

Научная статья
УДК 347.44; 347.78
doi: 10.17223/22253513/46/12

Мерч-продукция и мерчандайз-активность как объекты гражданских прав при экономике впечатлений

Павел Леонидович Лихтер¹

¹ Пензенский государственный университет, Пенза, Россия, lixter@mail.ru

Аннотация. Сегодня все большее значение приобретают такие объекты гражданских правоотношений, как мерч-продукция (стилизованная одежда, атрибутика) и мерчандайз-активность, т.е. посещение тематических парков, квестов и другая деятельность, позволяющая погрузиться в мир любимых фильмов и книг. Потребителям уже недостаточно получать стандартизированные товары, им нужны впечатления, отвечающие их уникальным эстетическим и культурным предпочтениям. Рассматриваются правовые аспекты феномена фанатской активности и связанные с ней вопросы защиты интеллектуальных прав. Отмечается актуальность доктрины добросовестного использования, согласно которой допускается свободное распространение результатов интеллектуальной деятельности при мерчандайз-активности, если это способствует развитию искусств и культурному прогрессу.

Ключевые слова: мерч-продукция, мерчандайз-активность, объекты гражданских прав, интеллектуальные права, переработка произведения, доктрина добросовестного использования

Для цитирования: Лихтер П.Л. Мерч-продукция и мерчандайз-активность как объекты гражданских прав при экономике впечатлений // Вестник Томского государственного университета. Право. 2022. № 46. С. 164–177. doi: 10.17223/22253513/46/12

Original article
doi: 10.17223/22253513/46/12

Merch-products and merchandise-activity as objects of civil rights in the impression economy

Pavel L. Likhter¹

¹ Penza State University, Penza, Russian Federation, lixter@mail.ru

Abstract. Today, such objects of civil legal relations, such as merch-products (stylized clothing, attributes) and merchandise-activity, are becoming increasingly important, that is, visiting thematic parks, quests and other activities, allowing you to plunge into the world of your favorite films and books. Consumers are not enough to receive standardized goods, they need impressions that meet their unique aesthetic and cultural preferences. The article discusses the legal aspects of the phenomenon of fan activity and related issues of protection of intellectual rights. According to the re-

sults of the article, the urgency of the doctrine of fair use is noted, according to which the free dissemination of the results of intellectual activity during merchandising activity is allowed, if it contributes to the development of arts and cultural progress.

Currently, however, neither the Civil Code of the Russian Federation nor any other applicable regulation mentions concepts referring to merch or merchandise. Disputes relating to fan activity are governed by the general principles of civil law as well as by the provisions of Part 4 of the Russian Civil Code dealing with copyright or trademark protection. For example, according to Article 1482 of the Civil Code of the Russian Federation, verbal, pictorial, volumetric and other designations may be registered as trademarks. Accordingly, under Russian law, local producers of confectionery products may also be sued for selling cakes with an image of Cinderella or Bambi by representatives of the rights holder of the relevant trademark.

However, the application of the general provisions of the Civil Code to obligations arising from such unique objects of civil legal relations as children's parties, quests, participation in theme camps, role-playing games or other merchandising activities has certain peculiarities. The protection of exclusive rights in these markets must take into account the goals of stimulating innovation and cultural and technological progress.

In our country, the three-step test is partly enshrined in Part 5 of Article 1229 of the Civil Code of the Russian Federation, according to which the use of the results of intellectual activity is allowed without the consent of the right holders if it does not cause unjustified damage to the ordinary use of intellectual property or otherwise infringe upon the legitimate interests of the right holders. In addition, Article 1274 of the Civil Code permits free use of the work for informational, scientific, educational or cultural purposes.

Consequently, merchandising activity cannot be recognised as infringing the interests of right holders because, based on the systematic interpretation of Articles 1229 and 1274 of the Civil Code of the Russian Federation, a fan reworking does not displace the original work from circulation.

Keywords: merch-products, merchandise-activity, civil rights objects, intellectual rights, processing of work, doctrine of fair use

For citation: Likhter, P.L. (2022) Merch-products and merchandise-activity as objects of civil rights in the impression economy. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 46. pp. 164–177. (In Russian). doi: 10.17223/22253513/46/12

Введение

Рынки игр, кино, музыки и других развлечений неуклонно расширяются. Фанаты, помимо покупки любимого фильма, приобретают одежду, атрибутику, предметы интерьера с его героями. Только лицензионная продукция по фильму «Звездные войны» приносит более 250 млрд долл. США в год [1]. Хотя современные академические толковые словари не содержат слова «мерч» или «мерчандайз» (от англ. merchandise – «продавать, продвигать»), общепризнанное семантическое значение – это одежда, аксессуары и иная продукция с символикой популярных фильмов, музыкальных групп, спортивных команд и т.п. Начиная с конца XX в. мерч с изображением музыкантов или персонажами книг сообщал о принадлежности к определенному сообществу, взглядах, культурных предпочтениях.

