

ПЕРЕВОДНЫЕ СТАТЬИ / TRANSLATED ARTICLES

Ответственный за подбор П. А. Кабанов / Persons in charge of selection P. A. Kabanov

Редактор рубрики Дж. Шаббар / Rubric editor J. Shabbar

Научная статья

<https://doi.org/10.21202/2782-2923.2025.1.141-174>

УДК / UDC 342.7:347:[004:336.7]

Х. Бобек¹

¹ Школа права Фордемского университета, г. Фордем, США

Создавать или не создавать: *NFT* и право на публичность

Переводчик Е. Н. Беляева

Ханна Бобек, докторант в области права, 2024 г., Школа права Фордемского университета

Аннотация

Цель: исследование правового регулирования технологии *NFT* по законодательству Соединенных Штатов Америки и выработка предложений по минимизации правонарушений с ее использованием, в том числе связанных с нарушением права на публичность.

Методы: диалектический подход к познанию социальных явлений, позволяющий проанализировать их в историческом развитии и функционировании в контексте совокупности объективных и субъективных факторов, который определил выбор следующих методов исследования: формально-юридический и социологический.

Результаты: технология *NFT* создает новые проблемы в области защиты права на публичность. Использование *NFT* при нарушении права на публичность порождает серьезные сложности для правообладателей, добивающихся возмещения причиненного ущерба. Сложность защиты права на публичность на этом рынке обусловлена уникальным демократическим характером токена, повсеместной анонимностью *NFT* и необратимостью сделок с ним, а также неопределенностью договорных условий в отношении вторичных покупателей.

Научная новизна: в статье на основе анализа материалов судебной практики рассматриваются вопросы нарушения права на публичность, возникающие в связи с *NFT*, и возможные подходы к этой проблеме. По мнению специалистов, праву на публичность могут угрожать такие особенности *NFT*, как новизна этой технологии, ее демократичность, анонимность создателей *NFT*, возможность передачи токена между платформами и его неизменяемость. Для борьбы с этими угрозами автор статьи предлагает ввести следующие меры: заключение лицензионных соглашений правообладателем в отношении права на публичность; ужесточение условий предоставления услуг платформами *NFT* и создание более высоких барьеров входа для пользователей; строгие судебные решения при нарушениях права на публичность, связанных с *NFT*.

© Бобек Х., 2025. Впервые опубликовано на русском языке в журнале *Russian Journal of Economics and Law* (<https://rusjel.ru>) 26.03.2025

Впервые статья опубликована на английском языке в журнале *Fordham Law Review*. По вопросам коммерческого использования обратитесь в редакцию журнала *Fordham Law Review*: tmelnick@law.fordham.edu

Цитирование оригинала статьи на английском: Bobek, H. (2023). To Mint or Not to Mint: Non-fungible Tokens and the Right of Publicity. *Fordham Law Review*, 92(2), 639.

URL публикации: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol92/iss2/12>

Практическая значимость: основные положения и выводы статьи могут быть использованы в научной, педагогической и правоприменительной деятельности при рассмотрении вопросов, связанных с правовым регулированием технологии *NFT*.

Ключевые слова:

невзаимозаменяемые токены, технология *NFT*, право на публичность, лицензионное соглашение, цифровые активы, блокчейн

Благодарности

Автор хотела бы поблагодарить профессора Рона Лазебника, редакторов и сотрудников журнала *Fordham Law Review* за руководство и помощь в работе. Автор также благодарит своих родителей, семью и друзей за поддержку.

Статья находится в открытом доступе в соответствии с Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>), предусматривающем некоммерческое использование, распространение и воспроизводство на любом носителе при условии упоминания оригинала статьи.

Как цитировать русскоязычную версию статьи: Бобек, Х. (2025). Создавать или не создавать: *NFT* и право на публичность. *Russian Journal of Economics and Law*, 19(1). С. 141–174. <https://doi.org/10.21202/2782-2923.2025.1.141-174>

Scientific article

H. Bobek¹

¹ *Fordham University School of Law, Fordham, USA*

To mint or not to mint: non-fungible tokens and the right of publicity

Translator *E. N. Belyaeva*

Hannah Bobek, J.D. Candidate, 2024, Fordham University School of Law

Abstract

Objective: to study the legal regulation of NFT technology under the US legislation and to develop proposals to minimize offenses involving its use, including those related to violations of the right to publicity.

Methods: dialectical approach to cognition of social phenomena, allowing to analyze them in historical development and functioning in the context of the totality of objective and subjective factors, which predetermined the following research methods: formal-logical and sociological.

Results: NFT technology creates new challenges in the field of protecting the right to publicity. Using NFT to violate the right to publicity creates serious difficulties for copyright holders seeking compensation for the damage caused. The difficulty of protecting the right to publicity in this market is due to the unique democratic nature of the token, the widespread anonymity of NFTs and the irreversibility of transactions with them, as well as the uncertainty of contractual terms with respect to secondary buyers.

Scientific novelty: based on the analysis of judicial practice, the article examines the issues of violation of the right to publicity arising in connection with the NFT and possible approaches to this problem. Legal scholars and commentators argue that certain features of NFTs pose pronounced threats to the right of publicity, namely the technology's novelty, democratized nature, anonymization of creators, transferability across platforms, and immutability. To combat these threats, the author

The article was first published in English language by *Fordham Law Review*. For more information, please contact tmelnick@law.fordham.edu

For original publication: Bobek, H. (2023). To mint or not to mint: non-fungible tokens and the right of publicity. *Fordham Law Review*, 92(2), 639.

Publication URL: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol92/iss2/12>

proposes that rights owners should enter into right of publicity license agreements; that NFT platforms should strengthen their terms of service and develop higher barriers of entry for users; and, finally, that courts should order that infringing NFTs be “burned”.

Practical significance: the main provisions and conclusions of the article can be used in scientific, pedagogical and law enforcement activities when considering the issues related to the legal regulation of NFT technology.

Keywords:

non-fungible tokens, NFT technology, right to publicity, license agreement, digital assets, blockchain

Acknowledgements

I would like to thank Professor Ron Lazebnik and the editors and staff of the Fordham Law Review for their guidance and assistance. I would also like to thank my parents, family, and friends for their encouragement and support.

The article is in Open Access in compliance with Creative Commons Attribution NonCommercial License (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>), stipulating non-commercial use, distribution and reproduction on any media, on condition of mentioning the article original.

For citation of Russian version: Bobek, H. (2025). To mint or not to mint: non-fungible tokens and the right of publicity. *Russian Journal of Economics and Law*, 19(1), 141–174. (In Russ.). <https://doi.org/10.21202/2782-2923.2025.1.141-174>

Введение

Право на публичность – юридическое признание того, что образ каждого человека имеет свою экономическую ценность, – достаточно новое явление в юридической сфере¹. Простыми словами, право на публичность – это право каждого человека разрешать и «контролировать коммерческое использование своего образа»². Более тридцати штатов США признают это право, которое всегда принимается на уровне законодательства штата и регулируется законом штата в рамках общего права, статутом или и тем и другим³. В результате право на публичность и объем его защиты варьируются от штата к штату.

В целом право на публичность влечет за собой ответственность за несанкционированное использование «имени, внешности или других характерных черт образа» человека в коммерческих целях⁴. Кроме имени и внешности, в различных штатах законом защищаются также изображения, голос, манера поведения, действия и даже идентифицирующие предметы⁵.

Хотя право на публичность есть у каждого человека, большинство соответствующих судебных дел касаются известных личностей⁶. Знаменитости и спортсмены подают иски о праве на публичность чаще других, поскольку ассоциирование их образа с товарами и услугами приносит компаниям финансовую выгоду⁷.

Благодаря новым технологиям стало проще использовать образы знаменитостей, и это делается более хитроумными способами, которых суды и законодатели не могли предусмотреть⁸. Ярким примером такого непредвиденного развития является технология невзаимозаменяемых токенов (NFT).

¹ См. J. Thomas McCarthy & Roger E. Schechter, *The Rights of Publicity and Privacy*, 1, § 4:20 (2d ed. 2023); Thomas Phillip Boggess V, *Cause of Action for an Infringement of the Right of Publicity*, in *Causes of Action Second Series* § 7 (2d ed. 2023).

² 1 McCarthy & Schechter, выше прим. 1, § 1:3.

³ См. там же, § 1:2.

⁴ Right of Publicity, Int’l Trademark Ass’n, <https://www.inta.org/topics/right-of-publicity/> [<https://perma.cc/3UTX-DX5P>] (last visited Oct. 6, 2023).

⁵ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, §§ 4:47, 4:56, 4:59, 4:84.

⁶ См. там же, § 4:1.

⁷ См. там же, § 4:8.

⁸ См. ниже Раздел II.C.

NFT вышли на мировую арену в 2021 г., когда цифровой художник *Beeple* продал *NFT* своего цифрового произведения примерно за 69 миллионов долларов⁹. *NFT* «представляет собой уникальный набор данных... который подтверждает право собственности или другие права на другой актив»¹⁰. «Токенизации» подвергаются самые разные цифровые активы; в качестве примера можно привести музыку, видеозаписи, произведения изобразительного искусства, иллюстрации, виртуальные аватары, фотографии, спортивную символику¹¹.

Каждый *NFT* «удостоверяет, что цифровой актив... уникален и, следовательно, не взаимозаменяем, отсюда и название 'взаимозаменяемый токен'»¹². По сути, *NFT* – это «средства аутентификации»¹³. «Никакие два *NFT* не повторяют друг друга» в силу их уникальных идентификационных данных, и каждый *NFT* может представлять только один цифровой актив¹⁴. *NFT*, как правило, «не содержит медиафайла для связанного актива»¹⁵. Скорее, «*NFT* – это просто исходный код, служащий для подтверждения существования связанного актива...»¹⁶ *NFT* можно купить и продать через блокчейн, который «представляет собой [цифровую] бухгалтерскую книгу» или цифровой кошелек «для записи и хранения» таких транзакций¹⁷.

Знаменитости пользуются модой на *NFT*, поэтому для этой сферы право на публичность становится все более актуальным¹⁸. Технология *NFT* стала популярным средством продажи активов, эксплуатирующих образы известных людей¹⁹. Знаменитости договариваются с *NFT*-платформами о создании и продаже *NFT*-коллекций, которые отражают различные аспекты их личности²⁰. В качестве примеров можно привести спортивные карточки и сувениры в форме *NFT*, на которых представлены изображения и видео профессиональных спортсменов в знаменательные моменты их карьеры²¹; *NFT*-аватары, похожие на знаменитостей чертами лица, одеждой и физическими качествами²²; и *NFT* записей музыкальных выступлений²³.

На первый взгляд, технология *NFT* служит лишь новым «каналом распространения» для продажи контента, содержащего изображения знаменитостей²⁴. Известные личности и раньше становились фигурантами дел о праве на публичность, связанных с несанкционированным использованием их изображений третьими лицами, например, на спортивных карточках, в видеоиграх, на упаковке товаров, в телевизионных шоу²⁵. Некоторые считают, что *NFT* – просто еще один способ монетизации своего образа и реализации своего права на публичность²⁶. Однако новшеством являются те многочисленные риски, которые *NFT* создают в отношении права на публичность²⁷.

⁹ См. (Carroll, 2022).

¹⁰ (Noh et al., 2022).

¹¹ См. там же, at 316–317; см. Robin Conti & John Schmidt, What Is an NFT?: Non-Fungible Tokens Explained, Forbes (Mar. 17, 2023, 12:57 AM), <https://www.forbes.com/advisor/investing/cryptocurrency/nft-non-fungible-token/> [<https://perma.cc/N8BL-ANWU>].

¹² (Conrad, 2022).

¹³ Там же.

¹⁴ Там же.

¹⁵ (Noh et al., 2022, at 317–18).

¹⁶ Там же.

¹⁷ (Carroll, 2022, at 987).

¹⁸ См. Nicolette Salmi, 13 Celebrities Who Have Joined the NFT Crypto Art Craze, L'Officiel (Nov. 27, 2022), <https://www.lofficielusa.com/pop-culture/celebrities-on-the-crypto-art-craze> [<https://perma.cc/ST5S-9QAK>].

¹⁹ См. там же.

²⁰ См., например, Most Valuable Athlete NFTs, Dibbs (June 29, 2022), <https://dibbs.io/blog/athlete-nfts/> [<https://perma.cc/WG8B-RXMA>]; 3,333 Steve Aoki NFT Avatars Join the Sandbox, NFT Plazas (July 23, 2022), <https://nftplazas.com/3333-steve-aoki-nft-avatars-join-the-sandbox/> [<https://perma.cc/45MV-U2EM>]; Genies Celeb Avatars Launches NFT Fashion Marketplace, Ledger Insights (Aug. 31, 2022), <https://www.ledgerinsights.com/nft-genies-celebrity-avatars-fashion/> [<https://perma.cc/CT5Y-PJX5>]; Stephen Katte, Sony Music Files Trademark Application for NFT-Authenticated Music, Cointelegraph (Sept. 8, 2022), <https://cointelegraph.com/news/sony-music-files-trademark-application-for-nft-authenticated-music> [<https://perma.cc/JNF5-W6UW>].

²¹ См. Most Valuable Athlete NFTs, выше прим. 20.

²² См. 3,333 Steve Aoki NFT Avatars Join the Sandbox, выше прим. 20.

²³ См. Katte, выше прим. 20.

²⁴ См. (Noh et al., 2022, at 317–18).

²⁵ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, §§ 4:1, 4:8.

²⁶ См. (Noh et al., 2022, at 317).

²⁷ См. ниже Раздел II.C.

Судебные процессы, касающиеся нарушений в области использования идентификационных данных с помощью *NFT* и рекламы *NFT*, уже ведутся²⁸. Так, Окружной суд США Центрального округа Калифорнии вынес решение в пользу ответчика, который продавал фотографии знаменитостей в виде *NFT*, как утверждалось, без согласия правообладателей²⁹. Использование технологии *NFT* для эксплуатации чужого образа создает новые и более сложные проблемы для правообладателей, являющихся объектами этих *NFT*³⁰. В данной статье мы рассмотрим, какие свойства *NFT* способствуют нарушению права на публичность, а именно: анонимность транзакций с использованием *NFT*; демократичный характер создания *NFT*, которое доступно практически каждому пользователю Интернета; повышенный риск мошенничества в отношении произведений с изображением правообладателей; возможность передачи *NFT* между платформами³¹. Эти угрозы вызывают особую тревогу, учитывая существующее разнообразие законов о праве на публичность в Соединенных Штатах³². Несогласованность позиций судов разных штатов в этом вопросе вызывает значительную неопределенность в отношении применения этого права к *NFT*.

В первой части статьи представлен обзор права на публичность. Далее в части I рассматриваются *NFT* и технология блокчейн, а также применение права на публичность к *NFT*. В части II описываются дела о нарушении права на публичность в связи с *NFT*. Затем в ней подробно рассматривается вред, который, по мнению специалистов, *NFT* наносят праву на публичность. В части III обсуждаются негативные последствия для права на публичность, которые создает нарушение *NFT*. Затем в части III представлены рекомендации относительно правоприменительных мер, которые правообладатели, платформы *NFT* и суды могут предпринять для защиты права на публичность.

I. ПРАВО НА ПУБЛИЧНОСТЬ И *NFT*

Право на публичность защищает как знаменитостей, так и незнаменитостей, но дела о праве на публичность чаще всего касаются известных личностей, поскольку их образы более узнаваемы, чем у незнаменитостей³³. Использование образов знаменитостей в рекламе скорее привлечет внимание потребителей и побудит их покупать товары и услуги³⁴. В свою очередь, продавцы используют эту рекламную возможность для получения большей коммерческой выгоды, в результате чего «большинство... судебных решений о праве на публичность связано с именами известных истцов»³⁵. Данная работа посвящена использованию образов знаменитостей и спортсменов в *NFT* и в рекламе *NFT*. В Разделе I.A объясняется сущность права на публичность. В Разделе I.B рассматриваются *NFT* и блокчейн и их связь с правом на публичность.

A. Право на публичность

Право на публичность – «это неотъемлемое право каждого человека контролировать коммерческое использование своего образа»³⁶. Это право защищает человека от несанкционированного использования его образа, а в случае его нарушения позволяет взыскать ущерб через суд³⁷. Термин «право на публичность» был введен судьей Джеромом Франком в деле *Halean Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*³⁸ Давая определение этому праву, судья Франк указал на его двойное предназначение: «предотвращение коммерче-

²⁸ См. в целом *Notorious B.I.G., LLC v. Yes. Snowboards*, No. CV19-01946, 2022 WL 2784808 (C.D. Cal. June 3, 2022); *Bill Donahue, Lil Yachty Sues NFT Seller for 'Blatant' Use of His Name and Image to Earn Millions*, *Billboard* (Jan. 28, 2022), <https://www.billboard.com/business/legal/lil-yachty-nft-seller-lawsuit-opulus-trademark-1235024467/> [<https://perma.cc/CA7T-EEN9>].

²⁹ См. *Notorious B.I.G., LLC*, 2022 WL 2784808, at *13.

³⁰ См. ниже Раздел II.C.

³¹ См. там же.

³² *Int'l Trademark Ass'n, U.S. Federal Right of Publicity 4* (1998), <https://www.inta.org/wp-content/uploads/public-files/advocacy/board-resolutions/U.S.-Federal-Right-of-Publicity-03.03.1998.pdf> [<https://perma.cc/P4T9-LJXG>].

³³ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 1, 1, § 4:8.

³⁴ См. там же.

³⁵ Там же, § 4:1.

³⁶ Там же, § 1:3.

³⁷ См. там же.

³⁸ 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

ского использования образа и соответствующее право на предоставление исключительной привилегии одной компании»³⁹. После этого право на публичность стало развиваться в масштабах страны⁴⁰.

Право на публичность не признается федеральным законодательством⁴¹, но защищается законодательством штатов на основе общего права и статутах⁴². Более тридцати штатов США признают это право за живыми людьми⁴³, а около двадцати из этих штатов также признают посмертное право на публичность относительно «образа умершего человека»⁴⁴. В этих штатах данное право «является наследуемой собственностью» и обычно «его действие продолжается также после смерти»⁴⁵.

