

## Уровень требований к творческому характеру произведения в отечественном юридическом дискурсе\*

Андрей Васильевич Кашанин\*\*

### Судебная практика после вступления в силу части четвертой ГК РФ

Отечественная судебная практика в период после вступления в силу части четвертой ГК РФ, с одной стороны, демонстрирует нечувствительность к приведенной выше абстрактной аргументации, однако, с другой, будучи вынужденной реагировать на конкретные практические проблемы и противоречия, вырабатывает взвешенные позиции по ключевым вопросам о применяемых критериях охраноспособности, уровне требований к творческому характеру произведений, распределению бремени доказывания.

Прежде всего, отметим, что существенное влияние на судебную практику оказало принятие 26 марта 2009 г. совместного постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 5/29, цитированный выше п. 28 которого недвусмысленно ориентирует суды на использование критерия самостоятельной созидательной деятельности, а также вводит презумпцию творческого характера результата. Следует согласиться с высказанным ранее в литературе мнением, что ни предлагаемая в постановлении интерпретация критерия творчества, ни тем более указанная презумпция прямо не вытекают из соответствующих положений ст.ст. 1257–1259 ГК РФ: понятие результата творческого труда допускает различные толкования, а из презумпции

авторства нельзя вывести презумпцию творческого характера результата. В этом смысле разъяснения высших судов в стремлении оказать регулирующее воздействие заходят явно дальше, чем это могло бы считаться толкованием (разъяснением) законодательства.

Попробуем проанализировать, насколько суды нижестоящих инстанций и сами высшие суды при принятии решений по конкретным спорам ориентируются на указанное постановление в следующих вопросах: уровень требований к творческому характеру произведений, используемые критерии охраноспособности, допустимость одновременной охраны созданных параллельно произведений, распределение бремени доказывания творческого характера.

Сразу отметим, что, несмотря на недвусмысленность формулировки п. 28 совместного постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 5/29 (далее – постановление № 5/29), решения судов по конкретным делам далеко не всегда соответствуют предусмотренным им положениям.

*Критерии охраноспособности.* Наиболее распространенным способом обоснования статуса спорного результата как объекта авторского права является использование ссылок на п. 1 ст. 1259 ГК РФ, предусматривающий виды объектов авторских прав<sup>1</sup>. При этом методология отнесения

\* Продолжение. Начало см.: Законы России: опыт, анализ, практика». 2012. № 9. С. 92–102. Данная работа выполнена в порядке реализации проекта «Исследование проблем эффективности охраны результатов интеллектуальной деятельности посредством механизма предоставления авторских прав» в рамках Федеральной целевой программы «Научные и научно-педагогические кадры инновационной России» на 2009–2013 гг. Работа выполнена с использованием СПС «КонсультантПлюс».

\*\* Кандидат юридических наук, заместитель директора Института правовых исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ).

<sup>1</sup> См., например: Определение ВАС РФ от 8 февраля 2012 г. № ВАС-100/12; определение ВАС РФ от 5 декабря 2011 г. № ВАС-13931/11; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 19 марта 2012 г. по делу № А31-4368/2011; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 26 сентября 2011 г. по делу № А17-4872/2010; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 13 августа 2010 г. по делу № А29-5892/2009; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 16 июня 2010 г. по делу № А43-40479/2009; постановление ФАС Московского округа от 3 ноября 2011 г. по делу № А41-44971/10; постановление ФАС Московского округа от 20 июля 2011 г. № КГ-А40/6477-11-1,2; постановление ФАС Северо-Западного округа от 24 февраля 2011 г. по делу № А56-14726/2010; постановление ФАС Северо-Западного округа от 16 февраля 2011 г. по

результата к поименованному виду произведения («попадание в тип произведения») крайне редко совмещается с содержательной дискуссией о соответствии результата критериям охраноспособности<sup>2</sup> и используется, как правило, если ответчик не выдвигает возражений, связанных с неохраноспособностью объекта либо суд при оценке доказательств не находит оснований сомневаться в способности объекта к авторско-правовой охране.

Это подтверждает тот тезис, что в основе метода отнесения к типу произведения лежат абсолютно иные методологические принципы (отсылка к внеюрисдикционным конвенциям о понятии произведения), нежели используются при анализе соответствия результата общим признакам охраноспособного произведения<sup>3</sup>, а потому за включением в мотивировочную часть судебного решения отсылки к типу произведения в действительности может скрываться применение судом любого критерия охраноспособности и любого уровня требований к творческому характеру произведения. Отличие этого метода – как раз в использовании открытых понятий произведения, не сопровождающегося постановкой вопроса о его соответствии критериям охраноспособности.

Поэтому при попытке установить из текста таких решений (где отсутствуют прямые указания на критерии охраноспособности), из какого стандарта охраноспособности исходил суд, приходится основываться на следующих дополнительных посылках. Мы исходим из того, что вне зависимости от используемых формулировок и деклараций главным индикатором применения критерия самостоятельной созидательной деятельности (в отличие от критерия новизны) является отношение к случаям параллельного независимого твор-

делу № А56-13796/2010; постановление ФАС Уральского округа от 15 марта 2012 г. № Ф09-203/12; постановление ФАС Уральского округа от 13 марта 2012 г. № Ф09-121/12; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 15 ноября 2011 г. по делу № А11-7400/2010; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27 апреля 2010 г. № 09АП-6423/2010-ГК; определение Московского городского суда от 8 февраля 2011 г. по делу № 33-1686.

<sup>2</sup> Можно указать лишь на единичные решения, когда за спором о соответствии типу произведения в действительности стояла дискуссия о соответствии результата критерию охраноспособности (и уровню требований к творческому характеру). См. п. 1 Обзора Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 декабря 2007 г. № 122.

<sup>3</sup> Об этом см.: *Кашанин А.В.* Развитие механизма демаркации в авторском праве континентальной Европы // Вестник гражданского права. 2011. № 3.

чества: если суды признают авторские права на такие объекты за каждым из создателей (и вообще принимают доводы, связанные с самостоятельным созданием объекта), т.е. основания говорить о применении первого из упомянутых критериев. Если же вопрос о возможности самостоятельного параллельного творчества не рассматривается, соответствующие доводы ответчиков отклоняются по основаниям, не связанным с доказыванием факта самостоятельного творчества, если совпадения спорных объектов сами по себе рассматриваются в качестве основания для вывода о наличии заимствований (о производном характере произведения) и, соответственно, о нарушении прав, то можно утверждать, что суды применяют критерий новизны. Наконец, использование критерия уникальности произведения по меньшей мере не позволяет признавать охраноспособными неновые произведения, а по сути в спорных случаях должно сопровождаться обсуждением вопроса о возможности независимого создания произведения, в том числе о факторах, которые делают такое создание весьма вероятным.

Анализ массива судебных решений различных инстанций показывает, что преобладающей тенденцией в последние годы является, помимо использования метода «попадания в тип», прямое указание на предусмотренную постановлением № 5/29 презумпцию творческого характера произведений и несущественность признаков новизны и оригинальности<sup>4</sup>. Однако, по нашей оценке, в большинстве своем это касается достаточно очевидных случаев, когда предметом рассмотрения являются традиционные результаты, для которых характерен высокий уровень творческого характера (крупные литературные произведения<sup>5</sup>, аудиовизуальные произведения<sup>6</sup>)

<sup>4</sup> См.: Постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2011 г. № КГ-А40/2017-11-4; определение Московского городского суда от 17 августа 2011 г. по делу № 4г/1-7255; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14 ноября 2011 г. № 09АП-27804/2011-ГК, 09АП-27909/2011-ГК; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 сентября 2011 г. № 09АП-19512/2011-ГК; постановление ФАС Уральского округа от 19 марта 2012 г. № Ф09-1009/12; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 19 марта 2012 г. по делу № А31-4368/2011; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14 ноября 2011 г. № 09АП-27804/2011-ГК, 09АП-27909/2011-ГК.