Однако мерч может быть связан не только с товарами, но с услугами и нематериальными ценностями (например, при организации детского праздника по мотивам мультфильма или сказки). Все чаще предметом сделки становятся не мерч-товары, а впечатления от погружения в виртуальный мир, созданный по любимому произведению. Для этого организуются тематические квесты, часто объединенные с детскими праздниками и даже свадьбами, проводятся соревнования по квиддичу, открываются развлекательные парки по мотивам книг Дж. Толкина, Дж. Роулинг и т.д. Так происходит сдвиг от традиционной товарной экономики к экономике впечатлений. Современный потребитель не хочет только читать про любимого героя или смотреть на него, он хочет им быть.

В настоящей статье для определения совокупности благ (в том числе комплекса интеллектуальных прав), связанных с фанатской деятельностью, будет использоваться термин «мерчандайз-активность», чтобы подчеркнуть отличие данного объекта гражданских прав от преимущественно материальной категории мерч-товаров.

В России недостаточно научных исследований, посвященных правовым аспектам оборота мерч-продукции и мерчандайз-активности. За рубежом определенное внимание уделяется отдельным аспектам их интеллектуальных прав [2]. Однако изменения, происходящие в данном сегменте экономики, также тесно связаны с защитой прав потребителя, регулированием правил рекламы и торговли.

Пробелы доктринального описания и нормативного регулирования в различных юрисдикционных системах подтверждают необходимость исследования особенностей оборота мерч-продукции с точки зрения реализации общеправовых и отраслевых принципов, а также возможности совершенствования юридических механизмов в целях установления баланса интересов потребителей, производителей и государства.

Задачами настоящей работы являются:

- 1) поиск существенных признаков мерч-продукции для отграничения от других объектов гражданских правоотношений;
- 2) исследование феномена мерчандайз-активности (жизни в воображаемых мирах), а также ее элементов, защищенных авторским правом;
- 3) обзор основных источников регулирования рассматриваемой сферы;
- 4) рассмотрение мерчандайз-активности с точки зрения доктрины добросовестного использования объектов авторского права;
- 5) выработка предложений по совершенствованию действующего законодательства.

Поставленные задачи разрешаются с помощью нормативно-ценностного, системного, логического, диалектического, структурно-функционального методов. При анализе действующих нормативных актов и правоприменительной практики используются историко-правовой, сравнительный, формально-юридический, теоретико-прогностический и другие методы познания. Нормативно-ценностный метод применяется для определения значения мерчандайз-активности для культурного прогресса, ее оценки с точки зрения общего бла-

га. С помощью функционального метода изучаются зависимости между явлениями современных общественных отношений и институтами, закрепленными в нормативных актах. Сравнительная методология необходима для сопоставления подходов к рассматриваемой проблеме в различных странах с целью выявления их общих и специфических черт, нахождения наиболее эффективных форм регулирования. Системный подход используется для рассмотрения правовых аспектов мерчандайз-активности во взаимодействии с культурными, педагогическими и иными проблемами развития общества.

Важно рассматривать поставленные вопросы, не замыкаясь в узкоотраслевой юридической догматике. Помимо правовых аспектов баланса интересов правообладателей и потребителей необходимо учитывать культурные, педагогические и иные пределы осуществления прав. Так, видный теоретик эстетического опыта Дж. Дьюи указывает на то, что эстетический прогресс следует измерять не столько фактом создания художественных произведений, но степенью участия реципиентов в культурной жизни. Корректировка правового регулирования мерчандайз-активности может содействовать культурному прогрессу общества за счет практики переработки аудиовизуальных и литературных произведений, взаимодействия с другими поклонниками фильма или книги. Кроме того, важно учитывать педагогические аспекты фанатской активности, в ходе которой дети получают новые навыки в процессе игр, развивают свой творческий потенциал и коммуникационные способности.

Культурные и педагогические аспекты, как правило, выпадают из зоны восприятия юристов, но имеют важное значение для формирования принципов и тенденций развития законодательства.