Согласно Третьему своду законов о недобросовестной конкуренции, истец должен доказать следующее, чтобы выдвинуть обвинение при отсутствии доказательств противоположного⁴⁶: «[(1)] Ответчик без разрешения использовал некоторые детали образа, позволяющие идентифицировать истца; и [(2)] такое использование деталей образа истца ответчиком может нанести ущерб коммерческой ценности образа истца»⁴⁷. Ключевым моментом здесь является возможность идентификации⁴⁸. Истец должен доказать, что использование деталей его образа идентифицирует его⁴⁹. Судебными решениями и законодательными актами признано несколько видов использования образа, которые могут повлечь ответственность⁵⁰. Традиционными способами идентификации образа считаются имя и внешнее сходство⁵¹. Однако существуют и другие идентифицирующие признаки, которые могут повлечь ответственность, включая голос, изображение, фотографию, видеозапись, а также «исполнительский стиль и другие признаки»⁵². По мнению Апелляционного суда США по Девятому округу, «важно не то, как ответчик присвоил образ истца, а то, *сделал ли он это*»⁵³. Многие суды признают нарушение авторских прав в результате использования сочетания признаков, которые в совокупности идентифицируют личность⁵⁴.

В Разделе I.A.1 объясняется, какие элементы образа защищают право на публичность. В Разделе I.A.2 рассматриваются аспекты, на которые часто ссылается защита в делах о праве на публичность, и критерии, которые суды используют для анализа этих аспектов.

1. Что защищает право на публичность

Один из самых очевидных способов идентификации человека – его имя⁵⁵. Истец может доказать нарушение авторских прав, если носит узнаваемое сценическое имя или фамилию, например Бейонсе или Шер⁵⁶. Кроме того, люди меняют имена в течение жизни, и кто-то может захотеть монетизировать их первоначальные имена⁵⁷. Однако «простое сходство имен» или тот факт, что истец носит то же имя, что и коммерциализируемое, как правило, не является нарушением права на публичность, если не использованы другие элементы образа

³⁹ McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 1:26.

⁴⁰ См. там же, § 1:2.

⁴¹ См. там же.

⁴² См. там же.

⁴³ См. там же.

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ J. Thomas McCarthy & Roger E. Schechter, *The Rights of Publicity and Privacy*, 2, § 9:17 (2d ed. 2023).

⁴⁶ McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 3:2; См. также Restatement (Third) of Unfair Competition § 46 (Am. L. Inst. 1995).

⁴⁷ McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 3:2.

⁴⁸ См. там же, § 3:10.

⁴⁹ См. там же.

⁵⁰ См. там же, § 4:46.

⁵¹ 51 См. там же.

⁵² Там же.

⁵³ *White v. Samsung Elecs. Am., Inc.*, 971 F.2d 1395, 1398 (9th Cir. 1992).

⁵⁴ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 4:46.

⁵⁵ См. там же, § 4:48.

⁵⁶ См. там же.

⁵⁷ См. там же. Суд по Девятому округу признал ответчика виновным в монетизации бывшего имени баскетболиста в рекламе, хотя спортсмен сменил имя за десять лет до этого. См. *Abdul-Jabbar v. Gen. Motors Corp.*, 75 F.3d 1391, 1400 (9th Cir. 1996), amended and superseded on denial of reh 'g by 85 F.3d 407 (9th Cir. 1996).

истца⁵⁸. В конечном счете в делах, связанных в основном с идентификацией по имени, первостепенное значение имеет «контекст использования имени»⁵⁹.

Несанкционированное использование фотографии или видеозаписи, позволяющих идентифицировать человека, также может повлечь за собой юридическую ответственность⁶⁰. «Такие идентифицирующие фотографии запрещено использовать для коммерческой рекламы»⁶¹. Более того, в нескольких случаях суды «постановили, обычно не обсуждая... возможность идентификации, что неразрешенное использование фотографии само по себе может быть расценено как нарушение... права на публичность»⁶². Кроме того, присвоение изображению чужого «имени или других идентифицирующих признаков» значительно повышает вероятность наступления ответственности⁶³. Изображение или видеозапись, в которых показана подпись человека или его характерные жесты, поведение или манеры, также могут идентифицировать личность⁶⁴.

Более того, право на публичность регулирует использование имитации голоса или «звукоподражательных элементов»⁶⁵. Существует ряд законодательных актов, непосредственно запрещающих несанкционированное использование чужого голоса⁶⁶, а также несколько судебных решений в рамках общего права⁶⁷, закрепляющих право человека на использование собственного голоса. Например, суд по Девятому округу постановил, что «голос является таким же отличительным и индивидуальным признаком, как и лицо»⁶⁸. Окружной суд США по округу Нью-Джерси также опирался на это право в деле, где в рекламе песни, связанная с правообладателем, исполнялась голосом, «похожим на голос истца»⁶⁹. Однако другие суды не признают ответственность за такое использование⁷⁰.

Аналогичным образом, ответственность может наступать и в случаях, когда ответчик использует сходство с правообладателем⁷¹. «Если очевидный эффект заключается в привлечении внимания к рекламе посредством использования образа знаменитости, то возможна идентификация, что влечет за собой ответственность»⁷². Например, Верховный суд округа Нью-Йорк постановил, что дом моды нарушил право на публичность истца – Жаклин Кеннеди Онассис – в рекламе, где фигурировала «похожая на нее» модель, одетая так, чтобы изображать Онассис; суд обосновал свое решение тем, что дом моды «использовал образ истца... который

⁵⁸ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 4:49.

⁵⁹ Там же, § 4:51; См. Boggess, выше прим. 1, § 7.

⁶⁰ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 4:60.

⁶¹ Там же, § 4:59.

⁶² Там же, § 4:60.

⁶³ Там же.

⁶⁴ См. Boggess, выше прим. 1, § 8; Ind. Code § 32-36-1-7 (2023) (установлено, что понятие сходства включает «жесты» и «манеру поведения»); Cal. Civ. Code § 3344(b) (West 2023) (расширенная защита при нарушении авторских прав на фото- и видеоматериалы).

⁶⁵ Boggess, выше прим. 1, § 10; 1 McCarthy & Schechter, выше прим. 1, § 4:78.

⁶⁶ См. Cal. Civ. Code § 3344.1 (West 2023); N.Y. Civ. Rights Law § 51 (McKinney 2000); S.D. Codified Laws § 21-64-1 (2023); 42 Pa. Cons. Stat. § 8316(e) (2023).

⁶⁷ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 4:78; Boggess, выше прим. 1, § 10; Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460, 460 (9th Cir. 1988) (вынесено решение, что право истца на публичность было нарушено, когда ее голос имитировался в рекламе); Prima v. Darden Rests., Inc., 78 F. Supp. 2d 337, 350 (D.N.J. 2000) (удовлетворен иск о защите права на публичность: ответчик использовал в рекламе голос другого человека, имитирующий голос истца).

⁶⁸ McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 4:74 (цитируется Midler, 849 F.2d at 463).

⁶⁹ Там же, § 4:78 (цитируется Prima, 78 F. Supp. 2d at 350).

⁷⁰ См. там же, § 4:76; Romantics v. Activision Pub., Inc., 574 F. Supp. 2d 758, 764 (E.D. Mich. 2008) (вынесено решение, что в штате Мичиган «использование голоса, даже если он является отличительным признаком личности, не является нарушением... права на публичность»); Miller v. Universal Pictures Co., 201 N.Y.S.2d 632, 634 (App. Div. 1960) (вынесено решение об отсутствии имущественного интереса в «скрупулезной имитации голоса певца»).

⁷¹ См. Onassis v. Christian Dior-N.Y., Inc., 472 N.Y.S.2d 254, 263 (Sup. Ct. 1984) (вынесено решение, что использование модели, «похожей» на бывшую первую леди США, является незаконным присвоением ее образа); Presley's Est. v. Russen, 513 F. Supp. 1339, 1349, 1361 (D.N.J. 1981) (вынесено решение, что «иск о праве на публичность в отношении сценической постановки», в которой ответчик имитировал Элвиса Пресли, может быть успешным).

⁷² McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 4:63.

легко опознать»⁷³. Затем окружной суд США по Среднему округу штата Теннесси постановил, что нарушением права на публичность является плакат с рекламой концерта, изображающий двойников группы «Битлз»⁷⁴.

Ответственность может также наступить из-за использования образов ролей в фильмах и предметов, если они позволяют идентифицировать личность человека⁷⁵.

2. Критерии, обеспечивающие баланс с Первой поправкой

Однако, «как и все юридические права... [право на публичность] не является абсолютным»⁷⁶. В качестве защиты от обвинений в нарушении этого права обычно используется Первая поправка к Конституции США, и есть много случаев, когда такие обвинения были отклонены⁷⁷. Первая поправка защищает различные виды высказываний⁷⁸. В контексте права на публичность это относится к различным видам высказываний – коммерческим и некоммерческим⁷⁹. Коммерческие высказывания используются для рекламы или продажи товаров, продуктов и услуг⁸⁰, получая самый низкий уровень конституционной защиты, «поскольку их цель – способствовать продаже товаров»⁸¹. «Некоммерческие высказывания пользуются большей степенью защиты в рамках Первой поправки... потому что они чаще всего связаны с распространением информации»⁸².

«В тех случаях, когда высказывание носит чисто коммерческий характер, право на публичность часто превалирует над... интересами свободы слова...»⁸³ Однако не всегда существует четкая грань между чисто коммерческим или чисто некоммерческим высказыванием⁸⁴. Часто используются смешанные формы, например, произведение искусства получает коммерческую ценность от использования чужого образа, но содержит коммуникативные элементы, которые относятся к свободе слова⁸⁵.

Иногда при ссылке на Первую поправку решающую роль играет используемый носитель⁸⁶. Например, в случае изображений на футболках суд, скорее всего, отклонит апелляцию к свободе слова, поскольку футболки являются «обычным товаром» и «не являются традиционным средством» выражения взглядов или политических заявлений⁸⁷. Если речь не идет об «обычных товарах» или рекламе в чистом виде, то все не так очевидно⁸⁸. Однако независимо от того, является ли использование коммерческим или некоммерческим, суд должен найти баланс между правом ответчика на свободу слова и правом истца на публичность, чтобы вынести решение по «каждому спорному случаю»⁸⁹.

В дополнение к двум критериям нарушения прав, изложенным в Третьем своде законов, истцы должны доказать, что «данное использование преследовало коммерческие цели»⁹⁰. Это требование отличает использование в коммерческих целях, которое обычно влечет ответственность, от использования в контексте художественной выразительности, которое подлежит защите в рамках доктрины свободы слова⁹¹. Чтобы различить эти случаи, в судебной системе были разработаны критерии предоставления иммунитета при ис-

⁷³ Там же. (цитируется Onassis, 472 N.Y.S.2d at 261).

⁷⁴ См. Apple Corps Ltd. v. A.D.P.R., Inc., 843 F. Supp. 342, 349 (M.D. Tenn. 1993). Суд в Нью-Джерси пришел к аналогичному выводу в отношении фотографии артиста, пародирующего Элвиса Пресли. Presley's Est., 513 F. Supp. at 1349.

⁷⁵ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, §§ 4:68, 4:84.

⁷⁶ Там же, § 1:3.

⁷⁷ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, § 8:22.

⁷⁸ См. U.S. Const. amend. I; Boggess, выше прим. 1, § 19.

⁷⁹ См. Boggess, выше прим. 1, §§ 20, 22.

⁸⁰ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 3:2.

⁸¹ Boggess, выше прим. 1, §§ 19-20.

⁸² Там же, § 22.

⁸³ Там же, § 19.

⁸⁴ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, §§ 7:2, 8:19.

⁸⁵ См. там же, § 7:2; Boggess, выше прим. 1, § 19.

⁸⁶ McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, § 7:22.

⁸⁷ Там же, §§ 7:22, 7:24.

⁸⁸ Там же, § 7:24.

⁸⁹ Там же, § 8:41.

⁹⁰ McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 3:2.

⁹¹ См. там же.

пользовании образов в художественных или выразительных целях, например, в видеоиграх, книгах, фильмах, мультфильмах, произведениях искусства⁹². Большинство судов используют один из двух критериев⁹³: критерий, разработанный в деле *Rogers v. Grimaldi*⁹⁴, известный как критерий Роджерса, и критерий преобразующего использования⁹⁵. В Разделе I.A.2.a мы рассмотрим критерий Роджерса, а в Разделе I.A.2.b – критерий преобразующего использования.

а. Критерий Роджерса

Ранее критерий Роджерса использовался «для обеспечения баланса между свободой слова и спорами о нарушении прав на товарные знаки»⁹⁶. В настоящее время некоторые суды распространили его действие на дела, связанные с нарушением права на публичность⁹⁷, но только в случае художественных произведений⁹⁸. В деле Роджерса Апелляционный суд США по Второму округу сформулировал критерий, состоящий из двух частей: «Использование [образа] в художественном произведении не является нарушением в рамках свободы творчества, за исключением случаев, когда (1) оно не имеет ‘художественной отсылки’ к основному произведению или, если художественная отсылка присутствует, (2) использование ‘явным образом вводит в заблуждение относительно источника или содержания произведения’»⁹⁹.

Этот критерий устанавливает крайне низкую планку в пользу ответчиков¹⁰⁰. Согласно его первому пункту, уровень художественного сходства двух произведений «должен быть просто чуть выше нуля»¹⁰¹. Согласно второму пункту, чтобы решить дело в пользу истца, требуется «очевидное и явное», а не «тонкое и подразумеваемое» введение в заблуждение¹⁰². Среди объектов, анализировавшихся в судах по критерию Роджерса, были аватары видеоигр¹⁰³, персонажи мультфильмов¹⁰⁴, фигурки персонажей¹⁰⁵, песни¹⁰⁶, книги¹⁰⁷ и видеоматериалы¹⁰⁸.

⁹² *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, §§ 8:71–8:73.

⁹³ Третьим критерием свободы слова является принцип преобладающего использования, принятый в штате Миссури. См. в целом *Doe v. TCI Cablevision*, 110 S.W.3d 363 (Mo. 2003). Однако этот критерий используется в основном только судами штата Миссури. См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 8:23. Поэтому в рамках данной статьи мы не рассматриваем критерий преобладающего использования.

⁹⁴ 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

⁹⁵ См. в целом *Winter v. DC Comics*, 69 P.3d 473 (Cal. 2003).

⁹⁶ *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 8:71.

⁹⁷ См. там же.

⁹⁸ См. там же.

⁹⁹ Там же (цитируется *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994, 999 (2d Cir. 1989)).

¹⁰⁰ См. там же.

¹⁰¹ Там же (цитируется *E.S.S. Ent. 2000, Inc. v. Rock Star Videos, Inc.*, 547 F.3d 1095, 1100 (9th Cir. 2008)).

¹⁰² Там же.

¹⁰³ См. *Brown v. Elec. Arts, Inc.*, 724 F.3d 1235, 1240, 1243, 1245 (9th Cir. 2013) (установлено, что аватар видеоигры, отражающий «принадлежность к команде, игровую позицию, возраст, рост, вес, уровень мастерства и другие атрибуты» бывшего футболиста, в художественном отношении адекватен этой игре, поскольку производитель «стремится к реалистичности своих игр»).

¹⁰⁴ См. *K & K Prods., Inc. v. Walt Disney Studios Motion Pictures*, No. 2:20-CV-1753, 2021 WL 4394787, at *7 (D. Nev. Sept. 23, 2021) (вынесено решение, что использование образа известного каскадера для персонажа мультфильма и фигурок защищено Первой поправкой, поскольку персонаж неразрывно связан с сюжетом фильма и ни одно из использований не может заставить потребителей ошибочно считать, что этот фильм или фигурки созданы с одобрения каскадера).

¹⁰⁵ См. там же.

¹⁰⁶ См. *Romantics v. Activision Pub., Inc.*, 574 F. Supp. 2d 758, 769–70 (E.D. Mich. 2008) (делается вывод о том, что использование в видеоигре голосов певцов адекватно игре, поскольку игроки представляют, что они играют в рок-группе, и такое использование не вводит потребителей в заблуждение).

¹⁰⁷ См. *Matthews v. Wozencraft*, 15 F.3d 432, 438–40 (5th Cir. 1994) (установлено, что «повествование о жизни отдельного человека» в книге, в сюжете которой использованы реальные события из жизни истца, не подпадает под защиту права на публичность, «поскольку не является замаскированной коммерческой рекламой товаров или услуг»).

¹⁰⁸ См. *Brown v. Showtime Networks, Inc.*, 394 F. Supp. 3d 418, 442–44 (S.D.N.Y. 2019) (вынесено решение, что использование видеозаписей певца в фильме, а также в ходе маркетинга и продвижения фильма имело художественное значение и не вводило зрителей в заблуждение относительно его участия в проекте).

б. Критерий преобразующего использования

Большинство судов применяют критерий преобразующего использования (Калифорния)¹⁰⁹, изложенный в деле *Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc.*¹¹⁰ Как и в случае с критерием Роджерса, речь идет только о художественных произведениях¹¹¹. В рамках данного критерия следует определить, подвергается ли образ истца преобразованию в художественном произведении «не в контексте рекламы» в достаточной степени¹¹². Первой поправкой будут защищены только преобразующие изображения «не в контексте рекламы»¹¹³.

В указанном деле Верховный суд Калифорнии разработал пятифакторный критерий баланса свободы слова, в рамках которого суд должен был определить следующее: (1) «сходство со знаменитостью является одной из ‘отправных точек’, на основе которых синтезируется произведение» или «образ знаменитости является самой сутью и содержанием произведения»; (2) произведение «отражает в первую очередь образ ответчика, а не сходство со знаменитостью»; (3) «в произведении преобладают буквальные и подражательные элементы либо творческие элементы»; (4) «рыночная и экономическая ценность произведения обусловлена, прежде всего, известностью образа знаменитости»; (5) «мастерство и талант художника занимают подчиненное положение относительно общей цели создания условного портрета знаменитости»¹¹⁴.

