

*И.В. Кирюшина***Интеллектуальная собственность в рекламе:
проблемы использования и охраны***I.V. Kiriushina***Intellectual Property in Advertising: the Problems
of Using and Protection**

Вниманию читателей предлагаются отдельные наиболее актуальные вопросы использования и охраны интеллектуальной собственности в рекламе, связанные с этим проблемы недобросовестной конкуренции на рынке рекламных услуг. Автором затронуты проблемы принадлежности прав на созданные рекламные продукты, являющиеся результатом творческой деятельности, проблемы незаконного использования чужой интеллектуальной собственности в рекламе, в том числе несанкционированное использование, осуществление несанкционированной переработки произведения, незаконное использование в рекламе товарного знака и другие. Анализируются особенности правового регулирования «служебного произведения», связанные с этим вопросы перехода исключительного права на использование произведения, воплощенного в рекламе, к заказчику (рекламодателю) при заключении договора на производство рекламы. Приводимые многочисленные примеры нарушения интеллектуальных прав в рекламе свидетельствуют о необходимости более тщательной регламентации особенностей использования и охраны интеллектуальной собственности в рекламе, а в связи с этим внесения изменений в Федеральный закон «О рекламе».

Ключевые слова: реклама, интеллектуальная собственность, авторские права, исключительные права, произведение, товарный знак.

DOI 10.14258/izvasu(2014)2.1-20

Использование в рекламе результатов интеллектуальной деятельности является распространенной практикой, да и сама реклама может полностью либо частично являться объектом авторского права или смежных прав. Однако сегодня в Федеральном законе «О рекламе» (далее ФЗ «О рекламе») [1] вопросы использования и охраны интеллектуальной собственности в рекламе напрямую не рассматриваются. Часть 11 ст. 5 ФЗ «О рекламе» лишь указывает, что при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации. В равной мере это относится к гражданскому законодательству, регламентирующему права

The readers are offered the most topical issues of using and protection of intellectual property in advertising, the problems of unfair competition in the market of advertising services. The author mentions the problems of the rights on created advertising products resulted from creative activity, the problems of illegal use of someone else's intellectual property in advertising, including unauthorized use, the unauthorized processing of products, illegal use of a trademark and others. The author analyses legal regulation of the «service-related work», the issues involved in the transition of the exclusive right to use the work embodied in the advertisement to the client (advertiser) in the process of concluding a Treaty on the production of the advertisement. The numerous examples of violations of intellectual property rights in advertising indicate the need for more rigorous regulation of the using and protection of intellectual property in advertising and in connection with the changes in the Federal law «About Advertising».

Key words: advertising, intellectual property, copyright, the exclusive rights, product, trademark.

на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (интеллектуальная собственность). Правовое регулирование в указанной сфере полностью подчиняется части 4 Гражданского кодекса РФ. Вместе с тем реклама, произведенная или распространенная с нарушением требований гражданского законодательства, является ненадлежащей, а само использование в рекламе результатов чужой интеллектуальной деятельности без согласия правообладателей является актом недобросовестной конкуренции участников рекламного процесса в соответствии с антимонопольным законодательством [2, ст. 14] (пп. 4 ч. 2 ст. 5 ФЗ «О рекламе»).

Среди проблем, связанных с использованием и охраной интеллектуальной собственности в рекламе, следует выделить две наиболее типичные. Это проблема принадлежности прав на созданные рекламные объекты, являющиеся результатами творческой деятельности, и проблема законности использования в рекламе чужих произведений и иных охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (товарных знаков, знаков обслуживания).

Результаты творчества, возникшие при производстве рекламы, могут при определенных условиях стать объектами авторских (произведения литературы и искусства), смежных прав (аудиовизуальные произведения, фонограммы, передачи эфирного или кабельного вещания) или получить охрану как средства индивидуализации продукции, работ, услуг (товарные знаки, наименования мест происхождения и т. п.). В такой ситуации важно правильно определить, кому принадлежат права на созданные рекламные объекты, являющиеся результатом творческой деятельности.

Объекты авторских прав перечислены в ст. 1259 ГК РФ. Ст. 1259 ГК РФ дает лишь примерный перечень объектов, который не является исчерпывающим, следовательно, правовую охрану получит любое произведение, отвечающее признакам новизны и оригинальности. Оно должно являться результатом творческой деятельности, обладать творческим характером и в этом смысле быть оригинальным и неповторимым. При этом, чтобы реклама была привлекательной для потребителя, запоминалась, необходимо ее воплощение в максимально оригинальной форме. Именно в такой ситуации и возникает рекламный продукт, отвечающий признакам оригинальности, неповторимости, получающий правовую охрану как произведение.