Правовые споры по поводу мерчандайз-активности в условиях экономики впечатлений

Еще не так давно авторы лояльно относились к попыткам фанатов воссоздать вокруг себя окружающую среду любимого литературного или художественного произведения. Это объяснялось страхом потери аудитории и возможного негативного отношения со стороны поклонников. Однако такая позиция не соотносится со стремлением правообладателей увеличить доходность своих нематериальных активов. Например, известна борьба телевизионных корпораций с распространением нелегальных копий фильма. Так, компанией НВО только в России после выхода последнего сезона сериала «Игра престолов» было подано более 100 исков о блокировке сайтов с противоправным контентом. Проблема заключается в том, что правообладатели пытаются заблокировать не только пиратские видео, но видеоролики, снятые фанатами по мотивам «Игры престолов» [3]. А в 2016 г. в Великобритании негативную огласку получило дело, в котором менеджеры хостинга RedBubble потребовали удалить рисунок девочки-аутиста Ф. Уилкоккс с надписью «зима близко», поскольку эта фраза также звучала в сериале [4].

Подобные конфликты случаются не только по поводу современных фильмов. Правообладатели наследия писателя Дж. Толкина вынудили переименовать летний лагерь поклонников книги «Властелин колец» [5]. Компания, управляющая нематериальными активами Толкина (*Tolkien Estate*), потребовала не использовать при оформлении лагеря принадлежащие ей товарные знаки и другие объекты интеллектуальной собственности.

Дальнейший рост рынков мерч-товаров и мерчандайз-активности неизбежен из-за технического прогресса в области виртуальной и дополненной реальности игр. Новым явлением становится быстрое распространение массовых многопользовательских ролевых онлайн-игр (ММОРПГ), для которых свойственно совмещение жанров ролевых игр и массовых онлайн-игр. Только за первые 3 дня после запуска игры ММОРПГ «Star Wars: The Old Republic» к ней присоединилось более 1 млн игроков. Доходы этой индустрии уже сегодня исчисляются сотнями млрд долл.

В 2019 г. юристы кинокомпании Disney подали несколько судебных исков на местных производителей кондитерских изделий с требованием прекратить использовать изображения Микки Мауса, Бэмби, Золушки и других персонажей на тортах для детей, а также не использовать такую продукцию при организации детских праздников, квестов [6]. Помимо предъявления исковых требований о возмещении убытков, истцы просили изъять и уничтожить оборудование, используемое для изготовления кондитерских изделий. Детские игры и дни рождения в настоящее время чаще становятся объектом внимания профессиональных аниматоров, организаторов тематических мероприятий. Данная сфера все более подвержена конкурентной борьбе, в том числе за счет инструментов права интеллектуальной собственности.

Эти процессы актуальны и для России. Однако в настоящее время ни в Гражданском кодексе Российской Федерации, ни в другом действующем нормативном акте не упоминаются понятия, обозначающие мерч или мерчандайз. Споры, связанные с фанатской активностью, регулируются общими принципами гражданского законодательства, а также положениями ч. 4 Гражданского кодекса России, которые посвящены защите авторских прав или товарных знаков. Например, согласно ст. 1482 Гражданского кодекса Российской Федерации, в качестве товарных знаков можно регистрировать словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения. Соответственно, по российскому закону местные производители кондитерских изделий также могут получить иск за продажу тортов с изображением Золушки или Бэмби от представителей правообладателя соответствующего товарного знака.

Однако применение общих положений Гражданского кодекса на обязательства, возникающие по поводу таких уникальных объектов гражданского правоотношения, как детский праздник, квест, участие в тематическом лагере, ролевой игре или иной мерчандайз-активности, обладает определенной спецификой. Защита исключительных прав на этих рынках должна осуществляться с учетом целей стимулирования инноваций, культурного и технического прогресса.

Переработка произведений как форма фанатской активности по действующему законодательству

Есть мнение, что любое искусство – это совокупность влияний и преемственности [7. С. 22]. Действительно, в эпоху постмодерна большинство литературных и художественных произведений содержит сознательные и бессознательные отсылки, заимствования, цитаты предшественников.

Практическое значение для юридической науки будет иметь ответ на вопрос: являются ли разборы любимых фильмов на ютуб-каналах, кавер-версии песен и другие проявления фанатской активности производными произведениями, т.е. переработкой согласно ст. 1270 Гражданского кодекса Российской Федерации и ст. 2 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г.

Закон обеспечивает защиту авторов производных произведений при наличии достаточного творческого вклада. В пункте 3 ст. 2 Бернской конвенции указано, что производные произведения, к которым относятся переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературного или художественного произведения, охраняются наравне с оригинальными произведениями, без ущерба правам автора оригинального произведения.