<sup>5</sup> См.: Определение Московского городского суда от 17 августа 2011 г. по делу № 4г/1-7255.

<sup>6</sup> См.: Определение ВАС РФ от 5 декабря 2011 г. № ВАС-13931/11; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 19 марта 2012 г. по делу № А31-4368/2011.

либо когда бесспорен факт копирования чужого результата (например, когда воспроизведено более 130 фотографий<sup>7</sup>). Применение критерия самостоятельной созидательной деятельности и презумпции творческого характера произведения (не оспровергаемой указанием на отсутствие новизны и оригинальности) в отношении объектов *kleine Münze* (включая небольшие части произведений, где с большой долей вероятности воспроизводится всеобщее достояние) также встречается, но все же нечасто<sup>8</sup>. Как правило, это имеет место, когда ответчик не оспаривает творческий характер спорного объекта либо вообще не приводит доказательств в обоснование своей позиции.

В такого рода трудных случаях с произведениями *kleine Münze* суды не реже прямо отходят от предписаний п. 28 постановления № 5/29 и находят основания для отказа истцу в иске. При этом если в одних случаях основанием для этого выступают п. 5, пп. 4 п. 6 и п. 7 ст. 1259 ГК РФ (об этом ниже), то в других суды прямо ссылаются на отсутствие у таких произведений либо их элементов новизны, оригинальности, уникальности<sup>9</sup>. Наше объяснение заключается в следую-

<sup>7</sup> См.: Определение ВАС РФ от 8 февраля 2012 г. № ВАС-100/12;

<sup>8</sup> См.: Постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2011 г. № КГ-А40/2047-11-4; постановление ФАС Московского округа от 31 октября 2011 г. по делу № А40-7067/11-110-57; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14 ноября 2011 г. № 09АП-27804/2011-ГК, № 09АП-27909/2011-ГК; постановление ФАС Уральского округа от 19 марта 2012 г. № Ф09-1009/12.

<sup>9</sup> При этом сохраняется тенденция к одновременному использованию указанных критериев, основанных на несовместимых теоретических посылах (не все, что является новым, может считаться уникальным; все оригинальное (т.е. где проявилась индивидуальность автора) и уникальное по определению является новым (признак новизны не нужен)). См.: Постановление ФАС Уральского округа от 11 июля 2008 г. № Ф09-4849/08-С6 по делу № А07-8108/2006, оставленное в силе определением ВАС РФ от 17 октября 2008 г. № 12879/08; постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2012 г. по делу № А40-133968/09-27-952; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2011 г. № 09АП-27014/2011-ГК; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 ноября 2010 г. № 09АП-5916/2008-ГК (впоследствии отменено); постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27 декабря 2011 г. № 09АП-31934/2011-ГК; определение ВАС РФ от 15 июня 2010 г. № ВАС-5413/10; постановление ФАС Московского округа от 19 января 2010 г. № КГ-А41/13081-09; постановление ФАС Северо-Западного округа от 6 июля 2010 г. по делу № А56-35168/2009; определение Московского городского суда от 26 ноября 2010 г. по делу № 33-36846; постанов-

щем. Критерий самостоятельной созидательной деятельности безболезненно может применяться в отношении традиционных высокотворческих произведений. Произведения с незначительным уровнем творческого характера (либо, что по сути то же самое, – достаточно небольшие части произведений) в большей степени основаны на использовании всеобщего достояния. В этой связи безоговорочное признание таких произведений объектами авторского права влечет монополизацию всеобщего достояния (даже в слабой форме – при признании параллельного творчества). Судами ощущается неприемлемость ограничения возможностей общества по использованию всеобщего достояния (в споре это выразилось бы в возложении на ответчика имущественной ответственности). В этой связи суды используют имеющиеся средства для отказа в иске. Если по различным причинам оказываются неприменимы указанные выше нормы ГК РФ (например, если произведение в целом является банальным и тривиальным, воспроизводит всеобщее достояние), то в отсутствие иных инструментов судам приходится повышать стандарты охраноспособности и возлагать бремя доказывания творческого характера произведения на истца<sup>10</sup>.

Отношение судебной практики к *параллельному творчеству*, являющееся практическим индикатором применения концепций самостоятельной созидательной деятельности либо новизны, практически однозначное. В подавляющем большинстве споров по поводу объекта *kleine Münze* (т.е. когда факт копирования вовсе неочевиден, а сходный объект мог быть создан ответчиком самостоятельно) совпадение (сходство) между результатами интеллектуальной деятельности истца и ответчика рассматривается как достаточное основание для вывода о наличии неправомерных заимствований и нарушении прав истца<sup>11</sup>. Как

ление Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 сентября 2009 г. № 09АП-13024/2009.

<sup>10</sup> Этот результат нельзя считать удивительным, поскольку именно напряжение между снижением стандартов охраноспособности и опасностью монополизации всеобщего достояния определяло содержание дискурса об уровне требований к творческому характеру произведений в большинстве правоупорядков. Poleмика в отечественной литературе пока вообще практически обходит вниманием вопросы обеспечения общественных возможностей в осуществлении творческой деятельности и недопустимости монополизации всеобщего достояния.

<sup>11</sup> См.: Постановление ФАС Уральского округа от 11 июля 2008 г. № Ф09-4849/08-С6 по делу № А07-8108/2006,

правило, возможность параллельного творчества даже не рассматривается<sup>12</sup>, причем далеко не всегда по вине ответчика (т.е. не всегда он признает факт копирования либо не выдвигает возражений, связанных с использованием всеобщего достояния). Более того, в одном из решений суд квалифицирует использование результатов, которые сам же признал относимыми к всеобщему достоянию, как нарушение прав истца на произведение в целом<sup>13</sup>.

Таким образом, следует констатировать, что вопреки прямым ссылкам на п. 28 постановления № 5/29 суды в большинстве случаев на практике придают решающее значение критерию новизны. В единичных случаях можно констатировать признание независимых авторских прав на созданные параллельно идентичные произведения и, соответственно, использование критерия самостоятельной созидательной деятельности<sup>14</sup>. В ряде случаев суды прямо предъявляют к объекту совокупность требований новизны, оригинальности и уникальности.

*Уровень требований к творческому характеру произведений.* Достаточно противоречивая картина складывается при анализе предъявляемых судами требований к уровню творческого характера произведений. С одной стороны, можно констатировать, что применение п. 28 постановления № 5/29 во многих случаях приводит по факту к снижению уровня требований, поскольку презумпция творческого характера произведения вкуче с отказом от проверки их соответствия критериям новизны, оригинальности и уникальности создает предпосылки для признания автор-

ских прав на результаты *kleine Münze*, вплоть до банальных и тривиальных<sup>15</sup>. Также максимальному расширению сферы авторского права за счет произведений *kleine Münze* способствует крайняя редкость постановки в судебном заседании вопроса о воспроизведении всеобщего достояния. И действительно, в преобладающем перечне случаев к произведению применяется крайне невысокий стандарт охраноспособности, во многих случаях даже при наличии спора о статусе результата как объекта авторского права.

С другой стороны, во многих спорных случаях, особенно когда ответчики выдвигают возражения, связанные с нетворческим характером произведения ответчика, суды часто эксплицитно исходят из более высокого уровня требований, связанного, прежде всего, с применением критериев новизны, оригинальности и уникальности (см. выше), в том числе перекидывая бремя доказывания на истца (об этом см. ниже), а также указывают, что охраноспособное произведение не может иметь сугубо технический либо информационный характер, сводиться к воспроизведению находящихся во всеобщем достоянии идей (см. ниже)<sup>16</sup>.

Случаи, когда суды прямо детализируют уровень требований к творческому характеру отдельных видов произведений, немногочисленны, поэтому чаще всего приходится делать выводы об уровне требований по косвенным данным (характеру спорного объекта, используемым критериям и инструментам, связанным с фиксацией воспроизведения всеобщего достояния, ссылкам на иные обстоятельства). Тем не менее попробуем проанализировать и обобщить данные требования в разрезе конкретных видов произведений.