Наиболее распространены на практике такие разновидности рекламных объектов, одновременно выступающие объектами авторских прав, как рекламные статьи в периодических печатных изданиях, являющиеся с точки зрения авторского права произведениями литературы; рекламные аудио- и видеоролики, наиболее дорогостоящие рекламные продукты, являющиеся сложным объектом, пользующимся особым правовым режимом, предусмотренным ст. 1263 ГК РФ; билборды, логотипы, фотографии, слайды.

Судебная практика относит к объектам авторского права и баннеры, рассматривая их как объекты дизайна [3]. Независимость от назначения и достоинства произведения позволяет отнести к объектам авторского права и такую коммерческую продукцию, как рекламные позывные, музыкальную продукцию, используемую в мобильных телефонах, так называемые рингтоны, рекламный слоган, представляющий собой рекламный лозунг, девиз, содержащий сжатую, легко воспринимаемую формулировку рекламной идеи, и подобные объекты. Сегодня реклама может пред-

стать и в таких новых формах, как голограмма, став объектом правовой охраны авторским правом.

Вместе с тем судебная практика неоднозначна в оценке отдельных рекламных объектов в качестве охраняемых результатов творческой деятельности. Так, по одному из дел по иску ОАО «Вимм-Билль-Данн Продукты питания» к ОАО «Данон Индустрия» о защите авторских прав суды всех инстанций отказали в удовлетворении требований истца о признании исключительных прав на служебное произведение в виде рекламного слогана «В подарок Вашему иммунитету», обосновав отказ недоказанностью истцом того факта, что данный рекламный слоган является самостоятельным результатом творческого труда, а следовательно, объектом авторского права [4].

Для возникновения, осуществления и охраны авторских прав не требуется регистрации произведения, какого-либо специального оформления, соблюдения иных формальностей. Авторские права порождает сам факт создания произведения. Именно поэтому одной из главных проблем охраны прав авторов является проблема доказывания авторства на конкретное произведение. Существующая презумпция авторства, означающая, что автором произведения считается лицо, указанное в качестве автора на оригинале или экземпляре произведения, пока не доказано иное, проблемы не решает, поскольку в рекламной продукции, как правило, автор не указывается, что и порождает спор об авторстве на тот или иной рекламный объект.

Статья 1257 ГК РФ указывает, что автором произведения науки, литературы или искусства признается гражданин, творческим трудом которого оно создано. Из указанного в законе определения следует, что автором может быть только физическое лицо, рекламная фирма (юридическое лицо) автором произведения выступать не может. Вместе с тем на практике достаточно типичной является ситуация, когда рекламодатель обращается в рекламное агентство для создания какого-либо рекламного продукта, заключая соответствующий договор на производство рекламы. Фирма поручает изготовление макета одному из своих сотрудников. Если сотрудник фирмы состоит с ней в трудовых отношениях, а рекламный объект создан им в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания, то на созданный объект распространяется режим служебного произведения в соответствии со ст. 1295 ГК РФ. При этом содержанием такого задания должно быть создание именно данного служебного произведения. Здесь возникают права трех субъектов: лица, создавшего рекламный продукт, рекламной фирмы и рекламодателя, а возникающие при этом отношения в части принадлежности прав на созданный результат можно условно разделить на две группы. Первая — это взаимоотношения между заказчиком (реklamодателем) и рекламопроизводителем (рекламной фир-

мой), вторая — между фирмой и ее сотрудником, создающим рекламу.

Статья 1226 ГК РФ определяет, что на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право, являющееся имущественным правом, а в случаях, предусмотренных ГК, также личные неимущественные права и иные права.

Автору произведения принадлежат: исключительное право на произведение, право авторства, право автора на имя, право на неприкосновенность произведения, право на его обнародование и некоторые другие, прямо предусмотренные ГК РФ. Исключительное право на произведение предоставляет его автору, согласно положениям ст. 1229, 1270 ГК РФ, возможность использования произведения по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. В ст. 1270 ГК РФ содержится исчерпывающий перечень таких способов. Исключительное право на произведение, являясь имущественным правом, может переходить к другим лицам (иным правообладателям) в пределах срока его существования.

В отличие от исключительного права на произведение, личные неимущественные права автора могут принадлежать только ему самому, они не передаваемы и не отчуждаемы. Личные неимущественные права авторов перечислены в п. 2 ст. 1255 ГК РФ, в том числе право авторства (право признаваться автором произведения), право автора на имя (означающее, что при любом воспроизведении должно указываться имя автора), а также в ст. 1266 ГК РФ — право на защиту репутации автора.