Согласно Гражданскому кодексу Российской Федерации, понятие производного произведения дано в п. 2 ст. 1259: «...произведение, представляющие собой переработку другого произведения». При этом переработка в п. 2 ст. 1270 Гражданского кодекса Российской Федерации определяется как создание производного произведения. Таким образом создается перекрестный понятийный круг, без раскрытия правовой сущности явления. В судебной практике можно встретить описание рассматриваемого института, однако оно не восполняет пробелы нормативного регулирования. Так, в п. 31 постановления совместного Пленума Верховного и Высшего Арбитражного Судов Российской Федерации № 5 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» указано, что переработка – это создание нового (производного) произведения на основе уже существующего¹. Согласно п. 87 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», само по себе право на переработку не нарушает неприкосновенность оригинального произведения, так как является одним из способов правомерного использования результата интеллектуальной деятельности². Двойственность положения

¹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 5, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. № 70. 22.04.2019.

² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. № 96. 06.05.2019.

производных произведений как особой группы объектов авторского права заключается в том, что, с одной стороны, они выделены в самостоятельную группу (п. 2 ст. 1259), с другой – Гражданский кодекс Российской Федерации содержит формулировку о том, что автор производного произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав авторов первоначального произведения (п. 3 ст. 1260).

Отдельные признаки рассматриваемого института содержатся в юридической литературе. Э.П. Гаврилов указывал на то, что характерным признаком любой переработки будет правовая зависимость, порождаемая заимствованием элементов формы другого произведения [8. С. 184]. Е.А. Флейшиц писала по поводу переработки следует: «Творческий труд, приложенный к чужому произведению и придающий ему новую объективную форму, в частности, открывающую новые возможности восприятия или воспроизведения произведения, создает новый объект авторского права. Наоборот, творческий труд, который совершенствует объективную форму чужого произведения, не порождает и объекта авторского права» [9. С. 86].

Первые редакции Бернской конвенции допускали любые творческие переработки первоначального произведения без согласия его автора [10]. Действительно, требовать согласия автора оригинала в некоторых случаях переработки представляется чрезмерным. Например, не все дадут разрешение на честную и глубокую критику своих произведений. Как отмечал С. Мозм «люди просят критики, но на самом деле им нужна только похвала» [11. С. 160]. Блокировка ютуб-каналов с критическими разборами фильмов влечет риски ограничения прав фанатов на творчество и самореализацию.

По российскому закону видами переработки являются перевод, обработка, экранизация, аранжировка, инсценировка, переработка программы для ЭВМ (пп. 9 п. 2 ст. 1270 Гражданского кодекса Российской Федерации). Законодатель пошел по пути перечисления возможных видов переработки произведения, предполагая, что развитие социально-экономических отношений повлечет за собой постепенное расширение каталога видов переработки, поэтому перечень, содержащийся в Гражданском кодексе, открытый. Подлежит исследованию вопрос о том, какие проявления фанатской активности являются переработкой оригинала.

Следует помнить, что правовой режим некоторых результатов интеллектуальной собственности и средств индивидуализации, перечисленных в ст. 1225 Гражданского кодекса Российской Федерации, изначально был направлен на защиту правообладателей, осуществляющих предпринимательскую деятельность (изобретения, полезные модели, промышленные образцы, средства индивидуализации). В то же время институты авторского права создавались прежде всего для защиты интересов авторов. Однако их интересы и интересы правообладателей (киностудии, фирмы звукозаписи, издательские компании) не всегда совпадают [12].

Проблема заключается и в том, что часто суды признают недопустимой переработку произведений автором своих же работ, переданных по дого-

вору об отчуждении исключительного права (например, постановление Суда по интеллектуальным правам от 25.06.2018 по делу № А56-28606/2017¹). В то же время Конституционный Суд ранее отмечал, что творческое переосмысление и дальнейшее развитие собственного более раннего произведения, сопряженное с интеллектуальным усилием и творческой работой, не является нарушением исключительных прав правообладателя (определение Конституционного Суда Российской Федерации от 26.01.2017 № 158-О²). Таким образом, актуальным остается вопрос о содержании понятия производного произведения, уточнении его признаков и субъектного состава в гражданском законодательстве.

Представляется необходимым легальное определение критериев переработки, позволяющих установить, в каких случаях мерчандайз-активность не требует разрешения со стороны правообладателей. Учет (помимо правовых) экономических и культурных аспектов при переработке произведений поможет в совершенствовании правоприменительной практики.