Отметим, что суды крайне редко выдвигают специальные требования к охраноспособности традиционных высокотворческих произведений, прежде всего литературных, аудиовизуальных,

оставленное в силе определением ВАС РФ от 17 октября 2008 г. № 12879/08; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 сентября 2009 г. № 09АП-13024/2009; постановление ФАС Уральского округа от 1 сентября 2011 г. № Ф09-5444/11; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 20 октября 2008 г. по делу № А43-4663/2008-7-119.

<sup>12</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2011 г. № 09АП-27014/2011-ГК; определение ВАС РФ от 19 марта 2012 г. № ВАС-2851/124; постановление ФАС Уральского округа от 26 декабря 2011 г. № Ф09-8434/11.

<sup>13</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31 января 2011 г. № 09АП-32015/2010.

<sup>14</sup> Причем это делается не напрямую, в ряде случаев такой вывод требует предварительной интерпретации судебных решений. См.: Постановление ФАС Уральского округа от 1 сентября 2010 г. № Ф09-6166/10-С6; постановление ФАС Уральского округа от 26 января 2012 г. № Ф09-9135/11; постановление ФАС Московского округа от 25 мая 2009 г. № КГ-А40/1594-09.

<sup>15</sup> См.: Постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2011 г. № КГ-А40/2047-11-4; постановление ФАС Московского округа от 31 октября 2011 г. по делу № А40-7067/11-110-57; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14 ноября 2011 г. № 09АП-27804/2011-ГК, 09АП-27909/2011-ГК; постановление ФАС Уральского округа от 19 марта 2012 г. № Ф09-1009/12.

<sup>16</sup> Впрочем, можно указать на случаи, когда суды настаивают на низких стандартах, несмотря на доказывание ответчиком того факта, что спорное произведение основано преимущественно на использовании стандартных элементов. См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 сентября 2009 г. № 09АП-13024/2009.

музыкальных, произведений изобразительного искусства: как правило, специального обоснования творческого характера таких произведений не требуется<sup>17</sup>. Часто суды прямо подтверждают недопустимость предъявления специальных требований к уровню их творческого характера<sup>18</sup>. В некоторых случаях, однако, применяется более высокий стандарт охраноспособности таких произведений, как правило, когда при их создании существенную роль играла нетворческая составляющая и, соответственно, когда возникают риски монополизации всеобщего достояния. Так, о неохраноспособности литературных произведений свидетельствует использование информации производителя вкупе с обычной формой ее изложения (буклеты рекламы теплового пола)<sup>19</sup>; обусловленность внешними причинами (хронологией, сезонным репертуаром и т.д.), концептуальными основаниями и прагматической направленностью издания, наличие заимствований на уровне концепции и структуры из более раннего издания, стандартность расположения материалов (театральные программы)<sup>20</sup>, возможность отнесения совпадающих фрагментов к специальным терминам, классификациям, схемам, методам построения бизнеса, а также их нахождение в открытых для общего доступа источниках (в сети Интернет)<sup>21</sup>. Кроме того, требует специального обоснования способность к правовой охране кратких словосочетаний (названий произведений, рекламных слоганов) –

<sup>17</sup> См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 19 марта 2012 г. по делу № А31-4368/2011; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 26 сентября 2011 г. по делу № А17-4872/2010; постановление ФАС Уральского округа от 13 марта 2012 г. № Ф09-121/12; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 13 августа 2010 г. по делу № А29-5892/2009; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 1 марта 2010 г. № 09АП-24568/2009-ГК; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 12 октября 2011 г. по делу № А43-27386/2010; определение Московского городского суда от 17 августа 2011 г. по делу № 4г/1-7255-7.

<sup>18</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 1 марта 2010 г. № 09АП-24568/2009-ГК.

<sup>19</sup> См.: Определение ВАС РФ от 11 марта 2011 г. № ВАС-2305/11; постановление ФАС Дальневосточного округа от 20 декабря 2010 г. № Ф03-8505/2010.

<sup>20</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2011 г. № 09АП-27011/2011-ГК; постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2012 г. по делу № А40-133968/09-27-952.

<sup>21</sup> См.: Постановление ФАС Московского округа от 5 апреля 2010 г. № КГ-А40/1795-10; решение Арбитражного суда г. Москвы от 24 ноября 2009 г. по делу № А40-17182/09-51-199.

истцу необходимо доказать их творческий характер<sup>22</sup>, новизну, оригинальность и неповторимость<sup>23</sup>, самобытность, индивидуальность и невозможность отнесения к общеупотребительным<sup>24</sup>. Известны случаи предъявления специальных требований к обоснованию творческого характера, оригинальности и неповторимости компьютерной графики<sup>25</sup>.

Гораздо чаще предъявляются специальные требования к творческому характеру произведений, при создании которых существенную роль играют соображения функциональности, различного рода стандарты, элементы всеобщего достояния и иные факторы, исключающие творческий характер результата. Исключением из этого правила можно считать практику по программам для ЭВМ, возможно, потому, что до суда доходили в основном дела о пиратском копировании (т.е. копировании программы целиком, не связанном с ее переработкой либо использованием отдельных элементов)<sup>26</sup>. В отношении иных результатов интеллектуальной деятельности такого рода (произведений дизайна, архитектурных и иных проектов, картографических произведений, фотографий и др.) практика остается противоречивой. Так, суды постепенно нарабатывают практику признания неохраноспособными произведений и их элементов, при создании которых существенную роль играли факторы, исключающие творческий характер результата. Однако если в одних случаях это приводит к предъявлению к спорному результату повышенных требований (связанных с доказыванием новизны, оригинальности, уникальности), то в других суды, наоборот, исходят из низких стандартов охраноспособности.

Так, для признания произведений дизайна охраноспособными в одних случаях достаточными оказались особый отбор и сочетание уже существующих и стандартных средств и черт (дизайн торгов)<sup>27</sup>, само по себе наличие различий

<sup>22</sup> См.: Определение Московского городского суда от 8 апреля 2011 г. по делу № 33-10009/2011.

<sup>23</sup> См.: Определение ВАС РФ от 15 июня 2010 г. № ВАС-5413/10; Постановление ФАС Московского округа от 19 января 2010 г. № КГ-А41/13081-09.

<sup>24</sup> См.: Определение Московского городского суда от 26 ноября 2010 г. по делу № 33-36846.

<sup>25</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27 декабря 2011 г. № 09АП-31934/2011-ГК.

<sup>26</sup> См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 15 ноября 2011 г. по делу № А11-7400/2010.

<sup>27</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 сентября 2009 г. № 09АП-13024/2009.

между спорными объектами (дизайн обложки)<sup>28</sup>, наличие таких различий, которые свидетельствуют о невозможности копировать повторение во втором изображении всей системы художественных образов первого (дизайн интернет-портала)<sup>29</sup> либо наличие различий при признании неохраноспособности общей концепции дизайн-макета газеты<sup>30</sup>. В иных случаях, наоборот, различия в несложных произведениях дизайна были проигнорированы, и для признания факта нарушения прав оказалось достаточным указание на сходные черты без выяснения их заданности внешними факторами (дизайн упаковки хлебобулочных изделий<sup>31</sup>). Встречаются случаи, когда суды прямо предъявляют к таким произведениям требование соответствия критериям оригинальности, уникальности, неповторимости<sup>32</sup> либо, как минимум, проверку вопроса о статусе результата как объекта авторского права, что по факту означает специальное обсуждение уровня их творческого характера (рекламные модули)<sup>33</sup>.

