

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.009-025

С. В. Михайлов\*

## Презумпция творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав

**Аннотация.** В статье раскрывается доктринальный смысл и практическое значение презумпции творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав. Эта презумпция прямо не указана в российском законе, но следует из системного толкования норм, посвященных фигуре автора, которым признается гражданин, своим творческим трудом создавший произведение. Презумпция оригинальности произведений содержится в законах многих стран, но ее трактовки диаметрально различаются. В настоящий период в условиях все более ускоряющегося и усложняющегося гражданского оборота, сопровождающегося информационной революцией, юридико-технические содержательные подходы к категории оригинальности (в качестве синонима творчества) как общей и единственной предпосылке охраны произведений копирайтом и континентальной авторско-правовой системой стали постепенно сближаться. Вместе с тем отечественная судебная практика до сих пор безосновательно игнорирует доктрину существенного сходства произведений, основанную на презумпции оригинальности. В статье предлагается классификация споров, касающихся оригинальности произведений, основанием которой является количество объектов, вовлеченных в орбиту спора.

Автор выстраивает систему координат, критерием которой является степень изменения первоначального оригинального произведения: идентичное копирование — неидентичное копирование — переработка — свободное создание другого оригинального произведения. При этом автор подчеркивает, что копия, даже значительно отличающаяся от оригинала, не перестает быть таковой; в юридическом аспекте идентичное и неидентичное копирование является воспроизведением, требующим получения согласия автора или правообладателя оригинального произведения. Необходимым признаком переработки является цель автора изменений расширить возможности использования первоначального произведения; переработка также требует получения согласия автора или правообладателя в отношении оригинального произведения. Неидентичное копирование и переработку следует отличать от создания нового произведения, использующего неохораняемое содержание первоначального оригинального произведения.

**Ключевые слова:** авторское право; копирайт; презумпция творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав; презумпция оригинальности произведений; презумпция оригинальности; унификация критерия оригинальности; существенное сходство произведений; существенное сходство; неидентичное воспроизведение; неидентичное копирование.

**Для цитирования:** Михайлов С. В. Презумпция творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 9–25. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.009-025.

---

© Михайлов С. В., 2021

\* Михайлов Семен Викторович, кандидат юридических наук, доцент кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993  
semmikhv@mail.ru

## The Presumption of a Creative Nature (Originality) of Copyright Objects

**Semyon V. Mikhailov**, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Intellectual Rights, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993  
semmikhv@mail.ru

**Abstract.** The paper is devoted to the doctrinal meaning and practical significance of the presumption of the creative nature (originality) of copyright objects. This presumption is not directly enshrined in Russian law, but it follows from the systemic interpretation of the rules dedicated to notion of the author. A citizen who created a work by his creative work is recognized as the author. The laws of many countries contain the presumption of originality of works, but its interpretations are diametrically different. At the present time, in the conditions of an increasingly accelerating and complicating civil turnover accompanied by the information revolution, legal and technical substantive approaches to the category of originality (as a synonym for creativity) as a common and only prerequisite for the protection of works by copyright and the continental copyright system have gradually begun to converge. At the same time, domestic judicial practice still unreasonably ignores the doctrine of substantial similarity of works based on the presumption of originality. The author proposes an authentic classification of disputes concerning the originality of works, the basis of which is the number of objects involved in the dispute. The author builds a coordinate system, the criterion of which is the degree of change of the original work: identical copying — non-identical copying — processing — free creation of another original work. At the same time, the author emphasizes that a copy, even significantly different from the original, does not cease to be a copy. In legal terms, identical and non-identical copying constitutes reproduction that requires the consent of the author or copyright holder of the original work. A necessary sign of processing is the purpose of the author of the changes to expand the possibilities of using the original work; processing also requires the consent of the author or copyright holder with respect to the original work. Non-identical copying and reworking should be distinguished from creating a new work using an unprotected content of the original authentic work.

**Keywords:** copyright; presumption of the creative nature (originality) of copyright objects; presumption of originality of works; presumption of originality; unification of the criterion of originality; significant similarity of works; significant similarity; non-identical reproduction; non-identical copying.

**Cite as:** Mikhailov SV. Presumptsiya tvorcheskogo kharaktera (originalnosti) obektov avtorskikh prav [The Presumption of a Creative Nature (Originality) of Copyright Objects]. *Lex russica*. 2021;74(10):9-25. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.009-025. (In Russ., abstract in Eng.).

В любой работе есть место творчеству.

*С. Довлатов. Соло на ундервуде*

Слушайте, что я накопал вчера ночью при колеблющемся свете электрической лампы: «Я помню чудное мгновенье, передо мной явилась ты, как мимолетное виденье, как гений чистой красоты». Правда, хорошо? Талантливо? И только на рассвете, когда дописаны были последние строки, я вспомнил, что этот стих уже написал А. Пушкин. Такой удар со стороны классика! А?

*И. Ильф, Е. Петров. Золотой теленок*

Авторско-правовая дихотомия (охраняется форма, но не содержание произведения<sup>1</sup>) помимо основных положений авторского права, в числе которых принцип эстетической нейтральности<sup>2</sup>, первоначальность возникновения авторских прав и др., также дает основание практикоориентированным юридико-техническим средствам разрешения споров: презумпции авторства<sup>3</sup>, презумпции творческого характера объектов авторских прав.

Презумпция творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав прямо не указана в российском законе, но следует из системного толкования норм, посвященных фигуре автора, которым признается гражданин, своим творческим трудом создавший произведение.

Это обстоятельство разъясняется в абз. 2 п. 80 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»: «Судам при разрешении вопроса об отнесении конкретного результата интеллектуальной деятельности к объектам авторского права следует учитывать, что по смыслу ст. 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаи-

мосвязи таковым является только тот результат, который создан творческим трудом. При этом надлежит иметь в виду, что, пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом (здесь и далее в цитатах курсив наш. — С. М.)».

Таким образом, критерий творчества в качестве предпосылки авторско-правовой охраны в ст. 1259 ГК РФ, содержащей примерный (открытый) перечень произведений науки, литературы и искусства, прямо не указан. Действительно, в ином случае могло бы сложиться ложное впечатление, что произведение может и не являться результатом творческой деятельности автора<sup>4</sup>.

Отмеченный подход соответствует ст. 2 (1) Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 (далее — Бернская конвенция), также содержащей примерный перечень объектов авторского права, подлежащих правовой охране вне зависимости от способа и формы выражения в качестве литературных, научных и художественных произведений<sup>5</sup>. При этом в ст. 5 (1) Бернская конвенция, устанавливая пра-

<sup>1</sup> В силу ст. 1259 ГК РФ авторские права (охраняется форма) распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме, в том числе в письменной, устной форме (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и иной подобной форме), в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме (п. 3). При этом авторские права (не охраняется содержание) не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования, геологическую информацию о недрах (п. 5).

<sup>2</sup> См.: Михайлов С. В. Принцип эстетической нейтральности авторского права // Хозяйство и право. 2019. № 5. С. 67–75.

<sup>3</sup> См.: Михайлов С. В. Практическое значение содержания презумпции авторства // Хозяйство и право. 2019. № 9. С. 57–67.

<sup>4</sup> Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. Е. А. Павлова. М., 2018. С. 196 (автор комментария к ст. 1259 ГК РФ — Е. А. Павлова).

<sup>5</sup> Ст. 2 (1) Бернской конвенции: «Термин “литературные и художественные произведения” охватывает любую продукцию в области литературы, науки и искусства, вне зависимости от способа и формы ее выражения, включая: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные

вила национального режима и минимального уровня охраны, связывает круг охраняемых правом произведений с фигурой *автора*<sup>6</sup>.

Таким образом, Бернская конвенция формирует телеологический (функциональный) подход: правовая охрана направлена на охрану интеллектуальных продуктов, точнее — произведений, являющихся собственными *авторскими интеллектуальными творениями*<sup>7</sup>.