Критерий преобразующего использования применялся к футболкам¹¹⁵, коллажам¹¹⁶, поздравительным открыткам¹¹⁷, произведениям изобразительного искусства, фотографиям и комиксам¹¹⁸. Кроме того, с развитием технологий и появлением новых способов передачи изображения этот критерий был применен для оценки несанкционированных изображений знаменитостей в виде аватаров видеоигр¹¹⁹. Видеоигры пользуются такой же усиленной защитой Первой поправки, как книги и фильмы¹²⁰. Поэтому использование образов знаменитостей в видеоиграх привело к появлению множества известных судебных решений с использованием этого критерия¹²¹.

¹⁰⁹ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 8:23.

¹¹⁰ 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

¹¹¹ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 8:72.

¹¹² Там же.

¹¹³ Там же.

¹¹⁴ *Comedy III Prods., Inc.*, 21 P.3d at 809-10; См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 8:72.

¹¹⁵ См. *Cornette v. Graver*, 473 F. Supp. 3d 437, 474-75 (W.D. Pa. 2020) (вынесено решение, что использование ответчиком образа спортсмена на футболках защищено Первой поправкой, поскольку сутью изображения является критика спортсмена, а не передача его образа).

¹¹⁶ См. *ETW Corp. v. Jireh Pub., Inc.*, 332 F.3d 915, 938 (6th Cir. 2003) (установлено, что продажа художником репродукций его картины с изображением игрока в гольф Тайгера Вудса не нарушает права Вудса на публичность как по критерию Роджерса, так и по критерию преобразующего использования, поскольку произведение «кроме изображения Вудса, содержит коллаж, описывающий... памятное событие в истории спорта», что, по мнению суда, в достаточной степени преобразует произведение).

¹¹⁷ См. *Hilton v. Hallmark Cards*, 599 F.3d 894, 912-13 (9th Cir. 2010) (отказано в удовлетворении ходатайства ответчика о прекращении дела: ответчик изобразил на поздравительной открытке знаменитость в обстановке, похожей на ту, в которой эта знаменитость появлялась в телевизионном шоу).

¹¹⁸ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, §§ 8:72-8:73.

¹¹⁹ См. там же, § 8:73.

¹²⁰ См. там же (цитируется *Brown v. Ent. Merchs. Ass’n*, 564 U.S. 786, 790 (2011)) (установлено, что видеоигры подлежат защите согласно Первой поправке).

¹²¹ Ср. *Kirby v. Sega of Am., Inc.*, 50 Cal. Rptr. 3d 607, 613 (Ct. App. 2006) (вынесено решение, что на аватаре певца в видеоигре «изображение черт лица, одежды, цвета волос и стиля прически, а также использование определенных фраз» было в достаточной степени трансформационным, поскольку аватар носит разные прически и костюмы, выполняет различные танцевальные движения и выступает в космосе, в отличие от реального певца), с *No Doubt v. Activision Publ’g, Inc.*, 122 Cal. Rptr. 3d 397, 409 (Ct. App. 2011) (установлено нарушение права музыкальной группы на публичность, поскольку создатель видеоигры сделал «компьютерную имитацию реальных членов группы, тщательно отразив их сходство»); ср. *Hart v. Elec. Arts, Inc.*, 717 F.3d 141, 166 (3d Cir. 2013) (суд постановил, что в видеоигре было нарушено право бывшего футболиста на публичность, поскольку аватар повторял рост, вес, цвет кожи и телосложение реального спортсмена и играл в тот же вид спорта, что и реальный спортсмен), с *Hamilton v. Spreight*, 827 F. App’x 238, 240 (3d Cir. 2020) (суд признал, что аватар из видеоигры, играющий в вымышленную версию футбола и имеющий схожий цвет кожи, черты лица, прическу, телосложение, голос и костюм со спортсменом, является в достаточной степени преобразованным изображением, поскольку аватар «сражается с фантастическими существами в вымышленном мире» и служит в армии, тогда как истец этого не делал).

С появлением новых технологий спектр объектов, к которым применимо право на публичность, расширился и теперь включает мир *NFT*¹²². Это стало особенно актуальным в связи с широким использованием *NFT*-аватаров, изображающих знаменитостей, в видеоиграх¹²³.

В. *NFT* и технология блокчейна

NFT – это уникальный код, подтверждающий подлинность цифрового актива¹²⁴. «*NFT* отличается от других цифровых активов своей ‘невзаимозаменяемостью’»¹²⁵. Невзаимозаменяемый объект уникален, и его нельзя обменять на другой объект такой же стоимости¹²⁶. Примером такого актива может служить картина. Как и картина, каждый *NFT* уникален, он единственный в своем роде и «имеет свою ценность»¹²⁷. В отличие от взаимозаменяемых активов, ни один *NFT* нельзя заменить другим¹²⁸. Напротив, взаимозаменяемый объект «можно легко обменять на другой объект или товар, поскольку они эквивалентны»¹²⁹. Пример взаимозаменяемого актива – долларовая купюра¹³⁰. Если вы взяли в долг у кредитора долларовую купюру, то можете вернуть ее другой долларовой купюрой, «и кредитор получит взамен объект той же стоимости»¹³¹.

NFT «токенизируют» цифровой контент, что делает уникальным также и сам токенизируемый контент¹³². *NFT* могут токенизировать что угодно, например, цифровые рисунки, аватары, предметы в видеоиграх¹³³, цифровые модные аксессуары¹³⁴, музыку¹³⁵.

Однако другой человек по-прежнему может сделать копию цифрового контента, на основе которого был создан *NFT*¹³⁶. Возьмем, к примеру, *NFT* произведения искусства. Можно воссоздать это произведение, токенизировать копию или сделать скриншот оригинального *NFT* и распространить его в Сети. Однако «*NFT* позволяет легко отличить копию от оригинала»¹³⁷. При токенизации контента через процесс, называемый майнингом, контент удостоверяется в качестве «единственной в своем роде копии»¹³⁸. «По сути, *NFT* переносят уникальные активы в цифровое пространство и обеспечивают проверяемость права собственности на них»¹³⁹. Как правило,

¹²² См., например, The Players' Lounge, Players' Lounge, <https://www.theplayerslounge.io/> [<https://perma.cc/QW6D-73JV>] (last visited Oct. 6, 2023) (описывается продажа *NFT*-аватаров в видеоиграх, изображающих реальных спортсменов, за которых игроки могут играть); см. также Salmi, выше прим. 18 (перечислены примеры *NFT*, содержащих видео и изображения знаменитостей).

¹²³ См., например, The Players' Lounge, выше прим. 122; Eli Tan, Metaverse Goes Hollywood with Universal Music Group Avatar Partnership, CoinDesk, <https://www.coindesk.com/business/2021/12/09/metaverse-goes-hollywood-with-universal-music-group-avatar-partnership/> [<https://perma.cc/92FY-MDTK>] (May 11, 2023, 3:02 PM).

¹²⁴ См. An P. Doan, Mark W. Rasmussen, Joshua B. Sterling & Harriet Territt, NFTs: Key U.S. Legal Considerations for an Emerging Asset Class, Fintech L. Rep., May – June 2021.

¹²⁵ Там же.

¹²⁶ См. Chris Bennett & Cody Koblinsky, Non-Fungible Tokens: Emerging Issues in the Emerging Marketplace, Cyberspace Law, May 2021.

¹²⁷ Там же.

¹²⁸ См. там же.

¹²⁹ Там же.

¹³⁰ См. (Goforth, 2022).

¹³¹ Bennett & Koblinsky, выше прим. 126.

¹³² Там же.

¹³³ См. Elizabeth Howcroft, Crypto Fashion: Why People Pay Real Money for Virtual Clothes, Reuters (Aug. 12, 2021, 6:23 AM), <https://www.reuters.com/business/finance/crypto-fashion-why-people-pay-real-money-virtual-clothes-2021-08-12/> [<https://perma.cc/CXN8-T9FD>].

¹³⁴ См. Complaint & Request for Jury Trial at 16-22, Nike, Inc. v. StockX LLC, No. 22-CV-983 (S.D.N.Y. Feb. 3, 2022), ECF No. 1 (выдвинуто обвинение в несанкционированном использовании товарных знаков Nike для продажи цифровых коллекционных изображений обуви под брендом Nike в качестве *NFT*, которые дают эксклюзивный доступ к реальным акциям и другим преимуществам).

¹³⁵ См. Conti & Schmidt, выше прим. 11.

¹³⁶ См. Bennett & Koblinsky, выше прим. 126.

¹³⁷ Там же.

¹³⁸ Там же.

¹³⁹ Doan et al., выше прим. 124.

в этих транзакциях участвуют три ключевых игрока: создатель актива, его покупатель и платформа, на которой проводится транзакция¹⁴⁰.

В момент создания *NFT* «данные о нем переводятся в цифровую форму, и в блокчейн заносится уникальная цифровая информация, которая отличает данный *NFT* от других»¹⁴¹. Блокчейн – это «список, в котором записана серия событий или транзакций»¹⁴². После продажи *NFT* данные о транзакции записываются в блокчейн и «становятся звеном в цепи»¹⁴³. Все последующие транзакции добавляются в цепочку как новые звенья, связывая каждую транзакцию с предыдущей¹⁴⁴. Блокчейн имеет две важные особенности: (1) он неизменяем и (2) транзакции, происходящие на блокчейне, и соответствующие данные, введенные для записи транзакций, необратимы¹⁴⁵. Это означает, что транзакции *NFT* не могут быть изменены или модифицированы и не могут быть отменены¹⁴⁶. Блокчейн также «обычно является открытым, и любой желающий может самостоятельно просмотреть историю транзакций по цифровому активу»¹⁴⁷. «Эти свойства предотвращают пиратство, кражу или уничтожение активов в блокчейне...»¹⁴⁸

Создатели контента могут продавать свои работы в виде *NFT* напрямую или через платформу¹⁴⁹. При покупке *NFT*, как правило, покупается не основной контент, привязанный к *NFT*¹⁵⁰, а метаданные – код, который содержится в каждом *NFT* и «описывает актив, к которому привязан *NFT*»¹⁵¹. Блокчейн фиксирует транзакции, в ходе которых покупатель становится владельцем *NFT*¹⁵², и сохраняет доказательства права собственности¹⁵³.

Права на интеллектуальную собственность на контент или произведение, лежащие в основе *NFT*, обычно остаются у его создателя¹⁵⁴. Покупатели могут показать другим, что они приобрели уникальный *NFT*, но они, как правило, не могут коммерциализировать работу, лежащую в основе *NFT*, например, изготавливать и продавать ее копии¹⁵⁵. Создатель или первоначальный продавец *NFT* определяет, получает ли покупатель права на контент, и если да, то какие¹⁵⁶.

Некоторые площадки, торгующие *NFT*, такие как *OpenSea*, *Rarible*, *Nifty Gateway* и *SuperRare*, проводят транзакции и организуют продажи *NFT*¹⁵⁷. Эти платформы создали вторичный рынок, который позволяет покупателям перепродавать *NFT*, если его создатель не отменил или не ограничил это право¹⁵⁸. Платформы устанавливают условия обслуживания, регулируя деятельность создателей и покупателей и права, связанные с такими сделками¹⁵⁹.

Привлекательность и спрос на *NFT* обусловлены представлением об их уникальности и дефиците – «двух наиболее важных свойствах, которые придают ценность *NFT*-искусству»¹⁶⁰. Понятия уникальности и дефицита

¹⁴⁰ См. Bennett & Koblinsky, выше прим. 126.

¹⁴¹ Там же.

¹⁴² Там же.

¹⁴³ Там же.

¹⁴⁴ См. там же.

¹⁴⁵ См. там же.

¹⁴⁶ См. там же.

¹⁴⁷ Там же.

¹⁴⁸ Там же. Большинство *NFT* и транзакций с ними размещаются на блокчейне Ethereum. См. Doan et al., выше прим. 124.

¹⁴⁹ См. Bennett & Koblinsky, выше прим. 126.

¹⁵⁰ См. там же.

¹⁵¹ Doan et al., выше прим. 124.

¹⁵² См. Bennett & Koblinsky, выше прим. 126.

¹⁵³ См. там же.

¹⁵⁴ См. там же.

¹⁵⁵ См. там же.

¹⁵⁶ См. Doan et al., выше прим. 124.

¹⁵⁷ См. David Rodeck, Top NFT Marketplaces of August 2023, Forbes Advisor (Aug. 1, 2023, 7:50 AM), <https://www.forbes.com/advisor/investing/cryptocurrency/best-nft-marketplaces/> [<https://perma.cc/DBD9-KPAD>]; Bennett & Koblinsky, выше прим. 126.

¹⁵⁸ См. Rodeck, выше прим. 157.

¹⁵⁹ См. Doan et al., выше прим. 124; Bennett & Koblinsky, выше прим. 126.

¹⁶⁰ Bennett & Koblinsky, выше прим. 126.

в Интернете – это нечто новое, потому что «предложение цифрового контента почти всегда бесконечно»¹⁶¹. Таким образом, создатели используют эту уникальную возможность монетизации контента в цифровом мире неизвестными ранее способами¹⁶². Покупателей привлекают *NFT* «как способ поддержать своих любимых художников, актеров, музыкантов и спортсменов», которые создают или рекламируют *NFT*¹⁶³. Однако «недобросовестные игроки» используют эту технологию для получения больших прибылей за счет продажи *NFT* с мошенничеством и нарушениями прав других лиц, что создает значительные риски и неопределенность в отношении применения *NFT* для защиты права на публичность¹⁶⁴.

В связи с ростом числа *NFT* право на публичность становится все более актуальным, особенно для знаменитостей. Известные личности включаются в контент, лежащий в основе *NFT*, посредством токенизации их голосов¹⁶⁵, фотографий и видеозаписей¹⁶⁶, а также похожих на них аватаров видеоигр¹⁶⁷. Некоторые знаменитости отстаивают право на публичность как возможность контролировать использование и лицензирование своих изображений в Интернете через *NFT*¹⁶⁸. Однако судебные разбирательства по поводу нарушений права на публичность, вызванных *NFT*, уже ведутся¹⁶⁹. Несанкционированное использование изображений и раньше нарушало права правообладателей, однако новшеством является сложность защиты этих прав в пространстве *NFT*. В Разделе II мы рассмотрим судебные процессы о праве на публичность, возникшие в связи с *NFT*, и попытаемся спрогнозировать, какими еще способами *NFT* могут нарушать право на публичность.

II. ПРАВО НА ПУБЛИЧНОСТЬ В ЦИФРОВОМ МИРЕ

Поскольку защита права на публичность регулируется на уровне штатов, объемы этого права различны¹⁷⁰. В связи с бурным ростом числа *NFT* с образами известных личностей обострилась угроза нарушений права на публичность, когда *NFT* служит средством для таких нарушений. В Разделе II.A показано использование права на публичность в делах, связанных с технологией *NFT*. В Разделе II.B рассматривается применение права на публичность к нарушениям, связанным с *NFT* художественных произведений.

A. Правообладатели vs создатели *NFT*

Подаяв иск о нарушении права на публичность при отсутствии доказательств противоположного, истец должен доказать, что его образ был использован в коммерческих целях¹⁷¹. В случае рекламы, когда образ другого человека используется в первую очередь для продвижения и продажи товара или услуги, на первый план

¹⁶¹ Conti & Schmidt, выше прим. 11.

¹⁶² См. Bennett & Koblinksky, выше прим. 126.

¹⁶³ Daniel S. Cohen, Clifford C. Histed, Stephen M. Humenik, Jeremy M. McLaughlin, Jonathan M. Miner, Anthony R.G. Nolan, Judith Rinearson, Mark H. Wittow & Daniel Charles (DC) V. Wolf, *The Coming Blockchain Revolution in Consumption of Digital Art and Music: The Thinking Lawyer's Guide to Non-fungible Tokens (NFTs)*, Cyberspace Law., July 2021.

¹⁶⁴ Там же.

¹⁶⁵ См. Benjamin James, *Death Row's Blockchain Ambitions Take Shape as Snoop Dogg Manager Joins Gala Music Advisory Board*, Billboard (Oct. 6, 2022), <https://www.billboard.com/pro/death-row-nft-label-metaverse-gala-music-partnership/> [<https://perma.cc/L6Y8-W82V>].

¹⁶⁶ См. Salmi, выше прим. 18; Steff Yotka, *Want to Sleep with Kate?: The Supermodel Kate Moss Gets into the NFT Art Market with Three New Video Works*, Vogue (Apr. 9, 2021), <https://www.vogue.com/article/kate-moss-nft-videos> [<https://perma.cc/9GV2-X3J4>].

¹⁶⁷ См., например, *Most Valuable Athlete NFTs*, выше прим. 20; *Genies Celeb Avatars Launches NFT Fashion Marketplace*, выше прим. 20.

¹⁶⁸ См. Kate Dwyer, *Emily Ratajkowski Is Selling an NFT at Christie's*, N.Y. Times (Nov. 8, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/04/23/style/emily-ratajkowski-nft-christies.html> [<https://perma.cc/7H36-L2YL>].

¹⁶⁹ См. Blake Brittain, *Jay-Z Label Settles Lawsuit over 'Reasonable Doubt' NFT*, Reuters (June 13, 2022), <https://www.reuters.com/legal/litigation/jay-z-label-settles-lawsuit-over-reasonable-doubt-nft-2022-06-13/> [<https://perma.cc/42SH-WVE2>]; Joseph Genest, *Genies Wants Everyone to Become an Avatar Builder*, Highsnobiety (Oct. 16, 2022), <https://www.highsnobiety.com/p/genies-akash-nigam-interview-nft/> [<https://perma.cc/7D8W-3LM6>]; *The Sandbox Avatar*, Sandbox, <https://www.sandbox.game/en/create/avatar/> [<https://perma.cc/FL93-4CLM>] (last visited Oct. 6, 2023). См. в целом *Notorious B.I.G., LLC v. Yes. Snowboards*, No. CV19-01946, 2022 WL 2784808 (C.D. Cal. June 3, 2022); Donahue, выше прим. 28.

¹⁷⁰ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, §§ 1:3, 6:2–6:3, 6:4–6:5.

¹⁷¹ См. там же, § 3:2.