В равной мере неоднозначна ситуация с уровнем требований к творческому характеру фотографий. В одних случаях суды прямо исходят из их безусловной охраноспособности, не обсуждая при этом вопрос об их заданности внешними факторами<sup>34</sup>. Также в качестве свидетельства их творческого характера признается наличие у автора самой возможности выбора используемых приемов фотографии (фотоизображение образцов конвейерных (транспортных) лент производства)<sup>35</sup>. С другой стороны, имеются решения, в которых признаются неохраноспособными фотографии, использованные в обзоре светской хроники (в данном случае формальным основа-

нием является их информационный характер)<sup>36</sup>, а также кадры, снятые автором «с рук» (т.е. когда им осуществлен выбор ракурса и т.п.) в режиме автоматической съемки<sup>37</sup> (нельзя путать с неохраноспособностью кадров с автоматических камер наблюдения<sup>38</sup>).

Более последовательной является практика авторско-правовой охраны картографических произведений. Прослеживается явная тенденция предъявления к их творческому характеру минимальных требований, в любом случае не связываемых с проверкой уникальности и неповторимости. В большинстве случаев карты a priori признаются охраноспособными<sup>39</sup>.

Даже если суды говорят об оригинальном (индивидуальном) стиле, тем не менее о соответствии карт данным требованиям говорит осуществленный автором выбор используемых элементов внешнего оформления карты, который влияет на степень ее точности, информативности, достоверности, наглядности, читаемости<sup>40</sup>. Отмечается, что при наличии единой основы ее графические изображения (карты) могут существенно отличаться друг от друга деталями: объемом информации, способом изображения, использованием определенных элементов. Именно указанные индивидуальные особенности представляют собой авторское начало (индивидуальность) и придают картам свойства объектов авторского права. При этом невозможно выделить какой-либо элемент в отдельности (например, шрифт, цвет или названия улиц и остановок), поскольку карта представляет собой единый объект авторского права<sup>41</sup>. По сути, можно говорить об использовании в данном

<sup>28</sup> См.: Постановление ФАС Уральского округа от 26 января 2012 г. № Ф09-9135/11.

<sup>29</sup> См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 6 декабря 2010 г. по делу № А32-46580/2009.

<sup>30</sup> См.: Определение Московского городского суда от 30 мая 2011 г. по делу № 33-16364.

<sup>31</sup> См.: Постановление ФАС Уральского округа от 1 сентября 2011 г. № Ф09-5444/11.

<sup>32</sup> См.: Постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2012 г. по делу № А40-133968/09-27-952.

<sup>33</sup> См.: Постановление ФАС Центрального округа от 27 июля 2011 г. по делу № А64-5347/2010.

<sup>34</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14 ноября 2011 г. № 09АП-27804/2011-ГК, 09АП-27909/2011-ГК; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30 июня 2011 г. № 09АП-13192/2011-ГК, 09АП-13193/2011-ГК.

<sup>35</sup> См.: Постановление ФАС Уральского округа от 16 сентября 2009 г. № Ф09-1153/09-С6.

<sup>36</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 августа 2011 г. № 09АП-19024/2011-ГК.

<sup>37</sup> См.: Определение Московского городского суда от 24 января 2012 г. по делу № 33-1800.

<sup>38</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 апреля 2011 г. № 09АП-2257/2011.

<sup>39</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27 апреля 2010 г. № 09АП-6425/2010-ГК; постановление ФАС Северо-Западного округа от 24 февраля 2011 г. по делу № А56-14726/2010; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 16 июня 2010 г. по делу № А43-40479/2009.

<sup>40</sup> См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 20 октября 2008 г. по делу № А43-4663/2008-7-119; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 18 января 2010 г. по делу № А43-10849/2009.

<sup>41</sup> См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 29 ноября 2006 г. дело № А28-19473/2005-393/25 (данное постановление впоследствии отменено постановлением Президиума ВАС РФ от 26 июня 2007 г. № 2096/07).

случае критерия самостоятельной созидательной деятельности. Иные, более строгие подходы к оценке творческого характера картографических произведений, предполагающие, как минимум, оценку их заданности внешними факторами (единством информации и фактов), на которые указывал Президиум ВАС РФ в п. 1 Обзора от 13 декабря 2007 г. № 122, в настоящее время судами не применяются.

Противоречивой является практика оценки охраноспособности архитектурных и иных проектов технического характера. В одних случаях суды признают такие проекты творческими без специального обсуждения вопроса о том, в чем проявилось творчество авторов<sup>42</sup>. Однако гораздо чаще судами принимается во внимание, что многие проекты детерминированы соображениями функциональности, основаны на использовании стандартных решений, на исходных данных, отраженных в технических и регламентирующих документах (техническом задании заказчика, технических условиях, геологических изысканиях). Соответственно в одних случаях данные факторы прямо указываются в качестве основания для признания объектов неохраноспособными (либо для вывода об отсутствии нарушения авторских прав)<sup>43</sup>, в других же это сопровождается предъявлением к истцу требований о доказывании новизны, оригинальности, уникальности результата<sup>44</sup>.

*Бремя доказывания творческого характера произведений.* Суды в целом последовательно применяют предусмотренную п. 28 постановления № 5/29 презумпцию творческого характера произведений. В судебной практике последних

<sup>42</sup> См.: Постановление ФАС Уральского округа от 19 марта 2012 г. № Ф09-1009/12; постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2011 г. № КГ-А40/2047-11-1.

<sup>43</sup> Проект облицовки вентилируемого фасада представляет собой решение чисто технической задачи (определенное ВАС РФ от 17 мая 2011 г. № ВАС-4707/11; постановление ФАС Северо-Западного округа от 15 декабря 2010 г. по делу № А56-62462/2009); проектно-строительная документация представляет собой решение технических, организационных задач оптимизации процесса проектирования и строительства по направлению «Типовые строительные конструкции, изделия и узлы» (см.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 июля 2011 г. № 09АП-15365/2011-ГК).

<sup>44</sup> См.: Постановление ФАС Уральского округа от 11 июля 2008 г. № Ф09-4849/08-С6 по делу № А07-8108/2006, оставленное в силе определением ВАС РФ от 17 октября 2008 г. № 12879/08; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 ноября 2010 г. № 09АП-5916/2008-ГК (решение впоследствии было отменено).

лет мы не можем указать на решения, когда суды отказывали в иске по причине недоказанности ответчиком творческого характера произведения, относящегося к традиционным высокотворческим видам<sup>45</sup>.

Тем не менее нельзя сказать, что суды во всех случаях реализуют основную интенцию указанного пункта постановления № 5/29, направленного на снижение фактических требований к уровню творческого характера и предоставление охраны максимально широкому перечню результатов. Вопрос в том, какие основания рассматриваются судами в качестве достаточных для опровержения презумпции и возложения бремени доказывания творческого характера произведения на истца.

Анализ судебной практики показывает, что таким основанием является возможность по материалам дела отнести конкретный спорный результат к объектам с незначительной творческой составляющей<sup>46</sup> либо вовсе к нетворческим объектам (в том числе по причине того, что результат сводится к воспроизведению всеобщего достояния). При этом не имеет решающего значения ни возможность формальной отсылки к п. 5, пп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ, ни возможность отнесения результата к поименованным в п. 1 ст. 1259 ГК РФ видам произведений, ни представление ответчиком специальных доказательств нетворческого характера объекта (например, экспертного заключения). В ряде случаев суд по собственной инициативе возлагал на истца бремя доказывания, оценивая доказательства по внутреннему убеждению, причем в качестве доказательства выступал сам спорный объект<sup>47</sup>. Часто суды в качестве оснований для возложения на истца бремени доказывания

<sup>45</sup> Ранее такие случаи встречались. См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 10 декабря 2001 г. № А56-16934/0 (литературное произведение – обзор налогового законодательства).

<sup>46</sup> На сходную логику распределения бремени доказывания указывал Д.В. Мурзин. См.: *Мурзин Д.В.* Указ. соч. (комментарий к п.п. 1 и 2).

