстве об авторском и смежных правах, но в то же время статьи Гражданского кодекса РФ<sup>2</sup> (далее – ГК РФ), посвященные обеспечению исков по делам о нарушении авторских и смежных прав, говорят о контрафактных экземплярах произведения<sup>3</sup>, а Федеральный закон «Об обращении лекарственных средств» содержит определение контрафактного лекарственного средства<sup>4</sup>.

В современной литературе встречается и более узкое понимание, когда под контрафакцией понимается «товар, который юридически не может быть введен в оборот в силу правовых, техниче-

<sup>1</sup> Гаврилов Э. П. Энциклопедия юриста. М., 2005 // <http://dic.academic.ru>

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (в ред. от 08 декабря 2011 г.) // Российская газета. 2006. 22 декабря. № 289.

<sup>3</sup> Ст.ст. 1302 и 1312 ГК РФ.

<sup>4</sup> П. 39 ст. 4 Федерального закона «Об обращении лекарственных средств» от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ (в ред. от 25 декабря 2012 г.) называет контрафактным такое лекарственное средство, которое находится в обороте с нарушением гражданского законодательства. – Прим. авт.

ских, или иных ограничений»<sup>1</sup>. То есть, сегодня можно говорить о широком и узком понимании понятия контрафакции. В целом, наличие в цивилистической доктрине нескольких подходов к пониманию контрафакта характерно не только для нашей страны, но и для целого ряда европейских стран<sup>2</sup>. Второй подход представляется не вполне корректным, поскольку в таком случае целый ряд устоявшихся юридических понятий – таких, как «контрафактный товар», «контрафактный экземпляр произведения» и др., оказываются лишеными всякого смысла.

Понятие пиратства как уже говорилось выше, не нашло своего отражения в федеральном законодательстве об авторском и смежных правах, но в то же время довольно часто встречается в отдельных отраслевых, подзаконных и региональных нормативно-правовых актах<sup>3</sup>. К сожалению и в указанной категории источников отсутствует легальное определение пиратства.

Таким образом, попытка сопоставить пиратство и контрафакцию – два юридических понятия, не

<sup>1</sup> Толмачев Ю. Н. О соотношении понятий «контрафакция» и «интеллектуальное пиратство» в законодательстве России и зарубежных стран // Вестник Московского университета МВД России. 2009. № 6. С. 186–188.

<sup>2</sup> Пирогова В. В. Контрафакт и пиратство: вопросы теории и практики // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2010. № 2. С. 12–20.

<sup>3</sup> Постановление Правительства Москвы от 30 августа 2005 г. № 651-ПП (в ред. от 02 апреля 2013 г.) «О ходе реализации Городской целевой программы «Электронная Москва» и задачах на 2006–2007 гг.» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2005. 12 сентября. № 51.

имеющих легальных определений – по сути, зависит от субъективного взгляда на содержание указанных понятий. Так, С. В. Сухоставец выдвигает тезис о том, что «понятия «контрафакция» и «интеллектуальное пиратство» соотносятся между собой, как общее и особенное. Т. е. всякое интеллектуальное пиратство представляет собой контрафакцию, в то время, как не всякая контрафакция является интеллектуальным пиратством»<sup>1</sup>. Данная точка зрения может быть обусловлена тем, что понятие «контрафактная продукция» сегодня применяется и для произведений, распространяемых с нарушением авторских прав, и для товаров (работ и услуг), обозначенных известными товарными знаками (знаками обслуживания) без надлежащих на то полномочий. При таком подходе можно предположить, что наряду с интеллектуальным пиратством могут существовать и иные виды пиратства (например, патентное), которые в своей совокупности составляют виды контрафакции. А, следовательно, правомерно поставить вопрос о выделении видовых категорий в понятиях пиратства и контрафакции.

