

ОТЗЫВ
официального оппонента
на диссертацию Щербак Наталии Валериевны,
представленную на соискание ученой степени
доктора юридических наук на тему: «Авторские и смежные права в
системе интеллектуальных прав»
по специальности 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки
(12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право)

Диссертационное исследование Наталии Валериевны Щербак посвящено весьма актуальной теме, поскольку комплексный анализ авторских и смежных прав в системе интеллектуальных прав, их оценка и анализ сквозь призму конфликта исключительных прав авторов и правообладателей на охраняемые объекты смежных прав и публичного интереса общества, направленного на активное использование имеющихся результатов интеллектуальной деятельности в качестве фундамента для последующих творческих разработок, является ответом на один из главных вызовов общества к цивилистической доктрине.

Дело в том, что с одной стороны, авторское право призвано содействовать развитию науки, образования, искусства, а с другой стороны, авторское право, понимаемое как монополия правообладателя, ограничивает права других субъектов на свободный доступ к произведениям и информации, препятствуя их активному использованию. Соответственно, одной из главных публично значимых проблем, требующих глубокого научного погружения в сферу ограничений свободного использования инновационных результатов интеллектуальной деятельности и выработки моделей повышения их экономической и социальной эффективности, является построение принципиально нового учения об авторских и смежных правах как важнейших составляющих интеллектуальных прав,

направленного на достижение консенсуса имущественных прав авторов, правообладателей на охраняемые объекты смежных прав и публичного интереса общества в целом, а также прав последующих субъектов творческой деятельности.

С учетом изложенного, соглашусь с мнением Наталии Валериевны о том, что исследование интеллектуальных прав, ограниченное формально–юридическим методом и уже сложившимися доктринальными позициями, не способно воспринять глобальные преобразования общественных отношений, обусловленные тотальным обменом информацией о достигнутых результатах интеллектуальной деятельности.

Актуальность темы обусловлена также необходимостью модернизации договорных конструкций в сфере интеллектуальной собственности вообще, и авторского права и смежных прав в частности с учетом проявившейся тенденции, а именно: 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, который также является товаром, то имеет место режим «бестелесной вещи», следовательно, его можно виндизировать как вещь, применять правила о добросовестном приобретателе и др. Эти проблемы также требуют содержательного анализа и осмысленного решения.

Перечень вопросов, нуждающихся в научно-практическом исследовании, и выработке подходов их решения в рамках заявленной темы, можно продолжать. Однако, полагаю, что и вышеперечисленные в достаточной степени подтверждают актуальность выбранной диссертантом темы.

Здесь уместно обратить внимание, что во Введении автор четко определила спектр важных и актуальных теоретических и практических проблем, связанных с осуществлением и защитой авторских и смежных прав,

что позволило выдвинуть адекватную научную гипотезу, обозначить цель и задачи исследования.

Степень обоснованности научных положений и выводов.

Научные положения, выводы, сформулированные соискателем, учитывают имеющиеся достижения цивилистической доктрины, теоретически аргументированы и практически обоснованы. Они хорошо структурированы и изложены в логической последовательности и взаимосвязи.

Несомненным достоинством представленной работы является её сравнительно-правовой характер. Также следует отметить, что автор при выборе исследуемых зарубежных правовых порядков стремилась рассмотреть те юрисдикции, которые в наибольшей степени близки к правовой системе Российской Федерации (Германия, Франция, Швейцария); научную ценность имеет анализ директив ЕС об авторском праве и смежных правах в контексте их имплементации в исследуемые правовые порядки континентальной Европы.

Рассуждения и выводы автора имеют как научно-доктринальное, так прикладное значение. В частности, выявленные диссертантом проблемы правового регулирования института коллективного управления авторскими и смежными правами и разработанные теоретические подходы послужили базой для формулирования ряда политико-правовых предложений по совершенствованию правового регулирования авторских и смежных прав, в том числе направленные на обеспечение соблюдения баланса интересов авторов (иных правообладателей) и пользователей.

Аргументируя собственное мнение, автор опиралась на широкий круг различных источников, в том числе зарубежных. Библиографический список представляется хотя и объемным, однако, по содержанию относимым к теме диссертации. Кроме того, имеющуюся библиографию следует признать актуальной, позволяющей логически выстроить эволюцию авторских и

смежных прав, поскольку использованы работы, которые охватывают более чем столетний период.

При проведении исследования автором была поставлена цель - 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. Для достижения указанной цели были определены задачи, которые предполагали логически последовательное достижение цели и подтверждения гипотезы, в частности: 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 в соответствующих правовых порядках, сопоставить выявленные модели между собой и выбрать оптимальную модель для совершенствования российского правового порядка.

Анализ структуры и содержания работы, а также сделанных диссертантом выводов позволяет сказать, что поставленная цель автором достигнута, а соответствующие задачи решены.