<sup>47</sup> Разумеется, здесь следует делать поправку на то, что в тексте судебных решений далеко не всегда перечисляются представленные сторонами доказательства и воспроизводится их оценка судом. См.: Определение ВАС РФ от 15 июня 2010 г. № ВАС-5413/10; определение ВАС РФ от 17 мая 2011 г. № ВАС-4707/11; постановление ФАС Северо-Западного округа от 15 декабря 2010 г. по делу № А56-62462/2009; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 ноября 2010 г. № 09АП-5916/2008-ГК; постановление ФАС Северо-Западного округа от 6 июля 2010 г. по делу № А56-35168/2009; определение Московского городского суда от 8 апреля 2011 г. по делу № 33-10009/2011.

используют ссылки на то, что результат сводится к воспроизведению находящихся во всеобщем достоянии идей (п. 5 ст. 1259 ГК РФ)<sup>48</sup>, либо имеет информационный характер (пп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ)<sup>49</sup>, либо не попадает в поименованный в п. 1 ст. 1259 ГК РФ вид<sup>50</sup>. В некоторых случаях суды для этих целей широко интерпретируют обязанность истца доказать принадлежность ему авторских прав на результат<sup>51</sup>. Интересно, что в ряде случаев переворот бремени доказывания сопровождается предъявлением повышенных требований к уровню творческого характера (в частности, истцу предлагается доказать новизну, оригинальность, уникальность результата)<sup>52</sup>. Как представляется, случаи возложения на истца бремени доказывания творческого характера произведения представляют собой реакцию судов на риски монополизации всеобщего достояния, сопровождающие продвигаемое постановлением № 5/29 снижение стандартов охраноспособности.

*Учет судами факторов, исключающих творческий характер произведения.* В отличие от доктринальной полемики, пренебрегающей опасностью монополизации всеобщего достояния в случае снижения уровня требований к творческому характеру произведений, суды вынуждены реагировать на такие риски, вырабатывая юридические инструменты для фиксации элементов всеобщего достояния в произведении. Для этих целей, во-первых, используется тезис о неохра-

носпособности общих идей, относящихся к содержанию произведений (п. 5 ст. 1259 ГК РФ)<sup>53</sup>, во-вторых, квалификация произведения (частей и элементов произведения) как сообщения о событиях и фактах, имеющего исключительно информационный характер (пп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ)<sup>54</sup>, а в-третьих – прямое указание на факторы, которые, по мнению судов, свидетельствуют о нетворческом характере результата (ссылка на использование общих информационных источников, в том числе находящихся в свободном доступе (сети Интернет и т.п.)<sup>55</sup>, соответствие деятельности определенным стандартам<sup>56</sup>, обусловленность требованиями функциональности<sup>57</sup>, прагматической направленностью<sup>58</sup>, внешними причинами<sup>59</sup>, необходимостью следования общему образцу<sup>60</sup>, определенными концептуальными основаниями<sup>61</sup>, общностью исходных данных<sup>62</sup>, единством информации и фактов<sup>63</sup>). Перечень таких факторов явно не полон, и пока рано говорить о прора-

<sup>48</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2011 г. № 09АП-27014/2011.

<sup>49</sup> См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 6 июля 2010 г. по делу № А56-35168/2009 (ссылка на использование общедоступных информационных материалов); определение ВАС РФ от 11 марта 2011 г. № ВАС-2305/11 (объект воспроизводит информацию производителя).

<sup>50</sup> С некоторой долей условности так можно интерпретировать постановление ФАС Северо-западного округа от 15 декабря 2010 г. по делу № А56-62462/2009.

<sup>51</sup> См.: Определение ВАС РФ от 15 июня 2010 г. № ВАС-5413/10; постановление ФАС Северо-Западного округа от 10 декабря 2001 г. № А56-16934/0; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 ноября 2010 г. № 09АП-5916/2008-ГК; определение Московского городского суда от 8 апреля 2011 г. по делу № 33-10009/2011.

<sup>52</sup> См.: Определение ВАС РФ от 15 июня 2010 г. № ВАС-5413/10; определение ВАС РФ от 11 марта 2011 г. № ВАС-2305/11; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2011 г. № 09АП-27014/2011; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 ноября 2010 г. № 09АП-5916/2008-ГК; постановление ФАС Северо-Западного округа от 6 июля 2010 г. по делу № А56-35168/2009.

<sup>53</sup> См.: Постановление ФАС Московского округа от 5 апреля 2010 г. № КГ-А40/1795-10; постановление ФАС Московского округа от 5 апреля 2010 г. № КГ-А40/1795-10; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 июля 2011 г. № 09АП-15365/2011-ГК.

<sup>54</sup> См.: Определение ВАС РФ от 11 марта 2011 г. № ВАС-2305/11; постановление ФАС Дальневосточного округа от 20 декабря 2010 г. № Ф03-8505/2010 (использование информации производителя).

<sup>55</sup> См.: Определение ВАС РФ от 11 марта 2011 г. № ВАС-2305/11; постановление ФАС Дальневосточного округа от 20 декабря 2010 г. № Ф03-8505/2010; постановление ФАС Московского округа от 5 апреля 2010 г. № КГ-А40/1795-10; постановление ФАС Северо-Западного округа от 6 июля 2010 г. по делу № А56-35168/2009.

<sup>56</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2011 г. № 09АП-27014/2011-ГК; постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2012 г. по делу № А40-133968/09-27-952; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 сентября 2009 г. № 09АП-13024/2009.

<sup>57</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 июля 2011 г. № 09АП-15365/2011-ГК.

<sup>58</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2011 г. № 09АП-27014/2011-ГК.

<sup>59</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2011 г. № 09АП-27014/2011-ГК; постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2012 г. по делу № А40-133968/09-27-952.

<sup>60</sup> См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 6 декабря 2010 г. по делу № А32-46580/2009.

<sup>61</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2011 г. № 09АП-27014/2011-ГК.

<sup>62</sup> См.: Постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2011 г. № КГ-А40/2047-11-4.

<sup>63</sup> См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 20 октября 2008 г. по делу № А43-4663/2008-7-119.



ботанности рассматриваемого инструмента (особенно если сравнивать с практикой иностранных судов<sup>61</sup>), тем не менее считаем, что это движение в абсолютно правильном направлении. Представляется, что в условиях снижения требований к уровню требований к творческому характеру произведений является крайне полезным заимствование опыта ведущих иностранных правовых порядков, в большинстве из которых учитывается имевшийся у автора объем возможностей по созданию творческого произведения, определяемый ролью, которую при его создании играли факторы, исключая творческий характер произведения<sup>62</sup>. Это в том числе позволит решить не сформулированную пока в отечественной доктрине и судебной практике проблему косвенной монополизации всеобщего идейного содержания: речь идет о ситуации, когда указанное содержание может быть выражено только в одной либо нескольких стандартных формах, так что предоставление охраны такому произведению, формально созданному самостоятельно и даже являющемуся новым, приведет к ограничению общественных возможностей по использованию такого содержания<sup>63</sup>. Также интересно, что во многих случаях суды, установив, что произведение обусловлено перечисленными факторами, требуют от истца доказывания новизны, оригинальности и уникальности результата<sup>64</sup>.

*Охрана части произведения. Объем охраны произведений.* Охрана части произведения интересна в контексте настоящей работы использованием российскими судами положений п. 7 ст. 1259 ГК РФ для целей предотвращения монополизации всеобщего достояния. Такая опасность возникает, когда предметом спора становятся сравнительно

небольшие части произведения (например, название), охрана которых могла бы по сути означать монополизацию художественно-выразительных средств (отдельных слов, устойчивых выражений, общеупотребимых тональных рядов и т.п.). В этих случаях суды часто отказывают в охране таким элементам, указывая, что истцом не доказано, что они являются результатом его самостоятельного творческого труда (в ранее действовавшем Законе об авторском праве и смежных правах была закреплена менее удачная формулировка о возможности самостоятельного использования части произведения), а также соответствуют требованиям новизны, оригинальности, уникальности<sup>65</sup>.

