

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА

На правах рукописи

Щербак Наталия Валериевна

Авторские и смежные права в системе интеллектуальных прав

Специальность 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки
(12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право;
международное частное право)

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени
доктора юридических наук

Москва – 2022

Работа выполнена на кафедре гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

Научный консультант

Шерстобитов Андрей Евгеньевич,
доктор юридических наук, профессор

Официальные оппоненты

Савина Виктория Сергеевна,
доктор юридических наук, доцент,
ФГБОУ ВО «Российский экономический
университет имени Г.В. Плеханова», Высшая
школа права, кафедра гражданско-правовых
дисциплин, профессор;

Синельникова Валентина Николаевна,
доктор юридических наук, профессор,
ФГАОУ ВО «Национальный исследовательский
университет «Высшая школа экономики»,
факультет права, департамент частного права,
профессор;

Ситдикова Роза Иосифовна,
доктор юридических наук, доцент,
ФГАОУ ВО «Казанский (Приволжский)
федеральный университет», юридический
факультет, кафедра предпринимательского и
энергетического права, профессор.

Защита состоится «15» июня 2022 г. в 15 часов 00 минут на заседании диссертационного совета МГУ.051.1(МГУ.12.03) Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова по адресу: Москва, Ленинские горы, д.1, стр.13-14, 4-й учебный корпус, Юридический факультет, ауд. 536а.

E-mail: dissovvet@law.msu.ru

Диссертация находится на хранении в отделе диссертаций научной библиотеки МГУ имени М.В. Ломоносова (Ломоносовский просп., д. 27). С информацией об организации защиты и с диссертацией в электронном виде также можно ознакомиться на сайте ИАС «ИСТИНА»: <https://istina.msu.ru/dissertations/446431413/>.

Автореферат разослан «___» апреля 2021 г.

Ученый секретарь диссертационного совета
кандидат юридических наук, доцент

Н.В. Щербак

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы диссертационного исследования. В современном мире объекты авторского права и смежных прав получили широкое распространение во всех областях человеческой деятельности: наука, медицина, оборона, безопасность государства и др. В связи с этим право разработало юридическую форму для произведений науки, литературы и искусства как специфического объекта законодательного регулирования. В XXI веке перед законодателем и правоприменителем возникают новые задачи, вызванные появлением новых информационных технологий и порождаемых ими новых результатов интеллектуальной деятельности. Условия создания, использования результатов интеллектуальной деятельности и распоряжения исключительными правами на них стремительно меняются с учетом интенсивного развития робототехники, искусственного интеллекта, усложнения интернет – пространства. Явления глобализации, цифровизации оказывают интенсивное влияние на все сферы жизнедеятельности человека и ставят новые вызовы перед экономикой и правом.

Нельзя сказать, что на сегодняшний день авторское право и смежные права обойдены вниманием специалистов. По этой теме регулярно защищаются докторские и кандидатские диссертации, пишутся статьи. Тем не менее, в литературе указывают на «хроническую потребность в реформировании авторского права». Так, по мнению Дж. П. Барлоу, авторское право, разработанное в эпоху материальных носителей, совершенно не приспособлено к цифровым технологиям: оно не может работать и должно освободить рынок информации. Следовательно, юридическое сообщество должно заняться демифологизацией доктрины авторского права, чтобы расчистить место для разумной модификации правовых норм в эпоху стремительных технологических сдвигов¹. По этой причине проблема легитимации авторского

¹ Барлоу Дж. П. Продажа вина без бутылок. Экономия сознания в глобальной сети.
<http://www.lib.ru/COPYRIGHT/barlou.txt>

права по–прежнему актуальна, что связано с неспособностью авторского права адекватно и своевременно реагировать на развитие технических средств распространения результатов интеллектуальной деятельности, популяризации представлений о социальной приемлемости нарушений авторского права и смежных прав и др.

На современном этапе развития общества объекты авторского права и смежных прав, как никогда, призваны удовлетворять духовные потребности участников гражданского оборота. В условиях отсутствия сбалансированной системы интеллектуальных прав возникает перекося в решении стратегически важных задач, связанных с использованием результатов интеллектуальной деятельности в качестве фундамента для последующих творческих разработок. С одной стороны, авторское право призвано содействовать развитию науки, культуры, образования, а с другой стороны, авторское право, понимаемое как монополия правообладателя, ограничивает право человека на свободный доступ к информации и ее распространение. Соответственно, одной из таких сфер, требующих пристального научного изучения, является построение непротиворечивого учения об интеллектуальных авторских и смежных правах, предполагающего согласования имущественных интересов различных субъектов, не допуская развития конфликта разнонаправленных частных и публичных волей. В ином случае исключительные права потеряют свою ценность, что приведет к крайне негативным последствиям не только для авторов и иных правообладателей, но и общества в целом.

Постепенно прорывные технологии и открытость торговли коренным образом изменили характер мирового производства. Либерализация коммерческой деятельности, основанная на свободном движении капитала, товаров, работ, услуг, создание новых региональных рынков, интенсификация международных, культурных, научных связей, появление и развитие новых средств коммуникации способствуют трансграничному использованию объектов авторского права и смежных прав и распоряжению правами на них. Таким образом, в современных условиях создание коммерчески

привлекательного результата интеллектуальной деятельности и его продвижение в обороте требует активного взаимодействия правообладателей нацеленных на предложение рынку высокотехнологичного продукта, но и в приобретении прав на чужие разработки. Наиболее важным в рамках настоящего исследования является вопрос о том, каким образом происходит осуществление личных неимущественных прав, исключительного права и иных прав. Насколько взгляды, которые преобладают в современной российской доктрине о трихотомии интеллектуальных прав, о непередаваемости и неотчуждаемости личных неимущественных прав, о разных сроках действия неимущественных и имущественных прав, о комплексной природе иных прав (имущественно–неимущественные) и др., в принципе помогают построить внутренне непротиворечивую модель единого авторского права? Модель, состоящую из имущественных и неимущественных правомочий с одинаковым сроком действия, с возможностью передачи обоих видов правомочий, но не их уступки. Российский законодатель в начале двухтысячных годов, не имея полного представления об обороте интеллектуальной собственности, так как в советские годы полноценный оборот практически отсутствовал, допускает и полное отчуждение (смена правообладателя), и передачу исключительного права. Неопределенность в российском гражданском праве в отношении указанных правовых проблем неизбежно влечет значительные трудности при разрешении целого ряда вопросов, лежащих на стыке теории и практики.

Другой блок проблемных вопросов связан с необоротоспособностью личных неимущественных прав. Например, право на неприкосновенность произведения является фундаментальным личным неимущественным правом, в соответствии с которым никто не вправе вмешиваться в целостность произведения, в его концепцию, потому что это нарушает неимущественные интересы автора, его видение. Соответственно, это право необоротоспособно, и отказ от этого права ничтожен. Между тем в 2014 году в ходе реформы гражданского законодательства были в интересах оборота внесены изменения в п.3 ст.1266 ГК РФ, в соответствии с которыми автор дает согласие на

нарушение целостности своего произведения на будущее посредством публичной оферты (открытой лицензии). Исследователи задаются вопросом, можем ли мы теперь рассуждать о праве на неприкосновенность как о передаваемом праве посредством односторонних сделок и двусторонних соглашений? При этом даже сама по себе допустимость подобных условий, их соответствие традиционному авторскому праву, а также последствия их нарушения вызывают разногласия в российской литературе. В то же время дискуссия о наличии распорядительных элементов в личных правах автора в Европе уже закончена.

Настоящая работа посвящена комплексному исследованию института интеллектуальных авторских и смежных прав, их оценке и коммерциализации в современном мире, где с появлением всемирной компьютерной сети «Интернет» территориальные границы уже не имеют столь большого значения. Создаваемые произведения науки, литературы, искусства формируют общество, обеспечивая тем самым научно-культурное развитие. В связи с этим особое значение приобретает исследование специфики правового регулирования вопросов, связанных с осуществлением и защитой интеллектуальных авторских и смежных прав на охраняемые объекты интеллектуальной собственности. Узкоотраслевое исследование интеллектуальных прав, ограниченное формально–юридическим методом и уже сложившимися доктринальными позициями, оказывается невосприимчивым к кардинальным преобразованиям, которые претерпевают общественные отношения в условиях информационного общества, ускорения обмена информацией, развития 3D-принтирования (3D-печать органов, еды, арт-объектов), так как многие результаты интеллектуальной деятельности подверглись значительным изменениям, модификации, практически полностью переместившись в информационную среду, утрачивают материальный носитель, в котором выражаются создаваемые результаты интеллектуальной деятельности, теряя свою традиционную форму. Стремительно растет оборот прав на результаты интеллектуальной деятельности. Расширение практики

использования договорных конструкций породило необходимость пересмотра ряда положений, понятий, категорий в сфере интеллектуальных прав (общие положения), авторского права и смежных прав. Анализ современной правоприменительной практики по исследуемому вопросу показывает, что позиция судебных органов не является однородной. Суды общей юрисдикции и арбитражные суды, рассматривая споры, связанные с использованием объектов интеллектуальной собственности и распоряжением правами на них, неоднозначно, а порой противоречиво применяют нормы части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, а это приводит к злоупотреблениям в сфере договорных обязательств.

С учетом изложенного, актуальность диссертационного исследования обусловлена следующими детерминантами. Во-первых, недостаточной проработкой концепции интеллектуальных авторских и смежных прав на теоретическом уровне в современном гражданском праве России. На сегодняшний день не выработано четкого понимания соотношения положений части четвертой Гражданского кодекса РФ с рядом положений части первой, второй, третьей Гражданского кодекса РФ, а также соотношения институтов авторского права и смежных прав с институтами вещного, наследственного и обязательственного права. Будет проанализировано действие фундаментального принципа авторского права XIX века, в соответствии с которым невозможно, работая параллельно и независимо над каким-либо объектом прийти к одному и тому же результату, с проблемой XXI века – параллельного творчества. В условиях неопределенности остается проблема о возможности сохранения исключительного права или права использования за добросовестным пользователем на основании применения нормы ст. 302 Гражданского кодекса РФ об истребовании имущества у добросовестного приобретателя по аналогии или на ином основании. В последние лет десять все чаще высказывается точка зрения, что господствующий в РФ подход, согласно которому институт добросовестного приобретателя относится исключительно к вещному праву, выглядит несправедливым. К числу краеугольных можно

отнести вопрос о применении иска о корректировке реестра, который используется для восстановления юридического владения вещью, в отношении программ для ЭВМ лицом, считающим себя правообладателем, к лицу, указанному в качестве правообладателя в Реестре программ для ЭВМ. Остается вопрос о допустимости применения по аналогии норм об аренде (п. 1 ст. 618 ГК РФ и п. 1 ст. 621 ГК РФ) к отношениям, возникающим между сторонами лицензионного договора, и многие другие.

Практикующие специалисты обосновывают возможность аналогии через сходство природы исключительного права как имущественного права и, например, права аренды вещи, только вместо вещи их объект – результат творчества, но поскольку он тоже товар, то имеет место режим «бестелесной вещи», следовательно, его можно виндигировать как вещь, применять правила о добросовестном приобретателе и др. Все эти проблемы требуют осмысленного решения и содержательного анализа – могут ли быть здесь новые иски, хотя бы по аналогии с имеющимися исками вещного типа? Соотношение виндикации и восстановления контроля над исключительным правом как способов защиты права собственности и исключительного права, соотношение негаторного иска и требований о пресечении действий как способов защиты права собственности и исключительного права и т.п. Данный перечень вопросов можно было бы продолжать весьма долго – как будет показано ниже, концепция единого авторского права позволяет решать множество спорных казусов, которые требуют разрешения с точки зрения, теории и судебной практики.