выходит право на публичность, поскольку реклама представляет собой коммерческое использование с самым низким уровнем конституционной защиты¹⁷². Нарушение права на публичность с большой вероятностью влечет за собой ответственность, если в рекламе используется фотография человека без его согласия, поскольку фотография – это «явный» способ идентификации личности¹⁷³. Несанкционированное использование чужого имени вместе с изображением еще больше облегчает истцу задачу доказать возможность идентификации его личности¹⁷⁴. Этот вопрос уже рассматривался в деле о праве на публичность в связи с использованием *NFT*¹⁷⁵.

В Разделе II.A.1 мы описываем иск о нарушении права на публичность в чисто коммерческом контексте, поданный против *NFT* компании. Затем в Разделе II.A.2 рассматривается судебный процесс, связанный с *NFT*, который показывает противоречие между законодательством об авторском праве и правом на публичность.

1. Использование в чисто рекламных целях

В 2022 г. известный рэпер Лил Яхти подал иск в окружной суд Центрального округа Калифорнии против компаний *Opulous* и *Ditto Music* и их основателя Ли Парсонса. Компании занимались продажей *NFT*, и рэпер обвинил их в нарушении его права на публичность по общему праву и законодательству штата Калифорния. Он заявил, что выпущенная реклама «привлекла значительный венчурный капитал» на общую сумму более 6,5 миллиона долларов¹⁷⁶. Лил Яхти утверждает, что компания *Opulous* без его согласия «публиковала многочисленные коммерческие объявления и материалы», которые связывают его имя с выпуском коллекционных *NFT*¹⁷⁷. Парсонс вел рекламную кампанию в социальных сетях на своем аккаунте, а также на аккаунтах *Opulous* и *Ditto Music*, которые объявили о выпуске коллекции *NFT* от Лил Яхти и использовали в рекламе его фотографии¹⁷⁸. По словам Лил Яхти, ответчики планировали продавать его музыкальные произведения, защищенные авторским правом, используя *NFT* на платформе *Opulous*¹⁷⁹.

Ответчики также заявляли о сотрудничестве с Лил Яхти, в частности: «По утверждению Парсонса, *Opulous* планирует запустить серию эксклюзивных музыкальных *NFT* с ‘известными артистами’, в первую очередь это Лил Яхти...»; они также хотели «начать с серии уникальных *NFT* с участием всемирно известных артистов, включая Лил Яхти...»¹⁸⁰. Истец утверждал, что провел с Парсонсом «общую ознакомительную встречу», где обсуждался проект, но «никакого соглашения или условий сделки по [его] участию не было достигнуто»¹⁸¹. Также, по словам истца, ответчики ложно заявили, что Лил Яхти дал согласие на использование своего имени и изображения в связи с коллекцией *NFT*, и «собрали шесть с половиной миллионов долларов», воспользовавшись вниманием СМИ, которое компания *Opulous* привлекла своими заявлениями об участии певца¹⁸².

Это дело является ярким примером иска о праве на публичность, который касается несанкционированного использования *NFT* в чисто рекламном контексте. Если Лил Яхти, как он утверждает, не давал согласия компании *Opulous* на использование его имени и изображения для рекламы коллекции *NFT*, то суд, скорее всего, будет на стороне певца¹⁸³. Ответчики размещали его имя и изображение рядом с рекламными объявлениями в различных социальных сетях и писали в пресс-релизах, что он участвует в проекте¹⁸⁴. Несанкционированное использование фотографий Лил Яхти в рекламе само по себе является достаточным основанием для

¹⁷² См. Boggess, выше прим. 1, §§ 19-20.

¹⁷³ McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 4:60.

¹⁷⁴ См. там же.

¹⁷⁵ См. в целом Complaint & Demand for Jury Trial, McCollum v. Opulous, No. 22- CV-00587 (C.D. Cal. Jan. 27, 2022), ECF No. 1.

¹⁷⁶ Там же, at 3.

¹⁷⁷ Там же.

¹⁷⁸ См. там же, at 30-45.

¹⁷⁹ См. там же, at 8.

¹⁸⁰ Там же, at 8, 15, 32.

¹⁸¹ Там же, at 7.

¹⁸² Там же, at 3, 14.

¹⁸³ См. там же, at 8, 14; McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 4:60 (объясняется, что использование фотографии и имени правообладателя «значительно облегчает истцу процесс идентификации» для целей установления факта нарушения права на публичность).

¹⁸⁴ Complaint & Demand for Jury Trial, выше прим. 175, at 31-33, 39.

признания таких действий незаконными¹⁸⁵. Использование его имени в названии коллекции *NFT* позволяет говорить о еще одном нарушении¹⁸⁶.

Кроме того, суд, скорее всего, признает, что ответчики использовали имя и образ Лил Яхти в коммерческих целях¹⁸⁷. Реклама, как уже говорилось ранее, представляет собой коммерческое использование и защищается Первой поправкой на самом низком уровне¹⁸⁸. Данная реклама «призывает купить» их товар – *NFT* Лил Яхти¹⁸⁹. Эта рекламная акция вряд ли является достаточно художественной, чтобы требовать повышенной защиты, но представляет собой обычную рекламу в социальных сетях¹⁹⁰. Поэтому, если будет доказано, что использование образа певца было несанкционированным, суд, вероятно, вынесет решение, что ответчики нарушили право Лил Яхти на публичность, явно используя его имя и образ для рекламы *NFT* с целью их продажи¹⁹¹.

Кроме того, доводы Лил Яхти существенно подкрепляет тот факт, что компания *Opulous* собрала более 6,5 миллиона долларов для своей цели – продаж *NFT* с песнями популярных артистов, таких как Лил Яхти¹⁹². Если бы *Opulous* продала *NFT* с песнями Лил Яхти без его согласия, то рэпер мог бы также утверждать, что запись его голоса – это еще один элемент, позволяющий идентифицировать его личность¹⁹³. Вероятно, в будущем иски о праве на публичность, связанные с *NFT*, будут в первую очередь касаться нарушений в коммерческих целях, как в данном случае. Однако другие судебные процессы по *NFT* поднимают более серьезные вопросы, один из которых – большое число исков о праве на публичность в рамках законодательства в области авторского права.

2. Конфликт между авторским правом и правом на публичность

Помимо случаев использования образа в коммерческих целях, не всегда можно однозначно установить, должен ли закон защищать право на публичность. Как уже говорилось выше, несанкционированное использование чужой фотографии в рекламе часто является нарушением этого права¹⁹⁴. Однако если фотограф делает снимок и получает с него доход без согласия фотографируемого, то авторские права фотографа на этот снимок могут превалировать над правом фотографируемого на публичность¹⁹⁵.

Федеральный Закон об авторском праве 1976 г.¹⁹⁶ защищает все «оригинальные авторские произведения на любом материальном носителе»¹⁹⁷. К авторским произведениям относятся, среди прочего, «живописные, графические и скульптурные работы», включая фотографии, и «звукозаписи», например, музыка¹⁹⁸. Закон «дает владельцу право ограничивать других лиц в определенных видах использования охраняемого произведения»¹⁹⁹.

Если изображение человека используется в произведении, защищенном авторским правом, может возникнуть конфликт по поводу того, что будет главенствующим – право на публичность или авторское право²⁰⁰. Согласно ряду судебных решений, если изображение правообладателя используется в произведении, защищенном авторским правом, а право на публичность «препятствует использованию этого изображения», то требование защиты авторских прав превалирует над правом на публичность²⁰¹. «Если изображение человека

¹⁸⁵ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 1, 1, § 4:60.

¹⁸⁶ См. там же.

¹⁸⁷ См. там же.

¹⁸⁸ См. *Boggess*, выше прим. 1, § 19.

¹⁸⁹ Там же.

¹⁹⁰ См. там же; *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 7:3 (комментируется, что тот факт, что реклама представляет собой «коммерческую речь... практически никогда» не оправдывает несанкционированное использование образа).

¹⁹¹ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 1, 1, § 4:60. См. в целом *Complaint & Demand for Jury Trial*, выше прим. 175.

¹⁹² См. там же, at 41–45.

¹⁹³ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 1, 1, § 4:74.

¹⁹⁴ См. там же, § 4:60.

¹⁹⁵ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 11:53.

¹⁹⁶ Pub L. No. 94-553, 90 Stat. 2541 (кодифицировано с изменениями в различных частях свода законов США).

¹⁹⁷ 17 U.S.C. § 102(a).

¹⁹⁸ Там же.

¹⁹⁹ *McCarthy & Schechter*, выше прим. 1, 1, § 5:39.

²⁰⁰ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 11:46.

²⁰¹ Там же, § 11:49.

используется в рекламе или на товарах в коммерческих целях без разрешения, то право на публичность является главенствующим по отношению к федеральному Закону об авторском праве»²⁰². Однако «если право на публичность заявляется... [в отношении] изображения, используемого без разрешения в художественном произведении, не в рекламных целях, то федеральный Закон об авторском праве будет главенствующим по отношению к праву на публичность, которое основано на законодательстве штата»²⁰³.

Таким образом, ответчики по искам о праве на публичность из-за несанкционированной продажи фотографий с изображением правообладателя «часто заявляют, что законодательство об авторском праве главенствует над правом на публичность, поскольку изображение является работой, защищенной авторским правом»²⁰⁴. Суды все чаще применяют этот подход, если имеется разрешение правообладателя на фотографирование²⁰⁵. Исключением будут случаи, когда «ответчик обвиняется только в копировании или продаже самого изображения, без использования в рекламе или для улучшения отдельного продукта»²⁰⁶. Этот конфликт между правом субъекта на публичность и авторскими правами фотографа стал центральным в контексте *NFT* в деле *Notorious B.I.G., LLC v. Yes. Snowboards*²⁰⁷.

Рэпер *Notorious B.I.G.*, чье изображение было предметом спора в этом деле, скончался в 1997 г.²⁰⁸ Истцом выступила компания *Notorious B.I.G. LLC*, которая является правопреемником наследия артиста и отстаивает его посмертное право на публичность²⁰⁹. Один из ответчиков, Чи Моду, скончался во время судебного разбирательства, и ответчиком стала его вдова, София А. Моду²¹⁰. Чи Моду – фотограф, «получивший известность благодаря своим снимкам популярных хип-хоп артистов в 1990-х гг., среди которых был *Notorious B.I.G.*»²¹¹. Иск был подан в Калифорнии, где суды признают главенство авторского права, и продолжается до сих пор. Компания *Notorious B.I.G. LLC* подала в суд на Чи Моду за то, что он печатал фотографии *Notorious B.I.G.* на сноубордах, занавесках для душа, скейтбордах и постерах и продавал эти предметы, не получив согласия компании²¹². Затем компания изменила свой иск, обвинив Чи и Софию Моду в том, что они продавали и продолжали «получать комиссионные за повторные продажи *NFT* с изображением *Notorious B.I.G.*»²¹³. Чи и София Моду утверждали, что Закон об авторском праве является главенствующим по отношению к праву истца на публичность²¹⁴.

Суд признал, что продажа фотографий *Notorious B.I.G.* в качестве *NFT* исключает иск наследника о праве на публичность²¹⁵. Суд также постановил, что *NFT* «относятся к сфере демонстрации и распространения произведений, защищенных авторским правом, без связи с другими товарами или рекламой»²¹⁶. По мнению суда, распространение ответчиком фотографий в форме *NFT* с целью получения прибыли не повлияло на анализ ситуации, поскольку «владельцы авторских прав могут использовать свои авторские права в коммерческих целях»²¹⁷.

При этом суд провел различие между *NFT* и другими предметами, которые Чи Моду использовал для демонстрации фотографий²¹⁸. Суд постановил, что в отличие от *NFT* «помещение изображений [рэпера] для рекламы и продажи [занавесок для душа и скейтбордов] представляет собой 'использование его изображения на не связанном с ним продукте' с целью рекламы и продажи, что выходит за рамки 'прав на художественное

²⁰² McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 5:38.

²⁰³ Там же.

²⁰⁴ Mark S. Lee, Entertainment and Intellectual Property Law § 3:96 (2021).

²⁰⁵ См. там же.

²⁰⁶ McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, § 11:53.

²⁰⁷ No. CV19-01946, 2022 WL 2784808 (C.D. Cal. June 3, 2022).

²⁰⁸ См. там же, at *1.

²⁰⁹ См. там же, at *2.

²¹⁰ См. там же, at *1.

²¹¹ Там же.

²¹² См. там же.

²¹³ См. там же, at *3.

²¹⁴ См. там же, at *4.

²¹⁵ См. там же, at *5.

²¹⁶ Там же.

²¹⁷ Там же (цитируется *Maloney v. T3Media, Inc.*, 853 F.3d 1004, 1016 n.9 (9th Cir. 2017)).

²¹⁸ См. там же, at *5.

произведение»²¹⁹. Таким образом, из решения суда следует, что *Notorious B.I.G. LLC* может продолжать подавать иски в отношении душевых занавесок и скейтбордов, но ходатайство истца о предварительном запрете продаж ответчиком фотографий в форме *NFT* было отклонено²²⁰.

Тем самым суд отклонил аргумент *Notorious B.I.G. LLC* о том, что *NFT* «не являются копиями» фотографий, на том основании, что *NFT* – это уникальные цифровые данные, которые «служат цифровым представлением базового актива» и не могут быть обменены или скопированы²²¹. На это суд ответил: «Как признает истец, *NFT* является ‘цифровым представлением’ базового актива, то есть фотографий, о которых идет речь. Таким образом... предполагается, что *NFT* подпадают под действие Закона об авторском праве...»²²² Суд приравнял цифровую продажу фотографий в форме *NFT* к другим видам использования, которые суд ранее признал охраняемыми Законом об авторском праве, включая продажу фотографий в виде постеров и отпечатков, и пришел к выводу, что Закон об авторском праве аналогичным образом защищает использование *NFT* при продаже фотографий²²³. Поэтому ответчик может продолжать продавать фотографии *Notorious B.I.G.* в форме *NFT*²²⁴.

Как и в случае с фотографиями, конфликт между правом на публичность и авторским правом возникает в делах, касающихся использования голоса другого человека в записях песен²²⁵. В таких делах все чаще выносятся судебные решения, что авторское право имеет преимущество по отношению к праву на публичность, если «воспроизведение... записи [является] художественным, нерекламным использованием»²²⁶. Так, уже урегулировано дело с участием *NFT*, связанное с использованием имени и образа рэпера Jay-Z при продаже авторских прав на дебютный альбом Jay-Z в форме *NFT*²²⁷. Это дело также продемонстрировало возможности *NFT* для получения прибыли от использования голоса Jay-Z²²⁸.

Звукозаписывающая компания *Roc-A-Fella Records Inc.*, ранее принадлежавшая Jay-Z, подала иск в окружной суд Южного округа Нью-Йорка (*SDNY*) против одного из совладельцев лейбла, Дэймона Дэша, за попытку продать авторские права на первый альбом Jay-Z *Reasonable Doubt* в форме *NFT* на платформе *SuperFarm*²²⁹. В иске было указано, что Дэш не владеет авторскими правами на альбом и, следовательно, «не имеет права продавать ‘*Reasonable Doubt*’ в форме *NFT*»²³⁰. Платформа *SuperFarm* объявила, что «право собственности на авторские права на альбом будет определено на аукционе по продаже авторских прав Дэймона на первый альбом Jay-Z... когда права на все будущие доходы от альбома перейдут от Дэймона Дэша к победителю аукциона»²³¹. Когда компания *Roc-A-Fella Records* сообщила *SuperFarm*, что «продажа была незаконной», аукцион был отменен²³².

Юристы звукозаписывающей компании объяснили, что Jay-Z имеет право на публичность, использование которого в коммерческих целях было нарушением со стороны платформы *SuperFarm*: «Jay-Z имеет права на использование своего имени и образа... которые не могут быть использованы в коммерческих целях, как это сделано в маркетинговых материалах *SuperFarm*, чем был нанесен ущерб»²³³. Согласно иску *Roc-A-Fella*

²¹⁹ Там же (цитируется Maloney, 853 F.3d at 1019).

²²⁰ См. там же, at *13.

²²¹ Там же, at *5 n.3.

²²² Там же.

²²³ См. там же, at *5.

²²⁴ См. там же, at *12–13.

²²⁵ См. 2 McCarthy & Schechter, выше прим. 45, § 11:55.

²²⁶ Там же, § 11:51.

²²⁷ См. Complaint & Demand for Jury Trial at 1, *Roc-A-Fella Records, Inc. v. Damon Dash*, No. 21-CV-5411 (S.D.N.Y. June 18, 2021), ECF No. 1. См. в целом Brittain, выше прим. 169.

²²⁸ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 4:74; McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, § 11:54.

²²⁹ См. Complaint & Demand for Jury Trial, выше прим. 227, at 1, 6–7.

²³⁰ Там же, at 8.

²³¹ Там же, at 6–7. В иске *Roc-A-Fella Records* говорится, что при этом Дэш продолжал искать другие платформы для продажи авторских прав. См. там же, at 7.

²³² Там же.

²³³ Там же, at 31; см. McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, § 7:2 (объясняется, что «доктрина о коммерческих высказываниях лишь в редких случаях обеспечивает иммунитет для такого использования, которое в противном случае было бы нарушением права на публичность»).

Records, рекламируя аукцион *NFT*, *SuperFarm* связывала имя Jay-Z не только с его альбомом, но и с его «большими достижениями»²³⁴.

Как уже говорилось, если в рекламе используются имя и образ другого человека без его согласия в чисто коммерческих целях, то право на публичность «почти всегда превалирует». Так произошло в случае рекламы *SuperFarm*, где использовалось имя Jay-Z, его связь с альбомом и крупные карьерные достижения с единственной целью продажи *NFT*²³⁵. Ни *SuperFarm*, ни Дэш не имеют права использовать образ Jay-Z для продажи его альбома в форме *NFT* в ходе продвижения аукциона, поскольку такая реклама является «явно коммерческим использованием» образа Jay-Z без какой-либо иной причины, кроме как для побуждения потребителей к покупке товара²³⁶.

Более того, продажа авторских прав на альбом в форме *NFT* затрагивает важнейший аспект права на публичность: право предоставлять третьим лицам ограниченное разрешение на использование своего образа и определять тех, кому это разрешено²³⁷. В иске *Roc-A-Fella Records* утверждалось, что Jay-Z реализовал это право в контракте, который он заключил с компанией относительно использования своего имени и образа для рекламы альбома *Reasonable Doubt*²³⁸.