Таким образом, охрана небольших частей произведения не может быть поставлена в зависимость от доказанности факта их самостоятельного создания автором. Интересно, что в этом случае имеет место возврат к высокому стандарту охраноспособности – в таких частях произведения должна проявиться индивидуальность автора, они должны соответствовать критериям оригинальности. Таким образом находит подтверждение высказанный в связи с проблемой охраны произведений *kleine Münze* тезис о том, что снижение стандарта охраноспособности в отношении произведения в целом лишь перемещает проблему оценки оригинальности на стадию оценки возможностей заимствования его отдельных частей и элементов, так что является вполне предоставимой ситуация, когда произведение в целом охраноспособно, но любая его часть, либо, что практически то же самое, произведение с незначительными изменениями могут использоваться свободно<sup>66</sup>. Другими словами, требования инди-

<sup>61</sup> См.: Dreier T., Schulze G. Op. cit. § 2, Rn. 33. S. 55.

<sup>62</sup> См.: Gamm E.-I. Die Problematik der Gestaltungshöhe im deutschen Urheberrecht. Baden-Baden, 2004. S. 82 ff.; Fuchs U. Op. cit.. S. 54–56.

<sup>63</sup> Так, в США для устранения данных рисков используется *merger doctrine* (ее наименование часто переводят как «доктрина стандарта» либо «доктрина слияния» (см.: *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F.2d 738, 742 (9th Cir. 1971); *Nimmer M., Nimmer D.* Op. cit. § 13.03[B][3], в Германии – описанное выше учение об объеме возможностей автора по созданию оригинального произведения (см.: *Berking C.* Op. cit. S. 75).

<sup>64</sup> По-видимому, это общая (возможно, избыточная) реакция на риски монополизации всеобщего достояния. См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 6 июля 2010 г. по делу № А56-35168/2009; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2011 г. № 09АП-27014/2011-ГК; постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2012 г. по делу № А40-133968/09-27-952.

<sup>65</sup> См.: Определение ВАС РФ от 15 июня 2010 г. № ВАС-5413/10; постановление ФАС Московского округа от 19 января 2010 г. № КГ-А41/13081-09 (рекламный слоган); постановление ФАС Северо-Западного округа от 6 июля 2010 г. по делу № А56-35168/2009 (рекламный баннер); определение Московского городского суда от 26 ноября 2010 г. по делу № 33-36846 (название произведения); определение Московского городского суда от 8 апреля 2011 г. по делу № 33-10009/2011 (название произведения).

<sup>66</sup> См.: *Knöbl H.P.* Op. cit. S. 157; *Rau G.* Antikunst und Urheberrecht. Schriftenreihe der UFITA, Heft 58. Berlin, 1978. S. 35 ff. В этой связи следует согласиться с В.И. Еременко, что вопреки буквальной формулировке п. 28 постановления № 5/28 «без критерия охраноспособности творческого результата никак не обойтись... Следует полагать, что в данном случае высшие судебные органы России не вполне удачно попытались сформулировать принцип минимальных требований к результатам творческой деятельности автора... Приходится возвра-

видуальности не потеряли своего юридического значения, но стали приниматься во внимание на другом этапе рассмотрения споров.

Интересно, что российская практика охраны названия произведений позволяет говорить о появлении предпосылок для восприятия в отечественном правовом порядке используемой в иностранных правовых системах юридической конструкции объема охраны произведения, которая ставит возможности использования его элементов в других произведениях в зависимости от степени их индивидуальности. Так, немецкая доктрина и судебная практика<sup>70</sup> исходят из того, что чем более индивидуально произведение либо его элемент, тем сильнее они будут узнаваемы в других произведениях и, соответственно, тем в большем количестве случаев потребуется получение согласия автора первоначального произведения. С другой стороны, если новое произведение является настолько оригинальным, что индивидуальность первоначального произведения «выцветает», получения согласия автора первоначального произведения не требуется. Этим определяется объем авторско-правовой охраны и, соответственно, возможность свободного использования элементов произведения. Строго говоря, в этих случаях речь должна идти не о заимствовании элементов чужого произведения, а лишь о ситуации, когда чужое произведение «вдохновило» автора на создание собственного оригинального произведения<sup>71</sup>.

*Приимаемые доказательства творческого характера произведения.* Кратко отметим, что суды в споре о творческом характере произведения часто принимают в качестве доказательств сами экземпляры спорных произведений (выводы об их творческом характере и наличии заимствований делает суд в процессе осмотра)<sup>72</sup>, эксперт-

паться к критерию оригинальности произведения, пусть даже и с позиций минимальных требований к результатам творческого труда автора». См.: *Еремко В.И.* К вопросу о личных немущественных правах авторов произведений // *Адвокат*. 2010. № 7. С. 27–37.

<sup>70</sup> См.: *Ulmer E.* Urheber- und Verlagsrecht. 3 Aufl. Berlin-Heidelberg-New York, 1980. S. 265 ff.

<sup>71</sup> Аналогичные процедуры сопоставления степени оригинальности произведений (их частей) известной системе копирайт (при установлении факта копирования учитывается существенное сходство между элементами произведений, установление которого зависит от степени индивидуальности таких элементов). См.: *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 361 (1991).

<sup>72</sup> См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 6 декабря 2010 г. по делу № А32-46580/2009; постановление ФАС Уральского округа от 26 декабря 2011 г. № Ф09-

ные заключения<sup>73</sup>, а также договоры о создании произведения и передаче прав<sup>74</sup> (хотя, строго говоря, такие договоры могут обосновывать лишь факт создания результата, но не его творческий характер)<sup>75</sup>. Одной из проблем использования экспертных заключений является возможность постановки перед экспертами-специалистами по внеюридическим дисциплинам юридических вопросов о новизне, оригинальности и уникальности произведения<sup>76</sup>.

## Основные выводы

Реконструкция дискуссии о критериях охраноспособности и уровне требований к творческому характеру произведений в отечественной доктрине и судебной практике позволила прийти к следующим выводам.

1. Следует признать, что, несмотря на дискуссионность рассматриваемой темы и противоречивость судебной практики, в отечественном правовом порядке намечилось движение к снижению уровня требований к творческому характеру объектов авторского права. Это в целом соответствует мировым тенденциям, вне зависимости от нашего отношения к таким тенденциям и причинам, их обусловившим (в числе главных – необходимость обеспечения интересов производителей компьютерных программ и баз данных).

При этом опыт стран континентальной Европы показывает, что расширение сферы авторско-правовой охраны за счет произведений с незначительным уровнем творческого характера – вовсе

8434/11; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 1 марта 2010 г. № 09АП-24568/2009-ГК.

<sup>73</sup> См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 13 декабря 2010 г. по делу № А65-24595/2008; постановление ФАС Уральского округа от 16 сентября 2009 г. № Ф09-1153/09-С6; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 июля 2011 г. № 09АП-15365/2011-ГК; постановление ФАС Уральского округа от 11 июля 2008 № Ф09-4849/08-С6 по делу № А07-8108/2006; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30 июня 2011 г. № 09АП-13192/2011-ГК, 09АП-13193/2011-ГК.

<sup>74</sup> См.: Решение Арбитражного суда г. Москвы от 25 мая 2010 г. по делу № А40-29046/10-12-177; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 26 августа 2010 г. № 09АП-17376/2010-ГК.

<sup>75</sup> В качестве курьеза упомянем решение, в котором сам факт спора по поводу нарушения прав на результат суд счел свидетельством в пользу охраноспособности объекта, поскольку в противном случае спор был бы бессмысленным. См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 13 декабря 2010 г. по делу № А65-24595/2008.

<sup>76</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 26 июня 2007 г. № 2096/07.

небезобидная процедура и имеет серьезные последствия. Укажем на наиболее важные из них.