Например, ряд принципиальных вопросов до сих пор не получили надлежащего разрешения в российской цивилистике. К таким вопросам, в частности, относятся: пределы применения к лицензионным договорам и договорам об отчуждении исключительных авторских и смежных прав принципа свободы договора; включение в лицензионные договоры, договоры об отчуждении исключительных авторских и смежных прав различных ограничительных условий, негативных обязательств (запрет лицензиату

заключать лицензионные договоры с конкурентами правообладателя и др.); связывающих условий (обязательство лицензиата, приобретателя исключительного права приобрести помимо прав на интересующий объект интеллектуальной собственности дополнительные объекты, в том числе права на иные результаты интеллектуальной деятельности). Можно ли в принципе говорить о правомерности подобных условий с точки зрения антимонопольного регулирования, принципа злоупотребления правом. Во - вторых, в эпоху глобализации мировой экономики и развития современных технологий объекты авторского права и смежных прав приобретают все большее распространение на территориях огромного количества стран. Добросовестному пользователю сложно найти правообладателя, который находится в другом государстве. Автор, с одной стороны, должен радоваться возрастающему спросу на свой интеллектуальный продукт, но, с другой стороны, контролировать в одиночку введение в гражданский оборот своего произведения во всех странах мира довольно затруднительно. Правообладатели порой даже не подозревают об этом. Это приводит к тому, что реализация исключительных авторских и смежных прав на законных основаниях требует заключения пользователем договоров с каждым правообладателем. Именно необходимость разрешения таких ситуаций обуславливает вовлечение института коллективного управления авторскими и смежными правами как наиболее простого и эффективного механизма, направленного на легальное использование исключительного права на охраняемый «контент», и, как следствие, на противодействие нарушениям авторского права и смежных прав при массовом использовании результатов интеллектуальной деятельности. В – третьих, ряд законотворческих недочетов и фактических ошибок, касающиеся содержания и распоряжения исключительных авторских прав были разъяснены в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 года №10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее, Постановление Пленума Верховного Суда РФ №10). В частности, молчание законодателя о распоряжении исключительными правами на будущие

объекты интеллектуальной собственности было восполнено указанием Верховного Суда РФ на то, что телеологическое толкование п. 4 ст. 1234 и ст. 1235 ГК РФ не исключает возможность заключения договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора, предусматривающих переход исключительного права или предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности, которые будут созданы (возникнут в будущем). Исключительное право на такой результат переходит, а право использования результата интеллектуальной деятельности предоставляется в момент, определенный в договоре, но не ранее момента возникновения такого права. Однако данные разъяснения высшей судебной инстанции по объективным причинам еще не получили должного анализа в отечественной доктрине, и по ним не было выработано однозначной судебной практики. Прежде всего, здесь следует упомянуть договоры об отчуждении исключительного права, лицензионные договоры, заключенные в отношении будущих объектов права. До принятия данного Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10 правоведы исходили из того, что соответствующие соглашения могли быть заключены только в отношении уже созданных произведений для объектов авторского права и смежных прав (зарегистрированных – для патентоохраняемых объектов, средств индивидуализации товаров). При этом остается непонятным, каким именно образом должен быть определен объект авторского права или смежных прав, на который субъект передает исключительное право, на какой стадии «готовности» должен находиться результат, например, создан, но не зарегистрирован в отношении программных продуктов или не запатентован в отношении объектов промышленной собственности; по каким критериям такие договоры будут разграничиваться с договорами авторского заказа, содержащих условие о переходе к заказчику прав на использование объекта, исключительного права.

Чрезвычайный экономический интерес возникает в отношении того, что происходит с «долей» в исключительном праве, принадлежащим нескольким

лицам, в случае смерти одного из соправообладателей (переходит она к наследникам, распределяется среди остальных правообладателей, право соправообладателя прекращается и т.д.). Также неясно, может ли один соправообладатель распорядиться своей «долей» или распоряжение возможно только в отношении исключительного права в целом, возможно ли обращение взыскания на соответствующую долю. Данный спор представляет собой, по сути, доктринальную дискуссию о возможности образования долей в исключительном праве (долевое соправообладание) и о применении по аналогии норм о долях в вещном праве, например, как в праве общей долевой собственности. Как представляется, по данному вопросу Верховный Суд согласился со своими разъяснениями, данными еще в п.87 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании», исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, перешедшее к нескольким наследникам, принадлежит им совместно. В п. 35 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10 суд истолковал таким образом, что образование долей в исключительном праве невозможно, что не является бесспорным фактом.

Полагаем, что исключительное право может существовать с определением долей в порядке, установленном законом, например, при наследовании; на основании соглашения правообладателей, а в случае спора доли могут устанавливаться судом. В этом случае возникает режим аналогичный общей долевой собственности. В таких случаях каждый правообладатель имеет возможность самостоятельно распоряжаться принадлежащей ему долей. При этом остальные правообладатели имеют преимущественное право приобретения такой доли в случае ее отчуждения или обращения взыскания на нее. Ведь в современной цифровой экономике множественность лиц на стороне правообладателя является достаточно распространенной ситуацией, что обуславливается созданием и использованием высокотехнологичных результатов интеллектуальной деятельности несколькими лицами. Нетрудно

заметить, что интересы таких лиц могут не совпадать, что приводит к парализации оборота и повышению конфликтности в указанном сегменте экономики. Не обращая внимания на эту важную проблему в российской доктрине, мы затрудняем использование современных научно - технических разработок и, как следствие, ослабляем защищенность имущественных интересов правообладателей.

В – четвертых, трансформацией информационных технологий, все более широким распространением Интернета среди пользователей в связи с технической простотой и дешевизной представления, обработки, передачи, доступа и распространения информации в цифровой форме. Возникновение и развитие прорывных технологий стало возможным благодаря практически повсеместному использованию «облачных» технологий, которые позволяют обеспечить вычислительные мощности. Облачные вычисления - это способ передачи вычислительных ресурсов в виде обслуживающей сервисной программы по сети, обычно «Интернет», которая адаптируется в соответствии с требованиями пользователя.² Такие результаты интеллектуальной деятельности могут обладать культурной, научной и экономической ценностью, а существующие технологии обеспечивают широкую доступность для использования любыми третьими лицами. В отсутствие специального регулирования они могут одновременно использоваться множеством заинтересованных субъектов, в то время как правообладатели рассчитывают получить прибыль.

По данным Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности (WIPO), инвестиции в приобретение и создание результатов интеллектуальной деятельности растут гораздо быстрее, чем вложения в иные объекты, что свидетельствует о наращивании тенденции коммерциализации использования произведений и иных объектов интеллектуальной собственности.³ Эти

² David Linthicum. Understanding the Symbiosis of Cloud Computing, Big Data and Mobile (March 13, 2013). Режим доступа: <https://gigaom.com/2013/03/13/understanding-the-symbiosis-of-cloud-computing-big-data-and-mobile/>

³ Доклад «О положении в области интеллектуальной собственности в мире: нематериальный

процессы обуславливают необходимость введения законодательного регулирования использования интеллектуальных авторских и смежных прав в условиях коммерциализации, в том числе в сети Интернет, с учетом недопущения нарушения баланса интересов правообладателей и пользователей. Наконец, существующее законодательство в сфере защиты интеллектуальных авторских и смежных прав в основном было сформировано в тот период, когда сеть Интернет и информационные технологии не были повсеместно востребованы, в силу чего оно содержит значительное количество пробелов. Россия остается, пожалуй, единственной страной, в которой нет достаточного законодательного регулирования в указанном сегменте, в том числе и деятельности интернет – сообщества.

В таком случае возникает необходимость в проведении фундаментального научного гражданско–правового исследования и переосмысления теоретической концепции интеллектуальных авторских и смежных прав в Российской Федерации в поисках баланса интересов между правообладателями и пользователями с точки зрения объективной добросовестности, запрета злоупотребления субъективными исключительными авторскими и смежными правами, запрета на извлечение преимуществ из своего незаконного или недобросовестного положения, доктрины несправедливых договорных условий («unfair terms»), принципа свободы договора («freedom of contract»). Центральный вопрос, который до сих пор не нашел разрешения в специальной литературе, - это где проходит демаркационная линия между субъективным исключительным авторским правом и смежными правами как монополией правообладателя и свободой слова и выражения, например, как отграничить повторение оригинального произведения как правонарушения от пародии как случая свободного использования? Помним, как многие авторы хотели повторить успех Джоан Роулинг и ее романа «Гарри Поттер и философский камень» писали о русской сестре Гарри Поттера: «Таня Гроттер и магический

контрабас», использовали аллюзию, в названии своих произведений - «Порри Гаттер и Каменный Философ». Обладает ли монополия правообладателя эффектом эластичности и может ли сузиться под натиском свободы творчества? Уместна ли здесь аналогия с правом собственности, которое, обладая определенной эластичностью, может сжиматься при установлении сервитута, права залога и др. обременений и восстанавливаться в прежнем объеме при их отпадении? Между тем следует признать, что до сих пор в отечественной доктрине отсутствуют подобного рода комплексные исследования.

В рамках данного исследования предлагается методологический подход, формулируются теоретические предпосылки, из которых следует исходить при осуществлении и защите авторских и смежных правах в современной России, проанализированы общие и частные (специальные) вопросы концепции интеллектуальных авторских и смежных прав. Одна из ключевых задач настоящего исследования состоит в том, чтобы, принимая во внимание доктринальные наработки российского и иностранных правовых порядков, выработать стройную и внутренне непротиворечивую модель единого авторского права. При этом для указанных целей уделено внимание не только французскому и немецкому праву, как праву континентальных правовых порядков, наиболее близких российскому гражданскому праву, но и праву стран общего права, включая английское право и право США.

Степень научной разработанности темы. Проблемы, касающиеся теоретической концепции интеллектуальных авторских и смежных прав, традиционно привлекали и до сих пор привлекают внимание отечественных и иностранных исследователей с момента зарождения правового регулирования авторского права и смежных прав на результаты интеллектуальной деятельности. Имеется значительное число трудов, посвященных отдельным аспектам интеллектуальных авторских и смежных прав.

Теоретическим (философским) обоснованием авторского права занимались Дж. Локк, И. Кант, Ф. Гегель, И. Фихте, Дж. Фоусетт, Й. Колер, О. Ульмер, О. Гирке, М. Фуко, Б. Мольтке, Г. Хубман, К. Поппер, М. Куммер.

К наиболее значимым дореволюционным российским исследователям, чье внимание привлекли проблемы исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, в том числе и вопросы распоряжения исключительным авторским правом, следует отнести С.А. Беляцкина, А.В. Завадского, Я.А. Кантаровича, А.А. Пиленко, И.А. Покровского, А.А. Симолина, Г.Ф. Шершеневича и др.

Общетеоретические вопросы оборота прав, распоряжения исключительными авторскими и смежными правами рассматриваются в работах следующих исследователей: Б.С.Антимонова, И.А.Близнеца, М.М.Богуславского, Э.П.Гаврилова, М.В.Гордона, И.А.Грингольца, В.А.Дозорцева, И.А.Зенина, В.Я.Ионаса, О.С.Иоффе, А.Л.Маковского, И.Э.Мамиофы, В.П. Мозолина, М.А. Рожковой, А.П.Сергеева, В.И.Серебровского, Р.И. Ситдиковой, С.А.Сударикова, Е.А.Суханова, Л.А.Трахтенгерц, С.В.Третьякова, Е.А.Флейшиц, А. Е. Шерстобитова, В.Л. Энтина.

Интенсивность, с которой в последние тридцать лет появляются монографии об исключительных правах, систематически возрастает. И это не может быть случайностью, новым трендом, так как исключительные права результаты интеллектуальной деятельности прочно и надолго вошли в гражданский оборот.

В современной научной литературе особое внимание уделено анализу отдельных прав автора в контексте их места в системе интеллектуальных прав. Такие исследования проводились, в том числе В.С. Витко, А.С. Ворожечин, Е.А. Войниканис, В.А. Дозорцевым, И.А. Зениным, В.О. Калятиным, В.Н. Кастальским, В.А. Корнеевым, А.Л. Маковским, А.Г. Матвеевым, Е.А. Моргуновой, О.А. Новосельцевым, В.Н. Синельниковой, Н.Л. Свиридовым, С.А. Синициным, С.В. Усольцевой и др.

Однако значительное число современных работ в области интеллектуальных прав носит узконаправленный характер и сфокусировано в основном на изучении особенностей регулирования сущности и содержания исключительного права на конкретный результат интеллектуальной

деятельности или средство индивидуализации, или отдельные способы, опосредующие оборот исключительных прав, в том числе в сети Интернет. Среди российских авторов можно назвать С.А. Бабкина, К.М. Беликову, В.Б.Наумова, И.М.Рассолова, Л.К.Терещенко, Н.И. Федоскину, М.А. Хатаеву.