Ю. В. Трунцевский выделяет четыре вида интеллектуального пиратства: видеопиратство, аудиопиратство, изготовление нелегального программного обеспечения и литературное пират-

<sup>1</sup> Сухоставец С. В. Интеллектуальное пиратство и контрафактная продукция на потребительском рынке: понятие и виды // Вестник Российской государственной академии интеллектуальной собственности и Российского авторского общества. 2012. № 3. С. 87–96.

ство<sup>1</sup>. С данной классификацией не во всем можно согласиться, однако использование в качестве классификационного критерия вида объекта интеллектуальной собственности представляется вполне оправданным, с той лишь оговоркой, что данный критерий может быть не единственным. В первую очередь, хотелось бы применить данный критерий не к понятию пиратства, а к более широкому понятию контрафакции. Полагаем возможным выделить следующие виды контрафакции:

– патентная контрафакция – нарушение исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, охраняемые патентами;

– авторско-правовая контрафакция, или интеллектуальное пиратство – нарушение исключительных прав на объекты авторских и смежных прав;

– контрафакция средств индивидуализации, или «брендовая контрафакция» – нарушение исключительных прав на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий;

– контрафакция топологий интегральных микросхем.

Указанная классификация не включает в себя контрафакцию единых технологий в связи с тем, что они, являясь самостоятельным объектом интеллектуальной собственности, в то же время представляют собой совокупность вышеназванных объектов интеллектуальной собственности, а так-

<sup>1</sup> Трунцевский Ю. В. Интеллектуальное пиратство: гражданско-правовые и уголовно-правовые меры противодействия. М., 2002. С. 126.

же технических данных, информации и др.<sup>1</sup> Также объектом контрафакции вряд ли могут быть сведения, составляющие секрет производства (ноу-хау), поскольку для нарушения исключительных прав на данные сведения, они должны стать известны третьим лицам, а правовая охрана ноу-хау в таком случае прекращается<sup>2</sup>. Таким образом, в отношении ноу-хау можно говорить не о нарушении исключительных прав, а о нарушении режима конфиденциальности, что само по себе не является контрафакцией.

Переходя к классификации пиратства по видам объектов авторских и смежных прав, представляется более правильным называть не 4 вида, предложенные Ю. В. Трунцевским, а 11 видов групп объектов авторских прав и 5 видов объектов смежных прав, которые поименованы в ГК РФ<sup>3</sup>. В то же время, даже если перечень будет насчитывать 16 видов, он все равно не будет полным, поскольку перечень видов объектов авторских и смежных прав, указанный в ГК РФ, не является исчерпывающим.

Указанную классификацию можно сделать более емкой, выделив два вида – аналоговое и цифровое пиратство. Необходимо отметить, что ГК РФ говорит только о необходимости существования произведений и объектов смежных прав в объективной форме для их правовой охраны, и не говорит о цифровой форме произведений. Однако два ука-

<sup>1</sup> П. 1 ст. 1542 ГК РФ.

<sup>2</sup> П. 2 ст. 1468 ГК РФ.

<sup>3</sup> Данные перечни приводятся в п.1 ст. 1259 и п.1 ст. 1304 ГК РФ.

занных вида имеют принципиальные различия в механизмах реализации, а главное, поиска виновных лиц и их привлечения к ответственности. Если ущерб, причиненный правообладателю аналоговым пиратством, можно подсчитать, опираясь на фактически изготовленное количество контрафактных произведений, или изделий, то цифровое пиратство по своей сути является абсолютно эфемерным явлением. Да и количество граждан, хотя бы раз скачивавших нелегальные произведения, программы для ЭВМ и другие объекты авторских и смежных прав, несоизмеримо больше количества лиц, изготавливающие контрафактные копии произведений. В этой связи можно говорить и о двух категориях «пиратов» – «оффлайн-пираты» и «онлайн-пираты», хотя данные понятия являются скорее, сленговыми, нежели научными.