Таким образом, личные неимущественные права автора (т. е. право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения) принадлежат только самому автору, которым признается работник рекламной фирмы. Исключительные права на использование служебного произведения принадлежат работодателю, если в трудовом или ином договоре между работодателем и автором не предусмотрено иное. Автор получает вознаграждение за каждый случай использования служебного произведения дополнительно к трудовому договору. Если в соответствии с договором между работником и работодателем исключительное право на произведение остается за автором, у работодателя возникает право его использования способами, обусловленными целью служебного задания и в вытекающих из задания пределах (п. 3 ст. 1295 ГК РФ).

Одновременно следует решить вопрос с правами рекламодателя, т. е. лица, заказавшего изготовление рекламного продукта. Он приобретает права на использование такого произведения в зависимости от условий соглашения с рекламным агентством, т. е. работодателем автора произведения. При этом заклю-

ченный между сторонами договор должен содержать в себе, помимо вопросов, связанных с передачей материального носителя рекламодателю (который следует отличать от нематериального результата творческого труда, в нем воплощенного и получающего правовую охрану в соответствии с нормами авторского права), либо условия о порядке отчуждения исключительного права на произведение от фирмы заказчику, либо порядок и условия предоставления заказчику права использования произведения в установленных пределах. Если же стороны закрепят в договоре отчуждение рекламодателю только оригинала произведения, то в соответствии со ст. 1291 ГК РФ исключительное право на него сохраняется за фирмой (в рамках режима служебного произведения) либо за автором (если продукт создан трудом лица, не состоящего в трудовых отношениях с каким-либо рекламным агентством).

Таким образом, исключительное право на использование произведения, воплощенного в рекламе, переходит к заказчику (реklamодателю) только в силу прямого указания на это в договоре с рекламным агентством или конкретным автором произведения.

Отмеченное выше позволяет сделать вывод, что, согласно действующему российскому законодательству в сфере защиты авторских прав, во всех без исключения случаях личные неимущественные права авторов принадлежат только физическому лицу, творческим трудом которого создано произведение, — автору, а исключительные права могут принадлежать как самому автору произведения, так и рекламной фирме, с которой автор состоит в трудовых отношениях, либо могут быть отчуждены рекламодателю в зависимости от условий соглашения на изготовление рекламного продукта.

Вторая проблема, ранее отмеченная нами: как, не нарушая прав иных правообладателей, произвести рекламу, используя чужие литературные или художественные произведения и тому подобные объекты творчества.

Рекламная деятельность — сфера, где очень часто используются результаты чужого творчества. При этом можно выделить ряд типичных проблем и нарушений в указанной сфере:

— несанкционированное, т. е. без согласия правообладателя, использование в рекламе произведений, права на которые принадлежат третьим лицам;

— увеличение согласованного в договоре объема использования произведения в рекламе, в том числе нарушение способа использования, условий и размера тиража, территории и сроков распространения рекламы;

— осуществление несанкционированной переработки произведения автора в рекламном материале;

— нарушение в рекламе личных неимущественных прав автора, в том числе отсутствие указания на его имя при использовании его произведения в ре-

кламе или искажение произведения, наносящее ущерб чести и достоинству автора, нарушение прав сотрудников рекламных агентств — авторов произведений;

— нарушение прав на средства индивидуализации продукции, работ, услуг, прежде всего на товарные знаки и др.

Использование чужих объектов интеллектуальной деятельности в рекламе должно подчиняться общим правилам, установленным частью 4 ГК РФ: любое использование чужой интеллектуальной собственности, в любом объеме возможно только на основании договора с правообладателем.

К объектам авторского права относятся не только отдельные произведения, но и самостоятельные части произведений: строки из песен, кадр из фильма, фрагменты фотографий. В соответствии с п. 7 ст. 1259 ГК РФ авторские права распространяются на часть произведения, его название, на персонажи произведения, если по своему характеру они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и выражены в какой-либо объективной форме. Поэтому частичное использование произведения также должно согласовываться с автором.

Наиболее частые нарушения встречаются при создании рекламных видеороликов, в которых используются без согласия правообладателей чужие музыкальные произведения, отрывки известных кинокартин, ставшие широко известными фразы популярных киногероев, т. е. чужие аудиовизуальные произведения. Аудиовизуальное произведение, его часть (отрывок мультипликационного фильма, кинофильма) является сложным объектом, пользующимся особым правовым режимом, предусмотренным ст. 1263 ГК РФ. Составными частями аудиовизуального произведения являются музыка, текст, игра актеров, исполнение, сценарий и т. д. Авторами аудиовизуального произведения являются: режиссер-постановщик; автор сценария; композитор, являющийся автором музыкального произведения (с текстом или без текста), специально созданного для этого аудиовизуального произведения; художник и т. д. Все они обладают частью авторских прав на данное произведение, и их интересы должны быть учтены при его использовании.