К научным работам, которые представляют особый интерес для целей настоящего исследования, относится диссертация на соискание доктора юридических наук А.Г. Матвеева, а также диссертационные исследования Е.А. Войниканис, А.С. Ворожевич, В.С. Савиной.

Вместе с тем комплексные исследования, посвященные российской системе авторского права и смежных прав, проблемам их взаимосвязи и демаркации, структуре и содержанию нормативно – теоретических моделей с точки зрения правовой природы и закономерностей их развития, особенно в контексте стремительного развития сети Интернет, цифровизации (Digitalization), виртуализации объектов авторского права и смежных прав, появления технологий искусственного интеллекта еще не проводились. Вышесказанное оставляет место для дальнейшей научно – исследовательской деятельности в этом направлении, свидетельствуя о существовании некоего творческого потенциала в указанной сфере. В настоящей работе проведено комплексное фундаментальное исследование и предложена, разработанная автором, концепция единого авторского права и смежных прав, предполагающая выделение присущих им особенностей и элементов, подробное рассмотрение существующих договорных и бездоговорных способов распоряжения исключительными авторскими и смежными правами, анализ разновидностей и особенностей подобных договорных конструкций с точки зрения нормативных и теоретических моделей интеллектуальных прав. Особое внимание уделено международному регулированию.

Цель диссертации состоит в том, чтобы выработать догматически стройную и непротиворечивую концепцию (модель) единого авторского права и смежных прав в современном гражданском праве России, которая, позволяла бы эффективно разрешать споры, возникающие на практике.

Указанная цель достигается посредством решения следующих основных **задач**:

- исследовать ключевые проблемы осуществления и защиты авторского права и смежных прав путем построения нормативно – теоретической модели единого авторского права;
- установить специфику теоретического обоснования и развития российской системы интеллектуальных прав;
- раскрыть базовые принципы интеллектуальных авторских и смежных прав, значимые для формирования теоретической модели;
- определить генезис личных неимущественных прав автора в европейском праве и его влияние на их юридические свойства в российском гражданском праве;
- выявить современные тенденции к отказу от безусловного применения принципа неотчуждаемости и непередаваемости личных неимущественных прав автора;
- определить происхождение понятия исключительных авторских и смежных прав в законодательстве и науке, выявить их сущность, структуру и признаки, значимые для современного гражданского оборота;
- выявить функциональные характеристики исключительного права на объект авторского права и смежных прав, позволяющих ему участвовать в гражданском обороте наряду с другими объектами гражданских прав;
- раскрыть доктринальное толкование содержания исключительного права на объекты авторского права и смежных прав, составляющих его правомочий и раскрыть особенности пределов осуществления исключительных прав, в том числе в условиях цифровизации;
- выявить соотношение исключительного права с иными имущественными правами;
- определить существующие гражданско – правовые способы распоряжения исключительным правом на объекты авторского права и

смежных прав, существующих в праве различных стран и провести их систематизацию;

- раскрыть наиболее распространенные формы коммерциализации исключительного авторского права и смежных прав в иностранных правовых порядках и разработать предложения по совершенствованию действующего российского законодательства, регулирующего договорные способы распоряжения исключительным авторским правом и провести детальный анализ правовых возможностей, имеющихся у каждой из сторон правоотношения;

- разработать теоретически обоснованные рекомендации по совершенствованию отечественного законодательства в сфере авторского права и смежных прав с учетом построения модели единого авторского права.

Эти задачи не могут быть решены в рамках прежней правовой модели авторского права, зародившейся пятьсот лет назад. Требуется пересмотр классических догм и разработки новой правовой концепции единого авторского права в гражданском праве современной России.

Объектом исследования являются урегулированные нормами права общественные отношения, складывающиеся в процессе возникновения и прекращения, а также осуществления и защиты авторского права и смежных прав, в том числе при коммерциализации правообладателями принадлежащих им исключительных прав на объекты авторского права и объекты смежных прав.

Предмет исследования составляют теоретические модели авторского права и смежных прав, существующие в праве различных стран, а также нормы российского, зарубежного и международного законодательства, закрепляющие исключительное право авторов и иных правообладателей и регулирующие отношения, возникающие в связи с осуществлением и защитой указанных прав, в том числе в сети Интернет, а также конкретные договорные и бездоговорные способы распоряжения исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, материалы правоприменительной практики,

научные исследования и доктринальные положения, сформулированные в указанной сфере в трудах российских и зарубежных ученых.

Методологическую основу исследования составили общенаучные методы познания: диалектический метод, анализа и синтеза, индукции и дедукции, абстрагирования, восхождения от абстрактного к конкретному, классификации (систематизации), аналогии. Использованы и специальные методы: формально–юридический, логический, структурно–функциональный, описательный, лингвистический. Применяемый в работе метод историзма позволяет проследить происхождение (генезис) системы интеллектуальных авторских и смежных прав в правовой доктрине и законодательстве.

Особую роль в диссертационном исследовании играют методы моделирования и системного подхода. Поскольку метод моделирования представляет собой такой специфический способ познания, при котором одна система воспроизводится в другой модели, моделирование системы авторского права и смежных прав способно не просто дать информацию об объектах и об оборотоспособности прав на них, но и позволяет определить важнейшие закономерности их функционирования. Метод системного подхода позволил:

- 1) добиться системной постановки проблемы, что помогло по-новому увидеть систему интеллектуальных авторских и смежных прав и круг вопросов, необходимых для ее построения;
- 2) вычленить системообразующие связи интеллектуальных авторских и смежных прав;
- 3) исследовать систему интеллектуальных авторских и смежных прав и условия их существования.

Использование формально – юридического метода позволило сформулировать ключевые понятия настоящего диссертационного исследования. Посредством логического метода был проведен анализ положений доктрины, норм правовых актов, выводов судебной практики с позиций формальной логики. Структурно – функциональный метод позволил сформировать единообразные множества однородного теоретического и практического материала, имеющего как прямое, так и косвенное касательство к отношениям, связанным с деятельностью субъектов в гражданском обороте и

в сети Интернет. С использованием исторического метода был подготовлен обзор истории развития и современного состояния отношений в области правового регулирования авторского права и смежных прав в современном гражданском праве России. Лингвистический метод позволил проанализировать и истолковать ряд терминов и категорий, в том числе используемых в сетевом пространстве Интернет.

Теоретической основой диссертационного исследования выступают фундаментальные теоретические положения науки гражданского права, общей теории права, истории и философии права, труды выдающихся дореволюционных, советских и современных представителей отечественной науки гражданского права таких, как А.И. Абдулина, М.М. Агаркова, Б.С. Антимонов, С.А. Бабкина, С.А. Беляцкина, В.А. Белова, К.М. Беликовой, И.А. Близнаца, Н.В. Бузовой, В.В. Витрянского, В.Л. Вольфсона, Е.А. Войниканис, А.С. Ворожечев, В.С. Витко, Э.П. Гаврилова, М.В. Гордона, О.А. Городова, В.А. Дозорцева, В.И. Еременко, И.А. Зенина, О.С. Иоффе, В.О. Калятина, Я.А. Канторовича, А.В. Кашанина, О.А. Красавчикова, В. А. Корнеева, К.Б. Леонтьева, А.Л. Маковского, А.Г. Матвеева, Р.А. Мерзликиной, К.М. Мешковой, Е.А. Моргуновой, С.А. Муромцева, Л.А. Новоселовой, Е.А. Павловой, А.А. Пиленко, К.П. Победоносцева, И.В. Понкина, М.А. Рожковой, О.А. Рузаковой, В.С. Савиной, А.П. Сергеева, А.Г. Серго, В.Д. Спасовича, С.А. Судариковой, В.И. Серебровского, А.А. Симолина, В.Н. Синельниковой, Р.И. Ситдиковой, Е.А. Суханова, С.В. Третьякова, М.А. Федотова, Е.А. Флейшиц, Ю.С. Харитоновой, В.А. Хохлова, Р.О. Халфиной, А.Е. Шерстобитова, Г.Ф. Шершеневича, В.Ф. Яковлева и др.

Также теоретическую основу исследования составляют труды таких зарубежных ученых, как Т. Альпин, Л. Бентли, В. Веинке, О. Гирке, Р. Дюма, Р. Дэвис, Э. Зеккель, Д. Зитрейн, Й. Колер, Р. Коуз, Д. Коэн, Л. Лессиг, Д. Локк, Д. Липчик, Б. Мольтке, А.Р. Миллер, М.В. Ниммлер, У. Патри, Р. Познер, К. Поппер, Р. Рейлли, П. Самуэльсон, О. Ульмер, У. Фишер, Х. Ховенкэмп, Г. Хубман, Дж. Хьюс, Б. Шерман, Л. Эннекцерус и др.

Нормативную основу диссертационного исследования составили положения Конституции РФ, международных соглашений в области интеллектуальной собственности, российского гражданского законодательства, законодательства об авторском праве и смежных правах зарубежных стран.

Эмпирическая база диссертации включает в себя практику судов общей юрисдикции, арбитражных судов, решения Верховного суда США, Великобритании, Канады, Европейского Суда справедливости (Суда ЕС), других зарубежных судов, официальные материалы Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), Всемирной торговой организации (ВТО), Комитета по гражданским, социальным и культурным правам Организации объединенных наций (ООН).

Научная новизна диссертационной работы. В работе решена важная научная задача, направленная на разработку модели единого авторского права, позволяющей выстроить логичную и непротиворечивую систему интеллектуальных прав. На основе исследования теоретических концепций и раскрытия базовых принципов автором доказана необходимость реформирования набора интеллектуальных прав через создание нормативно – догматической модели субъективного авторского права, отражающего аспекты ее формирования, функционирования и совершенствования.

В исследовании представлена разработка теоретической модели авторского права и смежных прав, которая позволяет провести системный анализ сущности правоотношений сторон, возникающих в результате осуществления исключительных авторских и смежных прав на результаты интеллектуальной деятельности посредством договорных конструкций по распоряжению исключительным правом и бездоговорных способов распоряжения. Проведенное исследование создает необходимые предпосылки для целостного восприятия используемых различных договорных форм в сфере интеллектуальной деятельности, ограничений в области свободного доступа к использованию объектов авторского права и смежных прав, пределов осуществления и защиты исключительных прав.

Научная новизна диссертационного исследования определяется следующими основными **положениями, выносимыми на защиту**:

1. Разработана концепция единого авторского права, призванная заменить группы разрозненных личных неимущественных, исключительных и иных прав на тот или иной объект. Доказано, что для создания единой и внутренне непротиворечивой модели российского авторского права может быть использована немецкая монистическая модель авторского права, в соответствии с которой авторское право является непередаваемым при жизни автора (может быть только унаследовано), предусматривается единый срок действия имущественных и моральных прав автора (70 лет после смерти автора), а также, установлен единый режим обеих групп прав после смерти автора (переходят лишь к родственникам автора). Монистическая модель системы авторских прав, существующая в США и Великобритании, состоящая из однородной группы прав (доминирование имущественных прав и непередаваемость моральных прав, при условии возможности отказа от них автора), не может быть использована в российском авторском праве ввиду угрозы нарушения личного интереса автора.

2. Предложенная в диссертации модель может быть зафиксирована путем дифференциации единого авторского права на два элементных компонента в зависимости от интереса, лежащего в их основе: имущественные и неимущественные правомочия, которые состоят из способов использования. Единое авторское право как система представляет собой комплекс взаимосвязанных элементов, обладает свойствами, отличными от свойств ее элементов и несводима к сумме своих элементов. Учитывая, что действующая категория «интеллектуальные права» не указывает на субъективные права, а выступает искусственной конструкцией, призванной объединить разнородные по своей природе гражданские права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (данная триада прав является не системой, а формальным набором (трихотомия), концепция единого авторского права рассматривает все права (правомочия):

имущественные и неимущественные как взаимосвязанные и нераздельные части одного монолитного авторского права. Следовательно, передать другому лицу все авторское право невозможно, а полный отказ от авторского права ничтожен. Можно передать лишь отдельные элементы права, если мы говорим о моральных правах, и отдельные правомочия, если мы говорим о правах имущественных, тем самым защищая автора как экономически слабую сторону и создавая стимулы для творчества. Чем больше затрагивается связь между автором и его произведением, тем бóльшими ограничениями сопровождается «передача».