В доктрине подчеркивается, что фраза «любое произведение в области литературы, науки и искусства» явно восходит к двусторонним договорам, предшествовавшим подписанию Бернской конвенции. Опираясь на подготовительные материалы к Брюссельской конференции 1948 г. по пересмотру положений Бернской конвенции, профессора С. Рикетсон и Д. Гинзбург разъясняют, что слово «произведение» «просто указывает, что объект, удовлетворяющий описанию литературных и художественных произведений, подлежит правовой охране как только он будет реализован или воплощен в объективной реальности»<sup>8</sup>. При этом они подчеркивают, что, несмотря на то, что перечень объектов авторского права открытый, их перечисление в ст. 2 (1) Бернской конвенции является единственным правовым механизмом, с помощью которого может быть обеспечен последовательный подход стран — членов Бернского союза к тому, что понимается под категорией «литературные и художественные произведения»<sup>9</sup>.

Таким образом, конвенциональный телеологический подход формирует презумпцию творческого создания произведений: если немате-

риальный объект входит в перечень объектов, названных позитивным правом произведениями (например, написанные тексты, несмотря на бесконечное разнообразие литературных форм, являются литературными произведениями), то, пока не доказано иное, следует считать рассматриваемый объект продуктом творческого труда создавшего его лица (автора), и поэтому он подлежит авторско-правовой охране.

Однако далеко не все зарубежные законодательства прямо следуют конвенциональному примеру, что неудивительно — Бернская конвенция, предоставляя минимальный уровень правовой охраны произведениям, является результатом компромисса самых разных юридических культур. Не говоря об очевидном соотношении системы копирайта общего права с системами авторско-правовой охраны гражданско-правовых стран<sup>10</sup>, даже в сфере родственных правовых семей есть заметные различия: и внутри общего права, и тем более в континентальных системах. Свидетельства этому можно обнаружить в тексте самой Бернской конвенции. Например, в ст. 14bis (1) отмечено: «Без ущерба авторским правам на любое произведение, которое могло быть переделано или воспроизведено, кинематографическое произведение подлежит охране в качестве *оригинального произведения*. Владелец авторского права на кинематографическое произведение пользуется такими же правами, как и автор *оригинального произведения*, включая права, предусмотренные в предыдущей статье».

Здесь, как и во многих зарубежных законах, термин «оригинальное произведение» озна-

способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, гравирования и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам».

<sup>6</sup> Ст. 5 (1) Бернской конвенции: «В отношении *произведений*, по которым авторам предоставляется охрана в силу настоящей Конвенции, *авторы* пользуются в странах Союза, кроме страны происхождения произведения, правами, которые предоставляются в настоящее время или могут быть предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам, а также правами, особо предоставляемыми настоящей Конвенцией».

<sup>7</sup> Rosati E. Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the Infopaq Decision // Journal of the Copyright Society of the U. S.A. 2011. 58 (4). P. 801–803.

<sup>8</sup> Цит. по: Alpin T. Subject matter (Ch. 3) // Research Handbook on the Future of EU Copyright / ed. by E. Derclaye. Cheltenham; Northampton : Edward Elgar Publishing, 2009. P. 50.

<sup>9</sup> Цит. по: Alpin T. Op. cit.

<sup>10</sup> В статье в силу зачастую кардинальных различий в гражданско-правовых системах и в системе общего права использование терминов «авторское право» и «копирайт» (в том числе производных от них), а также их коннотаций означает отсылку к соответствующим правовым системам.

чает, что соответствующее произведение создано самостоятельным трудом автора, т.е. оно *не скопировано* прямо или косвенно с чужого произведения<sup>11</sup> и не является фактом, имеющим, например, информационный характер.

Соответственно, правовой смысл вышеприведенной конвенционной нормы состоит в том, что кинематографическое произведение является результатом самостоятельного труда автора, а *не копией* чужого произведения. В этом значении, несмотря на то, что, например, кинофильм<sup>12</sup> по мотивам литературного произведения является переработкой последнего (экранизация — производное произведение, п. 1 ст. 1261 ГК РФ), права автора кинематографического произведения аналогичны правам автора экранизированного литературного или иного произведения — они являются *оригинальными, т.е. не скопированными* с чужого произведения.

Широкий объем рассматриваемого значения конвенционной нормы дает логическое основание бытовавшему в середине XX в. в законах многих стран, например в Германии с

1910 по 1965 г., разделению на кинематографические драматические произведения<sup>13</sup>, т.е. охраняемые авторским правом произведения искусства (с одной стороны), и хроникальные, документальные, новостные фильмы (с другой стороны), охранявшиеся в качестве серии фотографий<sup>14</sup>, которые к искусству не относятся, поскольку просто отражают реальность.

Таким образом, в аспекте содержания «оригинальности кинопроизведения» (в качестве авторского интеллектуального творения) в ст. 14 bis (1) Бернской конвенции внимание обращается на то, что кинофильм не является копией предшествующего произведения, в отличие от телеологического (функционального) подхода, ориентированного на фигуру автора, отраженного в ст. 2 (1) и 5 (1) Бернской конвенции.

Как показано выше, отечественное законодательство по авторскому праву использует термин «творчество». В этом плане оно следует немецкому авторскому праву, указывающему, что охране подлежат «личные интеллектуальные творения»<sup>15</sup>, однако другие гражданско-правовые системы<sup>16</sup>, тем более система копирайта

<sup>11</sup> Dworkin A. T. Originality in the Law of Copyright // 11. Copyright L. Symp. 60 (1959–1960). P. 73.

<sup>12</sup> В статье термины «кинофильм», «фильм», «кинематографическое произведение» используются как синонимы.

<sup>13</sup> Самостоятельное сюжетное повествование по оригинальному киносценарию или экранизация литературного произведения.

<sup>14</sup> Kamina P. Film Copyright in the European Union. Second Edition. Cambridge : Cambridge University Press, 2016. P. 44–45.

В законах некоторых стран это деление до сих пор сохраняется. Например, фильмы охраняются как записи на киноленту и другие аналогичные технические средства в Великобритании и других странах копирайта общего права именно британской традиции, в отличие от американской системы копирайта и следующими за США странами.

<sup>15</sup> В пункте 2 пар. 2 Закона ФРГ об авторском праве и смежных правах указано: «Произведениями в значении настоящего закона являются только личные интеллектуальные творения». При этом в комментарии к названному Закону отмечается, что «в отличие от предыдущего закона и в отличие от законопроекта докладчиков и министерства, ориентированных на защиту произведений как таковых, действующий закон (1965 г.) дает соответствующую формулировку: “Авторы произведений литературы, науки и искусства пользуются защитой своих произведений по условиям настоящего Закона” (пар. 1). Этот подход проясняет цель: закон не защищает произведение как самостоятельный правовой объект; такая защита принесла бы пользу соответствующему правообладателю или владельцу прав на использование произведения. Скорее, цель закона — защитить самого автора: основное внимание уделяется не произведению, к которому относится правовая защита, а личности автора». См.: Fromm F. K., Nordemann W. Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht) neu: zur EU-Portabilitätsverordnung. Stuttgart : Kohlhammer Verlag. Kindle Edition, 2018.

<sup>16</sup> Даже французское законодательство, колыбель континентальной авторско-правовой системы, уклоняется от использования термина «творчество». Так, в силу ст. L.112-4 Кодекса интеллектуальной собственности Франции (далее — КИС Франции): «Название произведения должно быть защищено так же, как и само произведение, если оно имеет оригинальный характер». По этому поводу Р. Дюма отмечает: «Впрочем, и закон от 11.03.1957 (в 1992 г. закон лишь с небольшими редакционными изменениями инкорпорирован в КИС Франции. — С. М.) также не ссылается на оригинальность в качестве главного

общего права, используют понятие «оригинальность», имеющее, на первый взгляд, иное содержание.