Однако если бы Дэш продал авторские права на альбом Jay-Z на *SuperFarm* или другой *NFT*-платформе, то Дэш и платформа *NFT* ущемили бы это важнейшее право на публичность, принадлежащее Jay-Z. Более того, продажа авторских прав на альбом в форме *NFT* могла бы привести к бесконечным вторичным использованиям записей голоса Jay-Z со стороны покупателя; такое использование могло бы выйти за рамки *NFT* и индивидуального использования записей покупателем. Например, рекламодателям могло быть предоставлено право использовать музыку для продажи товаров, другим лицам – использовать записи в песнях, в музыке для фильмов, видео или другого контента. Это лишило бы Jay-Z права определять, кто и каким образом может коммерциализировать его голос²³⁹.

Если бы из-за продажи авторских прав на альбом в форме *NFT* иск о праве на публичность возник в связи с использованием голоса Jay-Z в каком-либо произведении, защищенном авторским правом, например, в другой песне, то при защите можно было бы сослаться на главенство авторского права²⁴⁰. Тогда исход дела зависел бы от того, происходит ли использование «в художественном произведении, не в рекламных целях» (тогда несанкционированное использование не повлечет ответственности) или «для рекламы товаров или услуг» (в этом случае суд будет опираться на право на публичность)²⁴¹. Однако когда принцип главенства авторского права не применяется, то, чтобы определить, освобождает ли художественное использование от ответственности за нарушение права на публичность²⁴², суды обычно используют критерий Роджерса²⁴³ или критерий преобразующего использования²⁴⁴.

В. Старая пьеса на новой сцене: Право на публичность и Первая поправка

Чтобы определить, дает ли художественный контекст защиту от ответственности за нарушение права на публичность при несанкционированном использовании образа другого человека, суды используют критерии, вытекающие из Первой поправки²⁴⁵. Вопрос о том, будет ли право на публичность защищать правообладателя в таких обстоятельствах, стал еще более актуальным с появлением *NFT*-аватаров, которые обычно пред-

²³⁴ Complaint & Demand for Jury Trial, выше прим. 227, at 7.

²³⁵ McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, § 7:3.

²³⁶ Там же.

²³⁷ См. там же, § 10:15.

²³⁸ См. Complaint & Demand for Jury Trial, выше прим. 227, at 13–14.

²³⁹ McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 2:2 (причины защиты права на публичность объясняются тем, что идентифицируемые аспекты личности являются ее собственностью).

²⁴⁰ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, § 11:55.

²⁴¹ Там же, § 11:55.

²⁴² См. обсуждение выше Раздел I.A.2.

²⁴³ См. в целом Rogers v. Grimaldi, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

²⁴⁴ См. в целом Comedy III Prods., Inc. v. Gary Saderup, Inc., 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

²⁴⁵ См. обсуждение выше Раздел I.A.2; McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, §§ 8:718:72.

ставляют собой художественные изображения знаменитостей²⁴⁶. *NFT* часто представляют причудливые или необычные варианты образа, и именно такие варианты с большей вероятностью не будут защищены правом на публичность, чем буквальное изображение знаменитостей²⁴⁷. Например, цифровой художник Beeple продал *NFT* с изображениями генерального директора компании *Tesla* Илона Маска верхом на животном с выходящим из него оружием, головы рэпера Канье Уэста с выходящими из нее проводами и сражения бывшего президента США Дональда Трампа с президентом Джо Байденом на боксерском ринге²⁴⁸.

Согласно критерию Роджерса и критерию преобразующего использования, несанкционированное использование не пользуется преимуществом по отношению к праву на публичность, если его цель в первую очередь «коммерческая», а не художественная²⁴⁹. Многие *NFT* продавались по запредельным ценам²⁵⁰; например, Beeple продал *NFT* своей цифровой работы за 69 миллионов долларов²⁵¹. Знаменитости продавали *NFT* со своими изображениями, видео и аватарами за десятки и сотни тысяч долларов²⁵². *NFT* могут приносить значительно большую прибыль, чем изображения на плакатах, на бумаге и на других носителях²⁵³. Таким образом, из-за «финансовых» преимуществ *NFT* суды делают вывод, что несанкционированное использование *NFT* с образом другого человека является в первую очередь коммерческим, а значит, оно не подпадает под действие Первой поправки, несмотря на свое художественное содержание²⁵⁴.

При этом «решающее значение» имеет носитель, с помощью которого происходит несанкционированное использование²⁵⁵. Использовать Первую поправку, заявляя, что ответчик использует чужое изображение на кофейных кружках и футболках, чтобы высказаться по социальному вопросу, – это «отдает фальшью», поскольку такие носители «не являются обычными [средствами] для ‘высказываний’ по общественным вопросам», и суды традиционно признают такое использование коммерческим²⁵⁶. Суд может приравнять несанкционированное использование чужого образа для продажи *NFT* к коммерческому использованию на кружках и футболках, и в этом случае право на публичность будет превалировать²⁵⁷. С другой стороны, суд может решить, что *NFT*, содержащие художественные элементы, заслуживают той же защиты по Первой поправке, которая предоставляется художественным произведениям, таким как картины и рисунки²⁵⁸.

Появились два варианта использования образа знаменитостей в качестве *NFT*-аватаров, которые могут пользоваться защитой по критериям Первой поправки: (1) *NFT*, изображающие знаменитостей в качестве аватаров на изображениях, и (2) *NFT*, изображающие знаменитостей в качестве аватаров видеоигр для внутриигрового использования. В Разделе II.B.1 анализируется первый вариант согласно критерию Роджерса. В Разделе II.B.2 рассмотрен второй вариант в соответствии с критерием преобразующего использования.

²⁴⁶ См., например, The Players' Lounge, выше прим. 122; Robert Hoogendoorn, 12 Avatar NFT Projects with Gaming Use Cases, Play to Earn (Oct. 11, 2021), <https://www.playtoearn.online/2021/10/11/avatar-nft-projects-with-gaming-use-cases/> [<https://perma.cc/KBL6-R536>]; 11,111 Jadu AVAs Crash-Landed on Planet Earth September 7th, Jadu, <https://jadu.ar/avas> [<https://perma.cc/H6BY-HFAZ>] (last visited Oct. 6, 2023).

²⁴⁷ См. In re NCAA Student-Athlete Name & Licensing Litig., 724 F.3d 1268, 1274 (9th Cir. 2013).

²⁴⁸ См. Mickey Rapkin, 'Beeple Mania': How Mike Winkelmann Makes Millions Selling Pixels, Esquire (Feb. 17, 2021), <https://www.esquire.com/entertainment/a35500985/who-is-beeple-mike-winkelmann-nft-interview/> [<https://perma.cc/SY9P-UTM2>].

²⁴⁹ McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 3:2; См. McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, §§ 8:71–8:72.

²⁵⁰ См. Jacob Kastrenakes, Beeple Sold an NFT for \$69 Million, Verge (Mar. 11, 2021, 10:09 AM), <https://www.theverge.com/2021/3/11/22325054/beeple-christies-nft-sale-cost-everydays-69-million> [<https://perma.cc/NH9P-NATG>].

²⁵¹ См. там же.

²⁵² См. Salmi, выше прим. 18.

²⁵³ См. там же.

²⁵⁴ Conrad, выше прим. 12, at 150; см. McCarthy & Schechter, выше прим. 1, 1, § 3:2; См. McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, §§ 8:71–8:72.

²⁵⁵ McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, § 7:22.

²⁵⁶ Там же.

²⁵⁷ См. там же.

²⁵⁸ См. там же.

1. Применение критерия Роджерса

В деле *Hermes International v. Rothschild* Верховный суд округа Нью-Йорк постановил²⁵⁹, что в соответствии с критерием Роджерса художественные *NFT* пользуются такой же защитой Первой поправки, как и другие виды художественных произведений²⁶⁰. Модный бренд *Hermes International (Hermes)* заявил о нарушении прав на товарный знак и подал в суд на компанию *Mason Rothschild* за создание и продажу *NFT* «цифровых изображений сумок *Birkin* из искусственного меха», которые продает *Hermes*²⁶¹. Суды Нью-Йорка, как видно из данного дела, применяют критерий Роджерса в делах о товарных знаках, в которых спор идет о художественных произведениях²⁶². Как уже говорилось ранее, некоторые суды, в том числе и нью-йоркские, также применяют критерий Роджерса к художественным произведениям в делах о нарушении права на публичность²⁶³. Таким образом, применение этого критерия в деле *Hermes International* показывает пример защиты в случаях, когда художественный *NFT* нарушает право на публичность другого лица²⁶⁴.

В данном случае Верховный суд округа Нью-Йорк согласился с доводами компании *Rothschild* о применимости критерия Роджерса, «поскольку компания продает цифровые изображения сумок, что является формой художественного выражения»²⁶⁵. Суд отклонил аргументацию *Hermes* о том, что защита Первой поправки не распространяется на *NFT*, и постановил, что критерий «не становится неприменимым только оттого, что компания *Rothschild* продает эти изображения»²⁶⁶. По решению суда, «использование компанией *Rothschild* *NFT* для подтверждения подлинности изображений не отменяет возможность применения» критерия Роджерса: «Использование *NFT* для подтверждения подлинности изображения... не делает изображение товаром, не подлежащим защите по Первой поправке, так же как продажа пронумерованных копий физической картины не помешала бы считать картину объектом, подпадающим под критерий Роджерса»²⁶⁷.

Критерий Роджерса устанавливает низкий порог, который ответчик должен преодолеть, чтобы суд признал работу ответчика художественной и некоммерческой²⁶⁸. В деле *Hermes International*, однако, Верховный суд округа Нью-Йорк постановил, что иск компании *Hermes* содержит «достаточные фактические утверждения о том, что данное использование... не имеет художественного значения и... явно вводит в заблуждение относительно источника или содержания произведения», поскольку *NFT*, выпущенный компанией *Rothschild*, носил название *MetaBirkins*, что, по мнению потребителей и публикаций в СМИ, означает партнерство с *Hermes*²⁶⁹. Таким образом, суд отклонил ходатайство компании *Rothschild* о прекращении дела²⁷⁰.

В делах, связанных с нарушением права на публичность с помощью *NFT*, суд может согласиться с анализом Первой поправки, представленным судом в деле *Hermes International*²⁷¹. Так, в деле *Parks v. LaFace Records*²⁷² суд пришел к аналогичному выводу в связи с использованием имени активистки движения за гражданские права Розы Паркс в песне под названием *Rosa Parks*. Суд постановил, что «разумно предположить, что имя [Розы Паркс] было присвоено исключительно из-за значительного роста маркетинговых возможностей продукта, носящего имя национальной героини»²⁷³. Многие знаменитости сотрудничают с платформами *NFT*,

²⁵⁹ 603 F. Supp. 3d 98 (S.D.N.Y. 2022). После того как окружной суд проинструктировал присяжных о том, что *NFT* могут быть защищены Первой поправкой, присяжные вынесли вердикт в пользу *Hermes* и установили, что, по мнению окружного суда, *NFT* Ротшильда вводили потребителей в заблуждение относительно источника этого *NFT*. *Hermes Int'l v. Rothschild*, No. 22-CV-384, 2023 WL 4145518, at *1, *4 (S.D.N.Y. June 23, 2023).

²⁶⁰ См. *Hermes Int'l*, 603 F. Supp. 3d at 103–04.

²⁶¹ Там же, at 100.

²⁶² См. там же, at 102–03.

²⁶³ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 8:71.

²⁶⁴ *Hermes Int'l*, 603 F. Supp. 3d at 103–04.

²⁶⁵ Там же, at 104.

²⁶⁶ Там же.

²⁶⁷ Там же.

²⁶⁸ См. *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 8:71; обсуждение выше Раздел I.A.2.

²⁶⁹ *Hermes Int'l*, 603 F. Supp. 3d at 105.

²⁷⁰ См. там же, at 107.

²⁷¹ См. там же, at 100.

²⁷² 329 F.3d 437 (6th Cir. 2003).

²⁷³ Там же, at 454.

создавая и продавая свои цифровые изображения в качестве *NFT*-аватаров²⁷⁴. Если платформа *NFT* отображает характеристики известного человека на *NFT*-аватаре и связывает его имя с маркетингом этой *NFT* без его согласия, суд может приравнять такое использование к тому, что было в деле Паркс²⁷⁵. Как и в случае с делом Паркс, суд может далее решить, что защита в рамках Первой поправки по отношению к данной платформе не работает, так как платформа использовала имя и характеристики знаменитости только для привлечения покупателей и для создания у них ложного впечатления, что знаменитость одобряет этот проект²⁷⁶.

Напротив, когда *NFT*-аватар не во всем похож на объект и не идентифицируется его именем, а значит, с меньшей вероятностью может ввести покупателей в заблуждение, суд может решить, что создатель *NFT* освобождается от ответственности по критерию Роджерса²⁷⁷. Так, в деле *Brown v. Electronic Art*²⁷⁸ аватар видеоигры отображал множество характеристик реального футболиста, включая «принадлежность к команде, игровую позицию, возраст, рост, вес, уровень способностей и другие». Тем не менее суд постановил, что этот аватар имеет художественное значение, поскольку производитель игры подчеркивает ее реалистичность и не предполагает, что истец одобряет использование своего образа²⁷⁹.

Примером компании, которая аналогичным образом создает *NFT*-аватары спортсменов, является компания *The Players' Lounge*²⁸⁰. В сотрудничестве с футболистами Университета Джорджии (*UGA*) платформа *NFT* выпустила коллекцию *NFT*-аватаров, на которых изображены цифровые мультипликационные изображения бульдога – талисмана *UGA* – в виде футболистов²⁸¹. Если бы платформа *NFT* представляла *NFT*-аватары в виде конкретных футболистов, включая их номера, место учебы и детали биографии, без их согласия и без указания их имен, как это сделал производитель игры в деле *Brown v. Electronic Art*, то суд мог бы аналогичным образом вынести решение в пользу создателя *NFT* в соответствии с критерием Роджерса²⁸². В этом случае использование образов футболистов может подпадать под действие Первой поправки в соответствии с двумя пунктами критерия. Для этого было бы необходимо: (1) подтвердить художественную значимость творческой переработки образов в игровых персонажах и доказать, что это способствует достижению цели платформы – приблизить спортивных болельщиков к их любимым командам, и (2) установить отсутствие факта введения потребителей в заблуждение путем изображения футболистов в виде собак, у которых нет идентифицируемых имен²⁸³.

В деле *Hermes International* суд также применил критерий Роджерса к ситуации, когда *NFT* появляются в метавселенной, которая представляет собой «симуляцию цифровой среды», предназначенную «для создания пространства, имитирующего реальный мир, для разнообразного взаимодействия пользователей»²⁸⁴. Верховный суд округа Нью-Йорк постановил, что критерий Роджерса «нельзя было бы применить... если бы *NFT* были прикреплены к цифровому файлу виртуальной сумочки *Birkin*... позволяя владельцам *NFT* взаимодействовать в метавселенной»²⁸⁵. Многие видеоигры существуют в метавселенной, где люди участвуют в них в виде своих онлайн-аватаров и взаимодействуют с аватарами других пользователей в режиме

²⁷⁴ См. Salmi, выше прим. 18.

²⁷⁵ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, § 8:71.

²⁷⁶ См. там же.

²⁷⁷ См. там же.

²⁷⁸ 724 F.3d 1235 (9th Cir. 2013).

²⁷⁹ Там же, at 1240.

²⁸⁰ См. The Players' Lounge, выше прим. 122.

²⁸¹ См. Kristi Dosh, Former UGA Football Players Create NFTs to Benefit Current Players, Forbes (Dec. 28, 2021, 5:13 PM), <https://www.forbes.com/sites/kristidosh/2021/12/28/former-uga-football-players-create-nfts-to-benefit-current-players/?sh=2442f2c15163> [<https://perma.cc/JML5-YCWF>].

²⁸² См. Brown, 724 F.3d at 1243–47.

²⁸³ См., например, K & K Prods., Inc. v. Walt Disney Studios Motion Pictures, No. 20-CV-1753, 2021 WL 4394787, at *5 (D. Nev. Sept. 23, 2021) (вынесено решение, что персонаж мультфильма и фигурки не вводили потребителей в заблуждение относительно одобрения истца, поскольку персонаж имел другие имя и внешность, чем истец).

²⁸⁴ См. John Morrow & James Dority, Trademark Law, NFTs and the Metaverse, Westlaw Today (June 29, 2022), <https://today.westlaw.com/Document/I6ed47754f7d711ec9f24ec7b211d8087/View/FullText.html> [<https://perma.cc/VZ3R-6HUG>].

²⁸⁵ Hermes Int'l, 603 F. Supp. 3d at 104 n.3.

реального времени²⁸⁶. *NFT* попадают в такие игры в виде аватаров; другими словами, можно купить *NFT*, представляющие собой аватары для использования в игре²⁸⁷.

Примечательно, что на торговых площадках создаются *NFT*-аватары, изображающие знаменитостей, а на некоторых платформах можно купить эти аватары и использовать их в играх на этих платформах²⁸⁸. Некоторые *NFT*-аватары можно переносить между виртуальными мирами, и даже созданы виртуальные пространства, куда можно загружать *NFT*-аватары, купленные на разных торговых площадках²⁸⁹. Что касается дела *Hermes International*, то неизвестно, можно ли было бы применить анализ метавселенной к *NFT*-аватару, изображающему известное лицо, без его согласия в метавселенной, а не к *NFT* виртуального аксессуара²⁹⁰. Однако в случаях, когда игра изображает известное лицо в качестве аватара без его согласия, «почти все суды» применяют критерий преобразующего использования²⁹¹. Поэтому в следующем разделе мы рассмотрим вопрос о том, как право на публичность может применяться к несанкционированному использованию образа в виде *NFT*-аватаров исходя из критерия преобразующего использования.

2. Применение критерия преобразующего использования

Видеоигры представляют собой «художественные высказывания, пользующиеся той же защитой согласно Первой поправке, что и книги и кинофильмы»²⁹². Поэтому если истец утверждает, что видеоигра нарушает его право на публичность, суд должен обратиться к анализу Первой поправки²⁹³. Согласно критерию преобразующего использования, «если при использовании... образ истца в достаточной степени ‘трансформируется’, то, вероятнее всего, право на публичность не было нарушено»²⁹⁴.