Прежде всего следует ограничить такое заимствование, которое может ввести потребителя в заблуждение и спутать восприятие оригинала и производного произведения. Хотя Суд по интеллектуальным правам неоднократно обращал внимание на то, что категория сходства до степени смешения не относится к сфере авторского права³, представляется необходимой более глубокая мотивировка при отказе применять эту категорию в рассматриваемой сфере. В отличие от Суда по интеллектуальным правам Верховный Суд Российской Федерации в определении от 13.09.2016 по делу № 305-ЭС16-7224 допустил установления факта сходства со стороны потребителя применимо к авторским произведениям⁴. Соответственно, и случаи переработки должны рассматриваться с учетом данного подхода. В некоторых случаях, очевидно, без назначения экспертизы: например, ролик с пародией на эпизод в сериале не нарушает исключительных прав правообладателя.

Мерчандайз-активность как творческий опыт и доктрина добросовестного использования

Философ Дж. Дьюи в своем главном труде по эстетике «Искусство как опыт» [13] обосновывает, что творчество не может существовать только ра-

¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам Российской Федерации от 25.06.2018 № С01-428/2018 по делу № А56-28606/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

² Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 26.01.2017 № 158-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Коссовской Светланы Элленовны на нарушение ее конституционных прав положениями подпункта 9 пункта 2 статьи 1270 Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление Суда по интеллектуальным правам Российской Федерации от 10.12.2019 № С01-1271/2019 по делу № А83-14576/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Определения Верховного Суда Российской Федерации от 13.09.2016 № 305-ЭС16-7224 по делу № А40-26249/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

ди себя самого. Ценность его определяется в контексте живых человеческих коммуникаций. Дьюи подчеркивает, что значимость эстетики проявляется не в отдельных результатах творческого труда, но в повседневной практике, в познании человеком искусства через социальное взаимодействие.

Корректировка действующего законодательства о регулировании мерчандайз-активности как объекта гражданского права может способствовать культурному прогрессу общества в контексте эстетической теории Дьюи, основанной на возможности субъектов взаимодействовать с культурой через практику переработки аудиовизуальных и литературных произведений. В некоторых случаях повторение и копирование являются ключевыми компонентами процесса обучения, творчества и инноваций.

Участники группы Beatles никогда не патентовали новые технологии, направленные на ограничение поклонников в возможности учиться играть их песни или делать аранжировки [14]. Наоборот, при содействии П. Маккартни была создана игра The Beatles: Rock Band, в которой пользователи вместе с виртуальными музыкантами ливерпульской четверки могут устраивать джем-сессии, аранжировать старые хиты и записывать новые песни. Многие музыканты и писатели в России (Б. Гребенщиков, В. Пелевин и др.) также приветствуют свободное распространение результатов интеллектуальной деятельности в целях развития музыкальных и коммуникационных навыков своих фанатов [15].

Активность поклонников с погружением в виртуальные миры становится звеном в цепочке передачи знаний между участниками различного уровня, способствует развитию воображения и мастерства. При этом важно не допустить создания условий для дифференциации участников игры в зависимости от уровня их благосостояния. Ограничение доступа к определенным произведениям искусства ограничивает права поклонников на воображение. Мерчандайз-активность – это не только развлечение, но и средство социализации. Она содействует развитию у детей самоконтроля, языковых способностей, навыков совместного труда. Например, такое направление фанатской деятельности, как редактирование и написание статей в онлайн-газету из волшебного мира Гарри Поттера «Ежедневный пророк»¹, развивает чтение и письмо на иностранных языках.

Следует помнить, что обучение было одной из главных целей создания и развития авторского права в целом. Первый в мире закон об авторском праве – Статут королевы Анны 1710 г. – носит название «Акт о поощрении учения путем наделения авторов и покупателей правами на копирование печатных книг на нижеуказанный период времени» [16]. Аналогичные цели содержались в первом Законе США об авторском праве 1790 г., который провозглашал стремление к «поощрению обучения» [17].

В некоторых зарубежных странах в отличие от России распространена доктрина добросовестного (справедливого) использования [18], согласно

¹ The world's leading wizarding newspaper 'Daily Prophet'. URL: <https://dailypropheet.info/> (accessed: 14.01.2022).

которой допускается свободное использование результатов интеллектуальной деятельности, пока оно оказывает содействие «прогрессу науки и полезных искусств» (п. 8 раздел 8 ст. 1 Конституции США). Таким образом при регулировании частноправовых вопросов учитываются не только интересы отдельных правообладателей и потребителей, но и общее благо, которому способствует распространение ценных для общества произведения литературы, науки, искусства.

В данном контексте законодательство об интеллектуальных правах может иметь важное значение для стимулирования образования, социализации и создания собственной идентичности обитателями виртуальных вселенных. Право должно способствовать поиску баланса между защитой экономических интересов производителей и защитой прав потребителей на развитие, образование и воображение. При этом производное произведение только увеличивает ценность оригинала, если цитируемый материал используется как основа для создания новой информации, новой теории, нового понимания.