Актуальность, цели и задачи исследования, а также выносимые на защиту выводы, их новизна и теоретическая значимость изложены во Введении (с.4-26).

Работа состоит из введения, трех глав, состоящих из 10 параграфов, заключения и списка использованных источников. В главе 1 «Авторское право и смежные права, их место в современном гражданском праве России» (с. 31–147) автор рассматривает в первом параграфе исторические и философские основы становления и развития авторского права и смежных прав (с.31-78). Во втором параграфе анализируются проблемы международно-правовой охраны авторского права и смежных прав, подвергая анализу и критической сравнительной оценке действующее правовое регулирование соответствующих вопросов в России и национальное регулирование в отдельных странах континентальной Европы (Германии, Франции) и в странах общего права (США, Великобритания) (с.79-106). В третьем параграфе рассматриваются проблемы соотношения отраслевых, подотраслевых и институциональных принципов российского авторского права и смежных прав (с. 107–147).

Глава 2 «Теоретические проблемы элементного состава и содержания субъективного авторского права и смежных прав» (с. 147–311) состоит из трех параграфов. В первом параграфе исследуются структура и содержание модели единого субъективного авторского права и смежных прав (гражданско-правовые вопросы) (с. 147–203); во втором параграфе рассматривается субъектный состав в авторском праве и смежных правах с точки зрения теории преемственности в исключительных правах (с. 203–251); в третьем параграфе исследуются проблемы критериев (условий) охраноспособности объектов авторского права и смежных прав и особенности их гражданско – правового режима (с. 252–311).

В главе 3 «Теоретические проблемы осуществления и защиты субъективных авторских и смежных прав» (с. 312–481) анализируются основополагающие содержательные характеристики субъективных авторских и смежных прав, которые проявляются именно в исключительном праве, которое должно обеспечить присвоенность объекта определенному субъекту,

предоставить ему наиболее полное господство над ним и коммерциализацию в экономическом обороте. Глава состоит из четырех параграфов: 1) «Способы осуществления субъективных авторских и смежных прав. Проблемы свободного использования объектов авторского права и смежных прав» (с. 312–356); 2) «Распоряжение субъективными авторскими и смежными правами, а также договорные способы распоряжения исключительными правами при осуществлении субъективных прав» (с. 357–417); 3) «Способы защиты субъективных авторских и смежных прав. Теоретические проблемы самозащиты в системе гражданско - правовых способов защиты авторских и смежных прав» (с. 418–443); 4) «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» (с. 444–481). Таким образом, работа структурирована в логической последовательности достижения цели исследования и решении соответствующих ей аналитических задач.

Несомненным достоинством работы и обладающим научной новизной являются избранные диссертантом методы моделирования и системного подхода к исследованию. 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 только дать информацию об объектах и оборотоспособности прав на них, но и позволяет определить важнейшие закономерности их функционирования. Метод системного подхода позволил диссертанту проанализировать как систему авторских и смежных прав, так и круг вопросов, необходимых для ее построения; вычленил системообразующие связи авторских и смежных прав, а также исследовать условия их существования и сформулировать ключевые понятия в сфере авторских и смежных прав.

Соответственно, логическим следствием такого подхода является обосновываемый автором вывод о том, что концепция единого авторского права, призвана заменить группы разрозненных личных неимущественных, исключительных и иных прав на тот или иной объект, 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 (вывод 1, вынесенный на защиту).

Важно обратить внимание, что Наталия Валериевна не ограничивается традиционными для правовых исследований формально-юридическими аргументами, системным анализом правового материала, а и также учла политико-правовые факторы. В центре обоснования находятся доводы, связанные с анализом социально-экономических выгод и издержек от принимаемых правовых решений. Многие тезисы подкреплены положительным зарубежным опытом. При этом автор принимает во внимание особенности российской правовой системы, что исключает механическую рецепцию европейских подходов и институтов в сфере авторских и смежных прав.

Положения, выносимые на защиту, хорошо структурированы. Автор представила их в логической последовательности и взаимосвязи; с учетом изложенного отметим достоверность и новизну выводов, сформулированных

автором. В частности, доказана необходимость реформирования интеллектуальных прав посредством создания нормативно – догматической модели субъективного авторского права, отражающего аспекты её формирования, функционирования и совершенствования (1 и 2 главы работы). По результатам проведенного исследования диссертант сформулировала пятнадцать положений, выносимых на защиту (с. 19–26), которые обладают несомненной научной новизной, достоверностью и заслуживают внимания. Например, вывод о том, что широко используемый в отечественном законодательстве, доктрине и практике термин «интеллектуальные права» является искусственной конструкцией, призванной объединить разнородные по своей природе гражданские права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.