3. Доказано, что правила «трехшаговой проверки» — это правовые предписания, закрепляющие пределы, в которых законодателю дозволено вводить случаи свободного использования (определенные особые случаи). Поскольку ограничения исключительных прав, сгруппированные в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ), на основании Бернского теста, не образуют какой-либо единой системы, основанной на определенном критерии, представляют собой разрозненный набор и не связаны друг с другом, а точечный характер ограничений исключительных прав обуславливает их буквальное (а не телеологическое толкование) в отношении и целей, и видов произведений, и субъектов, и способов использования, обоснована необходимость создания сбалансированной интерпретации трехступенчатого теста в авторском праве, в соответствии с которой: 1) трехступенчатый тест рассматривается как неделимое целое; 2) три его шага должны использоваться совместно и получать комплексную оценку; 3) ограничения и исключения не должны толковаться узко; 4) требование об установлении ограничений в отдельных случаях не препятствуют законодателям вводить открытые составы ограничений и исключений при условии, что сфера применения таких ограничений является разумной и предсказуемой (добросовестной).

4. Установлено, что доктрина «добросовестного использования» (fair use), легитимизировавшая открытый перечень случаев свободного использования

произведения, при последовательном прохождении ряда фильтров, а именно: 1) цель и характер такого использования (в том числе коммерческий характер или некоммерческие цели); 2) характер охраняемого авторским правом произведения; 3) объем и значимость использованной части относительного всего охраняемого авторским правом произведения в целом; 4) влияние использования на потенциальный рынок сбыта и ценность охраняемого авторским правом произведения, - является механизмом, легко адаптируемым к развитию технологий искусственного интеллекта, конкуренции, появлению новых способов использования произведений и потребностям общества. В связи с этим обосновано, что доктрина «добросовестного использования» может быть воспринята российским авторским правом и смежными правами, расширив их содержательные границы и значительно облегчив сферу правоприменения с учетом фундаментальных принципов гражданского права и фундаментальных прав и свобод человека (принципов добросовестности, запрета злоупотребления субъективным правом, запрета извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения).

5. Обосновано, что положение об отсутствии возможности распоряжения личными неимущественными правами нуждается в корректировке; доказано, наличие правовых механизмов (распорядительных элементов в личных неимущественных правах), которые позволяют этого достичь. Например, в случае, когда автор, согласно п. 3 ст. 1266 ГК дает согласие пользователю на будущее внесение в его произведение изменений, дополнений, сокращений и др. (самоограничение права; такие условия часто встречаются в открытых лицензиях на использование произведения науки, литературы или искусства). При этом автор передает контроль за внесением изменений в своё произведение контрагенту через заранее согласованные действия – так, заключая, договор об отчуждении исключительного права, например, на произведение архитектуры, автор может разрешить правообладателю перестраивать объект авторского права, менять цветовое решение без согласия автора проекта и т.п.; наконец, возможно включение изменений в исключительное право для таких сложных

объектов, как например, программное обеспечение. Применительно к программным продуктам любые изменения входят в сферу исключительного права автора, иначе говоря, являются контролируемым правом автора на переработку, которое по сути заслоняет личное неимущественное право на неприкосновенность произведения. Кроме того, обладатель исключительного права на программный продукт может вносить любые текущие изменения (усовершенствование, развитие, исправление ошибок) в объект самостоятельно, не согласовывая их с разработчиками.

6. Доказано, что право авторства - единственное моральное (неимущественное) право автора, являющееся абсолютным, бессрочным, неимущественным, необоротоспособным. Остальные личные неимущественные права – это разные формы атрибуции права авторства. Для возникновения права авторства необходимо индивидуализировать себя в качества автора (право на имя); индивидуализировать сам объект охраны, конкретные работы (право на неприкосновенность); решить будет ли доступен этот объект обществу или нет (право на обнародование и право на отзыв произведения). При изложенном понимании неотчуждаемое право автора на имя представляет собой элемент права авторства, а отказ от права авторства ничтожен. Если иные неимущественные интересы автора нарушаются, их охрана осуществляется следующими средствами: через механизмы ст. 10 ГК РФ; с помощью признания соответствующих сделок недействительными; с помощью договорных и иных способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ), определяемых существом нарушенного блага или права и характером последствий нарушения.

7. На основании критического анализа выделены и обоснованы основные доктрины охраноспособности произведения как объекта «интеллектуальной собственности»: об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения (естественно - правовые концепции); о применении критерия творчества к результату интеллектуальной деятельности через обоснование объективной новизны, оригинальности, уникальности (концепция неповторимости при параллельном творчестве или доктрина «глубокой

охраны»); о выделении уровней творческой деятельности применительно к произведениям с незначительным творческим уровнем, основанная на понимании творчества как критерия деятельности по созданию произведения; о существенной части произведения, в соответствии с которой контроль правообладателя распространяется на использование как всего произведения, так и его существенной части (элементов), при этом, чем выше творческий уровень, тем меньшим он может быть для получения правовой охраны (активно используется для разграничения производного и оригинального произведений); «тонкой охраны», согласно которой целесообразность авторского права обосновывается ссылками на экономические соображения (утилитаристские обоснования: создание стимулов для создания и распространения результатов интеллектуальной деятельности, защита инвестиций и т.п.), а в качестве критерия используется принцип (sweat of the brow, low authorship). В связи с этим доказано, что «тонкая охрана», создает тенденцию к признанию охраноспособными максимально возможного числа объектов, притом, что большая часть элементов таких произведений остаются неохраноспособными, либо могут свободно использоваться при условии внесения незначительных изменений, в отличающихся пределах признания параллельных прав на созданные независимо идентичные произведения, различной роли личных неимущественных прав и др. С появлением цифровизации и виртуализации результатов интеллектуальной деятельности в правовых порядках, использующих эту доктрину, предлагают отказаться от теоретических доктрин как устаревших рудиментов, не способных выполнять возложенные на них функции, и заменить их механизмами договорного права, недобросовестной конкуренции, Creative Commons и др.

8. Установлено, что если в рамках естественно – правового обоснования охраноспособности произведения по разным причинам не удастся привести перечень объектов в соответствие с традициями «глубокой» охраны, правовая система реагирует снижением ее интенсивности, в результате чего происходит сближение с утилитаристской концепцией. Подход законодателя к смежным

правам, закрепленный в ГК РФ, основан на утилитаристской демаркации, и будущее интеллектуальных прав как подотрасли гражданского права видится именно за смежными правами, так как благодаря механизму, заложенному в смежные права информация и объекты с незначительным уровнем творчества, приобретающие высокую стоимостную оценку в современной экономике, получают охраноспособность, тогда как в охраноспособности авторским правом им было бы отказано. Преимущества механизма смежных прав проявляются в том, что правовая охрана распространяется на конкретные объекты с крайне низкой творческой составляющей, но с существенной экономической ценностью (вместо отдельных их элементов и модификаций), в том числе, специальные сроки действия в 15, 25 лет являются довольно органичными, определяют их эффективность, способствуют развитию массовой культуры и соответствуют общественным потребностям, существующим в обществе.

9. Показано, что в современном авторском праве существует отказ от осуществления субъективного права на срок посредством совершения фактических действий (п. 5 ст. 1233 ГК РФ), при отсутствии в заявлении указания на срок считается, что указанный срок составляет пять лет. Наиболее предпочтительной является модель отказа от исключительного права навсегда и перехода произведения в общественное достояние. Более эффективным является осуществление исключительного права с помощью одностороннего волеизъявления правообладателя. Так, правообладатель может сделать публично заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащее ему произведение науки, литературы, искусства или объект смежных прав на определенных правообладателем условиях. Указанное право не может быть отозвано, и предусмотренные условия использования не могут быть ограничены. Доказано, что односторонняя сделка, состоящая в отказе от права и влекущая его прекращение, допустима для обладателей любого исключительного права,

поскольку такая возможность вытекает из общих норм гражданского законодательства (ст.1, 2, 9 ГК РФ).

10. Доказано, что поскольку коммерциализация исключительного права реализуется только через правомочие распоряжения исключительным правом, которое представляет собой возможности по совершению правообладателем различных действий юридического характера, определяющих правовую судьбу исключительного права путем изменения субъекта посредством отчуждения исключительного права или предоставления права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, она реализуется правомерными, каузальными, конкретными волевыми действиями, оформляемыми двусторонними сделками и иными юридически значимыми актами: размещение заявления на сайте Роспатента, заранее выданное согласие, полный или частичный отказ от открытой лицензии и др.

11. Обоснована и раскрыта оригинальная классификация способов использования произведения, в основу, которой положено различие между правомочием и способом его использования. Если правомочие - это возможность правообладателя совершить правовое действие в отношении произведения, то способы использования - это фактические действия, которые вправе осуществлять правообладатель с ним. В связи с этим способы использования могут быть разделены на три группы: а) обусловленные непосредственным восприятием произведения (например, публичный показ, публичное исполнение музыкального, литературного произведения и др.); б) устанавливаемые в целях расширения охвата аудитории, воспринимающей произведение (например, воспроизведение, распространение, прокат и др.); в) технические способы доведения произведения до публики (например, сообщение в эфир, по кабелю, доведение произведения до всеобщего сведения посредством Интернета). При этом первые две группы способов использования (базовые) предполагают активное поведение правообладателя, а третья их

группа сопряжена с пассивной ролью правообладателя и активной ролью пользователя.

12. Установлено, что запрет на отчуждение исключительного права на произведение может быть признан целесообразным с точки зрения защиты интересов слабой стороны - создателя произведения науки, литературы, искусства. Заключая договор об отчуждении исключительного права на произведение, создатель объекта авторского права может и не подозревать о передаче права в полном объеме стороне по договору, и о смене правообладателя. Этой логики придерживался отечественный законодатель, установивший в п. 3 ст. 1286.1 ГК РФ предел для отказа от исключительного права в пять лет (в иностранных юрисдикциях в случае отказа автором от исключительного права оно переходит в разряд общественного достояния). Подобное положение вещей нельзя признать приемлемым, поскольку законодательное закрепление указанной договорной конструкции может быть использовано в ущерб интересам слабой стороны - автора и, как следствие, публичным интересам государства.

Доказано, что модель лицензионного договора на условиях исключительной лицензии во многом совпадает с моделью договора об отчуждении исключительного права, но в целях защиты автора как слабой стороны, по истечении срока действия договора, лицензиар полностью восстанавливается в передававшихся лицензиату исключительных правах, и на протяжении срока его действия лицензиара и лицензиата связывает комплекс взаимных прав и обязанностей. Благодаря исключительной лицензии, пользователь получает эксклюзивное право использования в отношении результата интеллектуальной деятельности, а в полных лицензиях еще действует ограничение возможностей лицензиара (автора) самому использовать соответствующий результат интеллектуальной деятельности.

13. Современное авторское право в условиях цифровизации и в отношении сложных объектов сталкивается с множественностью создателей (правообладателей); решение этого вопроса в ГК РФ с помощью института

совместного правообладания (по аналогии с совместной собственностью) нельзя считать удачным. При этом в странах общего права урегулированы разные типы совместного правообладания исключительным правом (включая долевое). Модель, представляющая каждому из правообладателей независимую и самостоятельную возможность распоряжения исключительным правом в целом, (с последующей кондикционной обязанностью в пользу другого автора), принятая в американском праве, более эффективна и может положительно сказаться на осуществлении субъективных авторских и смежных прав в РФ.

14. Доказана целесообразность использования счетов эскроу организациями по коллективному управлению для сбора вознаграждения за использование произведений как в сети Интернет, так и в реальной действительности. Телеология правоотношения по коллективному управлению правами представляет собой конструкцию банковского депозита до востребования, и ни при каких обстоятельствах денежные средства на счетах, собранные в интересах правообладателей не могут перейти к организациям по коллективному управлению правами, так как срок начнет течь только с момента заявления правообладателем соответствующего требования. Для обеспечения транспарентности в отношении собранных организациями по коллективному управлению правами денежных средств (по получению и перечислению правообладателям лицензионного вознаграждения) необходимо использовать специальный счет эскроу, в соответствии с которым, эскроу-агент открывает счет для учета и блокирования денежных средств, полученных им от депонента (ОКУП) в целях их передачи бенефициару (автору или иному правообладателю) при возникновении оснований, предусмотренных договором счета эскроу между эскроу – агентом и депонентом. Тем самым это позволило бы организациям по коллективному управлению авторскими и смежными правами не проявлять инициативы в распоряжении денежными средствами правообладателей.