Во-первых, рассматриваемая категория объектов относится к произведениям *kleine Münze* в силу того, что в них существенную роль играют элементы, относящиеся к всеобщему достоянию (общий исторический и культурный опыт, природа вещей и человеческих отношений, общедоступные для использования источники, объекты, воспроизводимые и ожидаемые для человека со средними способностями результаты, язык, факты, открытия, общераспространенные и стандартные образы и идеи, художественные средства и т.д.). Соответственно распространение охраны на них связано с рисками монополизации (прямой либо косвенной) всеобщего достояния и, соответственно, ограничением возможностей публики использовать данные объекты (в том числе в собственной творческой деятельности). Это влечет за собой существенный рост неопределенности правовых позиций участников оборота, поскольку в отсутствие системы регистрации, аналогичной патентной, не обеспечивается распознаваемость абсолютных прав на объекты *kleine Münze* для третьих лиц. Говоря проще, мы никогда не сможем быть уверенными, что, используя элементы всеобщего достояния, мы не нарушаем чьи-то авторские права. В равной мере не может быть уверен в своих правах и создатель произведения *kleine Münze*, поскольку с высокой вероятностью у него окажется предшественник. В совокупности с отсутствием механизмов фиксации приоритета это обусловит высокую вероятность хаотичности правовой охраны. Эти риски не стоит недооценивать, поскольку основным признаком произведений *kleine Münze* – высокая вероятность независимого создания для человека со средними способностями.

Во-вторых, снижение уровня требований к творческому характеру произведения требует существенной трансформации механизма авторско-правовой охраны и пересмотра базовых характеристик континентальной модели авторского права.

В данном случае взаимосвязь между кругом объектов охраны и механизмом будет иметь следующие проявления. Поскольку по указанным выше причинам при снижении требований к уровню творческого характера оказывается невозможным обеспечить распознаваемость авторских прав на произведения *kleine Münze* для третьих лиц, единственным вариантом избежать ситуации с мас-

совыми невиновными их нарушениями является признание возможности сосуществования независимых авторских прав на аналогичные объекты, созданные при параллельном творчестве. То есть мы получаем ситуацию с конфликтом исключительных и личных неимущественных прав. В рамках традиционного для континентальной Европы механизма с исключительными правами, имеющими абсолютный характер и сформированными по модели права господства, данный конфликт трудноразрешим. Поэтому на практике имеет место постепенное смещение в сторону использования механизмов, не связанных с предоставлением монополии на использование результата. Данные механизмы характерны для конкурентного права, системы охраны ноу-хау и, по сути, для системы копирайт и основаны на запрете поведения определенного рода, в данном случае – запрете предосудительного с точки зрения правопорядка заимствования (использования) результатов чужого интеллектуального труда без вложения необходимых для его независимого создания инвестиций<sup>77</sup>. Данная модель, как минимум, имеет ряд признаков, характерных для деликтных механизмов.

Мы в данном случае не оцениваем целесообразность такой трансформации (это должно быть, как минимум, предметом самостоятельного исследования). Однако по меньшей мере данные последствия необходимо иметь в виду и учитывать в дискуссии о стандарте охраноспособности. Это позволит, во-первых, отказаться от заведомо противоречивых и дисфункциональных конструкций типа распространения на неиндивидуальные объекты *kleine Münze* традиционного механизма исключительных прав (модель прав господства (монополии) в сочетании с предоставлением личных неимущественных прав), а во-вторых, сместить фокус внимания на выработку реалистичных и эффективных моделей охраны объектов с незначительным уровнем творческого характера. Если такая охрана будет осуществляться все же в рамках авторского права, то это позволит предметно обсуждать (с учетом реалистичных перспектив трансформации механизма) средства минимизации возникающих

<sup>77</sup> См. об этом, в частности: *Reihman J.H.* Legal hybrids between the patent and copyright paradigms. *Col. L. Rev.*, 1994. Vol. 94. P. 2432–2558; *Patterson L. Ray* Copyright and “the exclusive right” of authors. *J. Intell. Prop. L.*, 1993. Vol. 1. P. 1–48; *Walch D.E.* *Ergänzende Leistungsschutz nach § 1 UWG*. Köln, Berlin, Bonn, München, 1992.

дисфункций (например, таких, как возможное снижение уровня охраны традиционных высокохудожественных произведений, неуместность личных преимущественных прав на нетворческие объекты, ограничение возможностей публики по использованию всеобщего достояния, неопределенность экономических позиций управомоченных в связи с наличием правообладателей-конкурентов, существенное увеличение круга возможных соавторов и т.п.). Также это позволит учесть возможные перспективы потери авторским правом единства (как это имеет место во Франции), если в отношении высокохудожественных произведений по-прежнему будет применяться традиционный механизм охраны.

2. Аргументация, используемая в отечественной дискуссии о критерии охраноспособности и уровне требований к творческому характеру произведения, явным образом требует усиления в части учета взаимосвязей круга охраняемых результатов с механизмом авторско-правовой охраны. Как представляется, убедительность позиций в существенной мере зависит от того, насколько удастся предложить модель охраны (включая набор прикладных инструментов), которая была бы эффективна и свободна от отмеченных выше противоречий и дисфункций.

При этом представляется крайне полезным учитывать опыт решения аналогичных проблем в иностранных правовых порядках, что позволяет снизить драматизм дискуссии о критериях охраноспособности.

Наиболее важными как для европейских континентальных правовых порядков, так и для системы копирайт являются прикладные средства идентификации результатов, которые относятся к всеобщему достоянию. Речь, в частности, идет об известной некоторым правовым порядкам конструкции объема возможностей автора по созданию произведения в оригинальной форме (*Gestaltungsspielraum* (нем.) – букв. «простор для создания формы»), который напрямую зависит от наличия факторов, исключающих творческий характер произведения. В большинстве стран в той либо иной степени используется немецкое учение об охраноспособной форме и неохраняемом содержании произведений. В системе копирайт для целей идентификации всеобщего достояния используются *idea/expression dichotomy*, *abstractions test*, *merger doctrine*, доктрина *scenes faire*, *the successive filtering method* (в отношении компьютерных программ). Важно, что все указанные средства в

значительной степени позволяют предотвратить монополизацию всеобщего достояния.

Важным средством обеспечения интересов общества в свободном использовании всеобщего достояния является признание зависимости между степенью индивидуальности произведения (его элемента) и объемом его охраны, т.е. сферой сходных с первоначальным произведением результатов, которые охватываются монополией автора. За этой границей своеобразие первоначального произведения «выцветает», а значит вновь созданное произведение будет считаться созданным самостоятельно (§ 24 немецкого *UrhG*, правила установления существенного сходства между произведениями в системе копирайт).

В качестве другого средства минимизации дисфункций следует указать на дифференциацию уровня требований к творческому характеру произведений различных видов (Германия), что предотвращает трансформацию механизма авторского права в иных случаях, помимо охраны компьютерных программ и баз данных. В более широком плане можно указать на опыт формирования специальных механизмов охраны программ для ЭВМ, баз данных и некоторых других произведений *kleine Münze*<sup>78</sup> (Франция, Германия). При этом не столь важным является отнесение таких механизмов к тому либо иному разделу правовой систематики (они могут оставаться в рамках законов об авторском праве (в этом случае теряется единство авторского права) либо перемещаться в раздел о смежных правах и т.д.). Однако фактическая дифференциация механизмов охраны позволяет уйти от снижения интенсивности охраны традиционных высокохудожественных произведений и связанных с этим проблем.

Далее в большинстве правовых порядков вырабатываются специальные юридические средства, позволяющие снизить частоту случаев признания независимых прав на идентичные результаты. Помимо перечисленных выше (идентификация всеобщего достояния и локализация сферы использования механизмов, допускающих «столкновения» прав) также используются презумпции копирования в случае, если второй создатель мог иметь доступ к обнародованному ранее произведению<sup>79</sup>, а также специальные процедуры установления

<sup>78</sup> Например, для обычных любительских фотографий по сравнению с высокохудожественными фотографическими произведениями в Германии (§ 72 *UrhG*).

<sup>79</sup> См.: *Dwier T., Schulze G. Op. cit.* § 2, Rn. 17. S. 51. *Nimmer M., Nimmer D. Op. cit.* § 13.03; *Berking C. Op. cit.* S. 83–84.