Положительно оцениваю критику автором тезиса об отсутствии возможности распоряжения личными неимущественными правами; диссертант доказывает наличие правовых механизмов (распорядительных элементов в личных неимущественных правах), которые позволяют достичь желаемой цели. Так, применительно к программным продуктам любые изменения входят в сферу исключительного права автора, иначе говоря, являются контролируемым правом автора на переработку, которое по сути отменяет 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.

Автор видит возможность сближения правила «трехшаговой проверки» произведения и доктрины его «добросовестного использования» (fair use), посредством установления открытого перечня 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 относительно 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. Тем самым обосновывается, что доктрина «добросовестного использования» может быть воспринята российским авторским правом и смежными правами, что значительно расширит границы их использования и значительно упростит сферу правоприменения (выводы 3 и 4, выносимые на защиту).

Соискатель приводит весьма значимые аргументы о том, что 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, поскольку 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 (выводы 7 и 8, выносимые на защиту).

В продолжение логики расширения коммерциализации исключительного авторского права, Н.В. Щербак справедливо обосновывает, что она реализуется только через правомочие распоряжения исключительным правом, которое представляет собой возможности по совершению правообладателем различных юридически значимых действий, определяющих правовую судьбу исключительного права путем изменения субъекта посредством отчуждения исключительного права или предоставления права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Также можно согласиться с допускаемой автором возможностью отказа от исключительного права навсегда и перехода произведения в общественное достояние в отличие от существующего в п.5 ст. 1233 ГК РФ отказа от осуществления субъективного права на срок посредством совершения фактических действий.

Следует поддержать вывод о том, что более эффективным является осуществление исключительного права с помощью одностороннего волеизъявления правообладателя, когда 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 (вывод 9, выносимый на защиту).

В контексте основной идеи автора о защите интересов слабой стороны - создателя произведения науки, литературы, искусства находится и 12-е положение, выносимое на защиту, в соответствии с которым диссертант предлагает установить запрет на отчуждение исключительного права на произведение. Так, 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).

По мнению диссертанта, сложившееся правовое регулирование нельзя признать приемлемым, поскольку законодательное закрепление указанной договорной конструкции может быть использовано в ущерб интересам слабой стороны, т.е. автора и, как следствие, публичным интересам государства. В

связи с этим, 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, лицензиару полностью возвращаются передававшееся лицензиату исключительное право.

Определенной новизной, научной ценностью и практической значимостью обладает 14-й вывод диссертанта о целесообразности использования счетов эскроу организациями по коллективному управлению для сбора вознаграждения за использование произведений как в сети Интернет, так и в реальной действительности в целях обеспечения транспарентности по получению и перечислению правообладателям лицензионного вознаграждения. Телеология правоотношения по коллективному управлению правами, по мнению автора, 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.

Автор справедливо исходит из того, что подобного рода требование позволило бы организациям по коллективному управлению авторскими и смежными правами не проявлять инициативы в распоряжении денежными средствами правообладателей.

Практическое значение имеет 15-й вывод автора, вынесенный на защиту о том, 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»). Н.В. Щербак удалось обосновать необходимость совершенствования досудебного порядка разрешения конфликта 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 соответчиков, применение специальных правоохранительных мер и др. 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.

На основании изложенного, выводы, сформулированные диссертантом, являются обоснованными, характеризуются научной новизной и обладают практической ценностью. Тем не менее, содержание диссертация вызывает несколько замечаний и вопросов.

1. В диссертации и положении первом, вынесенном на защиту, автор, опираясь на немецкую модель, аргументирует необходимость перехода к единой модели авторского права. Однако, не приводит убедительных аргументов в чем именно состоят практические преимущества такого перехода и какие проблемы необходимо решить с точки зрения «ломки» существующей в России модели?

2. В диссертации (с.108-146) исследовано несколько проблемных вопросов, касающихся общих принципов гражданского права, которые необходимо активно применять в сфере авторских и смежных прав. Этот тезис полностью поддерживаю, тем не менее, полагаю, что следовало бы конкретно указать практическую ценность принципа добросовестности применительно к авторскому праву и смежным правам, которому соискатель уделяет особое внимание в связи с потенциальной возможностью использования в отношении добросовестного приобретателя исключительного права на объекты интеллектуальной собственности

виндикации (с.120-121). В связи с этим возникает вопрос: считает ли автор оправданным введение института защиты добросовестного приобретателя исключительных авторских и смежных прав?

3. В работе приводятся весьма весомые аргументы о недостатках термина «интеллектуальные права», который является 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) (положение 2-е, вынесенное на защиту). Соглашаясь с этим выводом, полагаю необходимым уточнить – насколько легитимно неоднократное использование соискателем словосочетания «интеллектуальные авторские или смежные права» (см. например, с. 420, 425)? Бывают ли авторские и смежные права не интеллектуальными?