15. Установлено, что существуют два основных механизма защиты авторских и смежных прав в сети Интернет: 1) досудебный, направленный на

прекращение конкретного правонарушения и 2) постоянное ограничение доступа к сайтам, распространяющим объекты авторского права и смежных прав без разрешения правообладателя («вечная блокировка сайта и его зеркал»). Доказана, необходимость совершенствования досудебного порядка посредством сочетания процессуальных, административных и других мер принудительного характера, включая, но, не ограничиваясь мерами ответственности, например, использование технических средств защиты, участие общественных объединений правообладателей в выявлении нарушителей прав, привлечение информационных посредников к участию в процессе в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований, или соотчетчиков, применение специальных правоохранительных мер и др. Так, в случае непринятия мер по устранению нарушений после неоднократных предупреждений, применяются такие меры правоохранительного характера в отношении нарушителя, как снижение скорости трафика, приостановление доступа к Интернету. Предпринимаемые односторонние действия, с одной стороны, должны стимулировать информационного посредника к возможному предотвращению нарушений, их выявлению и пресечению, с другой стороны, не перекладывать на него ответственность за любые действия пользователей.

Для правообладателей более предпочтительным является ограничение доступа к копиям заблокированных сайтов («зеркал») во внесудебном порядке по следующим причинам: 1) быстро и оперативно (в течение суток) определяется существенное сходство до степени смешения с заблокированным сайтом: сравниваются интерфейсы, их цветовая гамма, расположение элементов, используемые шаблоны, наименования сайтов, учетные записи (аккаунты) пользователей, совпадение контента и др. критерии; 2) профессионально и компетентно федеральным органом исполнительной власти в результате сопоставления заблокированного сайта и «зеркала» принимается решение о признании сайта копией заблокированного сайта («зеркалом») и ресурс исключается информационным посредником из результатов поисковой

выдачи; 3) незначительные издержки на правоприменение (в отличие, например, от судебного порядка блокировки сайта).

В работе содержатся предложения по совершенствованию законодательства:

1. Необходимо закрепить модель единого интеллектуального авторского права, состоящего из исключительных (имущественных) и личных неимущественных (моральных) правомочий, нежели закрепленная в части 4 ГК РФ модель совокупности исключительного права, личных неимущественных и других (иных) прав. В связи с этим пункт 1 ст. 1255 ГК РФ изложить в следующей редакции: «1. Авторское право охраняет имущественные и неимущественные интересы автора применительно к произведению и к использованию произведения. Автору произведения принадлежит авторское право, состоящее из исключительных (имущественных) и личных неимущественных (моральных) правомочий».

2. Гражданский оборот все активнее проявляет интерес к распоряжению моральными правами, особенно, на современном этапе, в условиях информационного общества, свободного перемещения информации, культурных ценностей, знаний и др. нематериальных активов. Так, пункт 2 ст. 1255 целесообразно изложить в следующей редакции: «2. Автору произведения принадлежит право авторства, отказ от права авторства ничтожен. При нарушении иных личных неимущественных правомочий автора (целостность произведения, обнародование произведения, отзыв произведения, имени автора и др.), их защита осуществляется способами, предусмотренными п. 2 ст. 10, п. 2 ст. 15, п. ст. 167 настоящего Кодекса и использование иных способов защиты гражданских прав (ст. 12), которые вытекают из существа нарушенного блага или права и характера последствий этого нарушения».

3. Вопреки сложившейся в российской доктрине позиции, представляется допустимым выделение идеальных долей в исключительном праве в тех случаях, когда имеется несколько лиц, которые совместно обладают исключительным правом и определенно выражают свою волю на то, чтобы

такие доли в этом праве были выделены. Заключение правообладателями соответствующего соглашения есть наиболее типичное основание выделения долей в праве. Таким образом, можно будет обращаться взыскание как на исключительное право в целом, так и на долю в исключительном праве. Выделение долей именно в исключительном праве, а не реальной доли в объекте, например, в песне (сама песня остается нераздельной, единым объектом) видится оправданным с позиции стимулирующих функций исключительного права. Так, пункт 2 ст. 1229 изложить в следующей редакции: «2. Режим «совместного правообладания» без деления исключительного права на доли и части аналогичен режиму общей совместной собственности (п. 2 ст. 244 ГК РФ), то есть соправообладание осуществляется исключительным правом в целом. Доли определяются лишь в доходах этих лиц от совместного использования и распоряжения. Режим «раздельного соправообладания» аналогичен режиму общей долевой собственности. Доли в исключительном праве могут быть определены в порядке, установленном законом, на основании сделки, а в случае спора судом».

Абзац второй пункта 3 ст. 1229 дополнить предложением следующего содержания: «В случае, если, исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации принадлежит трем и более правообладателям, и согласие по распоряжению таким правом между ними не достигнуто, распоряжение исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации осуществляется большинством правообладателей одним из способов, предусмотренных пунктом первым ст. 1233 ГК РФ пропорционально таким долям. При этом иной порядок может быть предусмотрен законом или соглашением между правообладателями. Обращение взыскания на исключительное право или долю в исключительном праве допускается лишь при недостаточности любого иного имущества правообладателя для покрытия долгов».

4. Несмотря на позитивное регулирование института коллективного управления в ГК РФ, на контроль со стороны отраслевого министерства, авторы и иные правообладатели постоянно жалуются на нарушение их прав, указанными организациями. В этой связи целесообразно использование модели счетов эскроу организациями по коллективному управлению для сбора вознаграждения за использование произведений как в сети Интернет, так и в реальной действительности. Абзац 1 пункт 4 ст. 1243 изложить в следующей редакции:

«4. Организация по управлению правами на коллективной основе производит распределение вознаграждения за использование объектов авторского права и смежных прав между правообладателями, при этом, выплату, полученного от организации по управлению правами на коллективной основе (депонента) вознаграждения правообладателю (бенефициару) осуществляет эскроу – агент, по правилам, предусмотренным ст. 860.7 ГК РФ».

5. Существуют произведения науки, литературы, фотографии, фонограммы которые еще не потеряли свою культурную или коммерческую привлекательность, но не могут использоваться только по той причине, что невозможно установить правообладателя. В связи с этим, возникает нетривиальный вопрос о том, как легально ввести в гражданский оборот такого рода произведения? Отечественное законодательство не представляет подобным произведениям правовой охраны. Предлагается пункт 1 статьи 1244 дополнить седьмым абзацем в следующей редакции:

«7). осуществление прав правообладателей на получение вознаграждения в отношении сиротских произведений за публичное использование в коммерческих целях по правилам, установленным в ст. 1326 настоящего кодекса».

Пункт 1 статьи 1326 дополнить вторым абзацем в следующей редакции:

«Публичное использование сиротского произведения допускается без разрешения обладателя исключительного права, но, с выплатой ему вознаграждения. Принятое от пользователей сиротских произведений

вознаграждение, предусмотренное абз. 7 п.1 ст. 1244 ГК РФ вносится уполномоченной организацией на эскроу – счет и осуществляется эскроу – агентом, по правилам, предусмотренным ст.860.7 ГК РФ».

Степень достоверности и апробации результатов исследования.

Степень достоверности исследования подтверждается произведенным анализом зарубежных и отечественных нормативно-правовых актов, правоприменительной практики и доктринальных источников.

Диссертация выполнена и обсуждена на кафедре гражданского права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова. Результаты исследования использованы в учебном процессе на юридическом факультете МГУ имени М.В. Ломоносова при чтении лекций, проведении специальных курсов и семинарских занятий по дисциплинам «Гражданское право», «Правовые проблемы интеллектуальной собственности», «Авторское право и смежные права»; при подготовке учебно – методических комплексов по названным дисциплинам; при подготовке учебного пособия «Авторское право», «Право интеллектуальной собственности: Общее учение. Авторское право и смежные права» и учебной программы «Авторское право и смежные права»; при осуществлении руководства выпускными квалификационными работами студентов и магистрантов; при подготовке отзывов на авторефераты диссертаций.

Результаты диссертационного исследования были также внедрены при выполнении научных исследований диссертанта в рамках НИРа «Актуальные проблемы развития корпоративного права и интеллектуальных прав» (1 января 2016 – 31 декабря 2019), «Исследование основных направлений развития права интеллектуальной собственности в условиях глобальной конкуренции и анализ существующего состояния правового регулирования в РФ» (1 июня 2021 – 31 октября 2021), «Актуальные проблемы развития гражданско – правового регулирования имущественных отношений в России и за рубежом» (1 января 2018 – 31 декабря 2022).

Основная часть сформулированных в ходе настоящего исследования выводов и их аргументация нашли отражение в докладах на конференциях, в частности:

- Заседание клуба семейного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации. Доклад: «Режим исключительного права на средства индивидуализации при расторжении брака между супругами», Москва, онлайн формат с использованием платформы Zoom, Россия, 1 февраля 2022);
- Круглый стол: «Вопросы защиты авторских и смежных прав на объекты, размещенные в информационно-телекоммуникационной сети Интернет», Федеральное собрание РФ. Комитет Совета Федерации по конституционному законодательству и государственному строительству. Доклад: «Внесудебные механизмы защиты авторского права и смежных прав в сети Интернет», (Москва, Россия, 13 мая 2021);
- Заседание Научно - консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам в онлайн-формате по обсуждению вопросов, возникающих при рассмотрении дел о пресечении нарушений исключительных прав. Доклад: «Пресечение правонарушения в сети Интернет»,., платформа Teams. (Россия, 28 апреля 2021);
- Московского юридического форума "Кутафинские чтения", Москва (онлайн формат с использованием платформы Teams). Доклад: «Применение норм Гражданского кодекса РФ о правовой охране программ для ЭВМ и баз данных», (27 ноября 2020);
- Круглый стол в рамках совместной XXI Ежегодной международной научно-практической конференции Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова и XVIII Международной научно-практической конференции "Кутафинские чтения" Московского государственного университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) "Новеллы Конституции Российской Федерации и

- задачи юридической науки". Интеллектуальная деятельность и охрана ее результатов в условиях цифровизации. Доклад: «Цифровая среда: от интеллектуальной собственности к искусственному интеллекту» (Москва, Россия, 24-27 ноября 2020);
- Современные проблемы права и экономики в Европе и Азии. Третий Международный юридический онлайн - форум. Панельная дискуссия 7 "Актуальные проблемы охраны интеллектуальной собственности и результатов научной деятельности в эпоху цифровой экономики. Доклад: «Рецепция немецкой монистической модели авторского права в российскую правовую действительность: благо или бремя». (Россия, 14-15 сентября 2020);
 - Спорные вопросы свободного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. On line заседание НКС Суда по Интеллектуальным правам совместно с РШЧП. Доклад: «Модельное дело 1. Применение ст. 1274 ГК РФ. Модельное дело 3. Использование товарных знаков в фильме. Модельное дело 4. Публичное исполнение». (Москва, Россия, 16 июля 2020);
 - Международная конференция «25 лет первой части Гражданского кодекса Российской Федерации: пройденный путь и перспективы», Юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова. Доклад: «Эволюция структуры авторских прав в современном гражданском законодательстве», (Россия, 2 декабря 2019);
 - XX ежегодная Международная научно-практическая конференция «Права и обязанности гражданина и публичной власти: поиск баланса интересов», юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова. Доклад: «Концепт пределов осуществления исключительных прав как реакция на их монопольность», (Россия, 26-29 ноября 2019);
 - Международная конференция «Искусственный интеллект и права человека», Юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова. Доклад:

«Правовое регулирование искусственного интеллекта и интеллектуальная собственность», (Россия, 27 апреля 2017);

- Всероссийская конференция с международным участием «Правовое регулирование в глобальный век интернета. Интернет и право.» Юридический факультет МГУ имени М. В. Ломоносова. Доклад: «Авторское право в информационном обществе: конфликт интересов правообладателей и информационного развития общества» (Россия, 28 ноября 2016) и др.

Основные идеи и положения работы изложены в 40 научных работах автора общим объемом 101,9 п.л., в том числе 27 публикациях (объемом 23,51 п.л.) в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности; 3 монографиях (объемом 65,58 п.л.).