возможностей независимого создания спорных интеллектуальных продуктов.

Использование перечисленных прикладных инструментов позволяет минимизировать дисфункции, связанные со «столкновениями» прав и рисками монополизации всеобщего достояния, что делает использование критериев новизны либо самостоятельной созидательной деятельности, а также снижение требований к уровню творческого характера произведений менее болезненным даже для систем *droit moral*. В этой связи следует подчеркнуть, что в современных условиях полемика о критериях охраноспособности в отрыве от используемого в конкретном правовом порядке инструментария, подобного перечисленному выше, во многом теряет смысл. Сегодня, по-видимому, в дискуссии об объекте авторского права целесообразно обсуждать целостный механизм демаркации, включающий в себя совокупность средств, позволяющих отделить охраноспособное от неохраняемого.

С другой стороны, перенос акцентов на использование конкретных прикладных механизмов идентификации неохраноспособных произведений и их элементов во многом снижает драматизм спора о критериях охраноспособности. Баланс интересов правообладателя и общества сегодня в большей степени обеспечивается применением указанного выше прикладного инструментария, и лишь в трудных случаях задействуется потенциал открытых понятий, выступающих в качестве критериев охраноспособности. Возможно, именно поэтому сегодня фактическая демаркационная линия между охраноспособными и неохраняемыми результатами проводится в различных правовых порядках примерно в одном месте, независимо от используемых общих критериев<sup>80</sup>. Важнее оказываются не общие декларации и абстрактные критерии, а реальные механизмы, которые используются для их операционализации и позволяют корректировать возникающие дисфункции<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> См.: *Bettinger T. Der Werkbegriff im spanischen und deutschen Urheberrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2001. S. 29.*

<sup>81</sup> Хотя, конечно, это не дает оснований говорить о полной бессмысленности дискуссии о критерии охраноспособности и уровне требований к творческому характеру. Все сделанные ранее указания на риски и дисфункции в целом оправданы, вопрос лишь в том, что при наличии перечисленного инструментария они проявляются гораздо реже. Главное же заключается в том, что снижение требований к творческому характеру произведений, использование критериев самостоятельной созидательной деятельности либо новизны обуславливают экономизацию системы *droit moral*.

#### Библиографический список

1. *Андреев Ю.П.* Судебная защита исключительных прав: цивилистические аспекты: Монография. М.: Норма; Инфра-М, 2011.
2. *Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А.* Авторское право. М., 1957.
3. *Вакман Е., Пригольц И.* Авторские права художников. М., 1962.
4. *Гаврилов Э.П.* В патентном праве – новизна, в авторском – оригинальность // Патенты и лицензии. 2007. № 12.
5. *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. М.: Правовая культура, 1996.
6. *Гаврилов Э.П.* Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с введением части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Хозяйство и право. 2009. № 10.
7. *Гаврилов Э.П.* Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом // СПС «КонсультантПлюс».
8. *Гаврилов Э.П.* Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития. М., 1984.
9. *Гордон М.В.* Советское авторское право. М., 1955.
10. *Пригольц И.А.* Права автора сценического произведения в СССР: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1953.
11. *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М.: Статут, 2003.
12. *Еремичко В.И.* К вопросу о личных неимущественных правах авторов произведений // Адвокат. 2010. № 7.
13. *Нонас В.Я.* Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М., 1963.
14. *Нонас В.Я.* Произведения творчества в гражданском праве. М., 1972.
15. *Иоффе О.С.* Советское гражданское право: В 3 т. Т. 3. Л., 1965.
16. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный) / Под ред. А.Л. Маковского. М., 2008.
17. *Кашанин А.В.* Развитие механизма демаркации в авторском праве континентальной Европы // Вестник гражданского права. 2011. № 3.
18. *Корецкий В.И.* Авторские правоотношения в СССР. Сталинабад, 1959.
19. *Корнеев В.А.* Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. М.: Статут, 2010.
20. *Красавицкая О.А.* Единство и дифференциация правовых форм творческих отношений // Проблемы советского авторского права. М., 1979.
21. *Красавицкая Л.О.* Авторское право и право на письма, дневники, записки, заметки // Проблемы советского авторского права. М., 1979.

22. *Лабзин М.В.* Оригинальность объектов авторского права // Патенты и лицензии. 2007. № 7. 8.
23. *Лабзин М.В.* Еще раз об оригинальности объекта авторского права // Патенты и лицензии. 2008. № 4.
24. *Мурзин Д.В.* Комментарий к Информационному письму от 28 сентября 1999 г. № 47 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» // Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Вып. 17 / Под ред. Л.А. Новоселовой, М.А. Рожковой. М.: Статут, 2011.
25. *Савельева И.В.* Правовое регулирование отношений в области художественного творчества. М., 1986.
26. *Сергеев А.П.* Право собственности в Российской Федерации. М.: Проспект, 2003.
27. *Серебровский В.И.* Вопросы советского авторского права. М., 1956.
28. *Смирнова В.М.* Хореографическое произведение как объект авторского права // Журнал российского права. 2011. № 12.
29. *Хейфец И.Я.* Авторское право. М., 1931.
30. *Чернышова С.А.* Правоотношения в сфере художественного творчества. М., 1979. С. 75.
31. *Чиженко М.В.* Критика объективной новизны // Патенты и лицензии. 2004. № 6.
32. *Berking C.* Die Unterscheidung von Form und Inhalt im Urheberrecht. Baden-Baden. 2002.
33. *Bettinger T.* Der Werkbegriff im spanischen und deutschen Urheberrecht. Verlag C.H.Beck. München, 2001.
34. *Dreier T., Schulze G.* Urheberrechtsgesetz. Kommentar. Verlag C.H. Beck. München, 2004.
35. *Fuchs U.* Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht. München, 1996.
36. *Hubmann H.* Das Recht des Schöpferischen Geistes. Berlin, 1954.
37. *Gamm E.A.* Die Problematik der Gestaltungshöhe im deutschen Urheberrecht. Baden-Baden, 2004.
38. *Knöbl H.P.* Die „kleine Münze“ im System des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts. Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts. Verlag Dr. Kovac. 2002.
39. *Kummer M.* Das urheberrechtlich schützbares Werk. Bern, 1968.
40. *Nimmer M., Nimmer D.* Nimmer on Copyright. LexisNexis, 2004.
41. *Oberndorfer P.* Die philosophische Grundlage des Urheberrechts. Baden-Baden, 2005.
42. *Patterson L. Ray.* Copyright and “the exclusive right” of authors. J. Intell. Prop. L., 1993. Vol. 1.
43. *Rau G.* Antikunst und Urheberrecht. Schriftenreihe der UFFTA, Heft 58. Berlin, 1978.
44. *Reihman J.H.* Legal hybrids between the patent and copyright paradigms. Col. L. Rev., 1994. Vol. 94.
45. *Schmieder H.-H.* Die Verwandten Schutzrechte – ein Torso? UFFTA 72 (1975).
46. *Schulze G.* Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts. Freiburg, 1983.
47. *Stallberg C.G.* Urheberrecht und moralische Rechtfertigung. Duncker & Humblot, 2006.
48. *Stamer B.* Der Schutz der Idee unter besonderer Berücksichtigung von Unterhaltungsproduktionen für das Fernsehen. Baden-Baden, 2007.
49. *Thoms F.* Der urheberrechtliche Schutz der kleine Münze: Historische Entwicklung – Rechtsvergleichung – Rechtspolitische Wertung. München, 1980.
50. *Troller A.* Immaterialgüterrecht. Bd. 1. Basel, 1959.
51. *Troller A.* Urheberrecht und Ontologie // UFFTA 50 (1967).
52. *Ulmer E.* Urheber- und Verlagsrecht. 3 Aufl. Berlin-Heidelberg-New York, 1980.
53. *Walch D.E.* Ergänzende Leistungsschutz nach § 1 UWG. Köln, Berlin, Bonn, München, 1992.