

Трансформация института свободного использования произведений в цифровую эпоху

Д. В. Кожемякин

Для цитирования: Кожемякин Д. В. Трансформация института свободного использования произведений в цифровую эпоху // Правоведение. 2019. Т. 63, № 1. С. 97–111.
<https://doi.org/10.21638/spbu25.2019.105>

В статье анализируются современное состояние института свободного использования произведений и его трансформация в результате изменения общественных отношений и формирования общественного запроса на реформирование системы ограничений в авторском праве. По мнению автора, запрос на расширение сферы свободного использования обусловлен тремя предпосылками: технологической (появление технологий, упрощающих обработку и распространение информации), социальной (возникновение ряда практик использования объектов авторских прав, рассматриваемых обществом в качестве допустимых) и правовой (законодательный запрет на такие практики). Анализ влияния данного запроса на институт свободного использования объектов авторских прав показывает наличие тенденции к отступлению от традиционного формирования ограничений исключительного права через закрытый перечень и к установлению ограничений открытого типа. Данная тенденция проявляется в попытках обосновать соответствие доктрины справедливого использования положениям трехступенчатого теста и, в случае с российским правом, в расширительном толковании имеющихся ограничений, например распространении норм о цитировании на любые произведения, а не только тексты, и в применении запрета на злоупотребление правом. Расширение практики применения открытой системы ограничений обусловлено ее гибкостью. Она позволяет судам примирить противоречия между правовым регулированием и представлениями общества о справедливом и должном. Между тем данные ограничения несут в себе риск правовой неопределенности. Решение проблемы автор видит в использовании открытых ограничений исключительного права наряду со специальными, что позволит сохранить правовую определенность в имеющихся сферах свободного использования и предоставить возможности адаптации института к новым вызовам.

Ключевые слова: авторское право, исключительное право, ограничения, свободное использование, сиротские произведения, фанатское творчество.

Введение

Начало цифровой эпохи ознаменовало собой глобальные изменения уклада жизни человека, что закономерно повлекло за собой трансформацию общественных отношений, а затем и права. Относительно правоотношений в сфере авторского права такая трансформация обозначилась двумя разнонаправленными тенденциями.

С одной стороны, в среде правообладателей появился запрос на расширение существующих правовых инструментов в области защиты авторских прав с тем, чтобы повысить эффективность такой защиты с учетом современного тех-

Кожемякин Дмитрий Владимирович — канд. юрид. наук, ст. науч. сотр., Национальный исследовательский Томский государственный университет, Российская Федерация, 634050, Томск, пр. Ленина, 36; dv-k@outlook.com

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2020

нологического развития. В качестве отражения данного запроса мы можем наблюдать возникновение в авторском праве таких институтов, как регулирование технических средств защиты авторских прав, ответственность информационных посредников, а в области процесса — возможность получения предварительных обеспечительных мер при нарушении авторских и смежных прав в сети Интернет.

С другой стороны, вместе с появлением общественного запроса на расширение спектра правовых средств в области защиты авторских прав возник противоположный общественный запрос на расширение существующих ограничений исключительного права, в том числе сферы свободного использования произведения. На наш взгляд, именно с развитием информационных технологий связано беспрецедентное усиление критики авторского права, которая исходит от различных источников, начиная от различных общественных объединений (например, от пиратских партий) и заканчивая доктриной. Р. А. Будник и Е. А. Войниканис, например, отмечают, что действующая система авторского права, ориентированная на запрет использования результатов интеллектуальной деятельности без разрешения правообладателя, по общему правилу, действующему по умолчанию, вступает в противоречие с «общим вектором развития отношения общества к информации, который заключается в движении от максимально закрытых систем знания, доступ к которым рассматривается как привилегия, к открытым системам знания и информации, доступ к которым является не эксклюзивной возможностью, а неотъемлемым правом каждого»¹. Р. А. Будник указывает, что к настоящему моменту вследствие технологического развития «запретительные средства защиты интеллектуальных прав утратили свою эффективность. Данный факт подтверждается возможностью использовать практически каждое охраняемое произведение в сети «Интернет» с нарушением авторских прав, несмотря на повышение меры наказания и применение ограничительных средств»².

Между тем даже самая серьезная критика авторского права в целом признает его необходимость и, как правило, лишь указывает на спектр существующих проблем в области его применения, которые можно было бы решить путем введения дополнительных ограничений исключительного права или же пересмотра условий предоставления правовой охраны. Так, Р. А. Будник предлагает заместить существующий в авторском праве подход к правовой охране, по умолчанию устанавливающий запрет на использование произведения без получения согласия правообладателя (эксклюзивно-ориентированный механизм), подходом, предполагающим допустимость использования произведения любым способом без специального разрешения, за исключением тех случаев, когда на необходимость получения такого разрешения прямо укажет правообладатель (инклюзивно-ориентированный механизм).