Структура диссертации определена логикой исследования, стоящими перед автором целями и задачами. Работа состоит из введения, трех глав, включающих 10 параграфов, заключения, списка использованной литературы.

СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обосновывается актуальность темы исследования, научная новизна, определяются цели, задачи, объект и предмет диссертационного исследования, его научная и практическая значимость, формулируются основные положения, выносимые на защиту.

Первая глава **«Авторское право и смежные права, их место в современном гражданском праве России»** включает в себя три параграфа.

В первом параграфе исследуются **исторические и философские основы становления и развития авторского права и смежных прав**. Обосновано, что ключевым условием, повлиявшим на становление и развитие авторского права были не столько промышленные революции, сколько философско-правовые учения, обосновывающие необходимость законодательного

признания, в первую очередь, авторского права, а потом уже и смежных прав. Двумя важнейшими направлениями этих учений являются юснатурализм (естественно-правовой) и позитивизм (утилитаристский)⁴.

Обосновано, что смена парадигмы в отношении объектов авторского права и исполнений как объекта смежных прав с естественно – правового обоснования на утилитаристское вряд ли оправданна. Причинами возникновения существующих дисфункций между философско – правовыми обоснованиями является то, что в их основе лежат различные базовые принципы. С одной стороны, интенсивность, «глубина» авторско – правовой охраны, включая, в том числе и прикладные инструменты, и так называемый запрет копирования, характерный для позитивистской демаркации. Также следует обратить внимание на чрезвычайную устойчивость взаимосвязи между кругом охраноспособных объектов и интенсивностью их охраны. Если в рамках естественно – правового обоснования по разным причинам не удастся привести перечень объектов в соответствие с традициями «глубокой» охраны, правовая система и так реагирует снижением ее интенсивности, в результате чего происходит сближение с позитивистской демаркацией. В частности, в европейских правопорядках находит широкое признание возможности наличия распорядительных элементов в личных

⁴ Для целей настоящего исследования все возможные обоснования (теории) авторского права были дифференцированы на два лагеря: естественно – правовое обоснование (включающее трудовую и персональную теории и др.) и позитивистское, утилитаристское обоснование, теорию экономического анализа права как звенья одной цепи. Изначально, в основе позитивистского обоснования авторского права лежит теория общественной пользы, что получило признание, прежде всего, в странах общего права. И эта утилитаристская направленность, в частности, выражена в Конституции США. Так же, самостоятельное направление в позитивистском обосновании авторского права представляет собой теория вознаграждения. То есть, истоки утилитаризма лежат в позитивизме, истоки теории экономического анализа в утилитаризме. Иными словами, и позитивизм, и утилитаризм, и теория экономического анализа сходны в оценке инструментальной роли правовых предписаний. Писаное право является этим инструментом. А расходятся в понимании дополнительных стимулов, эффектов. Утилитаризм толкует писаное право через призму эффективности, пользы; L&E проистекает из утилитаристского понимания и изучает интересы, экономические эффекты, которые лежат в основе конкретных предписаний. Да, анализ интересов в этом смысле важнее, чем форма выражения правовых норм. Так как для позитивистов важна сама по себе форма выражения, текст, его грамматическое обоснование. С этой точки зрения, L&E это позитивистское направление.

неимущественных правах автора, что, по сути, приводит к размыванию их личного характера.

Во втором параграфе анализируются **проблемы международно-правовой охраны авторского права и смежных прав**. Отношения в сфере интеллектуальной собственности в науке международного частного права определяются в качестве особой группы отношений, возникающих в ходе создания и использования результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, специфика которых определяется нематериальным характером объектов таких отношений; нелокализованностью их в пространстве, в отличие, например, от недвижимых вещей, они могут быстро распространяться по всему миру, в силу своей идеальной природы; абсолютным и срочным характером прав.

Во многом именно эти особенности объектов интеллектуальной собственности обусловили разработку международно – правовых актов, где нормы права носят, в основном, не коллизионный, а, материально – правовой характер. Международные акты устанавливают общие стандарты в сфере интеллектуальной собственности, от которых государства - участники договора не должны отступать в своем национальном праве. Например, базовые конвенции в области интеллектуальной собственности определяют конкретные правила прямого действия в отношении сроков существования исключительного права на произведения, исполнения, изобретения и др.; возможные границы осуществления субъективных исключительных прав; меры защиты, которые учитывают особенности результатов интеллектуальной деятельности и т.д. В действительности, развитые государства с инновационно – ориентированной экономикой заинтересованы в том, чтобы навязать свои стандарты, свои условия (критерии) охраноспособности, свои подходы по защите интеллектуальной собственности менее развитым странам, создав тем самым своим

правообладателям понятные, комфортные и эксклюзивные условия для ведения предпринимательской деятельности в большинстве стран мира.

В третьем параграфе рассматриваются **проблемы соотношения отраслевых, подотраслевых и институциональных принципов российского авторского права и смежных прав.**

Гражданское право представляет собой систему норм, которые находятся в определенной взаимосвязи. Принципы являются руководящими началами всей системы норм, подотраслей, институтов, помогают избежать противоречий в правовых положениях, определяют наиболее общие направления развития гражданского права. Таким образом, принципы гражданского права реализуются во всех частноправовых институтах. Разумеется, в авторском праве и смежных правах как в самостоятельных институтах права интеллектуальной собственности как подотрасли гражданского права присутствуют эти фундаментальные отраслевые гражданско – правовые принципы (начала) и есть своя подотраслевая (права интеллектуальной собственности) и институциональная (авторско и смежно – правовая) специфика.

Вторая глава диссертационного исследования **«Теоретические проблемы элементного состава и содержания субъективного авторского права и смежных прав»** состоит из трех параграфов. В первом параграфе исследуются **структура и содержание модели единого субъективного авторского права и смежных прав (гражданско-правовые вопросы).**

Одна из основных теорий развития доктрины интеллектуальных прав, нашла отражение в современном авторском праве в двух ее разновидностях: монистической и дуалистической. В монистической модели, исключительные права имеют одновременно имущественную и неимущественную природу. О.Ульмер придумал красивую метафору и сравнил авторское право Германии с деревом: корневая система это имущественные и неимущественные интересы автора, ствол это единое

авторское право, а ветки это имущественные и неимущественные правомочия автора. Авторские правомочия не нужно противопоставлять друг другу они растут на одном стволе и берут силу то из обеих корней, то преимущественно из одного из них. Именно в рамках данной теории достигается тесная взаимосвязь моральных и имущественных прав автора. Поэтому в Германии установлен единый срок действия, как для имущественных, так и для моральных прав автора и установлен запрет уступки авторских прав. Авторское право может быть предано только по наследству, во всех иных случаях автор может предоставить право на использование произведения, то есть при жизни автора – авторское право является непередаваемым.

В России, во Франции воспринята дуалистическая теория, которая признает самостоятельное существование личных неимущественных и имущественных (исключительных) авторских прав. Считается, что в рамках данного подхода гораздо легче решаются вопросы отчуждаемости имущественных прав и неотчуждаемости (непередаваемости) личных неимущественных (моральных) прав.

Тезис об отсутствии возможности распорядиться моральными правами нуждается в корректировке. Фактически такая возможность существует, и на практике есть потребность в совершении указанных действий, это обусловлено экономическими интересами участников гражданского оборота. Автор в рамках концепции единого авторского права сохраняет за собой моральные права в целом, но субъект маневрирует доступными ему по закону способами фактической передачи отдельных элементов таких прав и всегда может вернуть их назад (поскольку передача является обратимой). В противном случае, издательское дело, работа СМИ, индустрия развлечений застопорились бы, если бы пользователи по договору не имели бы возможности адаптировать (приспосабливать) объекты интеллектуальной собственности к специфике использования. Например, реализуя свое право

на неприкосновенность произведения, по сути, автор передает контроль за внесением изменений в своё произведение контрагенту.

Третья группа в интеллектуальных правах появилась не как результат глубокой догматической проработки, а то, что называется по остаточному принципу, когда не сложилось внутреннее понимание природы этих прав и их особенностей. Так вместо дихотомии: имущественные и неимущественные права, мы получили трихотомию. Они разнородны и могут принадлежать определенной категории авторов (право следования) или касаться определенного момента возникновения прав на результат (право на получение патента) и др.

Смежные права как институт интеллектуальных прав можно разделить на права, охраняющие творческие интересы личности и ее индивидуальность; права, целью признания которых является возврат вложенных в проект инвестиций; и права, охраняющие разнохарактерные интересы бенефициаров нетипичных смежных прав. Первую группу смежных прав составляют права исполнителей. Их правовой режим, благодаря природе исполнения как охраняемого объекта, субъектному составу, признаваемым моральным правам, сроку действия исключительных прав, привязанному к продолжительности жизни исполнителя, - такой правовой режим позволяет рассматривать права на исполнения как самостоятельную и в своем роде уникальную категорию смежных прав.

Вторую группу смежных прав составляют все остальные классические и европейские смежные права, т.е. права изготовителей фонограмм и видеограмм, права вещательных организаций, права на инвестиционные базы данных, права публикатора, права на критические и научные публикации произведений, которые находятся в общественном достоянии, права издателей новостей на их пресс-публикации (продюсерские права). Цель установления охраны продюсерских прав лежит в сфере возврата инвестиций, постольку решение о сроках действия исключительных прав нужно принимать на основе эмпирических данных, а не абстрактных

рассуждений о балансе интересов правообладателей и широкой публики и о том, что организационный и финансовый вклад соответствующих бенефициаров должен быть признан и поощрен.

Во втором параграфе рассматривается **субъектный состав в авторском праве и смежных правах с точки зрения теории преемственности в исключительных правах.**

Конструкция авторства в континентальной Европе заключается в признании авторов первыми обладателями создаваемой ими литературной собственности. Личностно-ориентированные теории авторского права, заключаются в предоставлении авторской монополии: в произведении находит свое отражение личность автора, в силу чего они неразрывно связаны между собой. Личность автора проявляется в интеллектуальном продукте и отражает в себе его индивидуальный подход, выразительную силу. Классическая формула авторства указывает: автор произведения является первым правообладателем в отношении созданного им произведения, так называемое первое правообладание. В странах англосаксонской правовой системы исключения из конструкции первого правообладания были сформулированы судебной практикой.

При этом право может быть передано автором другому лицу по договору, а также может перейти к другим лицам по иным основаниям, установленным законом (вторичное правообладание).

Соавторство всегда устанавливается по полученному результату, а не по процессу работы: лицо, которое принимало участие в работе, не становится соавтором, если творческий результат его труда не нашел отражения в произведении. Если после смерти автора наследник дает согласие на то, чтобы какое-то лицо переработало (доработало, дополнило, исправило) произведение, то возникает переработка, а не соавторство.

Вопреки сложившейся в российской доктрине позиции, представляется допустимым выделение идеальных долей в исключительном праве в тех случаях, когда имеется несколько лиц, которые совместно обладают

исключительным правом и определенно выражают свою волю на то, чтобы такие доли в этом праве были выделены. Заключение правообладателями соответствующего соглашения это наиболее типичное основание выделения долей в праве. При отсутствии соглашения о выделе долей в исключительном праве, доли признаются не выделенными и продолжает действовать режим совместного соправообладания исключительным правом. Несмотря на выделение идеальных долей при множестве соправообладателей, необходимо исключить такую возможность в праве, принадлежащем одному автору. Разделение авторского права на доли, таким образом, допустимо только для последующих правообладателей. Вместе с тем для патентных прав и иных исключительных прав, возникающих на основании государственной регистрации, возможность получения патента совместно автором и, например, работодателем существует и сейчас.

В третьем параграфе исследуются **проблемы критериев (условий) охраноспособности объектов авторского права и смежных прав и особенности их гражданско – правового режима.**

Исследование критериев охраноспособности приобретает огромное прикладное значение. Учение об охраняемой форме и неохраняемом содержании очень сложно применить к производным произведениям и к так называемому «параллельному творчеству», а также к неохраноспособным интеллектуальным продуктам и продуктам, в которых присутствует минимальный творческий уровень. То есть форма произведений может оказаться практически идентичной в подобного рода объектах. Отказ от высоких стандартов охраноспособности ставит объект авторского права в один ряд с обычной коммерческой продукцией и заставляет задаться вопросом – почему и на каких основаниях создатели таких произведений, которые могут быть созданы и другими специалистами в соответствующей области, должны получить монополию на его использование, не говоря уже о моральных правах?