В качестве еще одного актуального критерия классификации можно назвать мотивы, которыми руководствуются нарушители исключительных прав. ГК РФ не упоминает мотива правонарушения в качестве условия наступления ответственности за контрафакцию, но в то же время он зачастую может иметь принципиальное значение. По критерию мотива правонарушения предлагается выделить следующие виды контрафакции:

– коммерческая контрафакция – нарушение исключительных прав, направленное на извлечение прямой имущественной выгоды за счет реализации контрафактного товара как в информационно-телекоммуникационных сетях, так и в реальном мире;

– неимущественная контрафакция – нарушение исключительных прав в целях получения неимущественной выгоды, например, в сфере науки и образования. Данная контрафакция выделена в отдельный вид по той причине, что нарушитель получает неимущественную выгоду в виде защиты научной работы, публикации статьи и т. п., вследствие чего деловой (научной) репутации автора произведения причиняется ущерб;

– некоммерческая контрафакция – нарушение исключительных прав, при котором нарушитель использует объект авторских, или смежных прав в личных целях, не преследуя цели извлечения прибыли. Данный вид контрафакции является наиболее распространенным, а нарушители привлекаются к ответственности напротив, крайне редко.

Первые два вида контрафакции, несомненно, представляют собой наибольшую общественную опасность, прежде всего, в силу необоснованного получения выгоды нарушителями авторских прав. Вместе с тем, сегодня в сети Интернет получают широкое распространение новые виды произведений, при которых зачастую бывает трудно установить наличие, или отсутствие причиненного правообладателю ущерба. К ним относятся т. н. фанфики, моды, меш-апы и другие аналогичные произведения, которые изготавливаются пользователями сети Интернет на основе оригинальных произведений. Пользователи при этом не преследуют целей извлечения прибыли, а создают данные произведения из любви к творчеству писателя, музыкального коллектива, или разработчика игр. Остановимся



подробнее на нескольких видах таких произведений.

«Фанфиками» (от англ. "fan fiction") называют литературные произведения, при которых читатель «заимствует» у автора литературных персонажей, место действия и переделывает окончание произведения, дописывает новые главы, или вообще создает отдельное литературное произведение. Широкою известностью фанфики получили в среде поклонников многотомных фантастических произведений, таких как «Гарри Поттер», «Властелин колец», «Звездные войны» и др. Например, перед мировой премьерой последней (седьмой) части саги о Гарри Поттере, в сети Интернет появились собственные варианты этой книги, написанные самими читателями, а объем отдельных версий книги превышал 500 страниц печатного текста. При этом одним из главных условий негласного «кодекса поведения» авторов фанфиков является безвозмездность: в сети Интернет считается дурным тоном взимать плату за прочтение, или скачивание фанфиков, даже если автор потратил на ее написание несколько месяцев.

Меш-апы получили свое распространение в сфере электронной музыки. Авторы музыкальных произведений в данной сфере довольно часто используют в своих произведениях мелодии, или вокальные партии известных исполнителей, это явление получило название ремикширования. Меш-апы отличаются от ремиксов тем, что автор представляет слушателю не собственную версию оригинального произведения, а оригинально соединенные вокальные и музыкальные партии нескольких

произведений. Иногда меш-апы строятся на авторском исполнении песен одного исполнителя «в стиле» другого исполнителя, или группы. Например, большую популярность в сети Интернет получили альбомы безымянного коллектива, обладающего голосами, «сходными до степени смешения» с голосами группы "The Beatles". Однако данный коллектив исполняет песни не «Ливерпульской четверки», а песни Элвиса Пресли, группы "Queen" и т. п. В результате получается продукт из серии «как бы Beatles исполнили песни Элвиса». В данном случае очевидно, что творчество данного коллектива не посягает ни на творчество Элвиса Пресли, ни на творчество группы Битлз, а представляет собой самостоятельные произведения, исполненные на основе оригинальной концепции.