Действительно, до недавнего времени подходы были противоположные: авторско-правовые системы ориентировались на субъективные проявления личности автора, а система копирайта общего права придерживалась утилитаристских концепций, особенно в ее американской ветви<sup>17</sup>. Эта разница проявилась в первичности личных неимущественных прав автора в континентальных авторско-правовых системах и первичности исключительного права как экономической основы копирайта общего права. Даже если не принимать во внимание как исключение немецкое (и в последующем российское) позитивное авторское право, оперирующее термином «творчество», существенные различия по всем системам координат в правовых подходах к критерию оригинальности как основанию копирайта и авторско-правовой охраны произведений сохранялись до начала 90-х гг. прошлого века.

Как ни странно, несмотря на отмеченные контрасты, в условиях все более ускоряющегося и усложняющегося гражданского оборота, сопровождающегося информационной революцией, а также благодаря усилиям Европейского

Союза, в том числе Европейского Суда, юридико-технические содержательные подходы к категории оригинальности (в качестве синонима творчества) как общей и единственной предпосылке охраны произведений копирайтом и континентальной авторско-правовой системой стали постепенно сближаться.

Например, указанная выше разница проявлялась в понимании оригинальности произведения по копирайту (авторскому праву) британского образца. Закон Великобритании о копирайте, промышленных образцах и патентах 1988 г., в отличие от Бернской конвенции, содержит закрытый перечень произведений, подлежащих правовой охране копирайтом<sup>18</sup>. Закрытый перечень отражает британский вариант утилитарного подхода в рамках общего права к содержанию правовой охраны как защиты владения имущественными правами в отношении произведений.

Здесь основанием является понимание оригинальности произведения как «оригинальности», т.е. его происхождения от автора<sup>19</sup>, что, с одной стороны, отличается от американского подхода, в соответствии с которым при рассмотрении вопроса об оригинальности произведения акцент ставится на то, что произведение не скопировано (американский подход

условия предоставления охраны произведениям. Этот закон довольно неуклюже, на наш взгляд, толкует термин “оригинальность” в отношении переработок, переводов и аранжировок в ст. 4 (ст. L.112-3 КИС Франции. — С. М.), посвященной “авторским правам на оригинальное произведение”; на самом деле речь идет скорее о первоначальном произведении. Требование оригинальности творческого произведения содержится лишь в ст. 5 закона (ст. L.112-4 КИС Франции. — С. М.), посвященной названию произведения». См.: Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. 2-е изд. М. : Междунар. отношения, 1993. С. 27.

<sup>17</sup> Так, в США в 1960–1970-е гг. зародилась и в 1990-е гг. стала популярной доктрина экономического анализа права. Однако современная неоклассическая экономическая наука давно отклонила как не выдерживающие критики тезисы Чикагской школы, на которых базируется экономический анализ права, соответственно, они не получили сколько-нибудь широкого признания среди экономистов. В литературе отмечается удивление ролью и значением, которые приобрела в праве названная доктрина (в частности, в отношении интеллектуальной собственности, в том числе права товарных знаков), так и оставшаяся экзотикой в лоне экономической науки. См.: *Aldred J. The economic rationale of trade marks: an economist’s critique // Trade Marks and Brands. An Interdisciplinary Critique / ed. by L. Bently, J. Davis, J. C. Ginsburg. Cambridge; New York : Cambridge University Press, 2008. P. 267–268.*

<sup>18</sup> Ст. 1 Закона Великобритании о копирайте, промышленных образцах и патентах 1988 г.: «(1) Копирайт представляет собой право владения, существующее в соответствии с настоящей Частью в отношении следующих видов произведений:

- (a) оригинальные литературные, драматические, музыкальные или художественные произведения,
- (b) звуковые записи, фильмы, теле- и радиопередачи или кабельные программы, и
- (c) типографское оформление опубликованных изданий.

(2) В настоящей части термин “произведение, охраняемое копирайтом” означает произведение любого из указанных видов, в отношении которых существует копирайт».

<sup>19</sup> *Rosati E. Op. cit. P. 803–804.*

отражен в ст. 14bis (1) Бернской конвенции); с другой стороны, британская правовая позиция вполне «рифмуется» с телеологическим (функциональным) подходом, изложенным в ст. 2 (1), 5 (1) Бернской конвенции.

Закрытый перечень произведений, подлежащих правовой охране, как прием правового регулирования специально использован британским законодателем для юридико-технического обоснования презумпции оригинальности: если рассматриваемый объект относится к объектам, названным законом произведениями, то он *prima facie* подлежит охране копирайтом (авторским правом)<sup>20</sup>.

Интересно, что американский Закон о копирайте (Свод законов США, разд. 17, ст. 101, 102), в отличие от британского закона, содержит открытый перечень «оригинальных авторских произведений, зафиксированных на материальном носителе». Соответственно, в отличие от Великобритании, в американской ветви копирайта (впрочем, как и в других правовых порядках с примерным перечислением того, что является охраняемыми произведениями, в том числе в гражданско-правовых, например в Германии) регулятивный практический потенциал презумпции творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав в судебной практике и доктрине до начала упомянутых процессов унификации в 1990-х гг. явно недооценивался.

Несмотря на пренебрежительное отношение судебной практики к презумпции оригинальности объектов авторских прав, а также сосредоточенности доктрины на определении содержания критерия оригинальности как условия авторско-правовой охраны, ее наличие в правовых порядках разных стран констатируется. Например, в комментарии к Закону ФРГ об авторских и смежных правах (1965 г.) отмечается, что если объект подпадает под одну из категорий произведений, перечисленных в примерном перечне п. 1 пар. 1 закона, то нет необходимости фактически определять, охраняется ли произведение авторским правом<sup>21</sup>. Работает центральный принцип закона — *in dubio pro*

*auctore* (все сомнения в пользу автора), в том числе при выявлении уровня «творчества» по вопросу, подлежит ли защите авторским правом спорный интеллектуальный продукт<sup>22</sup>.

Относительно авторского права Дании В. Веинке пишет: «Речь идет не о том, что, решая вопрос, является [тот или иной] объект нашего внимания произведением или нет, необходимо углубиться в исследование, а о том, действительно ли в данном случае автор внес свой творческий и духовный вклад или всего лишь по счастливой случайности создал что-то «оригинальное». ...В практике правовой деятельности такие споры решаются «правилом большого пальца»: если работа достойна копирования, то она достойна пользоваться правовой охраной в качестве произведения»<sup>23</sup>.

Р. Дюма не сообщает о презумпции оригинальности во французском праве. Однако сетует на противоречивость судебной практики, в некоторых решениях толкующей критерий оригинальности в качестве синонима достоинства произведения. По его мнению, такой расширительный подход представляет собой отклонение в процессе применения законодательных положений об авторском праве, направленных на усиление подлежащих охране творческих произведений<sup>24</sup>.

Выше рассмотрено юридическое значение закрытого перечня охраняемых копирайтом произведений по законодательству Великобритании, отличающееся от американского подхода с примерным (открытым) перечнем охраняемых произведений. Соответственно, в США презумпция оригинальности защищаемого копирайтом произведения непосредственно указана в законе: в силу ст. 401 (с) Закона о копирайте регистрация произведения в Бюро по копирайту США до или в течение пяти лет после первой публикации представляет собой доказательство *prima facie* действительности копирайта в отношении произведения в любом судебном разбирательстве.