Право на публичность защищено законом, когда аватары в видеоиграх представляют собой «буквальные, традиционные изображения»²⁹⁵. Например, в деле *No Doubt v. Activision Publishing, Inc.*²⁹⁶ суд поддержал право музыкальной группы на публичность, так как аватары в видеоигре изображали «сгенерированные компьютером образы реальных участников группы, тщательно разработанные для имитации сходства», а также «исполняли песни в стиле рок»²⁹⁷. Кроме того, суд отклонил аргументацию создателя видеоигры о том, что трансформация аватаров была достаточной, поскольку они действовали в открытом космосе и других локациях, содержащих «выдуманные элементы»²⁹⁸. Аналогичным образом, «суды Третьего и Девятого округов, рассмотрев почти идентичные дела» против одного и того же ответчика, вынесли решения в защиту права истцов на публичность; речь шла о том, что аватары в видеоиграх повторяли цвет кожи и волос, прически, вес, рост и биографические данные истцов и, как и истцы в то время, играли в футбольных командах колледжей²⁹⁹.

²⁸⁶ См. *Morrow & Dority*, выше прим. 284; *Geri Mileva*, *Top 10 Metaverse Games to Immerse Yourself Into* (2023), *Influencer Mktg. Hub*, <https://influencemarketinghub.com/top-metaverse-games/> [<https://perma.cc/D8CJ-9A9D>] (Mar. 15, 2023).

²⁸⁷ См. *Hoogendoorn*, выше прим. 246.

²⁸⁸ См., например, *WPT Ambassadors Steve Aoki & Brad Owen Headline Poker Heroes NFT Project*, *WPT Global* (May 12, 2022), <https://www.worldpokertour.com/news/wpt-ambassadors-steve-aoki-brad-owen-headline-poker-heroes-nft-project/> [<https://perma.cc/A53N-65XC>]; 3,333 *Steve Aoki NFT Avatars Join the Sandbox*, выше прим. 20; *Tan*, выше прим. 123.

²⁸⁹ См., например, *CloneX, RTFKT*, <https://clonex.rtfkt.com/> [<https://perma.cc/MWG6-AQ2X>] (last visited Oct. 6, 2023); *Introducing NFT All Stars Level 1*, *GEENEE*, <https://geenee.ar/nftall-stars-game/> [<https://perma.cc/M6YA-5RBF>] (last visited Oct. 6, 2023); *Interoperability Overview*, *SANDBOX*, <https://sandboxgame.gitbook.io/production/interoperability/interoperability-overview> [<https://perma.cc/T5LJ-C4UR>] (last visited Oct. 6, 2023).

²⁹⁰ *См. Hermes Int'l v. Rothschild*, 603 F. Supp. 3d 98, 104 n.3 (S.D.N.Y. 2022).

²⁹¹ *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 8:73.

²⁹² Там же (цитируется *Brown v. Ent. Merchs. Ass'n*, 564 U.S. 786, 790 (2011)).

²⁹³ См. там же.

²⁹⁴ Там же, § 8:72.

²⁹⁵ *In re NCAA Student-Athlete Name & Licensing Litig.*, 724 F.3d 1268, 1274 (9th Cir. 2013) (цитируется *Comedy III Prods., Inc. v. Gary Saderup, Inc.*, 21 P.3d 797, 811 (Cal. 2001)).

²⁹⁶ 122 Cal. Rptr. 3d 397 (Ct. App. 2011).

²⁹⁷ *No Doubt*, 122 Cal. Rptr. 3d at 409-11.

²⁹⁸ Там же, at 411.

²⁹⁹ *McCarthy & Schechter*, выше прим. 45, 2, § 8:73; См. также *Hart v. Elec. Arts, Inc.*, 717 F.3d 141, 146, 166 (3d Cir. 2013); *In re NCAA Student-Athlete Name & Licensing Litig.*, 724 F.3d at 1276-79.

Поэтому в штатах, где суды применяют критерий преобразующего использования, суд, скорее всего, вынесет решение, что несанкционированное «реалистичное изображение» известного человека в виде *NFT*-аватара, благодаря схожим чертам и физическим характеристикам и идентифицирующему контексту, нарушает его право на публичность³⁰⁰. Например, если в сетевой игре, где пользователи могут петь и выступать с концертами, как в игре *No Doubt*, продаются *NFT*-аватары, изображающие реально существующих певцов с их характеристиками (одежда, цвет кожи, волосы, черты лица), то в соответствии с правом на публичность суд, вероятно, будет на стороне этих певцов, поскольку аватары «принимают форму буквального изображения» их черт и имитируют их род занятий³⁰¹. Ситуация не меняется от того, что в этой игре пользователи могут сделать так, чтобы аватары исполняли песни, которые настоящие участники группы не пели, и исполняли их «в необычных местах, включая космическое пространство»; право музыкальной группы на публичность нарушается, поскольку аватары занимаются той же «деятельностью, с помощью которой группа добилась известности и продолжает пользоваться ею»³⁰². Таким образом, если *NFT*-аватар обладает близким сходством с личностью в виде черт лица и физических особенностей, а также в виде действий, которыми известна эта личность, то решение суда, скорее всего, будет таким же, как и в деле *No Doubt*, даже если *NFT*-аватар настроен необычным и нереалистичным образом³⁰³.

В отличие от дела *No Doubt*, в деле *Kirby v. Sega of America, Inc.*³⁰⁴ апелляционный суд второго округа штата Калифорния постановил, что, хотя аватар был «похож на певицу» и «в достаточной степени напоминал черты и личный стиль певицы, чтобы навести на мысль о подражании» (рыжие волосы, алые губы, форма лица и глаз, фигура и фирменные фразы), однако образ был трансформирован настолько, что право на публичность перестало действовать³⁰⁵. Суд постановил, что «обычная прическа», «традиционный костюм», танцевальные движения и обстановка «космического репортера XXV века» достаточно сильно отличают аватар от реальной певицы³⁰⁶. Аналогичным образом, в деле *Hamilton v. Speight*³⁰⁷ Апелляционный суд США по Третьему округу постановил, что использованная в видеоигре внешность футболиста в качестве аватара достаточно сильно отличается от внешности истца и отклонил его иск о праве на публичность; при этом аватар имел одинаковые с истцом цвет кожи, черты лица, прическу, телосложение, голос и костюм и также играл в футбол³⁰⁸. Кроме того, в деле *Mitchell v. The Cartoon Network, Inc.*³⁰⁹ окружной суд США по округу Нью-Джерси постановил, что персонаж мультфильма не нарушил право известного геймера на публичность, хотя у них были одинаковые «длинные черные волосы и борода», схожая предыстория и черты личности; однако персонаж «выглядел не как человек, а как гигантская плавающая голова без туловища, прибывшая из космоса»³¹⁰.

NFT-аватары чаще всего выглядят как внеземные существа; в этом случае их защищает Первая поправка, как в делах *Hamilton* и *Mitchell*³¹¹. Это могут быть и иные существа, такие как инопланетяне, зомби и кролики на

³⁰⁰ Hart, 717 F.3d at 168.

³⁰¹ *No Doubt*, 122 Cal. Rptr. 3d at 407 (цитируется *Comedy III Prods., Inc. v. Gary Saderup, Inc.*, 21 P.3d 797, 808 (Cal. 2001)). Такая игра уже скоро может появиться в метавселенной. Звукозаписывающая компания Universal Music Group и отдельные знаменитости сотрудничают с *NFT*-компанией Genies, планируя запустить *NFT*-аватары певцов в метавселенной. См. Dean Takahashi, Genies Raises \$150M at over \$1B Valuation for Metaverse Avatars, VentureBeat (Apr. 12, 2022, 7:01 AM), <https://venturebeat.com/games/genies-raises-150m-at-over-1b-valuation-for-metaverse-avatars/> [<https://perma.cc/8FWH-4G32>]. Их виртуальные образы «будут использоваться в качестве запасных на онлайн-мероприятиях», которые, скорее всего, будут представлять собой концерты в метавселенной. Там же; см. Harry Chen, Virtual Concert in the Metaverse: The Future of the Musical Industry, EventX (July 20, 2022), <https://www.eventx.io/blog/virtual-concert-in-the-metaverse-the-future-of-the-musical-industry> [<https://perma.cc/RPY7-MYWT>].

³⁰² *No Doubt*, 122 Cal. Rptr. 3d at 411.

³⁰³ См. там же.

³⁰⁴ 50 Cal. Rptr. 3d 607 (Ct. App. 2006).

³⁰⁵ Там же, at 613.

³⁰⁶ Там же, at 616.

³⁰⁷ 827 F. App'x 238 (3d Cir. 2020).

³⁰⁸ См. там же, at 240 (установлено, что аватар «[сражался] с фантастическими существами в вымышленном мире» и служил в армии, а истец не делал ни того, ни другого).

³⁰⁹ No. CV 15-5668, 2015 WL 12839135 (D.N.J. Nov. 20, 2015).

³¹⁰ Там же, at *5.

³¹¹ См. *Hamilton*, 827 F. App'x at 240; *Mitchell*, 2015 WL 12839135, at *5; Hoogendoorn, выше прим. 246.

двух ногах³¹². На многих платформах *NFT* аватары, которые кажутся похожими на людей, представляют собой нереалистичные образы³¹³. Например, в метавселенной игры *The Sandbox* были проданы тысячи пиксельных *NFT*-аватаров музыканта Стива Аоки³¹⁴. Покупатель такого *NFT* может взаимодействовать с другими людьми как виртуальная личность Аоки³¹⁵. Однако каждый аватар обладает уникальными характеристиками, которые значительно отличаются от характеристик реального Аоки³¹⁶. Так, у настоящего Аоки длинные каштановые волосы, а его аватары носят различные прически: от светлых высоких остроконечных пиков с цветочным венком до длинных волос цветов радуги с рогами³¹⁷. Кроме того, у многих аватаров Аоки цвет кожи неестественного оттенка и другие нечеловеческие характеристики; костюмы каждого аватара уникальны, и многие из них не соответствуют стилю настоящего Аоки³¹⁸.

Если бы в рамках игры *The Sandbox* эти *NFT* выпускались и продавались без согласия Аоки, суд мог бы счесть, что такое использование в достаточной степени трансформирует личность Аоки благодаря описанным выше необычным характеристикам³¹⁹. Кроме того, решение суда по Третьему округу гласит: «Остается открытым вопрос... могут ли претензии на право публичности распространяться на... пикселизированные изображения [аватаров]»³²⁰. Иными словами, пикселизированность аватара, как в случае с аватарами Аоки, может сделать образ правообладателя менее идентифицируемым, что уменьшает степень главенствования его права на публичность³²¹. Однако некоторые аватары Аоки больше напоминают реального музыканта своими длинными каштановыми волосами и стилем одежды; при этом его образ трансформируется не в такой степени, чтобы затрагивать право на публичность³²².

Кроме того, возможность защиты правообладателей от несанкционированного использования их образов в видеоиграх в рамках права на публичность зависит от сопутствующих обстоятельств³²³. Суд по Третьему округу постановил, что если художественные элементы видеоигры, внешние по отношению к изображению истца, «существенно влияют на использование или значение образа [истца]», то суд будет рассматривать их как элементы трансформации образа³²⁴. Во многих видеоиграх, которые суды ранее рассматривали в делах о праве на публичность, аватар истца мог представлять, например, только футболиста на поле или музыканта в группе, однако игры в метавселенной часто не ограничиваются одним цифровым ландшафтом или конечной целью³²⁵. Они предоставляют пользователям расширенные возможности управлять игрой и «существованием» своих аватаров в целом³²⁶. Эта новая эра в области игр наступила благодаря стремлению многих *NFT* компаний достичь интероперабельности – возможности взаимодействия между виртуальными мирами и платформами в метавселенной³²⁷. Игровой мир *NFT* уже реализует эту цель.

³¹² См. Hoogendoorn, выше прим. 246.

³¹³ См., например, Steve Aoki Avatars, OpenSea, <https://opensea.io/collection/steve-aoki-avatars> [<https://perma.cc/4VJS-LAUW>] (last visited Oct. 6, 2023).

³¹⁴ См. там же.

³¹⁵ См. там же.

³¹⁶ См. там же.

³¹⁷ См. там же.

³¹⁸ См. там же.

³¹⁹ См. там же.

³²⁰ Hart v. Elec. Arts, Inc., 717 F.3d 141, 166 n.38 (3d Cir. 2013).

³²¹ См. там же.

³²² См. Steve Aoki Avatars, выше прим. 313.

³²³ См. Hart, 717 F.3d at 169.

³²⁴ Там же.

³²⁵ См., например, CloneX, выше прим. Introducing NFT All Stars Level 1, выше прим. 289; Interoperability Overview, выше прим. 289.

³²⁶ Isaiah Richards, Metaverse: Already Existing in Video Games?: MMORPGs Resemble the Digital World; What's Different?, Tech Times (Jan. 11, 2022), <https://www.techtimes.com/articles/270347/202201n/metaverse-already-existing-video-games-mmorpgs-resemble-digital-world-what.htm> [<https://perma.cc/N6HG-JYT2>].

³²⁷ См. Sophie Goossens & John P. Feldman, Gaming in the Metaverse – An NFT-Powered Revolution?, Intell. Prop. & Tech. L.J., Nov.-Dec. 2021, at *4; Ash Koosha, The Future of the Metaverse Hinges on Interoperability, FAST CO. (Oct. 11, 2022), <https://www.fastcompany.com/90794333/the-future-of-the-metaverse-hinges-on-interoperability> [<https://perma.cc/4VVJ-MECJ>].

Например, *CloneX* – это *NFT*-аватар, существующий в виде *3D*-файла³²⁸. Игроки могут загружать этот файл на различные платформы, получая доступ к игре в качестве *NFT*-аватара в различных игровых средах³²⁹. Эта новая технология позволяет владельцам *NFT* размещать свои аватары в бесчисленных виртуальных мирах, которые они и сами могут разрабатывать с нуля. При этом неясно, будет ли защищено право на публичность в ситуациях, когда игроки могут существенно изменить как окружение, так и действия аватара, потенциально нарушающего правила. Суд может посчитать, что эти новые игровые функции «придают [несанкционированному использованию] некий дополнительный творческий элемент, выходящий за рамки... ‘обычной вариации’», тем самым существенно преобразая *NFT*-аватар³³⁰. В следующем разделе мы рассмотрим «явные» вредные последствия *NFT*, выделяемые правоведами в связи с нарушением права на публичность³³¹.

С. Использование прецедентов против новых угроз

Правовед Марк Конрад считает, что, хотя проблемы, с которыми сталкиваются правообладатели, «не новы, их применение в мире кибертворений ставит перед нами интересные и сложные задачи»³³². В частности, профессор Конрад обсуждает конфликт между правом на публичность и Первой поправкой в контексте *NFT*³³³. Он пишет, что этот конфликт «только обострился» с появлением *NFT* из-за их новизны и того факта, что судам придется применять конституционные принципы и принципы общего права «к технологии, которой едва исполнилось подлестка лет»³³⁴. Анализируя пример художника, выпустившего *NFT* своей картины с изображением известных боксеров, профессор Конрад предположил, что «денежный» характер *NFT* делает коммерческую деятельность их основной целью, «независимо от того, насколько ‘преобразующим’ является произведение»³³⁵. Однако он также отмечает, что «дизайн, вполне вероятно... избежит иска о праве на публичность», поскольку лежащее в его основе произведение является художественным³³⁶. Другие правоведы высказывают аналогичные соображения³³⁷. Они отмечают, что, хотя «коммерческий характер *NFT* противоречит» аргументам Первой поправки, однако «чем в большей степени *NFT* содержит художественное... изображение человека, тем более вероятно, что к нему будет применена защита Первой поправки»³³⁸.

Другой правовед – Стейси М. Лантань – рассматривает конфликт между Законом об авторском праве и правом на публичность в пространстве *NFT*³³⁹. По ее словам, люди, чьи изображения стали вирусными в Интернете, и знаменитости, которых фотографируют папарацци, обычно не могут остановить распространение своих изображений фотографом, поскольку последний, как владелец авторских прав, «имеет исключительные права на воспроизведение и распространение фотографий»³⁴⁰. По мнению эксперта, это ограничивает способность сфотографированного человека отстаивать свои права на использование своего изображения, «которые Закон об авторском праве не признает», например, в таких ситуациях, как коммерциализация фотографии

³²⁸ См. *CloneX*, выше прим. 289. Еще один пример движения игрового мира *NFT* в сторону совместимости – *NFT All Stars Level 1. Introducing NFT All Stars Level 1*, выше прим. 289. Эта игра была разработана совместно несколькими игровыми компаниями для метавселенных. Она позволяет владельцу *NFT*-аватара любой из этих компаний поместить его в предложенную обстановку и взаимодействовать с другими *NFT*-аватарами в реальном времени. См. там же.

³²⁹ См. *CloneX*, выше прим. 289; *Introducing NFT All Stars Level 1*, выше прим. 289.

³³⁰ *Hart v. Elec. Arts, Inc.*, 717 F.3d 141, 169 (3d Cir. 2013) (цитируется *Winter v. DC Comics*, 69 P.3d 473, 478 (Cal. 2003)).

³³¹ Ghaith Mahmood, Tara McCortney & Nima Mohebbi, *NFTs and the Right of Publicity: Assessing the Legal Risks*, JD Выше (Aug. 16, 2021), <https://www.jdsupra.com/legalnews/nfts-and-the-right-of-publicity-9050692/> [<https://perma.cc/7JTL-R7WH>].

³³² Conrad, выше прим. 12, at 152.

³³³ См. там же, at 147.

³³⁴ Там же, at 147–48.

³³⁵ Там же, at 150.

³³⁶ Там же.

³³⁷ См., например, Anthony J. Dreyer & David M. Lamb, *Can I Mint an NFT with That?: Avoiding Right of Publicity and Trademark Litigation Risks in the Brave New World of NFTs*, WESTLAW TODAY (June 2, 2021), <https://today.westlaw.com/Document/150a657bcb1ca11ebbea4f0dc9fb69570/View/FullText.html> [<https://perma.cc/8SVT-KFDM>].