Произведения, называемые «моды», получили свою известность в мире компьютерных игр и по своей природе во многом схожи с фанфиками. Поклонники игр, владеющие языками программирования, декомпилируют компьютерную программу и встраивают в ее исходный код новые объекты, в результате чего у компьютерного персонажа может появиться новое оружие, амуниция, или качества, которых изначально не было предусмотрено разработчиками игры. К играм, которые проходятся в режиме «карьеры» авторы модов добавляют новые миссии, задания и т. п. После этого авторы делятся своими доработками с другими пользователями, таким образом, что любое третье лицо, легально (или нелегально) установившее себе компьютерную игру, может бесплатно скачать себе

дополнение (мод) к игре и наслаждаться новыми ощущениями.

Отношение авторов и правообладателей к такой активности пользователей не всегда однозначно, но как правило, многие из них это косвенно поощряют. К примеру, Джоан Роулинг (автор произведений о Гарри Поттере) публикует наиболее интересные фанфики своих читателей на собственном сайте в сети Интернет. Подобная деятельность вполне может быть выделена в отдельный вид, который можно было бы условно назвать «креативный плагиат». Впрочем, такое выделение может иметь место только в том случае, если деятельность авторов фанфиков и иных аналогичных произведений будет в принципе признаваться нарушением исключительных прав.

Действующее российское законодательство и судебная практика пока не дают ответа на этот вопрос. С точки зрения ГК РФ все названные объекты авторских прав можно было бы квалифицировать, как производные произведения, поскольку перечень их видов является незакрытым<sup>1</sup>. В таком случае авторы данных произведений в силу ч. 3 ст. 1260 ГК РФ должны получать разрешение у авторов исходных произведений на использование их фрагментов. Однако фанфики, меш-апы, моды и другие аналогичные произведения могут быть квалифицированы и как пародии, которые законодатель выделил в качестве отдельного вида произведений.

Выбор в данном случае стоит не только между двумя вариантами правовой квалификации произ-

<sup>1</sup> П. 1 ст. 1260 ГК РФ.

ведений, но и между тем, считать такое творчество контрафакцией, или нет. Ведь если исходить из того, что авторы фанфиков и других аналогичных произведений крайне редко обращаются к правообладателям за разрешением на переработку произведения, то квалификация фанфика как производного произведения автоматически влечет за собой признание его контрафактным. Квалификация фанфиков в качестве пародий напротив, автоматически делает их легальными, поскольку создание пародии является случаем свободного использования произведений и не требует разрешения автора, или правообладателя<sup>1</sup>.

В отсутствие четкого законодательного разграничения фактически, вопрос о привлечении авторов фанфиков и иных аналогичных произведений к ответственности остается на усмотрение автора, или правообладателя. Более того, теоретически можно представить ситуацию, при которой автор может одобрить и даже опубликовать фанфик, созданный поклонником на основе его произведения, в то время как издательство, обладающее исключительными правами на оригинальное произведение, предъявит к автору фанфика судебный иск.

Наиболее оптимальным критерием разграничения пародий и производных произведений применительно к указанным видам произведений представляется уже упоминавшийся критерий мотивации гипотетического нарушителя. Ведь если автор подобных произведений создает их лишь для того, чтобы затем продавать под видом оригинальных произведений, вред, причиняемый авторам ориги-

<sup>1</sup> В силу п. 3 ст. 1274 ГК РФ.

нального произведения, очевиден, хотя и не бесспорен. Но как правило, новые музыкальные, или литературные произведения, распространяясь в сети Интернет, только подогревают интерес пользователей к оригинальному произведению и приводят к росту его продаж. Если же автор распространяет произведение на безвозмездной основе и упоминает о том, что в произведении были использованы не принадлежащие ему объекты авторских и смежных прав, то в данном случае вообще сложно говорить о каком бы то ни было негативном влиянии на автора оригинального произведения.