Как уже отмечено, в ст. 14bis (1) Бернской конвенции термин «оригинальность» используется в значении отсутствия копирования чужого

<sup>20</sup> *Cornish W., Llewelyn D. and Aplin T. Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights. Ninth Edition. London : Thomson Reuters, 2019. P. 439.*

<sup>21</sup> *Fromm F. K., Nordemann W. Op. cit.*

<sup>22</sup> *Fromm F. K., Nordemann W. Op. cit.*

<sup>23</sup> *Веинке В. Авторское право. Регламентация, основы, будущее. М. : Юрид. лит., 1979. С. 31, 32.*

<sup>24</sup> *Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. 2-е изд. М. : Междунар. отношения, 1993. С. 28.*

произведения, что маркирует эволюционное преодоление подходов, бытовавших в судебной практике и доктрине в начале XX в. Первый заключался в том, что авторские права на кинофильмы охранялись в качестве драматических произведений. Автором кинофильма считался либо автор оригинального киносценария, либо автор экранизированного литературного произведения. Другой подход основывался на том, что на заре кинематографии функции оператора и режиссера не были разделены, поэтому автором считалось лицо, снявшее (изготовившее) фильм, поскольку объект охраны расценивался в качестве серии фотографий.

Показателен пример признания судебной практикой фотографий (и подобных им изображений) в качестве объектов, подлежащих авторско-правовой охране. Ранее фотографические изображения правом не охранялись, они рассматривались как способ отражения фактической действительности; в этом смысле отсутствие «рукотворного вклада» в формирование изображения обусловило вывод юристов о том, что фотоснимок не является произведением искусства.

Впервые проблема фотографии как объекта искусства была решена в 1884 г. Верховным судом США. Из судебного акта по делу *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony* (*Burrow-Giles*)<sup>25</sup> следует, что спорная фотография истца отвечает критерию оригинальности, поскольку изображение обусловлено выбором позиции и ракурса Оскара Уайльда перед камерой, подбором костюма, выбором композиции света и тени, диспозиции фигуры человека и иных объектов в кадре, а также другими характеристиками, делающими снимок «изысканным», соответственно, охраняемым копирайтом (подлежащим авторско-правовой охране). В дальнейшем указанный подход получил развитие, что привело к уточнению и формулированию основных положений не только копирайта, но и авторско-правовой охраны в целом.

Таким образом, судебная практика, как ранее в отношении фотографий, применительно к кинофильмам пришла к выводу о том, что последние также являются произведениями, а

не результатом отображения фактической действительности. Был воспринят подход, согласно которому кинофильм — явление искусства, поскольку его производство требует не только технических и организационных усилий, позволяющих изготовить «серию фотографий, скатанных в рулон»<sup>26</sup>, но и определенного уровня и качества навыков, приемов, умений.

Отмеченный подход поставил перед судебной практикой и доктриной вопрос выявления содержания оригинальности (указанных навыков, приемов, умений) как основания авторско-правовой охраны. Этот критерий пытались определить и отсутствием копирования (США), и количеством «рукотворного вклада» автора в создание произведения (Великобритания), и индивидуальностью автора, выраженной в каждом произведении (Франция)<sup>27</sup>, и результатом творческой, духовной работы, носящей печать индивидуальности автора (Дания)<sup>28</sup>, и уровнем творческого вклада автора относительно среднего уровня для соответствующего жанра произведений (Германия)<sup>29</sup>.

Сегодня мы являемся свидетелями процесса разработки содержательно единых подходов к определению критерия оригинальности в системах копирайта и континентального авторского права.

Так, до 1991 г. американская судебная практика вопрос об оригинальности произведения в качестве критерия охраны копирайтом рассматривала через призму утилитаризма. Предоставление копирайта в отношении произведения юстифицировалось защитой потраченных на создание произведения труда, усилий, времени и иных ресурсов, в том числе имущественных и организационных. Тезис о том, что нельзя копировать чужое произведение, как нельзя пожинать урожай там, где не сеял, — передает суть доктрины «в поте лица своего» (*sweat on the brow*).

А. Дворкин отмечает, что до кейса *Feist* практику отражало судебное решение по делу *Shulsinger v. Grossman* (1954). Фабула спора состояла в том, что издатель нанял знатоков иврита для корректировки псалмов, находящихся в общественном достоянии, путем расстановки

<sup>25</sup> *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 U.S. (1884) at 54, 55.

<sup>26</sup> *Kamina P.* Op. cit. P. 8–9.

<sup>27</sup> *Дюма Р.* Указ. соч. С. 27.

<sup>28</sup> *Веинке В.* Указ. соч. С. 32.

<sup>29</sup> *Кашанин А. В.* Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведения в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 30–36.



акцентов и пометок в речитативах. А. Дворкин расценивает эту деятельность как, конечно, далекую от творческой, но цитирует названное судебное решение, отмечающее, что работа «оригинальна в том смысле, что является результатом самостоятельного труда авторов». Исследователь подчеркивает: оригинальность в рассматриваемый период понималась только как то, что произведение должно быть выполнено самостоятельно, т.е. не скопировано прямо или косвенно с чужого произведения<sup>30</sup>.

В 1991 г. Верховный суд США вынес прецедентный судебный акт по делу *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co. (Feist)*<sup>31</sup>, определив стандарт оригинальности в качестве самостоятельной работы, имеющей *минимальный уровень творчества*. Спор заключался в том, что ответчик (*Feist Publication, Inc.*), получив отказ в оформлении лицензии, без санкции скопировал в издаваемый им региональный (широкого географического охвата) телефонный справочник данные об именах и телефонах 1 309 абонентов из местного муниципального справочника, ежегодно обновляемого и издаваемого в обязательном порядке (по городским нормативным правовым актам) истцом (*Rural Telephone Service Co.*), единственным провайдером услуг телефонной связи в городе. Факт копирования судом был установлен, т.к. истец предусмотрительно ранее внедрил в муниципальный справочник данные о четырех вымышленных абонентах.

Г. Абрамс, комментируя решение по делу *Feist*, отмечает, что оно развивает позицию, сформированную по вышеуказанному делу *Burrow-Giles*, о том, что автор — это тот, кому что-либо обязано своим происхождением, создатель, изготовитель. Соответственно, факты сами по себе не подлежат защите копирайтом, поскольку не создаются автором<sup>32</sup>. Суд, проверяя каталог на необходимый уровень оригинальности, пришел к выводу, что спорная информация не имела права на защиту копирайтом, поскольку представляет собой суще-

ствующие факты, а не результат деятельности автора<sup>33</sup>. В решении *Feist* указано, что нет ничего творческого в построении в алфавитном порядке данных в телефонном справочнике. Это вековая практика, прочно укоренившаяся в традициях и настолько распространенная, что ее можно ожидать как само собой разумеющуюся. Это не только не оригинально, *но и практически неизбежно*. Соответствующая проверенная временем традиция не обладает минимальной творческой искрой<sup>34</sup>.

В силу правовой позиции, выработанной по делу *Feist*, оригинальность произведения — это отнюдь не высокий стандарт, он не требует представления фактов в новой или неожиданной манере. Однако их подбор и построение не может быть механическим или рутинным, не требующим творчества вообще. Стандарт оригинальности низкий, но вместе с тем он существует. Копирайт защищает только те элементы произведения, которые обладают более чем минимальным квантом *творчества*<sup>35</sup>. Интересно, что новая позиция, прямо указывая на творчество, близка континентальной авторско-правовой традиции, а не прежнему подходу копирайта общего права, тем более его американской ветви.

В том же 1991 г. в процессе гармонизации законодательства по авторскому праву и смежным правам была принята Директива Совета Европейских сообществ 91/250/ЕЭС от 14.05.1991 «О правовой охране компьютерных программ»<sup>36</sup>, первая из директив, послуживших основанием для прецедентных решений, предложивших унифицированный подход к критерию оригинальности произведения.

В пункте 3 ст. 1 названной Директивы было сформулировано определение оригинальности: «Компьютерная программа подлежит охране, если она является оригинальной в том смысле, что она *является продуктом собственного интеллектуального творения автора*. Никакие иные критерии не должны применяться для признания права на охрану». Несмотря на то что

<sup>30</sup> *Dworkin A. T. Op. cit. P. 73.*

<sup>31</sup> *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).*

<sup>32</sup> *Abrams H. B. Originality and Creativity in Copyright Law // Law and Contemporary Problems. 1992. Vol. 55. No 2. P. 11.*

<sup>33</sup> *Abrams H. Op. cit. P. 13.*

<sup>34</sup> *Abrams H. Op. cit. P. 14.*

<sup>35</sup> *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).*

<sup>36</sup> Заменена Директивой Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2009/24/ЕС от 23.04.2009 «О правовой охране компьютерных программ (кодифицированная версия)».