³³⁸ Там же.

³³⁹ См. (Lantagne, 2022).

³⁴⁰ Там же, at 277.

или ее распространение в социальных сетях³⁴¹. Профессор Лантань отмечает, что «суды отдают предпочтение праву правообладателя обнародовать фотографию перед правом субъекта блокировать ее»³⁴². Далее она пишет, что *NFT* знаменуют собой сдвиг в полномочиях правообладателей, поскольку «любой человек может создать *NFT*», поэтому любой, кто является объектом фотографии, может создавать и монетизировать *NFT* самого себя³⁴³.

Комментаторы отмечают, что проблемы, связанные с нарушением права на публичность, усиливаются, когда каналом такого нарушения является *NFT*³⁴⁴. Одной из причин «более выраженных [рисков]» является «демократичность *NFT*»³⁴⁵. Любой человек может создать *NFT* чего угодно – для этого «не требуется никаких юридических знаний»³⁴⁶. Поэтому может «возникнуть соблазн связать существующее изображение человека с *NFT*, чтобы быстро заработать деньги»³⁴⁷. Эта проблема усугубляется тем, что больше всего внимания привлекают «именно те *NFT*, которые создаются без особых усилий, но продаются за ошеломляющие суммы... так происходит, в частности, потому, что для создания *NFT* часто выбирают вирусные изображения»³⁴⁸.

Другой проблемой, вызывающей растущую озабоченность в связи с *NFT*, является анонимность транзакций в блокчейне³⁴⁹. «Владельцев *NFT* часто практически невозможно отследить из-за анонимного характера онлайн-идентификации криптовалют...»³⁵⁰. По словам экспертов, *copyfraud* («мошенничество с авторским правом», когда человек, не владеющий авторскими правами на произведение, выдает себя за владельца таких прав) «вызывает особенно серьезные проблемы [в отношении *NFT*] из-за анонимности блокчейна», поскольку «затрудняет проверку» владельца авторских прав на основное произведение³⁵¹. Мошенничество с авторским правом еще более усложняется и может привести к нарушению права на публичность, когда оно связано с продажей авторских прав на произведение, в котором использован образ другого человека, как образ Jay-Z в деле *Roc-A-Fella Records, Inc.*³⁵². Возможность того, что анонимность блокчейна помешает правообладателям добиваться возмещения ущерба, обсуждалась и в отношении *NFT* в метавселенных³⁵³. В одной из статей подчеркивалось, что разработка цифрового контента в метавселенной «анонимными аватарами» «значительно усложнит» идентификацию создателей такого контента и правоприменительные действия по отношению к ним³⁵⁴.

Ученые также отмечают, что, даже если пострадавшие стороны идентифицируют нарушителей, неизменность транзакций в блокчейне создает еще одно препятствие для правообладателей в отстаивании их прав³⁵⁵. «Созданный *NFT* будет существовать в блокчейне вечно»³⁵⁶. Если *NFT* был создан и продан с нарушением прав правообладателя, то «его покупатель будет навсегда зарегистрирован в блокчейне как его единственный владелец»³⁵⁷. В одной из статей отмечается, что правообладатели «столкнутся с неопреде-

³⁴¹ Там же.

³⁴² Там же.

³⁴³ Там же, at 278.

³⁴⁴ См. Mahmood et al., выше прим. 331.

³⁴⁵ Там же.

³⁴⁶ Там же.

³⁴⁷ Там же.

³⁴⁸ Там же.

³⁴⁹ См. Peter Willsey, Vincent Badolato, Haroon Mian & Jason Sobel, *NFT Litigation: Shaping IP Rights in the Metaverse*, Westlaw Today (July 12, 2022), <https://today.westlaw.com/Document/I4dec77580208ned9f24ec7b2nd8087/View/FullText.html> [<https://perma.cc/3Q7X-8GCH>]; *NFTs and Intellectual Property*, Reuters: Prac. L.: J. (Aug. 30, 2022), <https://www.reuters.com/practical-law-the-journal/transactional/nfts-intellectual-property-2023-02-01/> [<https://perma.cc/6DLK-A7EJ>]; (Lewis et al., 2021, at 19).

³⁵⁰ (Noh et al., 2022, at 325).

³⁵¹ (Lewis et al., 2021, at 19).

³⁵² См. в целом Complaint & Demand for Jury Trial, выше прим. 227.

³⁵³ *NFTs and Intellectual Property*, выше прим. 349.

³⁵⁴ Там же.

³⁵⁵ См. там же.

³⁵⁶ Laura Ganoza & Ashley Koley, *From Gamers to the Runway, Landslide*, Mar.-Apr. 2022, at 21.

³⁵⁷ Там же.

ленностью при разрешении споров, учитывая необратимый характер транзакций в блокчейне»³⁵⁸. Кроме того, неизменность блокчейна делает «в значительной степени неопределенным... применение принципов общего права к транзакциям с *NFT*»³⁵⁹. Стандартным средством защиты в делах о праве на публичность является постоянный судебный запрет, который не позволяет ответчику «продолжать нарушение»³⁶⁰. Однако в контексте *NFT* эту форму защиты трудно применить к активам, которые живут в Сети «вечно» и не могут быть уничтожены³⁶¹.

Наконец, ученые отмечают риски, связанные с возможностью переноса *NFT* на другой рынок или платформу, отличную от той, где они были первоначально проданы, с точки зрения «применимости лицензионных условий к последующим покупателям»³⁶². Так, одним из достоинств *NFT* является возможность переносить их за пределы первоначального рынка и продавать вторичным покупателям³⁶³. Например, как уже обсуждалось в данной статье, возможность переноса характерна для игровых платформ *NFT*, многие из которых позволяют пользователям перемещать свои *NFT*-аватары между игровыми платформами и средами³⁶⁴. Однако «в таких ситуациях будущий покупатель может не знать о лицензионных условиях и ограничениях», например, регулирующих права на имя и образ, «связанных с данным произведением»³⁶⁵. Более того, «включение ссылки на лицензионные условия в метаданные *NFT*», как это делают многие торговые площадки и создатели *NFT*, вряд ли решит проблему неприменимых лицензионных условий, поскольку «покупатель может не посмотреть на метаданные до совершения покупки»³⁶⁶. Даже если покупатель посмотрит метаданные приобретаемого *NFT*, нарушение все равно возможно, поскольку «в сделке с *NFT* может не быть этапа, на котором покупатель выражает свое согласие с условиями этой сделки»³⁶⁷.

В части III представлен ряд мер, которые могли бы принять правообладатели, платформы *NFT* и суды для сдерживания и ограничения процесса создания *NFT*, нарушающих право на публичность³⁶⁸.

³⁵⁸ NFTs and Intellectual Property, выше прим. 349.

³⁵⁹ Там же.

³⁶⁰ 2 McCarthy & Schechter, выше прим. 45, § 11:22.

³⁶¹ Ganoza & Koley, выше прим. 356, at 21; См. NFTs and Intellectual Property, выше прим. 349.

³⁶² Andrew Beatty, Alexander C. Drylewski, Eytan Fisch, Mana Ghaemmaghami, Nathan Giesselman, Stuart Levi, Daniel Michael, Bao Nguyen & Anita Oh, Am. L. Inst. Continuing Legal Educ., Cryptocurrency Fraud: What Banking Business and Securities Lawyers Need to Know (2022).

³⁶³ См. там же.

³⁶⁴ См. обсуждение выше Раздел II.B.2.

³⁶⁵ Beatty et al., выше прим. 362.

³⁶⁶ Там же.

³⁶⁷ Там же.

³⁶⁸ См. ниже Раздел III; Anthonia Isichei, OpenSea Blacklisted \$27M Worth of NFTs, Including BAYC and MAYC: Report, CryptoPotato (July 7, 2022), <https://cryptopotato.com/opensea-blacklisted-27m-worth-of-nfts-including-bayc-and-mayc-report/> [<https://perma.cc/EB5Y-ZZKP>] (описывается торговая площадка NFT, которая запретила продажу NFT стоимостью более 27 миллионов долларов в ответ на сообщения о краже NFT); Jabari Young, NBA Union Executive Leads Talks to Help Players Make More Money from NFTs, CNBC (May 4, 2021, 12:59 PM), <https://www.cnbc.com/2021/05/04/nba-union-executive-leads-talks-to-help-players-make-more-money-from-nfts.html> [<https://perma.cc/SDH6-MR8R>] (объясняется, что Национальная баскетбольная лига начала переговоры с создателем *NFT* с фото- и видеоизображениями баскетболистов с целью «пересмотра лицензионного соглашения» для защиты прав игроков на их изображения); James G. Gatto, NFT License Breakdown: Exploring Different Marketplaces and Associated License Issues, Nat'l L. Rev. (Sept. 21, 2021), <https://www.natlawreview.com/article/nft-license-breakdown-exploring-different-marketplaces-and-associated-license-issues> [<https://perma.cc/5MYZ-RBY5>] (объясняются различия между открытыми, курируемыми и проприетарными торговыми площадками в связи с продажей *NFT*, а также тот факт, что условия торговых площадок *NFT* «часто не вполне учитывают меры защиты, необходимые владельцам интеллектуальной собственности в составе базового цифрового актива, связанного с *NFT*»); Gregory J. Battersby & Charles W. Grimes, Multimedia and Technology Licensing Agreements, 1, § 4:81 (2022); China's First Court Ruling on NFT Art Theft Holds Marketplace Accountable, Yahoo Finance (Apr. 25, 2022), <https://finance.yahoo.com/news/chinas-first-court-ruling-nft-093000697.html> [<https://perma.cc/QJP4-WJH7>] (описывается, как суд в Китае привлек к ответственности торговую площадку *NFT* за то, что она разрешила пользователю создать *NFT* с использованием украденного произведения; суд постановил, что *NFT* должен быть уничтожен).

III. РЕГУЛИРОВАНИЕ СО СТОРОНЫ ПРАВООБЛАДАТЕЛЕЙ, МАРКЕТПЛЕЙСОВ *NFT* И СУДОВ

Мы согласны со специалистами, которые говорят о растущей угрозе для права на публичность со стороны *NFT*. Профессор Конрад верно отметил, что использование *NFT* в качестве канала для нарушения чужого права на публичность приводит к новым и все более сложным последствиям для реализации этого права³⁶⁹. Что касается конфликта между Первой поправкой и правом на публичность, большую неопределенность создает тот факт, что судам придется применять принципы конституции и общего права, существовавшие десятилетиями, к технологии *NFT*, которая получила распространение только в 2021 г.³⁷⁰ Как утверждают правоведы, если *NFT* представляет собой несанкционированное использование образа, имеющее художественный характер, суды, скорее всего, будут защищать такое использование в соответствии с Первой поправкой, а не с правом на публичность³⁷¹. Так, суд Южного округа Нью-Йорка уже признал возможность защиты свободы слова для художественных *NFT*, по крайней мере, в случае использования товарного знака, нарушающего авторские права³⁷². Однако традиционное применение судами Закона о праве на публичность к этой новой технологии не учитывает повышенные риски, которые *NFT* создают для права на публичность по сравнению с другими, более традиционными способами нарушения³⁷³. Этот вред особенно очевиден с учетом того, что все больше *NFT* с образом правообладателя представляют собой контент, который суды ранее считали художественным. Это относится и к *NFT*, представляющим собой аватары знаменитостей³⁷⁴.

Судебные дела, ответчиками в которых выступали производители видеоигр, обычно касались игр с контентом, созданным для этих игр, без возможности импортирования стороннего контента³⁷⁵. Однако современный игровой мир выглядит иначе. Игры с использованием *NFT* часто предоставляют пользователям возможность создавать все аспекты цифровых миров, включая создание *NFT*-аватаров с нуля и наделение их любыми характеристиками³⁷⁶. Одновременно эти платформы реализуют концепцию совместимости, позволяя *NFT*-аватарам существовать в нескольких виртуальных мирах и взаимодействовать с *NFT*-аватарами из других цифровых вселенных³⁷⁷. Благодаря высокой степени интерактивности и возможности пользователям осуществлять контроль почти над любым аспектом игрового мира, значительно повышается вероятность того, что суд признает такое использование художественным и оправдает нарушителя³⁷⁸.

Оправдание такого несанкционированного использования усугубляет ранее рассмотренный вред в ситуациях, когда *NFT*-аватары взаимодействуют с другими аватарами в режиме реального времени. Во время такого взаимодействия в реальном времени пользователи *NFT* могут любыми способами имитировать известную личность, например, устраивать концерты и другие мероприятия в метавселенной в виде аватара знаменитости³⁷⁹. Возникает вопрос, как в таких случаях будет применяться право на публичность, учитывая возможности контроля владельцев над *NFT*: они могут создавать аватары преобразующими способами и быстро изменять их, легко уходя от ответственности за нарушение права другого человека на публичность³⁸⁰. Этот вопрос станет более сложным, когда компании начнут продавать *NFT*-аватары, изображающие знаменитостей, непосредственно геймерам, как, например, аватары Аоки. При этом геймеры смогут использовать и монетизировать аватары такими способами, которые не предусмотрены лицензиями на *NFT*³⁸¹.

³⁶⁹ См. Conrad, выше прим. 12, at 152.

³⁷⁰ См. там же, at 148.

³⁷¹ См. Mahmood et al., выше прим. 331; Conrad, выше прим. 12, at 152.

³⁷² См. *Hermes Int'l v. Rothschild*, 603 F. Supp. 3d 98, 103-04 (S.D.N.Y. 2022).

³⁷³ См. Mahmood et al., выше прим. 331.

³⁷⁴ Там же.

³⁷⁵ См. McCarthy & Schechter, выше прим. 45, 2, § 8:73.

³⁷⁶ См. Genest, выше прим. 169; *The Sandbox Avatar*, выше прим. 169.

³⁷⁷ См. *Interoperability Overview*, выше прим. 289.

³⁷⁸ См. *Hart v. Elec. Arts, Inc.*, 717 F.3d 141, 169 (3d Cir. 2013) (установлено, что творческие элементы в игре, помимо сходства аватара с изображением правообладателя, могут определять преобразующий характер такого использования).

³⁷⁹ См. Howcroft, выше прим. 133; Chen, выше прим. 301.

³⁸⁰ См. *Morrow & Dority*, выше прим. 284.

³⁸¹ *Steve Aoki Avatars*, выше прим. 313.

Кроме того, нередко коллекции *NFT*-аватаров и *NFT* знаменитостей состоят из тысяч разных и уникальных вариантов, как аватары Аоки³⁸². Попытка определить, какие из них нарушают право субъекта на публичность, а какие нет, становится «трудоемкой и непомерно дорогой»³⁸³. Однако даже если будет установлено, что определенные виды использования нарушают право субъекта на публичность, определение виновных и применение традиционных средств защиты этого права могут быть невозможны благодаря свойству переносимости аватаров на разные платформы и длительному сроку жизни *NFT*. Это особенно верно в случае, если решение суда об удалении нарушающих *NFT* будет вынесено уже после того, как они были проданы и перешли в собственность тысячам других владельцев³⁸⁴.

Более того, конкурирующие интересы держателей авторских прав и правообладателей создали противоречия в вопросе защиты прав на подобие, которые технология *NFT* еще более усугубляет³⁸⁵. Как специалисты, так и знаменитости выступают за то, чтобы правообладатели использовали *NFT* для осуществления контроля над своим образом, особенно когда речь идет о фотографии, на которую другое лицо может иметь авторские права³⁸⁶. Профессор Лантань приписывает этот потенциальный «перекос власти» в пользу правообладателей доступности *NFT* и «низкому барьеру входа»³⁸⁷. Однако это неизбежные «плюсы и минусы» технологии³⁸⁸. Хотя профессор Лантань утверждает, что *NFT* обеспечили «более широкую сферу контроля» субъектам фотографирования, она все же признает, что последствия для авторского права в этом «конфликте разделения прав между субъектом и правообладателем» «не совсем ясны»³⁸⁹. Однако, как показало дело *Notorious B.I.G., LLC*, суды все чаще отдают предпочтение защите авторских прав перед защитой права на публичность, когда оспариваемое использование происходит через *NFT* с изображением фотографии, защищенной авторским правом³⁹⁰. «Право этих субъектов на публичность... часто оказывается второстепенным по сравнению с авторскими правами правообладателя»³⁹¹. Если другие суды последуют примеру дела *Notorious B.I.G., LLC*, отдавая предпочтение авторским правам перед правами субъектов на публичность в пространстве *NFT*, то правообладатели могут не только подвергаться риску нарушения авторских прав просто в процессе реализации своих прав на изображение и продажи своих фотографий в качестве *NFT*, но также могут быть лишены возможности отстаивать свои права на публичность против владельцев авторских прав, которые продают несанкционированные изображения их самих в качестве *NFT*³⁹².

Профессор Лантань также подчеркивает, что *NFT* дают больше власти правообладателям, поскольку «каждый может создать *NFT* чего угодно»; тем самым субъекты, а не владельцы авторских прав получают возможность монетизировать свои изображения³⁹³. Однако «демократичность» и анонимность сделок с *NFT* одновременно делает более проблематичным и труднопреодолимым мошенничество с такими фотографиями³⁹⁴. Возьмем, к примеру, предполагаемое мошенничество с копирайтом в деле *Roc-A-Fella Records, Inc.*³⁹⁵ Там было четко указано лицо, обвиняемое в попытке продажи авторских прав, – Дэш³⁹⁶. Однако если пользователь Интернета обманул, заявив, что он является правообладателем произведения, имеющего сходство с другим человеком, и этот пользователь анонимен и его нельзя отследить (как и большинство владельцев *NFT*), то мошенническая продажа такого авторского права откроет путь для «последующих покупателей», которые на

³⁸² См. там же.

³⁸³ (Noh et al., 2022, at 324).

³⁸⁴ См. выше Раздел III.C.

³⁸⁵ См. выше Раздел II.A.2.

³⁸⁶ См. (Lantagne, 2022, at 278); Mahmood et al., выше прим. 331.

³⁸⁷ Mahmood et al., выше прим. 331.

³⁸⁸ Там же.

³⁸⁹ (Lantagne, 2022, at 279, 281).