Немаловажную роль играет и субъект, изготовивший новое произведение. По смыслу ст. 1260 ГК РФ, производные произведения как правило, создаются профессионалами в своем деле – профессиональными переводчиками, аранжировщиками, и т. п. Лицо, профессионально занимающееся деятельностью по созданию объектов авторских и смежных прав, и извлекающего из этого имущественную выгоду безусловно, должно более внимательно относиться к соблюдению норм российского законодательства о защите интеллектуальной собственности. Признавая существование пародий, как самостоятельного жанра профессиональной эстрадной деятельности, необходимо все же отметить, что рассмотренные выше произведения создаются, как правило, любителями, имеющими профессиональные познания в некоторой области, но не занимающихся созданием объектов авторских и смежных прав на профессиональной основе. Возможно, в данном случае стоит говорить

даже не о пародировании, а о подражании автору со стороны его поклонника.

Как видим, вопрос о современном понимании понятия контрафакта, выходит далеко за рамки понятийного аппарата авторского права, и имеет высокую практическую значимость. Это и вопросы противодействия очевидным нарушениям исключительных прав, совершенным с использованием информационно-телекоммуникационных сетей. Но это и вопросы появления в сети Интернет новых видов произведений, которые пока не нашли однозначной правовой регламентации, и находятся где-то посередине между производными и пародийными произведениями.

Существование таких произведений не только позволяет сделать вывод о необходимости выделения новых видов объектов авторских и смежных прав, но и позволяет говорить о появлении нового вида контрафакции – так называемого «креативного пиратства». Выделяя новые категории в области нарушений авторских и смежных прав, правовая наука должна задуматься и о выработке новых способов противодействия таким нарушениям. Что в свою очередь, позволяет поставить вопрос о необходимости правовой регламентации описанных в данной статье явлений.

#### **Список использованных источников:**

1. *Дворянкин О. А.* Что такое пиратство? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 2.

2. «Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений» от 09 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.) // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9.

3. *Пейнетьер Д.* Живучесть пиратства и его последствия для творчества, культуры и устойчивого развития // Материалы XIII сессии Межправительственного комитета UNESCO по авторскому праву. Париж: ЮНЕСКО, 2005.

4. Советский юридический словарь / Под ред. Н. Д. Казанцева, С. Н. Братусь и проч. М.: Госюриздат, 1953 // <http://www.determiner.ru>

5. Толковый словарь русского языка: в 4-х тт. / Под ред. Д. Н. Ушакова. М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1935–1940 // <http://ushakovdictionary.ru>

6. Большая советская энциклопедия. 3-е изд. М.: Советская энциклопедия, 1969–1978 // <http://slovari.yandex.ru>

7. *Гаврилов Э. П.* Энциклопедия юриста. М., 2005 // <http://dic.academic.ru>

8. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (в ред. от 08 декабря 2011 г.) // Российская газета. 2006. 22 декабря. № 289.

9. *Толмачев Ю. Н.* О соотношении понятий «контрафакция» и «интеллектуальное пиратство» в законодательстве России и зарубежных стран // Вестник Московского университета МВД России. 2009. № 6.

10. *Пирогова В. В.* Контрафакт и пиратство: вопросы теории и практики // Интеллектуальная соб-

ственность. Авторское право и смежные права. 2010. № 2. С. 12–20.

11. Постановление Правительства Москвы от 30 августа 2005 г. № 651-ПП (в ред. от 02 апреля 2013 г.) «О ходе реализации Городской целевой программы «Электронная Москва» и задачах на 2006–2007 гг.» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2005. 12 сентября. № 51.

12. *Сухоставец С. В.* Интеллектуальное пиратство и контрафактная продукция на потребительском рынке: понятие и виды // Вестник Российской государственной академии интеллектуальной собственности и Российского авторского общества. 2012. № 3.

13. *Трунцевский Ю. В.* Интеллектуальное пиратство: гражданско-правовые и уголовно-правовые меры противодействия. М., 2002.