В этой связи, мы наблюдаем, широкие возможности параллельной созидательской деятельности и снижение стандарта охраноспособности (напомним, что объект авторского права не может быть полностью банальным, обычным, предсказуемым) дает высокую вероятность повторного создания произведения. Таким образом, указанная выше риторика свидетельствует о принципиальной неприспособленности континентальной модели авторского права и учения об охраноспособной форме и неохраноспособном содержании к охране произведений с незначительным уровнем творчества.

В работе отмечается, что предпринятые в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 26.03.2009 № 5/29 и Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 №10 шаги свидетельствуют об определенном снижении уровня требований, предъявляемых к результатам интеллектуальной деятельности, охраняемым в качестве объектов авторских прав. Однако такова общая тенденция в этой сфере, характерная для всего мира, так как на смену классическим представлениям о литературе, искусстве, науке приходит современная культура, концептуальное искусство, интерактивность, гипертекстуальность и т.д.

Таким образом, доказана необходимость введения понятия уровня творческого характера объекта, то есть изменение творчества по степеням. При этом необходимо договориться только о минимальном уровне творческого характера охраноспособного произведения, который должен явно превышать средний уровень интеллектуальных продуктов, создание которых для среднего специалиста в соответствующей области носит механический характер, сводится к простой ручной и рутинной работе. Если объект «перешагивает» эту границу, то он охраноспособен, если не может «перевалить» за условную черту, то ему отказывают в охраноспособности с точки зрения авторского права.

Третья глава посвящена исследованию **теоретических проблем осуществления и защиты субъективных авторских и смежных прав.**

В первом параграфе **«Способы осуществления субъективных авторских и смежных прав. Проблемы свободного использования объектов авторского права и смежных прав»** соискатель доказывает, что основополагающие содержательные характеристики субъективных авторских и смежных прав проявляются именно в исключительном праве, которое должно обеспечить присвоенность объекта определенному субъекту, предоставить ему наиболее полное господство над ним и коммерциализацию в экономическом обороте.

Существуют несколько юридических моделей исключительного права. Сущность первой модели заключается в понимании исключительного права как права на совершение собственных активных действий: управомоченный субъект имеет право совершать те действия, которые составляют содержание его права. При этом обеспечивается оно через запреты, которые адресованы неопределенному кругу третьих лиц. То есть в первой модели исключительное право представлено как право правообладателя на совершение им определенных действий (право на действия). Суть второй модели заключается в том, что исключительное право это право запрещать совершение определенных действий всем и каждому (право запрещения). Эта конструкция реализована в отношении патентоохраняемых объектов, практически, во всех странах мира. Третья модель является «компромиссной», она старается примирить первые две модели. Сформулировать ее можно следующим образом: безусловно, исключительное право подразумевает наличие запрета, однако, не как составного элемента этого права, а как обеспечивающего его правового веления, исходящего от законодателя и адресованного всем и каждому. Право запрещать те или иные действия принадлежит только законодателю. Субъективное право и запрет являются фундаментальными юридическими категориями, но их соотношение может быть различным и ни при каких обстоятельствах недопустимо их объединение.

Ряд исследователей утверждает, что исключительное право основывается на стратегии исключения, в то время как, позитивные правомочия – возможность использовать объект самому и распоряжаться исключительным правом также входят в структуру исключительного права, но носят второстепенный неуниверсальный характер.

На теоретическом уровне истоки модели права запрещения заложены в традиционном для американского права понимании права собственности как права на совершение действий с объектом и на отстранение других от соответствующего объекта. Затем в процессе становления и развития патентного права такое понимание права собственности было перенесено на патентное право (проприетарная традиция). Поэтому модель права запрещения нельзя делать универсальной для понимания исключительного права на все объекты интеллектуальной собственности, это работает только в отношении патентоохраняемых объектов, но не произведений науки, литературы и искусства, а также таких объектов смежных прав как исполнения. Исключительное право дает лицу возможность контролировать использование результата интеллектуальной деятельности. Запрет использования результата интеллектуальной деятельности всем третьим лицам внес бы в общественные отношения дисбаланс и поставил бы под угрозу развитие науки, культуры, образования.

Наиболее распространенным способом распоряжения исключительным правом является договорный способ. Бездоговорный способ распоряжения реализуется при помощи совершения правообладателем разного рода односторонних сделок.

В работе подчеркивается, что правомочие использование в составе исключительного права это любое применение произведения за двумя исключениями: 1) применение охватывает только внешнюю форму произведения и никогда не связано с его содержанием. Использование содержания не контролируется авторским правом; 2) существование определенных изъятий, например, предусмотренные законом случаи

свободного использования результатов интеллектуальной деятельности. Каждый способ использования произведения представляет собой самостоятельное правомочие, входящее в состав исключительного права, принадлежащее автору или иному правообладателю.

Правомочие распоряжения не может быть реализовано без взаимодействия с другими лицами, для этого требуется заключение различных гражданско-правовых договоров, совершение односторонних сделок и иных действий юридического характера, т. е. правомочие распоряжения исключительным правом обеспечивает совершение действий, которые предполагают юридические последствия в виде прекращения, обременения или ограничения права, а также переход права в порядке универсального правопреемства.

По прежнему большинство государств в вопросе о свободном использовании ориентируются на трехступенчатый тест, который был включен в Бернскую конвенцию стокгольмскими поправками в 1967 г. Например, многие континентальные законодательства рассматривают цитату как легитимный способ использования чужого произведения без согласия автора. Обычно цитирование осуществляется в отношении литературных произведений, однако в музыковедческой литературе допускается цитирование музыкальных произведений. Тем не менее, до сих пор, не выработаны критерии правомерного цитирования фотографий и других нетекстовых объектов. При цитировании объект интеллектуальной собственности должен последовательно пройти ряд тестов. Итак, первый тест – имело ли место заимствование результата интеллектуальной деятельности, в нашем случае, фотографии в научных, полемических, критических, информационных и учебных целях? При положительном ответе на первый тест, можем переходить ко второму шагу. Второй тест – были ли соблюдены личные неимущественные права автора и необходимо наличие ссылки на источник заимствования? Применительно к цитированию фотографии на сайте ответчика речь должна идти о размещении цитаты с использованием гиперссылок. При положительном ответе на эти вопросы переходим к

третьему тесту – допускается использование чужого объекта интеллектуальной собственности в объеме оправданном целью цитирования. И здесь возникают нетривиальные вопросы – допускается ли цитирование произведения, не только фотографии, полностью или это возможно, только во фрагментарной разбивке? Как определяется объем допустимого цитирования фотографий: полностью фотография, меньше пикселей, вырезанная часть фотографии, размер файла?

Соискатель доказывает, что в отношении фотографий допустимы лишь такие изменения, как, например, изменение величины фотографии, а также такие, которые необходимо следуют из процесса распространения и опубликования фотографии, например, допустимо разместить фотографию в уменьшенном виде в своем новостном обзоре, посвященном социально значимым событиям города. И, наконец, четвертый тест - тест на интеллектуальную связанность цитаты с новым произведением, в котором используется цитата, в целях раскрытия творческого замысла автора.

Оппонентом Бернскому перечню случаев свободного использования является правовая доктрина, основанная на добросовестном использовании. Подобное понимание существует в странах общего права, прежде всего, в США (fair use): добросовестное использование, не является нарушением авторских прав в случае, если такое использование служит достижению определенных справедливых целей и приводится открытый список таких целей. Такими целями, в частности, являются критика, комментарии, новостные обзоры, обучение, тиражирование и распространение произведения в учебных целях в классах и аудиториях, научные исследования, преподавание и др. некоммерческое использование.

Во втором параграфе рассматривается **распоряжение субъективными авторскими и смежными правами, а также договорные способы распоряжения исключительными правами при осуществлении субъективных прав.**

Наиболее распространенным способом распоряжения исключительным правом является договорный способ, бездоговорный же способ распоряжения реализуется при помощи совершения правообладателем разного рода односторонних сделок, например, сюда можно отнести отказ от права или от его осуществления. Ранее возможность отказа от исключительного права законодательно была предоставлена только обладателям патентов на изобретения и полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения (ст. 1399, 1442 ГК РФ) и обладателям свидетельства на товарный знак и на наименование места происхождения товаров (ст. 1514, 1536 ГК РФ). Отсутствие такого указания в законе не препятствовало утверждать, что односторонняя сделка, состоящая в отказе от права и влекущая его прекращение, возможна для обладателей любого исключительного права, поскольку такая возможность вытекает из общих норм гражданского законодательства.

Договор об отчуждении исключительного права на произведение для российского права является новой конструкцией, хотя, до принятия четвертой части Гражданского Кодекса РФ передача исключительного права в полном объеме осуществлялась тоже, но, посредством заключения правообладателем договоров об уступке исключительного права. При этом законодатель в Гражданском кодексе РСФСР 1964г., допуская уступку патентных прав и прав на средства индивидуализации, запрещал передачу авторских прав в полном объеме. Смена правообладателя допускалась только в рамках универсального правопреемства. Прежний отечественный подход полностью соответствовал немецкой модели, согласно, которой авторское право не может быть передано, за исключением случаев, когда оно передается во исполнение завещательного распоряжения или передается наследникам при разделе наследства. Запрет на отчуждение исключительного права на произведение можно признать целесообразным с точки зрения защиты интересов слабой стороны - создателя произведения

науки, литературы, искусства. Заключая договор об отчуждении исключительного права на произведение, творческая натура может и не подозревать о передаче права в полном объеме стороне по договору и о смене правообладателя. По существу, сложившаяся ситуация в российском авторском праве демотивирует автора, лишает его возможности работать дальше и нарушает сложившуюся систему экономических отношений.

По сути лицензионный механизм можно упростить в электронном пространстве посредством выдачи в РФ открытой лицензии. Они появились в США благодаря деятельности гражданского общества, а не государства. Их использование связано прежде всего с компьютерными программами и Интернетом. Таким образом, имплементация так называемых свободных лицензий в российскую правовую систему произошла посредством 1) путем «открытой лицензии» (ст. 1286.1 ГК РФ); 2) публичного заявления правообладателя о предоставлении любым лицам возможности безвозмездного использования произведения или объекта смежных прав (п. 5 ст. 1233 ГК РФ). Соискатель, критикует второй способ имплементации свободных лицензий в ГК РФ, который по функциональным характеристикам однороден публичному заявлению, а юридико-технически отличен от него. Таким образом, попытки установления принципиально отличного регулирования с помощью односторонней сделки, которая воспринимается практикой как фактический отказ правообладателя от исключительного права, выходит за рамки лицензионного договора и будет носить заведомо искусственный характер с точки зрения авторского и договорного права.

Договорные отношения в сфере смежных прав, в отличие от авторских правоотношений, носят более сложный характер, их специфика существенна. Они органически связаны с авторским правом и производны от них; так, изготовитель фонограммы осуществляет свои права с соблюдением прав авторов произведений и прав исполнителей, например, изготовитель

фонограммы, организация эфирного или кабельного вещания, изготовитель базы данных осуществляют свои смежные права лишь в пределах прав, полученных по договору с исполнителем и автором произведения, записанного на фонограмме или передаваемого в эфир либо по кабелю.

В третьем параграфе рассматриваются способы защиты субъективных авторских и смежных прав. Теоретические проблемы самозащиты в системе гражданско - правовых способов защиты авторских и смежных прав.

Установленная в действующем законодательстве система защиты интеллектуальных прав на объекты авторского права и смежных прав, строится на разграничении способов защиты интеллектуальных прав на собственно меры защиты и меры ответственности.

В гражданском законодательстве можно выделить два уровня способов защиты гражданских прав. На первом уровне действуют такие способы, которые имеют универсальный характер и могут быть применены для защиты, как правило, любого субъективного гражданского права. Они установлены ст. 12 ГК РФ. При этом на уровне Общей части ГК РФ в качестве руководящих ориентиров, критериев оценки действий управомоченных субъектов служит система пределов, установленная ст. 10 ГК РФ. В отечественной практике пытались применить ст. 10 ГК РФ без каких-либо уточнений к случаям реализации исключительного права. Так, например, в качестве злоупотребления правом было рассмотрено не что иное, как использование объекта интеллектуальной собственности третьим лицом без разрешения правообладателя. Обратим внимание, что в данной ситуации юридическим фактом выступает не осуществление права с нарушением пределов, а типичное гражданское правонарушение, состав которого предусмотрен конкретной нормой. У третьего лица здесь нет права, на которое он может сослаться и которым, соответственно злоупотребить.