4. В диссертации утверждается, что запрет на отчуждение исключительного права на произведение может быть признан целесообразным с точки зрения защиты интересов слабой стороны - создателя произведения науки, литературы, искусства. В этой связи актуальна позиция соискателя по вопросам:

- какие условия договоров об отчуждении исключительных прав, а также лицензионных договоров не могут быть оправданы с позиции принципа свободы договора?

- какие политико-правовые обоснования можно привести в пользу лишения правообладателя возможности полностью отчуждать свое исключительное право?

5. Опираясь на достижения цифровых технологий, которые широко используются в творческой деятельности, представляется актуальным мнение соискателя о правовом режиме произведений, в том числе изобразительного

искусства, созданных с использованием искусственного интеллекта, с позиций авторского права и смежных прав.

6. В работе приведены достаточно весомые аргументы о возможности аналогии имущественных прав и исключительных. В этой связи нуждается в пояснении вопрос: в какой части к лицензионным договорам, а также договорам об отчуждении исключительного права могут быть применены общие положения ГК РФ об обязательствах?

7. В диссертации, а также в положении 6-м, вынесенном на защиту, соискатель считает доказанным тезис: «...право авторства - единственное моральное (неимущественное) право автора, являющееся абсолютным, бессрочным, неимущественным, необоротоспособным. Остальные личные неимущественные права – это разные формы атрибуции права авторства». Редакция этого тезиса обусловила несколько вопросов:

а) юридический термин «право» идентичен выражению «моральное (неимущественное) право», которое использует автор, или термину «принципы морали», на который в части четвертой Гражданского кодекса РФ законодатель неоднократно указывает (например, см. подпункт 4) п.4 ст. 1349, ст.1419, подпункт 5) п.4 ст. 1473, подпункт 2 п.3 ст. 1483 ГК РФ)? При положительном ответе на этот вопрос (именно такой ответ логически вытекает из редакции тезиса) следует признать отсутствие различий между нормами права и правилами морали!?

Если же дать отрицательный ответ, то следует пояснить легитимность использования соискателем такой редакции;

б) второй тезис из цитируемого тезиса положения 6 состоит в следующем: «Остальные личные неимущественные права – это разные формы атрибуции права авторства», его редакция также нуждается в уточнении:

- право авторства относится к формам атрибуции?

- «Остальные личные неимущественные права» являются частью морального (неимущественного) права автора?

Вместе с тем, сделанные выше замечания и поставленные вопросы, не умаляют значимости диссертационного исследования и не влияют на положительную оценку представленной работы, и, по сути, представляют собой приглашение к научной дискуссии.

Проведенное диссертационное исследование Н.В. Щербак соответствует требованиям, установленным Московским государственным университетом имени М.В. Ломоносова к работам такого уровня. Содержание диссертации соответствует паспорту специальности 5.1.3.«Частно-правовые (цивилистические) науки» (12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право), а также критериям, определенным в пп. 2.1-2.5 Положения о присуждении ученых степеней в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова. Диссертация Н.В. Щербак оформлена согласно приложениям № 5 и 6 Положения о диссертационном совете Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Работа написана Н.В. Щербак самостоятельно, обладает внутренним единством, содержит новые научные результаты и положения, выдвигаемые для публичной защиты, а также свидетельствует о личном научном вкладе автора диссертации. Структура и оформление диссертации соответствуют предъявляемым требованиям. В диссертации отсутствуют некорректные заимствования. В диссертации содержатся рекомендации по использованию научных выводов, а именно – предложения по совершенствованию законодательства в рамках тематики исследования. Основные результаты исследования опубликованы в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности 5.1.3. «Частно-правовые (цивилистические) науки (12.00.03 - гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное частное право) на соискание ученой степени доктора юридических наук в количестве, соответствующем п. 2.4 (27 статей). Также

результаты исследования содержатся в опубликованной на основе диссертации монографии (Щербак Н.В. Гражданско-правовое регулирование авторского права и смежных прав на современном этапе. М: Юстицинформ, 2022, 544 с.).

Таким образом, оппонент приходит к выводу, что представленная диссертация полностью соответствует установленным требованиям, а поэтому ее автору - Наталии Валериевне Щербак – может быть присуждена ученая степень доктора юридических наук по специальности 5.1.3. «Частно-правовые (цивилистические) науки» (12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право).

Официальный оппонент:
доктор юридических наук,
профессор, ФГАОУ ВО
«Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
Факультет права, департамент частного права
профессор
Синельникова Валентина Николаевна

«31» мая 2022 г.

Контактные данные:
Адрес: 101000, г. Москва, 1, ул. Мясницкая, д. 20.
Тел: 8 495 772 95 90* 22112
Эл. почта: vsinel@hse.ru
Специальность, по которой официальным оппонентом защищена диссертация:
12.00.03 – «гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное частное право»