документ посвящен правовому режиму компьютерных программ, приведенная дефиниция имеет непосредственное отношение к литературным и иным произведениям, поскольку в силу п. 1 ст. 1 этой Директивы правовая охрана компьютерных программ осуществляется посредством авторского права как литературных произведений *в том значении, как этот термин понимается в Бернской конвенции*.

Вышеприведенное определение критерия оригинальности повторяется в ст. 6 Директивы 93/98/ЕЭС Совета ЕС от 29.10.1993 «О гармонизации срока действия охраны авторского права и определенных смежных прав»<sup>37</sup>, а также в п. 16 преамбулы и ст. 3 Директивы Европейского парламента и Совета Европейского Союза 96/9/ЕС от 11.03.1996 «О правовой охране баз данных»<sup>38</sup>.

В 2009 г. Европейский Суд вынес прецедентное решение по делу *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*<sup>39</sup>. Обстоятельства спора заключались в том, что истец, *Infopaq International A/S (Infopaq)*, на коммерческой основе предоставлял клиентам резюме публикаций датской периодики, созданные при помощи «процедуры сбора данных», заключавшейся в электронном мониторинге и сканировании прессы, затем подборке частей (отрезков) текстов из оригинальных публикаций по ключевым словам поиска (в подборке содержалась информация о самой публикации и локации отрезка в ней). Соответствующая часть текста формировалась из поискового слова с пятью предшествующими и пятью последующими словами. Таким образом по запросу составлялась подборка из ряда отрезков, состоящих из 11 слов, вырезанных из донорских публикаций. *Danske Dagblades Forening (DDF)* — профессиональная ассоциация датских издателей ежедневных газет, функция которой, в частности, заключается в оказании помощи своим членам в решении вопросов авторского права. *Infopaq* обратилось в суд с иском к *DDF* с требованием признать, что *Infopaq* вправе осуществлять процедуру сбора данных без согласия *DDF* или ее членов.

Европейский Суд в решении сослался на ст. 2 (а) Директивы 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе», предусматривающую, что авторы имеют исключительное право санкционировать или запрещать воспроизведение своих произведений *в целом или в части*. Суд пришел к выводу, что авторско-правовой охране подлежит оригинальное произведение или *его часть* в том смысле, что оно является *самостоятельным интеллектуальным творением автора*. Соответственно, часть произведения, состоящая из 11 слов, если она отвечает условию оригинальности, защищается авторским правом.

Касательно частей того или иного произведения суд уточнил, что следует иметь в виду, что в Директиве 2001/29/ЕС или любой другой соответствующей директиве нет ничего, указывающего на то, что к частям следует относиться иначе, чем к произведению в целом. Из этого следует, что части защищены авторским правом, поскольку *они разделяют оригинальность всего произведения*.

Как видим, суд использовал критерий оригинальности, определенный вышеуказанными Директивой по компьютерным программам, Директивой по срокам и Директивой по базам данных. Интересно, что в п. 16 преамбулы новой Директивы по срокам охраны авторских и смежных прав (2006/116/ЕС от 12.12.2006) подчеркивается, что фотографическое произведение в значении Бернской конвенции считается оригинальным, если оно представляет собой продукт интеллектуальной деятельности автора, *выражающий его личность*.

Этот подход Европейский Суд по вопросу оригинальности произведения продемонстрировал и несколько дополнил при рассмотрении ряда последующих дел.

Например, уточнено, что критерию оригинальности как основанию авторско-правовой защиты заведомо не отвечают компоненты графического пользовательского интерфейса,

<sup>37</sup> Заменена Директивой Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2006/116/ЕС от 12.12.2006 «О сроке действия охраны авторского права и некоторых смежных прав (кодифицированная версия)».

<sup>38</sup> Внесены изменения Директивой Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2019/790 от 17.04.2019 «Об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке, а также об изменении Директив 96/9/ЕС и 2001/29/ЕС».

<sup>39</sup> *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*. Judgment of the European Court of Justice of 16.07.2009, Case № C-5/08.

имеющие исключительно техническую функцию. Если возникающая форма (визуальная или текстовая) продиктована техническим назначением этих компонентов, то такое выражение критерию оригинальности не соответствует, поскольку различные способы реализации идеи настолько ограничены, что идея и выражение становятся неразделимыми<sup>40</sup>. Здесь Европейский Суд отразил один из тестов американского копирайта — доктрину слияния (*merger doctrine*), выработанную в рамках более широкой функциональной теории, имеющей целью определение предметных границ копирайта (авторско-правовой охраны). Согласно функциональной теории, например, одежда, несмотря на несомненное эстетическое значение, не подлежит защите исками, основанными на копирайте, т.к. согласно своему утилитарному назначению одежда защищает человека от внешней среды (холода, дождя и т.д.). Однако предмет, имеющий утилитарную функцию, может охраняться копирайтом, если его эстетическая составляющая может быть «отделена» от него и она имеет явное самостоятельное значение.

Кроме того, Европейский Суд в решении по делу *Football Dataco*, касающемуся права свободного использования информации из расписания матчей Английской Премьер-лиги, указал, что критерий оригинальности в отношении создания базы данных удовлетворяется, если, отбирая или организуя информацию в базе данных, ее автор выражает свои творческие способности в оригинальной форме посредством свободного и творческого выбора, таким образом оставляя след своего *личного прикосновения*<sup>41</sup>.

Предложенный американской практикой по делу *Feist* подход согласуется с позицией Европейского Суда по делу *Inforaq* относительно определения оригинальности произведения как *самостоятельного интеллектуального творения автора*. При этом авторско-правовая система, в свою очередь, тоже сделала шаг навстречу копирайту, что подтверждается харак-

теристикой низкого стандарта оригинальности как не требующего «художественного характера». Иначе не подлежали бы охране авторским правом компьютерные программы, базы данных, технические инструкции и т.д. Достаточно наличия у автора возможности выбора, фокусирующегося на форме: например, выбор, сочетание и упорядочение слов<sup>42</sup>. Кроме того, как отмечено выше, Европейский Суд успешно инкорпорировал положения некоторых доктрин, разработанных в системе копирайта.

Таким образом, констатируется сближение подходов к содержанию критерия оригинальности произведения.

До решения Европейского Суда по делу *Football Dataco* суды Великобритании на основании доктрины требуемой меры труда, умения и суждения (*labor, skill and judgement*) общего права считали, что телевизионные программы, алфавитные списки адвокатов защищаются копирайтом при условии существенного количества потраченного на них рутинного труда<sup>43</sup>. Названный подход представляет собой ту же американскую преодоленную доктрину «в поте лица своего». Но, как отмечено выше, прежний британский вариант доктрины оригинальности традиционно делал акцент на происхождении произведения от автора<sup>44</sup>. И в этом смысле он изначально был более близок сформированному позже унифицированному европейскому подходу, отраженному в решении *Inforaq*.

Вместе с тем унифицированный европейский стандарт оригинальности воспринят в Великобритании весьма специфично. Кроме того, из-за Брексита, возможно, подход Великобритании к стандарту оригинальности будет со временем все сильнее отличаться от общей европейской практики. Но в силу явного сближения европейских и американских позиций вероятность полноценного возвращения к прежней доктрине все-таки не прогнозируется. Тем более что правовая позиция в отношении оригинальности, сформированная Европейским Судом, уже адаптирована судебной практикой Соединенного Королевства. В частности, реше-

<sup>40</sup> *Bezpečnostní softwarová asociace v. Ministerstvo kultury*. Judgment of the European Court of Justice of 22.12.2010, Case № C-393/09 (§ 48, 49).