Правообладатель может самостоятельными действиями без обращения к государственным и иным уполномоченным государственным органам,

используя неюрисдикционные формы, защищать свои авторские или смежные права. Такие формы защиты имеют место при самозащите авторских и смежных прав, где они носят абсолютный характер и работают против всех третьих лиц. Технические средства защиты авторских и смежных прав помогают защищать информацию, содержащуюся на материальных носителях произведений, а также предотвращать их противоправное копирование, например, проставить цифровые водяные знаки (watermark); при осуществлении вещания сигнал может быть специально закодирован, а его прием возможен только с помощью специального оборудования (декодера), приобретаемого пользователем; использование автоматической вставки — ссылки на первоисточник и указание автора при защите текстов и изображений в сети Интернет и др. Но в отличие от иных способов защиты объектов авторского права и смежных прав технические средства не влекут юридически обязательных неблагоприятных имущественных последствий для нарушителей как меры гражданско-правовой ответственности. При применении правообладателем мер оперативного воздействия к правонарушителю, которые носят относительный характер и применяются в отношении строго определенного субъекта, например, лицензиар заявляет отказ от договора исключительной лицензии по причине неоднократной просрочки внесения рояли лицензиатом по договору.

В четвертом параграфе исследуются государственно – принудительные гражданско – правовые способы защиты субъективных авторских и смежных прав, а также место и особенности имущественной ответственности за нарушение субъективных авторских и смежных прав.

В отечественной цивилистике традиционно право на защиту выделяется в содержании субъективного гражданского права в качестве одного из правомочий, выступающего в качестве возможности субъекта использовать различные меры защиты или требовать использование государственно – принудительных мер в случаях нарушения субъективного права.

В зарубежном законодательстве наблюдается тенденция перераспределения ответственности за нарушения в сети с возложением ее на провайдеров и усиление ответственности конечных пользователей. Так, Digital Economy Act 2010 возлагает на интернет - провайдеров новые обязанности по уведомлению пользователей при получении сообщения от правообладателя о нарушении авторских прав, зафиксированного за конкретным IP-адресом. Они должны вести список нарушителей (the copyright infringement list), в который вносятся сведения о количестве таких сообщений в отношении конкретных пользователей, и предоставлять по запросу правообладателей анонимные списки, чтобы те смогли видеть, сколько сообщений было послано в отношении одного и того же пользователя, их персональные данные могут быть раскрыты лишь при наличии постановления суда, после чего правообладатель получает возможность начать судебный процесс в отношении нарушителя.

Можно предположить, что под влиянием западных подходов российские правообладатели стали активно развивать внесудебный порядок защиты авторских и смежных прав в сети Интернет. Потенциально, копией заблокированного сайта федеральным органом исполнительной власти может признаваться не только классическое "зеркало", например, сайт с переадресацией, но и аффилированные с оригинальным доменом сайты (действующие под одним логотипом, схожие по дизайну, контенту или контактами администратора). «Зеркала» блокируются по тем же техническим принципам, что и оригинальные сайты путем применения мер правоохранительного характера в отношении нарушителя. Обращение же с иском в суд это уже следующая стадия развития конфликта, которая сопряжена со значительными издержками на правоприменение.

ОСНОВНЫЕ, ОПУБЛИКОВАННЫЕ РАБОТЫ ПО ТЕМЕ ДИССЕРТАЦИИ

**Статьи, опубликованные в рецензируемых научных изданиях,
рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ.051.1
(МГУ.12.03)**

1. Щербак Н.В. Тенденции развития авторского права и смежных прав в условиях унификации и гармонизации//Законодательство – 2022.-№3. С. 6-13. (0,7 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0, 200).
2. Щербак Н.В. Минимальные стандарты защиты авторского права и смежных прав согласно базовым международным конвенциям в области интеллектуальной собственности//Законодательство – 2022.- №2. С. 68-79. (0,9 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,200).
3. Щербак Н.В. Экзистенциальные особенности гражданско-правового режима объектов авторского права и смежных прав//Вестник гражданского права - 2021. – Т. 21. №6. – С.99-134. (2,4 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 1,604).
4. Щербак Н.В. Идеальная доля в исключительном авторском праве: утопия или реальность?//Вестник гражданского права - 2021. – Т. 21. №5. – С. 166-194. (1,7 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ 1,604).
5. Щербак Н.В. Особенности защиты субъективных авторских и смежных интеллектуальных прав (комплексность защиты, обеспечиваемая различными отраслями права) //Хозяйство и право - 2021. - №8. С. 35-52. (1,4 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,455).
6. Щербак Н.В. Программы для ЭВМ и базы данных их роль в творческой индустрии и развитии экономики//Хозяйство и право - 2021. - №6. С. 39-55 (1,3 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,455)
7. Щербак Н.В. Телеология коллективного управления авторскими и смежными правами//Хозяйство и право - 2021. - №3. С. 30–45. (1,3 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,455).
8. Щербак Н.В. Система интеллектуальных прав в России: классическая парадигма или эклектика//Законодательство - 2020. - № 4. С. 7–16. (0,9 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,200).
9. Щербак Н.В. Система ограничений исключительных прав как реакция на их монопольность//Хозяйство и право - 2020. - № 3. С. 61–75. (1 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,455).

10. Щербак Н.В. Эволюция структуры авторских прав в современном гражданском законодательстве//Вестник гражданского права - 2020. – Т. 20. №1. – С. (0,8 п.л.) (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 1,604).
11. Щербак Н.В. Оборот исключительных смежных прав//Хозяйство и право - 2019. - №4. С. 86-97. (1 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,407).
12. Щербак Н.В. Обязательственно – правовые способы приобретения исключительных прав и распоряжения ими// Законодательство - 2019. - № 1. С. 15–21. (0,7 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,189).
13. Щербак Н.В. Смежные права субъектов: проблемы реализации//Законодательство - 2018. - № 3. С. 10 – 25. (1,4 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,227).
14. Щербак Н.В. О понятии смежных прав и некоторых особенностях их разграничения с продюсерскими правами// Хозяйство и право - 2018. - №7. С. 35 – 50. (1,2 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,417).
15. Щербак Н.В. Технические средства защиты авторских и смежных прав. Конфликт интересов правообладателей и развития общества// Хозяйство и право - 2018. - №11. С. 53 – 62. (0,7 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,417).
16. Щербак Н.В. Критика рыночного понимания (концепции) интеллектуальной собственности// Законодательство - 2017. - №11. С. 14–21. (0,7 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,226).
17. Щербак Н.В. Феномен распоряжения исключительным авторским правом// Хозяйство и право - 2017. - №11. С. 83 – 101. (1,5 п.л.) (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,377).
18. Щербак Н.В. Некоторые проблемы служебных результатов интеллектуальной деятельности// Законодательство - 2017. - № 6. С. 27 – 32. (0,5 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ - 0,226).
19. Щербак Н.В. Решающие формальности в авторском праве// Законодательство - 2016. - №9. С. 12 – 21. (1 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0.261).
20. Щербак Н.В. Объекты, неохранные авторским право: понятие и значение//Законодательство - 2016. - №6. С. 13 – 23. (1 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,261).
21. Щербак Н.В. Некоторые проблемы защиты авторских и смежных прав// Законодательство - 2015. - №1. С. 24 – 33. (0,6 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,254).
22. Щербак Н.В. Свободное использование объектов авторского права на примере цитирования, пародирования и карикатуры//

- Законодательство №3, 2014. (0,7 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,234).
23. Щербак Н.В. Интернет – сайты и интернет – посредники: некоторые проблемы гражданско – правового регулирования// Законодательство - 2013. - №5. С. 14 – 21. (0, 7 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,218).
24. Щербак Н.В. Проблемы правовой охраны нетрадиционных объектов авторского права// Законодательство - 2013. - №2. С. 12 – 23. (1 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,218).
25. Щербак Н.В. Пределы авторского права и смежных прав// Законодательство - 2011. - №8. С. 21 – 29. (0,8 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,218).
26. Щербак Н.В. Критерии охраноспособности объектов авторского права//Вестник Московского университета. Серия 11: Право. - 2008. - №8. С. 30-48. (5-летний импакт-фактор РИНЦ – 0,206).
27. Щербак Н.В. Проблемы правового режима средств индивидуализации юридического лица, продукции, работ или услуг //Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. - 2006. - №12. С. 23 – 30. (0,5 п.л.) (5-летний импакт – фактор РИНЦ – 0,165).

II. Иные публикации

1. Щербак Н.В. Отраслевые, подотраслевые и институциональные принципы авторского права и смежных прав: основания и практика применения в сборнике «Проблемы современного гражданского права»: сборник статей памяти В.С. Ема (к 70-летию со дня рождения)/ отв. ред. Е.А. Суханов, издательство Статут (М.), 2021. С. 559-596. (2,29 п.л.).
2. Щербак Н.В. Структура и содержание исключительного права: факторы, влияющие на развитие правовой категории в современных экономических условиях в сборнике «Социально-экономические и правовые проблемы повышения эффективности российской экономики» Выпуск 8. Межвузовский сборник научных статей. Под редакцией А.П. Сысоева, М.С. Халикова, Л.И. Усова, место издания Москва, Университетская книга, 2021. С. 337-353. (1,09 п.л.).
3. Щербак Н.В. Распоряжение правами на результаты интеллектуальной деятельности с использованием информационных технологий, как одно из средств повышения эффективности экономики в сборнике «Социально-экономические и правовые проблемы повышения эффективности российской экономики»:

- Межвузовский сборник научных статей. Выпуск 7. Под ред. А.П. Сысоева, М.С. Халикова, место издания «Наука» Москва, 2020. С. 367-382. (1 п.л.).
4. Щербак Н.В. Проблемы правового регулирования цифровых технологий как объекта интеллектуальной собственности в сборнике «Проблемы и перспективы использования цифровых технологий в региональном и муниципальном управлении: коллективная монография» / Под ред. В.К. Ковальчука, А.П. Сысоева, А.И. Усова, М.С. Халикова. 270 с.: табл., ил. – ISBN 978-5-6043378-3-7, место издания Издательство «Наука» Москва, 2019. С. 82-100. (1,25 п.л.).
 5. Щербак Н.В. Обязательства из договоров по распоряжению исключительными правами//Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2019. - № 1. С. 25-40. (1 п.л.).
 6. Щербак Н.В. Особенности определения размера компенсации за нарушение интеллектуальных авторских и смежных прав: современные тенденции и поиск компромисса в сборнике «Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики». Сборник статей к юбилею Е.А.Суханова, место издания Статут (М.), 2018. С. 572-588. (1,1 п.л.).
 7. Щербак Н.В. Основные начала (принципы) авторского права в сборнике «Проблемы современной цивилистики»: Сборник статей, посвященных памяти профессора С.М. Корнеева / Отв. ред. Е.А. Суханов и М.В. Телюкина, место издания Статут (М.), 2013. С.313-327. (0,9 п.л.).
 8. Щербак Н.В. Авторское право и наследование// Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2011. - № 7 – 8. (1,2 п.л.).
 9. Щербак Н.В. Догматическая конструкция авторства в сборнике «Проблемы развития частного права»: Сборник статей к юбилею В.С. Ема, место издания Статут (М.), 2011. С. 270-286. (1 п.л.)
 10. Щербак Н.В. Гражданско - правовой режим аудиовизуального произведения//Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2007. - №10. С.17-27 (0,6 п.л.).

III. Монографии

1. Авторское право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. – М.: Издательство Юрайт, 2017. -182 с. (14,11 п.л.).

2. Право интеллектуальной собственности: Общее учение. Авторское право и смежные права: учебное пособие для вузов. – М: Издательство Юрайт, 2019. – 309 с. (23,97п.л.).
3. Гражданско-правовое регулирование авторского права и смежных прав на современном этапе. – М.: Юстицинформ, 2022.– 544 с. (39,71 п.л.).