С такой позицией часто соглашается Верховный суд США, отклоняя презумпцию вреда для правообладателя любого использования оригинала произведения. В деле по иску Л. Кэмпбелла к компании Acuff-Rose Music Верховный суд, согласно доктрине добросовестного использования, потребовал фактически доказать причинение вреда коммерческим интересам истца¹. Правовая позиция выигравшей стороны строилась на том, что интересы правообладателя противостоят интересам общества в развитии творчества. В решении суд указал, что желания правообладателя по умолчанию сохранить исключительные права на потенциальном рынке недостаточно. Чрезмерные ограничения для создания производных произведений могут создать предпосылки для монополизации рынка.

Доктрина добросовестного использования позволяет судам избегать буквального применения Закона об авторском праве, если это сдерживает развитие творческого потенциала людей. Не раз отмечалось, что основные задачи законодательства о защите интеллектуальных прав являются более масштабными, чем просто защита исключительных прав правообладателей². Юриспруденция призвана не только обеспечивать справедливое вознаграждение за творческий труд, но поощрять художественное творчество для всеобщего блага [19]. В связи с этим распространение получил трехступенчатый тест для признания добросовестного использования результатов интеллектуальной деятельности: 1) любое ограничение не может носить общий характер, но определяется применительно к каждому конкретному случаю; 2) использование произведения не ущемляет законные интересы автора; 3) использование не должно наносить ущерба нормальному распространению оригинального произведения.

¹ US Supreme Court case *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 510 U.S. 569 (1994). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/> (accessed: 14.01.2022).

² US Supreme Court case *John C. Fogerty, Petitioner v. Fantasy Inc.* No. 92-1750, 510 U.S. 517. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/517> (accessed: 14.01.2022).

В нашей стране трехступенчатый тест отчасти закреплен в ч. 5 ст. 1229 Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которой использование результатов интеллектуальной деятельности допускается без согласия правообладателей, если это не наносит неоправданный ущерб обычному использованию объектов интеллектуальной собственности и не ущемляет иным образом законные интересы правообладателей. Кроме того, ст. 1274 Гражданского кодекса разрешает свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях.

Следовательно, мерчандайз-активность не может быть признана нарушающей интересы правообладателей, так как исходя из системного толкования статей 1229 и 1274 Гражданского кодекса Российской Федерации, фанатская переработка не вытесняет из оборота оригинальное произведение.

Для разграничения добросовестного и недобросовестного использования произведения важно выделить следующие критерии.

1. Цель использования. Прежде всего подлежит выяснению вопрос, является ли основной целью извлечение прибыли или оно переработано для некоммерческого образования, интеллектуального и культурного развития потребителей.

2. Характер переработки. Добавляется ли к оригинальной работе что-то новое, придающее иное значение первоначальному замыслу автора. Если мерчандайз-активность не подменяет оригинал, но наоборот развивает и рекламирует его, то использование добросовестное.

3. Количественные показатели и значительность части оригинального произведения, которое было использовано для создания нового произведения.

4. Потенциальное влияние на рынок интеллектуальных прав. Из базовой презумпции защиты авторских прав следует, что вред правообладателю подтверждается в случае вытеснения из оборота оригинального объекта интеллектуальной собственности контрафактным.

5. Сущность правового режима защиты оригинального и производного произведения. Важно установить, подлежат ли они в принципе защите по действующему законодательству. Так в российском патентном праве не могут быть запатентованы эстетические решения, открытия, научные теории и прочее в целях содействия научному и техническому прогрессу (ст. 1350 Гражданского кодекса РФ). Подобную мотивировку в полной мере можно использовать применительно к мерчандайз-активности, способствующей культурному прогрессу.

Авторское право не должно содействовать монополизации рынка искусств, ведь оно имеет не меньшее значение для развития индивида и всего общества, чем технический прогресс. Корректировка правовой политики в этой сфере будет способствовать реализации конституционного принципа свободы литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества.

Выводы

Законодательство по защите интеллектуальных прав должно поощрять стремление людей учиться, думать, критически осмысливать произведения искусства. Важно уделять внимание предпосылкам культурного прогресса за счет свободного творчества и игры. Опыт мерчандайз-активности создает условия не для бегства от реальности, но для развития и усложнения существующей. Вымышленные миры становятся реальными как неотъемлемая часть формирования нашей культуры и нас самих.

На основании изложенного можно сделать следующие выводы.