<sup>41</sup> *Football Dataco v. Yahoo! UK*. Judgment of the European Court of Justice of 01.03.2012, Case № C-604/10 (§ 38).

<sup>42</sup> *Bentley L., Sherman B., Gangjee D., Johnson P.* Intellectual Property Law. Fifth Edition. New York : Oxford University Press, 2018. P. 102.

<sup>43</sup> *Bentley L., Sherman B., Gangjee D., Johnson P.* Op. cit. P. 103.

<sup>44</sup> *Rosati E. P.* Op. cit. P. 803–804.

ние по делу *Football Dataco* было вынесено по запросу апелляционного суда (Англия и Уэльс). В результате Европейский Суд сформулировал определение оригинальности произведения в том смысле, что предложенный унифицированный критерий распространяется не только на собственно базы данных, но и на подобные им интеллектуальные продукты: таблицы, расписания, списки, компиляции. Более того, в трактовке Европейского Суда подчеркивается, что определение оригинальности произведения имеет универсальное значение для всех объектов авторско-правовой охраны без исключения, будь то компьютерные программы, технические и пользовательские инструкции, руководства и т.д.

Европейская унификация оригинальности произведения как предпосылки предоставления авторско-правовой охраны высветила необоснованность региональной вариативности критерия оригинальности в отношении разных видов и жанров произведений. Например, прежняя немецкая судебная практика исходила из того, что необходимый для предоставления авторско-правовой охраны уровень творческого вклада определяется количественным проявлением индивидуальности автора в произведении. Это логически обуславливало вывод о том, что, поскольку различные виды произведений предоставляют разные возможности для выражения авторской индивидуальности, необходимый уровень творчества для произведений, например, в сфере литературы, музыки, изобразительного искусства отличается от уровня творческого вклада для авторско-правовой охраны произведений прикладного искусства, письменных произведений в сфере повседневных нужд (например, новости), а также научных произведений<sup>45</sup>.

Е. Ульмер в середине прошлого века предложил доктрину уровня творчества в качестве нижнего предела защиты авторских прав. Ее целью является разграничение охраняемых авторским правом произведений прикладного искусства от объектов промышленного дизайна. Уровень творческого вклада в создание конкретного произведения сравнивался

с эвентуальным средним количественным уровнем выражения авторской индивидуальности в соответствующем виде произведений. Получалось, что для сферы художественных произведений искусства (литература, музыка, изобразительное искусство) уровень творчества мог быть низким, но для сферы произведений, предоставляющих авторам ограниченный выбор выразительных средств (например объекты дизайна, карты, схемы и т.д.), которая получила название «мелкая монета» (*kleine Münze*)<sup>46</sup>, творческий вклад автора должен был существенно превышать абстрактный средний уровень оригинальности.

Современная немецкая судебная практика и доктрина отказались от дифференциации в пользу унифицированного европейского подхода, согласно которому любой «творческой идиосинкразии» достаточно для признания авторско-правовой охраны произведения<sup>47</sup>. Констатируется, что произведения прикладного искусства теперь защищены авторским правом, если они основаны на художественном достижении<sup>48</sup>.

При этом выработаны актуальные положения в отношении сферы произведений с ограниченным выбором выразительных средств. Так, Высший земельный суд Нюрнберга сформулировал отрицательный признак отграничения произведений от других объектов. По делу о служебных инструкциях суд отметил, что если у автора нет возможности для его собственных решений из-за того, что интеллектуальное содержание работы определяется предметом представления, специальной терминологией или другими средствами (отсутствие выбора составляет условие создания объекта), то результат лишен индивидуальности. Такой подход соответствует вышеуказанной позиции Европейского Суда о том, что критерий оригинальности не выполняется, если различные способы реализации идеи настолько ограничены, что идея и выражение становятся неразделимыми<sup>49</sup>.

Верховный суд Германии по спору о возможности авторско-правовой охраны правил технических условий поставки указал, что их

<sup>45</sup> *Fromm F. K., Nordemann W.* Op. cit.

<sup>46</sup> *Кашанин А. В.* Указ. соч. С. 27.

<sup>47</sup> *Fromm F. K., Nordemann W.* Op. cit.

<sup>48</sup> *Fromm F. K., Nordemann W.* Op. cit.

<sup>49</sup> *Bezpečnostní softwarová asociace v. Ministerstvo kultury.* Judgment of the European Court of Justice of 22.12.2010, Case № C-393/09 (§ 48, 49).

разработка в целом предоставляет достаточный уровень выражения творческой индивидуальности, поскольку вполне очевидно, что рассматриваемые правила могли бы быть представлены и структурированы различными способами, т.е. имелась возможность выбора при их разработке (объективная новизна). Далее суд указал, что защита авторских прав в этой ситуации может быть подвергнута сомнению, только если другие аналогичные документы, например предшествующие правила, были уже смоделированы и при разработке правил были так или иначе продублированы (субъективная новизна)<sup>50</sup>.

Изложенные подходы составляют содержательное определение оригинальности как предпосылки авторско-правовой охраны произведения (юстификация правила — проблематика позитивного права). Эту проблематику раскрывает высказывание Р. Дюма: «Творчество является решающим основанием предоставления правовой охраны, и, таким образом, главным следствием этого становится выдвигание оригинальности в качестве единственного критерия охраны творческих произведений. Лишь оригинальность произведения определяет его охраноспособность»<sup>51</sup>.

Вместе с тем субстанциальное выявление оригинальности имеет непосредственное значение для защиты нарушенных авторских прав (выявление оригинальности конкретного произведения — субъективное право).

Исследователь, работавший в советский период, В. Я. Ионас указывал, что проблематика, связанная с критерием оригинальности произведения, поднимается обычно в следующих случаях: решение вопроса о правомерности притязания на авторское вознаграждение, установление авторства и соавторства; споры

о плагиате (несанкционированном копировании); производность спорного произведения от другого произведения<sup>52</sup>.

Оспаривание оригинальности произведения, например заказчиком произведения, в целом характерно для середины прошлого века, что объясняется недостаточным во всем мире осознанием авторским правом принципа эстетической нейтральности и рассматриваемой презумпции оригинальности произведения. Кроме того, вопрос о правомерности притязания на авторское вознаграждение в советском гражданском праве зачастую характеризовался идеологическим подходом. Так, произведение нового искусства «не в духе социалистического реализма» могло получить упреки в формализме и неоригинальности. Соответственно, издатель-заказчик мог поставить вопрос об отказе в выплате авторского вознаграждения по договору авторского заказа по указанному основанию. В этом аспекте советское авторское право последовательно отрицало эстетическую нейтральность, несмотря на номинальное ее провозглашение позитивным правом<sup>53</sup>.

В силу принципа эстетической нейтральности, презумпции авторства, а также рассматриваемой презумпции оригинальности, обосновывающих вышеуказанное правило *in dubio pro auctore*, сегодня с трудом представляется ситуация, при которой, например, заказчик может отказаться от выплаты вознаграждения за произведение, ссылаясь на его неоригинальность.

Приведенные случаи различаются с точки зрения каузы. Например, споры имущественные и споры об авторстве; споры по относительным (например, из договоров авторского заказа) или абсолютным правоотношениям. В широком смысле все указанные ситуации объединяет то, что ответчики по таким граж-

<sup>50</sup> *Fromm F. K., Nordemann W. Op. cit.*

<sup>51</sup> Дюма Р. Указ. соч. С. 28.

<sup>52</sup> Ионас В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М. : Юрид. лит., 1963. С. 85–86, 112–113, 115–117, 122–125, 131, 133.