³⁹⁰ См. в целом, *Notorious B.I.G., LLC v. Yes. Snowboards*, No. CV19-01946, 2022 WL 2784808 (C.D. Cal. June 3, 2022).

³⁹¹ (Lantagne, 2022, at 277).

³⁹² См. в целом, *Notorious B.I.G., LLC*, 2022 WL 2784808.

³⁹³ (Lantagne, 2022, at 278).

³⁹⁴ (Lewis et al., 2021, at 19).

³⁹⁵ См. в целом *Complaint & Demand for Jury Trial*, выше прим. 227.

³⁹⁶ См. там же, at 1.

основе этих ложных заявлений смогут сколько угодно раз использовать сходство правообладателя³⁹⁷. Правообладатели не смогут получить какую-либо юридическую компенсацию за ущерб, возникающий в результате этих мошеннических сделок, поскольку последние происходят между анонимными пользователями; именно таковыми является большинство продаж *NFT*, что чревато множеством проблем³⁹⁸.

Благодаря *NFT* продажа цифровых активов становится более доступной для всех пользователей Интернета, а значит, эта технология также становится более доступной для недобросовестных лиц. В данном разделе мы рассмотрим, как правообладатели, платформы *NFT* и суды могут предотвратить нарушения со стороны недобросовестных субъектов до того, как рассмотренные выше вредные факторы проникнут на рынок *NFT*. В части III.A предлагается, чтобы все известные люди, продающие *NFT* со своими изображениями, заключали лицензионные соглашения о праве на публичность. Далее, в части III.B мы предлагаем, чтобы в тексте условий предоставления услуг платформы *NFT* четко определяли права, которые получают покупатели *NFT* на произведения, лежащие в их основе, а также описывали действия, недопустимые на этих платформах. В части III.C мы утверждаем, что платформы должны установить более высокие барьеры для публикации созданного пользователями контента; отмечать или вносить в черный список подозрительный и нарушающий права контент; а также ограничить или удалить доступ недобросовестных участников к их аккаунтам. Наконец, в части III.D мы предлагаем новую защитную меру, которую суды могли бы применять в отношении нарушающего права контента.

А. Лицензионные соглашения относительно права на публичность

Прежде всего, лицензионные соглашения о праве на публичность необходимы для защиты правообладателей при продаже *NFT* с их изображениями, причем к каждому *NFT*-проекту применяются особые условия³⁹⁹. Знаменитости часто заключают лицензионные соглашения о праве на публичность, позволяющие им контролировать права, предоставляемые третьим лицам в связи с монетизацией их образа⁴⁰⁰. Этими соглашениями правообладатели могут установить, приобретают ли покупатели права на демонстрацию, копирование, продажу, хранение, использование или коммерциализацию товаров с их изображением и на каких условиях покупатели могут осуществлять эти права⁴⁰¹.

Ранее лицензионные соглашения о праве на публичность уже применялись в сделках с компаниями, которые создавали *NFT* с изображениями правообладателей; в будущем они должны стать обычным явлением в пространстве *NFT*⁴⁰². В частности, Национальная баскетбольная ассоциация (*NBA*) и компания *Dapper Labs*, занимающаяся *NFT*, заключили групповые лицензионные соглашения, которые определяют объем прав на имена, изображения и образы игроков *NBA* в связи с продажей *NFT*, представляющих изображения игроков⁴⁰³. Реализуя эти соглашения, индивидуальные правообладатели и такие группы, как *NBA*, которые обязаны защищать права своих членов, могут запретить торговым площадкам *NFT* передавать покупателям определенные права на основной контент; они могут также установить размер компенсации правообладателям и потребовать, чтобы правообладатели получали процент при каждой перепродаже *NFT*⁴⁰⁴.

Правообладатели должны четко сформулировать права, получаемые владельцами *NFT*, на соответствующий контент; это может быть сделано следующими способами: «(1) уведомление о правах в полях данных и описаниях, содержащихся в метаданных *NFT*; и (2) наличие отдельной письменной документации, относящейся к проекту *NFT*»⁴⁰⁵. Если правообладатели включают ссылку на условия и ограничения публичности только в метаданные *NFT*, то могут возникнуть проблемы из-за того, что покупатели не «просматривают метаданные перед совершением покупки» или в процессе покупки не «предусмотрен этап, на котором по-

³⁹⁷ (Noh et al., 2022, at 325); Beatty et al., выше прим. 362.

³⁹⁸ См. (Noh et al., 2022, at 325).

³⁹⁹ См. (Noh et al., 2022, at 334–35).

⁴⁰⁰ См. там же.

⁴⁰¹ См. Gatto, выше прим. 368.

⁴⁰² См. Young, выше прим. 368.

⁴⁰³ См. там же.

⁴⁰⁴ См. Battersby & Grimes, выше прим. 368, 1, § 4:81.

⁴⁰⁵ (Noh et al., 2022, at 321).

купатели выражают свое согласие с условиями»⁴⁰⁶. Поэтому правообладатели должны убедиться, что они заключают «отдельные письменные» лицензионные соглашения о праве на публичность при всех сделках с *NFT*, даже если метаданные *NFT* содержат те же условия⁴⁰⁷.

Наилучшей практикой для предотвращения нарушений при использовании изображений должно стать прямое ограничение или иное исключение правообладателями любых прав, приобретаемых покупателями *NFT* на воспроизведение, создание вторичных произведений или коммерциализацию базовых произведений после перепродажи *NFT*. Кроме того, если правообладатели имеют право на роялти, это условие необходимо включить в код *NFT* и запрограммировать его на автоматические выплаты правообладателям при перепродаже *NFT*⁴⁰⁸. Правообладатели должны тщательно проверять свои лицензионные соглашения на предмет наличия в них формулировок, дающих покупателям *NFT* определенные права на их образы, нежелательные для правообладателей, и исправлять или устранять такие противоречивые формулировки до заключения соглашений⁴⁰⁹.

В. Условия обслуживания

В дополнение к договорным условиям, специфичным для *NFT*, торговые площадки *NFT* должны создавать документацию об условиях обслуживания, определяя права, которые покупатели *NFT* приобретают при первой покупке, и права, связанные с перепродажей *NFT*⁴¹⁰. Если торговая площадка работает с известной личностью в целях создания *NFT* с ее изображением, условия договора между ними будут диктовать условия, касающиеся прав владельцев *NFT* на базовый контент. Платформы должны строго соблюдать условия своих соглашений со знаменитостями и недвусмысленно разъяснять эти права покупателям в своей документации об условиях предоставления услуг и рекомендациях сообщества⁴¹¹.

Кроме того, вторичные торговые площадки, на которых осуществляется перепродажа *NFT*, должны включать в свои условия обслуживания положение о том, что покупателям необходимо консультироваться с торговой площадкой или создателями *NFT*, которые изначально продали актив, по вопросу о том, предоставляет ли *NFT* определенные права покупателю⁴¹². Торговые площадки должны разъяснять покупателям эти правила, а покупатели должны полностью их понимать «до завершения любой сделки или передачи прав», касающихся *NFT*⁴¹³. «Детальный анализ условий сделки с *NFT* и передаваемых прав до продажи может значительно снизить риск судебных разбирательств»⁴¹⁴.

С. Высокие входные барьеры

Поскольку *NFT* дают много возможностей для нарушения права на публичность, платформы *NFT*, позволяющие пользователям создавать свой собственный контент, должны тщательно следить за своими пользователями. Это особенно актуально для открытых торговых площадок, где любой человек может создавать свои собственные *NFT* и перепродавать *NFT* с других торговых площадок⁴¹⁵. Такие площадки часто позволяют продавать *NFT* сразу после их создания⁴¹⁶. Чтобы предотвратить появление на рынке контента, нарушающего чьи-либо права, площадка должна проверять *NFT*, прежде чем разрешить их загрузку на свои платформы, и отклонять те из них, которые нарушают право других лиц на публичность⁴¹⁷. Для этого площадка должна требовать выполнения определенных процедур от любого лица, желающего продать или перепродать *NFT*, который затрагивает право на публичность, например, *NFT* спортивных сувениров или аватаров знаменитостей.

⁴⁰⁶ Beatty et al., выше прим. 362.

⁴⁰⁷ (Noh et al., 2022, at 321).

⁴⁰⁸ См. там же, at 321; *NFTs and Intellectual Property*, выше прим. 349.

⁴⁰⁹ См. Dreyer & Lamb, выше прим. 337.

⁴¹⁰ *NFTs and Intellectual Property*, выше прим. 349.

⁴¹¹ См. там же; Gatto, выше прим. 368.

⁴¹² См. *NFTs and Intellectual Property*, выше прим. 349; Gatto, выше прим. 368.

⁴¹³ *NFTs and Intellectual Property*, выше прим. 349.

⁴¹⁴ Там же.

⁴¹⁵ См. Gatto, выше прим. 368.

⁴¹⁶ См. там же.

⁴¹⁷ См. там же.

Торговые площадки, размещающие *NFT*, созданные пользователями Интернета, и *NFT*, перенесенные с других платформ, должны следовать тем же процедурам, а именно проверять и утверждать созданные пользователями *NFT* до того, как они выходят на рынок, чтобы убедиться, что лежащий в их основе контент не является мошенническим⁴¹⁸. Примерами торговых площадок, которые тщательно проверяют заявителей *NFT*, являются *SuperRare*, *KnownOrigin*, *Nifty Gateway*, *MakersPlace*⁴¹⁹. Если пользователь утверждает, что на созданном им *NFT* изображен он сам, то торговая площадка должна проверить, действительно ли это так, особенно если пользователь утверждает, что он является известной личностью. В ситуации с участием сторонних продавцов торговая площадка должна убедиться, что третьи лица, заявляющие о наличии у них лицензии на создание и продажу *NFT* с изображением правообладателей, имеют на это право на основании договорных условий с правообладателями. Торговая площадка также должна подтвердить, что третьи лица, перепродающие эти *NFT* на платформах, не относящихся к торговым площадкам, на которых они были первоначально проданы, имеют на это право на основании условий этих торговых площадок или условий, регулирующих конкретные *NFT*. Торговая площадка также может предотвратить нарушение права на публичность, приведя свои правила создания *NFT* в соответствие с правилами тех площадок, которые «обычно продают только *NFT*, созданные оператором данной торговой площадки»⁴²⁰. Примерами таких торговых площадок являются *Top Shot*, *Vee Friends* и *Bored Ape Yacht Club*⁴²¹.

Существует также несколько способов, с помощью которых платформы могут ограничивать и удалять нарушающий авторские права контент после его создания. Во-первых, платформы должны постоянно отслеживать *NFT*, которые загружают пользователи, и внедрять системы, позволяющие пользователям сообщать о подозрительном контенте⁴²². Во-вторых, после получения сообщения о подозрительном *NFT* торговая площадка должна пометать этот актив⁴²³. Таким образом, покупатель может воздержаться от покупки такого *NFT*, пока идет его проверка. Наконец, как только платформа обнаружит потенциально нарушающий *NFT*, она может по своему усмотрению ограничить, приостановить или прекратить доступ пользователей к аккаунтам, на которых появляется отмеченный контент. Торговые площадки также должны блокировать *NFT*, которые, по их мнению, нарушают авторские права, что не позволит владельцам торговать ими в дальнейшем⁴²⁴.

D. Уничтожение *NFT* как средство правовой защиты и правоприменения

Наконец, в случае судебного процесса по поводу предполагаемого нарушения и проигрыша нарушителя правообладателю должно быть доступно такое средство правовой защиты, как судебный приказ об уничтожении *NFT*⁴²⁵. Это в значительной степени устранило бы неопределенность, вызванную свойством неизменяемости транзакций с *NFT*⁴²⁶. В этом случае *NFT* отправляется на специальный адрес, который «не может быть использован для транзакций», что «на практике эквивалентно удалению»⁴²⁷. Эту функцию может выполнить только владелец *NFT*⁴²⁸. Если *NFT* был продан, то единственным лицом, которое может его уничтожить, является покупатель⁴²⁹. Таким образом, необходим судебный приказ об уничтожении нарушающего права *NFT*, особенно когда торговая площадка или пользователь продолжают незаконно использовать образ правообладателя, а удаление нарушающего права контента невозможно с помощью традиционных средств

⁴¹⁸ См. там же.

⁴¹⁹ См. там же.

⁴²⁰ Там же.

⁴²¹ См. там же.

⁴²² См. Isichei, выше прим. 368.

⁴²³ См. там же.

⁴²⁴ См. Willsey et al., выше прим. 349; Isichei, выше прим. 368.

⁴²⁵ (Noh et al., 2022, at 325) (цитируется 17 U.S.C. § 503) (вынесено решение об уничтожении копий, нарушающих авторские права, в качестве средства правовой защиты в соответствии с Законом об авторском праве); См. Willsey et al., выше прим. 349.

⁴²⁶ NFTs and Intellectual Property, выше прим. 349.

⁴²⁷ China's First Court Ruling on NFT Art Theft Holds Marketplace Accountable, выше прим. 368.

⁴²⁸ См. там же.

⁴²⁹ См. там же.

судебной защиты⁴³⁰. В Китае интернет-суд Ханчжоу уже применял эту меру в качестве средства правовой защиты в отношении платформы, на которой был размещен *NFT*, нарушающий авторские права; он был создан пользователем из украденных произведений искусства⁴³¹.

Ученые ставят под сомнение адекватность указанной меры в качестве решения для борьбы с нарушениями в сфере *NFT*; причиной этого являются неопределенность того, кто должен требовать от владельца уничтожения *NFT*⁴³², а также сложности идентификации создателей контента в блокчейне⁴³³. Что касается первой проблемы, то, как показало дело о нарушении авторских прав, которое рассматривалось в интернет-суде Ханчжоу, суд может вынести постановление об уничтожении нарушающего контента. Тем самым правообладатели получают правовой инструмент против технологического объекта, который нельзя уничтожить никаким иным способом⁴³⁴. Что касается второго вопроса, дела, связанные с *NFT*, рассматривались в ряде других международных судов; чтобы решить уникальные сложности, порождаемые анонимностью транзакций в блокчейне, на истцов были наложены судебные запреты⁴³⁵.

Например, суд Сингапура запретил замораживание активов неизвестного ответчика по всему миру, чтобы предотвратить «дальнейшую передачу *NFT*», и «разрешил его обслуживание через социальные сети и платформу *Ethereum*»⁴³⁶. В Англии был «наложен судебный запрет» с целью остановить передачу *NFT*, хранящихся на шести частных счетах на различных криптовалютных биржах, и заставить эти биржи раскрыть определенную информацию о неустановленных владельцах счетов⁴³⁷. Суд даже «разрешил истцу осуществлять обслуживание альтернативными способами, включая доставку *NFT*, связанных с документацией на услуги, на электронную почту и в криптокошельки ответчика»⁴³⁸. Применяя эти новаторские запреты и «методы обслуживания в обстановке неопределенности в сфере *NFT*», суды США могут аналогичным образом предоставить правообладателям правовые механизмы для выявления анонимных пользователей и привлечения их к ответственности⁴³⁹.

Заключение

Технология *NFT* создает новые проблемы в области защиты права на публичность. Использование *NFT* при нарушении права на публичность порождает серьезные сложности для правообладателей, добивающихся возмещения причиненного ущерба. Сложность защиты права на публичность на этом рынке обусловлена уникальным демократическим характером токена, повсеместной анонимностью *NFT* и необратимостью сделок с ним, а также неопределенностью договорных условий в отношении вторичных покупателей. Однако силами трех основных участников этого рынка подобные угрозы могут быть устранены. Во-первых, правообладатели должны заключать лицензионные соглашения о праве на публичность во время сделок с *NFT*. Во-вторых, компании, способствующие проведению сделок с *NFT*, должны строго запретить создание нарушающего права контента, зафиксировав это требование в своих условиях предоставления услуг, и повысить барьеры для выпуска *NFT*. Наконец, суды должны признать недостатки традиционных средств защиты, применяющихся в общем праве в отношении сделок с *NFT*, и обязать уничтожать *NFT*, нарушающие права других лиц.

⁴³⁰ См. (Noh et al., 2022, at 321).

⁴³¹ China's First Court Ruling on NFT Art Theft Holds Marketplace Accountable, выше прим. 368.

⁴³² См. Willsey et al., выше прим. 349.

⁴³³ См. (Noh et al., 2022, at 325).

⁴³⁴ China's First Court Ruling on NFT Art Theft Holds Marketplace Accountable, выше прим. 368.

⁴³⁵ NFTs and Intellectual Property, выше прим. 349.

⁴³⁶ Там же. Ответчик был известен только по имени своего аккаунта. Там же.

⁴³⁷ Там же.

⁴³⁸ Там же.

⁴³⁹ Там же.

Список литературы / References

- Bobek, H. (2023). To mint or not to mint: non-fungible tokens and the right of publicity. *Fordham Law Review*, 92(2), 639.
- Carroll, R. (2022). Note, NFTs: The Latest Technology Challenging Copyright Law's Relevance Within a Decentralized System. *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, 32, 979.
- Conrad, M. (2022). Non-Fungible Tokens, Sports, and Intellectual Property Law Issues: A Case Study Applying Copyright, Trademark, and Right of Publicity Law to a Non-traditional Ownership Vehicle. *J. Legal Aspects Sport*, 32, 132.
- Goforth, C. R. (2022). How Nifty! But Are NFTs Securities, Commodities, or Something Else? *UMKC L. Rev.*, 90, 775.
- Lantagne, S. M. (2022). Of Disaster Girl and Everyday: How NFTs Invite Challenging Copyright Assumptions Around Creator Support. *Harv. J. Sports & Ent. L.*, 13, 265.
- Lewis, L., Owen, J., Fraser, H., & Dighe, R. (2021, Sept.). Non-Fungible Tokens and Copyright Law. *Intell. Prop. & Tech. L.J.*, 18, 19.
- Noh, M. E., Odenkirk, S. C., & Shionoiri, Y. (2022). GM! Time to Wake Up and Address Copyright and Other Legal Issues Impacting Visual Art NFTs. *Colum. J.L. & Arts*, 45, 315.

История статьи / Article history

Дата поступления / Received 06.02.2024
Дата одобрения после рецензирования / Date of approval after reviewing 22.04.2024
Дата принятия в печать / Accepted 12.02.2025