1. Двойственность правового положения производных произведений в гражданском законодательстве обуславливает необходимость уточнения критериев переработки, позволяющих установить, в каких случаях мерчандайз-активность не требует разрешения со стороны правообладателей. Актуальным остается вопрос о содержании понятия производного произведения, уточнении его признаков и субъектного состава в законодательстве.

2. Важное значение для регулирования фанатской активности как объекта гражданского права имеют достижения в области современной философии и педагогики. Теория Дж. Дьюи о восприятии искусства как опыта определяет ценность фанатской активности в контексте живых человеческих коммуникаций. Соответственно, значимость некоторых объектов правоотношений проявляется не в результатах творческого труда самих по себе, но в повседневной практике, в познании человеком искусства через социальное взаимодействие.

3. Подлежит дальнейшему исследованию возможность применения доктрины добросовестного использования, согласно которой допускается свободное использование произведений, пока это способствует развитию искусств, культурному прогрессу. Повторение и копирование при мерчандайз-активности могут быть ключевыми компонентами процесса обучения, творчества и инноваций.

4. Задачи законодательства о защите интеллектуальных прав являются более масштабными, чем просто обеспечение справедливого вознаграждения за творческий труд. Важно учитывать при формировании принципов и тенденций развития законодательства право потребителей на воображение, обучение, совершенствование навыков. Это позволит обеспечить необходимый баланс между защитой интересов правообладателей, потребителей и всего общества.

Список источников

1. McNary D. 'Star Wars' Movies Push Overall Licensed Merchandise Sales to \$262 Billion. URL: <https://www.yahoo.com/entertainment/star-wars-movies-push-overall-licensed-merchandise-sales-160006285.html> (accessed: 14.01.2022).
2. Madhavi S. Intellectual Property in Experience // Michigan Law Review. 2018. Vol. 117, Is. 2. P. 197–257.

3. Mills C. HBO is abusing copyright to take 'Game of Thrones' fan videos off YouTube. URL: <https://finance.yahoo.com/news/hbo-abusing-copyright-game-thrones-fan-videos-off-013056297.html> (accessed: 14.01.2022).

4. Kamouni S. 'HBO Should Get A Life' Game of Thrones bosses force autistic girl, 13, to take her art off the internet because it includes phrase 'Winter is Coming'. URL: <https://www.thesun.co.uk/news/2395183/game-of-thrones-bosses-force-autistic-girl-13-to-take-her-art-off-the-internet-because-it-includes-phrase-winter-is-coming/> (accessed: 14.01.2022).

5. Masnick M. Tolkien Estate Strikes Again: Forces Summer Camp to Change Name. URL: <https://www.techdirt.com/articles/20110419/01104713954/tolkien-estate-strikes-again-forces-summer-camp-to-change-name.shtml> (accessed: 14.01.2022).

6. Coombs J. Andrew. Complaint for copyright infringement trademark. URL: <https://consumerist.com/consumermediallc.files.wordpress.com/2015/09/cakesuit.pdf> (accessed: 14.01.2022).

7. Бродский И.А. Примечание к комментарию // Сочинения Иосифа Бродского : [в 6 т.] / сост. Г.Ф. Комаров ; ред. Я.А. Гордин. Т. 1. СПб., 1998. 301 с.

8. Гаврилов Э.П. Советское авторское право: Основные положения. Тенденции развития. М. : Наука, 1984. 222с.

9. Флейшиц Е.А. Авторское право. М. : Юрид. лит., 1957. 278 с.

10. Довгалюк А., Глонина В. Переработка произведения в. «параллельное» творчество: понятие, критерии разграничения // Журнал РШЧП. 2018. № 3. С. 175–197.

11. Maughan S. Of Human Bondage. L. : Amazon Digital Services LLC, Kindle Edition, 2012. 269 p.

12. Павлова Е.А. Право на переработку и производное произведение // Вестник гражданского права. 2019. № 4. С. 206–220.

13. Dewey J. Art as Experience. New York : Capricorn Books, 1939. 388 p.

14. Madhavi S. Intellectual Property in Experience // Michigan Law Review. 2018. Vol. 117, Is. 2. P. 197–257.

15. Кондратьева М. Борис Гребенщиков: я приветствую пиратство // Коммерсантъ. № 5. 17.01.1998. С. 12.

16. Seville C. The Statute of Anne: Rhetoric and Reception in the Nineteenth Century // Houston Law Review. University of Houston Law Center. 2010. № 47 (4).

17. Patry W.F. Introduction: The First Copyright Act // Copyright Law and Practice. BNA. 1994.

18. Aufderheide P., Jaszi P. Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright. University of Chicago Press, 2011. 199 p.