<sup>53</sup> Даже сейчас есть инициативы ввести в отечественный закон понятие антисоциальных произведений, не подлежащих признанию законом объектами авторских прав (см., например: *Витко В.* Правовой режим «антисоциального» произведения // *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права.* 2019. № 7. С. 34). Категория «произведение» относится к объективным явлениям, и в этом смысле произведение не зависит от его признания или непризнания позитивным правом — оно охватывает все произведения, вне зависимости от их достоинств и качеств (в том числе социальности или антисоциальности). Дело в том, что частное право, имея естественно-правовую основу, в отличие от права публичного, располагает системным понятийным аппаратом, так или иначе отражающим объективные категории, произвольные манипуляции с которыми в угоду политическому моменту означают отказ от построения адекватного и эффективного правового механизма регулирования общественных отношений.

данско-правовым спорам имеют возможность возражать, опровергая основание иска, путем постановки вопроса о соответствии критерию оригинальности предмета спора — будь то произведение как таковое (например, карты, каталоги и т.д.), части произведения или вклада в создание произведения (в случае соавторства).

В более практическом аспекте предлагается классификация споров по критерию количества спорных объектов, составляющих предмет спора.

Первая группа касается ситуаций о признании предмета спора охраняющимся авторским правом. Их объединяет то, что предмет спора составляет один объект как таковой. Изложенное выше о субстанциальной оригинальности произведения актуально для споров, касающихся одного произведения. Например, выше упомянуто решение по делу *Football Dataco* об отказе в признании права запрещать свободное использование информации из расписания матчей. Можно также сослаться на известный спор *Football Association Premier League* с выводом об отказе в признании спортивных игр подлежащими авторско-правовой охране в связи с тем, что спортивные события, в частности футбольные игры, ограничены правилами, не оставляющими творческой свободы для целей авторского права<sup>54</sup>. Содержание исков по этой группе дел — требование о признании (иски о признании).

Думается, что к этой группе можно отнести споры о соавторстве. По ним выясняется вопрос об оригинальности вклада лица, участие которого в создании произведения оспаривается или было проигнорировано. Соответственно, предмет спора составляет вклад соавтора в создание произведения, последнее как таковое не оспаривается. Так, рассказ участника событий, изложенный в устной форме профессиональному литератору и опубликованный последним в виде книги (автором книги указан только автор литературной формы), будучи объективным явлением, может служить основанием для постановки вопроса о соавторстве<sup>55</sup>.

Между тем по спорам второй группы, например по искам о незаконном копировании, заимствовании (плагиате) или производном произведении, в орбиту спора вовлечены

(«взаимодействуют»), как правило, два объекта: оригинальное донорское произведение (первый объект) и повторяющее или основанное на нем другое несанкционированное произведение (второй объект). Содержание исков по этой группе дел — требование о прекращении действий, связанных с незаконным воспроизведением оригинального произведения (иски исполнительные), и о возмещении убытков или выплате компенсации.

Дальнейшее разделение споров второго вида обусловлено формой заимствования. При этом в процессуальном аспекте следует подчеркнуть, что по обоим видам споров установление заимствования — это вопрос факта, но не права.

Первый случай составляют споры по идентичному заимствованию. Здесь имеет место воспроизведение путем копирования, иногда также говорят о контрафактном копировании: точно повторяется форма оригинального произведения. Установление факта идентичности произведений в качестве каузы иска не вызывает трудностей.

Однако и при идентичности заимствования возможны затруднения. Это связано с тем, что идентичное копирование касается, как правило, не всего произведения, а только его части. При частичном идентичном воспроизведении вопрос оригинальности донорской части произведения может рассматриваться судом с использованием вышеизложенных субстанциальных критериев оригинальности.

Ответчик вправе возражать основанию иска, поставив вопрос об оригинальности донорского произведения или его части. Возражение сводится к вопросу об охране авторским правом конкретного произведения или его скопированной части. В таком случае в пользу истца работает презумпция творческого создания (оригинальности) произведения. Поскольку презумпция опровержимая, ответчик имеет возможность доказательным образом перевести обязанность подтверждения оригинальности произведения на истца.

Второй случай составляют споры, связанные с неидентичным копированием. К сожалению, отечественная судебная практика считает, что

<sup>54</sup> *Football Association Premier League v. QC Leisure and Karen Murphy v. Media Protection Services*, Joined Cases C-403/08 and C-429/08 [2011] ECR I-9083 (ECJ, Grand Chamber). Пар. 96–99, 155, 156.

<sup>55</sup> *Ионас В. Я.* Указ. соч. С. 85, 122–125.

<sup>56</sup> См., например: постановление Суда по интеллектуальным правам от 30.03.2016 № C01-265/2015 по делу № А76-12136/2014.

«авторскому праву не известны понятия “сходство” и “сходство до степени смешения”, оно оперирует понятиями “воспроизведение произведения” и “производное произведение”; последнее в силу подп. 1 п. 2 ст. 1259 ГК РФ представляет собой переработку другого произведения»<sup>56</sup>. Иными словами, под воспроизведением понимается исключительно идентичное копирование, причем любое неидентичное воспроизведение (т.е. изменение формы первоначального произведения) составляет переработку донорского произведения.

Таким образом, в корне отрицается доктрина существенного сходства произведений. Тогда как в зарубежной доктрине не вызывает возражений утверждение, что существенное сходство является неперенным условием (*sine qua non*) любого определения нарушения авторских прав<sup>57</sup>.

Римская максима *omnis definitio in jure civili periculosa est* предостерегает от схоластического использования определений; в более широком значении она относится и к шаблонному использованию научных теорий и понятий. В этом смысле практика, не ставя под сомнение когнитивное и системное значение определения дихотомии авторского права (охраняется форма произведения, но не его содержание), явно подсказывает, что понятие воспроизведения при определенных обстоятельствах относится и к неидентичному копированию<sup>58</sup>.

Сказанное касается незначительных изменений оригинала, например механистическая

замена слов в литературном произведении их синонимами, не отражающаяся на смысле, сюжете, композиции, образной структуре и т.д. произведения, влечет объективное изменение формы произведения. Но не образует переработку донорского произведения в производное произведение и тем более не порождает нового произведения.

В описанном случае имеет место именно воспроизведение оригинального произведения. Также, например, невозможно идентичное воспроизведение в случае ручного копирования живописного произведения (как ни стараться).

Подпись копииста означает, что никто не будет рассматривать соответствующий экземпляр в качестве переработки, поскольку это банальная копия. Соответственно, и в случае отсутствия подписи копииста такой экземпляр нельзя рассматривать в качестве переработки первоначального произведения, так как это все равно копия — воспроизведение оригинального произведения.

В этом смысле даже немецкое авторское право, колыбель дихотомии авторского права, правда, не без колебаний в доктрине, отличает переработку от неидентичного копирования.

Немецкие юристы подчеркивают, что под переработкой следует понимать изменение существующей работы, цель которой — адаптировать оригинальное произведение к определенным условиям, сохраняя при этом его основные индивидуальные особенности, с тем

---

Верховный Суд РФ в абз. 6 п. 82 постановления Пленума от 23.04.2019 № 10 указывает, что в отношении персонажа произведения *не используется понятие сходства до степени смешения*. Наличие внешнего сходства между персонажем истца и образом, используемым ответчиком, является лишь одним из обстоятельств, учитываемых для установления факта воспроизведения используемого произведения (его персонажа). Также в определении Верховного Суда РФ от 13.12.2018 № 308-ЭС18-10982 по делу № А32-34267/2016Э утверждается, что *понятие сходства до степени смешения неприемлемо* в отношении решения вопроса о воспроизведении (копировании) спорной карты.

<sup>57</sup> Osterberg R., Osterberg E. *Substantial Similarity in Copyright Law*. New York : Practising Law Institute, 2003.