Нередко несанкционированное использование произведения усугубляется его искажением, например в результате некорректного выделения фрагмента или добавления в произведение нового текста, некорректной переработки имеющегося текста или изображения. В таком случае встает вопрос о защите репутации автора.

Кроме того, следует помнить, что исключительное право на использование произведения включает в себя целую совокупность различных видов его использования: воспроизведение, распространение, переработка, перевод, импорт, публичное исполнение, прокат, передача в эфир и т. п. На каждый из случаев

такого использования необходимо согласие правообладателя, в противном случае возникает спор об объеме согласованного использования.

Широко используется в рекламе и такой объект интеллектуальной собственности, как товарный знак, выполняющий в условиях рыночной экономики не только функцию индивидуализации продукции, выполняемых работ и услуг определенного лица, но и способствующий формированию у потребителя определенных представлений о качестве выпускаемой продукции под конкретным товарным знаком. С этой точки зрения одной из важнейших функций товарного знака является реклама выпускаемых товаров.

Нарушением прав владельца товарного знака признается любое использование без его разрешения в гражданском обороте на территории Российской Федерации товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров. К таким действиям относятся в том числе введение в гражданский оборот товара, маркированного чужим товарным знаком, предложение его к продаже в рекламе и подобные способы.

Вместе с тем на практике получила неоднозначную оценку спорная ситуация, связанная с легальной возможностью использования товарного знака в рекламе субъектами, осуществляющими продажу товаров под данным товарным знаком, т. е. вводящим такие товары в оборот.

Такой спор возник еще до принятия части 4 ГК РФ по иску фирмы «Фольксваген Акциенгельштафт», правообладателя товарного знака «Volkswagen», к одной из российских фирм, использовавшей в наружной и печатной рекламе данный товарный знак. Суть спора состояла в том, что истец просил запретить использование в рекламе коммерческой фирмы своих товарных знаков, поскольку он не давал согласия на их использование, что нарушает исключительные права истца на данный товарный знак и является недобросовестной конкуренцией. Ответчик пояснял, что продает автомобили под данным товарным знаком, а следовательно, законно использует товарный знак данного производителя в рекламе.

Точку в длительном споре поставил Высший арбитражный суд РФ, указавший на необходимость совместного применения положений Закона «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения» и ФЗ «О рекламе». В соответствии с ФЗ «О рекламе» использование в рекламе объектов интеллектуальной собственности допускается, если потребитель не вводится в заблуждение недобросовестной рекламой, в том числе содержащей недостаточную информацию. Таким образом, использование товарного знака другими лицами возможно в рекламе своей торговой, обслуживающей и иной

деятельности в отношении правомерно введенных в гражданский оборот товаров, если при этом не нарушается законодательство о рекламе [5].

Приведенные многочисленные примеры нарушения интеллектуальных прав в рекламе остро ставят вопрос о необходимости более тщательного подхода к регламентации особенностей использования и охраны интеллектуальной собственности в рекламе. На наш взгляд, следует расширить положения ст. 5 ФЗ «О рекламе», прямо указав на требование соблюдения при производстве и распространении рекламы норм гражданского законодательства, регламентирующих вопросы использования результатов интеллектуальной деятельности и прирав-

ненных к ним средств индивидуализации юридического лица, товаров, работ, услуг и предприятий.

Среди форм недобросовестной рекламы, указанных в части 2 ст. 5 ФЗ «О рекламе», следует специально выделить форму, регламентирующую случаи нарушения интеллектуальных прав при производстве и распространении рекламы, указав, что недобросовестной является в том числе реклама, произведенная с нарушением права на охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, товаров, работ, услуг и предприятий в соответствии с гражданским законодательством.

Библиографический список

1. О рекламе: Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 21.10.2013) // Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 12. — Ст. 1232.

2. О защите конкуренции: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 02.11.2013) // Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 31 (1 ч.). — Ст. 3434.

3. Определение Высшего арбитражного суда РФ от 06.10.2010 № ВАС-12904/10 по делу № А56-35168/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

4. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19.01.2010 № КГ-А41/13081-09 по делу № А41-11030/09 // СПС «КонсультантПлюс».

5. Постановление Президиума ВАС РФ от 06.04.2004 № 14685/03 по делу № А76-9599/02-46-442/33-94 // СПС «КонсультантПлюс».