19. Лихтер П.Л. Правовая категория «общее благо» в интерпретации Конституционного Суда Российской Федерации // Lex Russica (Русский закон). 2019. № 4 (149). С. 78–84.

References

1. McNary, D. (2017) 'Star Wars' Movies Push Overall Licensed Merchandise Sales to \$262 Billion. [Online] Available from: <https://www.yahoo.com/entertainment/star-wars-movies-push-overall-licensed-merchandise-sales-160006285.html> (Accessed: 14th January 2022).

2. Madhavi, S. (2018) Intellectual Property in Experience. Michigan Law Review. 117(2). pp. 197–257.

3. Mills, C. (2016) HBO is abusing copyright to take 'Game of Thrones' fan videos off YouTube. [Online] Available from: <https://finance.yahoo.com/news/hbo-abusing-copyright-game-thrones-fan-videos-off-013056297.html> (Accessed: 14th January 2022).

4. Kamouni, S. (2016) 'HBO Should Get A Life' Game of Thrones bosses force autistic girl, 13, to take her art off the internet because it includes phrase 'Winter is Coming'. [Online] Available from: <https://www.thesun.co.uk/news/2395183/game-of-thrones-bosses->

force-autistic-girl-13-to-take-her-art-off-the-internet-because-it-includes-phrase-winter-is-coming/ (Accessed: 14th January 2022).

5. Masnick, M. (2011) *Tolkien Estate Strikes Again: Forces Summer Camp to Change Name*. [Online] Available from: <https://www.techdirt.com/articles/20110419/01104713954/tolkien-estate-strikes-again-forces-summer-camp-to-change-name.shtml> (Accessed: 14th January 2022).

6. Coombs, J.A. (2015) *Complaint for copyright infringement trademark*. [Online] Available from: <https://consumerist.com/consumermediallc.files.wordpress.com/2015/09/cake-suit.pdf> (Accessed: 14th January 2022).

7. Brodsky, I.A. (1998) *Sochineniya Iosifa Brodskogo* [Works of Joseph Brodsky]. Vol. 1. St. Petersburg: [s.n.].

8. Gavrilov, E.P. (1984) *Sovetskoe avtorskoe pravo: Osnovnye polozheniya. Tendentsii razvitiya* [Soviet Copyright: Basic Provisions. Development Trends]. Moscow: Nauka.

9. Fleyshits, E.A. (1957) *Avtorskoe pravo* [Copyright]. Moscow: Yurid. lit.

10. Dovgalyuk, A. & Glonina, V. (2018) *Pererabotka proizvedeniya vs "parallel'noe" tvorchestvo: ponyatie, kriterii razgranicheniya* [Adaptation vs "parallel" creativity: the concept and criteria for differentiation]. *Zhurnal RShChP*. 3. pp. 175–197.

11. Maugham, S. (2012) *Of Human Bondage*. London: Amazon Digital Services LLC, Kindle Edition.

12. Pavlova, E.A. (2019) Adaptation right and derivative work. *Vestnik grazhdanskogo prava*. 4. pp. 206–220. (In Russian). DOI: 10.24031/1992-2043-2019-19-4-206-220

13. Dewey, J. (1939) *Art as Experience*. New York: Capricorn Books.

14. Madhavi, S. (2018) Intellectual Property in Experience. *Michigan Law Review*. 117(2). pp. 197–257.

15. Kondratieva, M. (1998) Boris Grebenshchikov: ya privetstvuyu piratstvo [Boris Grebenshchikov: I welcome piracy]. *Kommersant*". 17th January. p. 12.

16. Seville, C. (2010) The Statute of Anne: Rhetoric and Reception in the Nineteenth Century. *Houston Law Review. University of Houston Law Center*. 47(4).

17. Patry, W.F. (1994) *Copyright Law and Practice*. BNA Books.

18. Aufderheide, P. & Jaszi, P. (2011) *Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright*. University of Chicago Press.

19. Likhter, P.L. (2019) The Legal Category "Public Good" in the Interpretation of the Constitutional Court of the Russian Federation. *Lex Russica*. 4(149). pp. 78–84. (In Russian).

Информация об авторе:

Лихтер П.Л. – кандидат юридических наук, доцент кафедры частного и публичного права Пензенского государственного университета (Пенза, Россия). E-mail: lixter@mail.ru

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Information about the author:

P.L. Likhter, Penza State University (Penza, Russian Federation). E-mail: lixter@mail.ru

The author declares no conflicts of interests.

Статья поступила в редакцию 21.01.2022;
одобрена после рецензирования 13.05.2022; принята к публикации 10.10.2022.

The article was submitted 21.01.2022;
approved after reviewing 13.05.2022; accepted for publication 10.10.2022.