<sup>58</sup> Относительно того, что отечественная наука и практика прячутся за ширмой дихотомии авторского права от доктрины существенного сходства произведений, можно привести слова М. Мамардашвили: «Многое из того, что мы испытываем, что мы думаем и делаем, мертво в простом, начальном смысле... мертво, потому что это подражание чему-то другому; потому что это не твоя мысль, а чужая; потому что это не твое подлинное, собственное чувство, а стереотипное, стандартное, которое полагается, а не то, которое ты испытываешь сам...» (Мамардашвили М. К. Психологическая топология пути. М. : Фонд Мераба Мамардашвили, 2014. С. 13). Действительно, сегодняшняя судебная практика явно испытывает проблемы без признания, исследования и применения названной доктрины. Это и есть «то, что ты испытываешь сам». Преодоление вульгарной мертвой шаблонности позволит предстать понятию сходства произведений до степени смешения совсем в другом, истинном свете. Кстати, доктрина существенного сходства произведений, а именно об этом институте идет речь, сегодня изучается зарубежной наукой и успешно используется судебной практикой.

чтобы расширить возможности его использования. Однако незначительное изменение оригинала может быть квалифицировано только как воспроизведение, пар. 16 Закона ФРГ об авторском праве и смежных правах «Право на воспроизведение», т.е. переработка или другое преобразование в смысле пар. 23 (1) Закона ФРГ об авторском праве и смежных правах «Переработки и преобразования» требуют существенных изменений используемого оригинала<sup>59</sup>.

Есть и оппонирующее мнение, однако не такое фундаменталистское, как вышеуказанный подход отечественной судебной практики. Оппоненты считают, что изменения в оригинальной работе, не носящие характер личного интеллектуального творения, образуют преобразование произведения, являющееся шагом ниже переработки<sup>60</sup>.

Основательность первой точки зрения разделяется Верховным судом ФРГ, недвусмысленно указывающим, что воспроизведение включает в себя не только идентичное копирование оригинала. Высший суд отмечает, что авторское право охватывает также воспроизведение — даже сильно отличающееся от оригинала — в виде произведений, которые не имеют собственной выразительной силы и, следовательно, все еще повторяют оригинал, несмотря на изменения, поскольку особенности оригинала сохраняются в реплике и создается общее идентичное впечатление. Таким образом, неидентичное копирование является именно воспроизведением оригинала, если общее впечатление от произведений совпадает<sup>61</sup>.

В этом смысле можно допустить, что преобразование произведения является просто более широким термином, охватывающим разные изменения произведения, т.е. термин не относится к определению уровня изменений донорского произведения, заключающегося в том, что он «шагом ниже» по условной шкале оригинальности, нежели переработка.

Итак, выстраивается следующая система координат, критерием которой является степень изменения первоначального оригинального произведения: идентичное копирование — неидентичное копирование — переработка —

свободное создание другого оригинального произведения.

Во-первых, как отмечено выше, копия, даже значительно отличающаяся от оригинала, не перестает быть таковой (т.е. дублем). Неидентичное копирование имеет место, если особенности донорского произведения без труда узнаются в реплике, а также общее впечатление от сравниваемых объектов является единым.

В юридическом аспекте любое копирование (идентичное и неидентичное) является воспроизведением, требующим получения согласия автора или правообладателя оригинального произведения.

При этом отсутствие указания имени автора оригинального произведения, а также размещение на экземпляре произведения имени третьего лица с целью заявления авторства является в гражданско-правовом смысле нарушением исключительного права путем несанкционированного воспроизведения (копирования) произведения (пп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). В уголовно-правовом значении такое копирование может являться плагиатом (п. 1 ст. 146 УК РФ).

Во-вторых, необходимым признаком переработки является цель автора изменений расширить возможности использования первоначального произведения. Например, такую цель преследует переводчик оригинального произведения. Под переработкой произведения понимается создание производного произведения: обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и т.п. Переработка также требует получения согласия автора или правообладателя в отношении оригинального произведения.

Кроме того, любое несанкционированное изменение формы первоначального произведения — неидентичное копирование или переработка — образует нарушение личного немущественного права на неприкосновенность произведения (п. 1 ст. 1266 ГК РФ), а также извращение, искажение или иное изменение произведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию автора, равно как и посягательство на такие действия, дают автору право требовать защиты его чести, достоинства или деловой репутации в соответствии с правилами ст. 152 ГК РФ.

<sup>59</sup> Pierson M., Ahrens T., Fischer K. R. Recht des geistigen Eigentums: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht. Tübingen : UTB GmbH, 2018. P. 401.

<sup>60</sup> Fromm F. K., Nordemann W. Op. cit.

<sup>61</sup> BGH. Urteil vom 16.05.2013 — I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, 70 — Beuys-Aktion (§ 36, 38).



В-третьих, неидентичное копирование и переработку следует отличать от создания нового произведения, использующего неохранные содержание первоначального оригинального произведения. В этом случае форма первоначального донорского произведения изменяется творческим образом столь значительно, что, несмотря на общие неохранные элементы внутреннего содержания произведения (тема, сюжет, факты, типичные образы и т.д.), иногда даже и значительные, создается новое самостоятельное, совершенно оригинальное произведение.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Вейнке В.* Авторское право. Регламентация, основы, будущее. — М. : Юрид. лит., 1979. — 232 с.
2. *Витко В.* Правовой режим «антисоциального» произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2019. — № 7. — С. 27–34.
3. *Дюма Р.* Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. — 2-е изд. — М. : Междунар. отношения, 1993. — 384 с.
4. *Ионас В. Я.* Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. — М. : Юрид. лит., 1963. — 137 с.
5. *Кашанин А. В.* Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведения в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. — 2007. — № 4. — С. 23–62.
6. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. Е. А. Павлова. — М., 2018. — 928 с.
7. *Мамардашвили М. К.* Психологическая топология пути. — М. : Фонд Мераба Мамардашвили, 2014. — 1232 с.
8. *Михайлов С. В.* Практическое значение содержания презумпции авторства // Хозяйство и право. — 2019. — № 9. — С. 57–67.
9. *Михайлов С. В.* Принцип эстетической нейтральности авторского права // Хозяйство и право. — 2019. — № 5. — С. 67–75.

Материал поступил в редакцию 5 июня 2021 г.

## REFERENCES

1. *Veinke V.* Avtorskoe pravo. Reglamentatsiya, osnovy, budushchee. [Copyright. Regulation, fundamentals, future]. Moscow: Yurid. lit. publ.; 1979. (In Russ.)
2. *Vitko V.* Pravovoy rezhim «antisotsialnogo» proizvedeniya [Legal regime for an “asocial” work]. *IP. Copyright and Related Rights*. 2019;7:27-34. (In Russ.)
3. *Duma R.* Literaturnaya i khudozhestvennaya sobstvennost. Avtorskoe pravo Frantsii [Literary and Artistic Property. Copyright in France]. 2nd ed. Moscow: Mezhdunar. Otnosheniya Publ.; 1993. (In Russ.)
4. *Ionas VYa.* Kriteriy tvorchestva v avtorskom prave i sudebnoy praktike [Creativity criterion in copyright and judicial practice]. Moscow: Yurid. lit. Publ.; 1963. (In Russ.)
5. *Kashanin AV.* Problema minimalnykh standartov okhranosposobnosti proizvedeniya v avtorskom prave. Germanskiy opyt [The problem of minimum standards of copyright protection of a work. German experience]. *The Civil Law Abstract*. 2007;4:23-62. (In Russ.)
6. *Pavlova EA*, editor. *Kommentariy k chasti chetvertoy Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii (postateynyy)* Commentary on part four of the Civil Code of the Russian Federation (annotated). Moscow; 2018. (In Russ.)
7. *Mamardashvili MK.* *Psikhologicheskaya topologiya puti* [Psychological topology of the path]. Moscow: Merab Mamardashvili Foundation Publ.; 2014. (In Russ.)
8. *Mikhailov SV.* Prakticheskoe znachenie soderzhaniya prezumptsii avtorstva [The practical significance of the content of the presumption of authorship]. *Business and Law*. 2019;9:57-67. (In Russ.)
9. *Mikhailov SV.* Printsip esteticheskoy neytralnosti avtorskogo prava [The principle of aesthetic neutrality of copyright]. *Business and Law*. 2019;5:67-75. (In Russ.)