Мы придерживаемся менее радикальной концепции: существующий общественный запрос на реформирование авторского права направлен не на кардинальный слом действующего в его основе эксклюзивно-ориентированного механизма правовой охраны, а лишь на расширение случаев допустимого свободного использования произведений, не требующих получения согласия правообладателя. Далее мы постараемся проанализировать существо и предпосылки появления такого запроса, а также то, как институт свободного использования произведений видоизменяется и эволюционирует под его влиянием.

¹ Войниканис Е. А. Парадигмальный подход к исследованию интеллектуальных прав: дис. ... д-ра юрид. наук. М.: НИУ ВШЭ, 2015. С. 300.

² Будник Р. А. Цивилистическая концепция инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений: дис. ... д-ра юрид. наук. М.: Российская государственная академия интеллектуальной собственности, 2018. С. 4.

1. Существо и предпосылки общественного запроса на расширение сферы свободного использования произведений

Существующая критика авторского права, на наш взгляд, обусловлена сформировавшимся общественным запросом на расширение случаев свободного использования объектов авторского права, который не может быть удовлетворен в рамках действующего правового регулирования. Полагаем, что формирование такого запроса связано с появлением целого ряда практик использования произведений, которые воспринимаются как законные с точки зрения господствующих в обществе представлений об их допустимости, но фактически нарушают положения действующего законодательства. К таковым практикам следует отнести использование сиротских произведений, а также создание произведений фанатского творчества.

К сиротским произведениям принято относить объекты, охраняемые авторским правом, автор которых не может быть установлен или найден³. На практике наряду с объектами авторского права к сиротским работам в широком смысле слова относятся любые объекты авторских и смежных прав, правообладателя которых нельзя установить, что делает невозможным получение согласия на их использование⁴. Невозможность установить правообладателя и получить согласие на использование сиротского произведения с точки зрения действующего законодательства означает практически безапелляционный запрет на использование такого произведения. Однако практика говорит об обратном.

Доля сиротских произведений в коллекциях библиотек и архивов может достигать до 50%. Так, по данным Британской библиотеки, она составляет 26,5%; два исследования университета Карнеги Меллон (Carnegie Mellon University) дают результаты в 21% и 31% соответственно⁵. Около 50% произведений, имеющихся в американской цифровой библиотеке HathiTrust, — сиротские⁶.

С развитием Интернета и социальных сетей количество сиротских работ возросло в геометрической прогрессии в связи с упрощением информационного обмена и поиска контента (но не автора и правообладателя). Пользователи свободно используют их, даже не задумываясь о правовом пороке такого использования.

Схожим образом обстоят дела и с произведениями фанатского творчества, которые представляют собой производные произведения, созданные на основе существующего оригинального произведения его поклонниками. Такие произведения, как правило, создаются с некоммерческой целью и с точки зрения современной культуры, вероятно, могут рассматриваться как один из способов осмысления оригинального произведения и рефлексии по результатам ознакомления с ним. Общество воспринимает создание таких произведений в качестве нормы, существует множество сообществ в Интернете, занимающихся публика-

³ См. об этом: *Lifshitz-Goldberg Y.* Orphan Works. WIPO Seminar — May 2010. Lecture Summary // World Intellectual Property Organization, WIPO. URL: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_theme11_02.pdf (дата обращения: 15.02.2018).

⁴ См. об этом: *Vetulani A.* The Problem of Orphan Works in the EU. An overview of legislative solutions and main actions in this field. European Commission DG Information Society and Media Unit E4: Digital Libraries and Public Sector Information. February 2008. P. 7. URL: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.178.8855&rep=rep1&type=pdf> (дата обращения: 15.02.2018).

⁵ См. подробнее: *Davies W., Withers K.* Public Innovation. Intellectual Property in a Digital Age. Montreal: Institute for Research in Public Policy, 2006. P. 51; *Калятин В. О.* Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право: журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 12.

⁶ *Wilkin J. P.* Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of “Rights” in Digital Collection Building. February 2011. URL: <https://www.clir.org/pubs/ruminations/01wilkin/wilkin.pdf> (дата обращения: 15.02.2018).

цией и обменом ими. Между тем, как правило, подобные произведения содержат правовой порок, поскольку создаются без получения согласия правообладателя оригинального произведения, в результате чего такое создание может рассматриваться как нарушение исключительного права. Примером распространенности практики фанатского творчества служит статистика крупнейшего англоязычного интернет-ресурса в данной сфере — Archive of Our Own, насчитывающий свыше 5 млн 600 тыс. фанатских работ⁷.

В отличие от классических случаев пиратства⁸, когда незаконность использования объекта авторского права осознается всеми участниками правоотношения, два приведенных выше случая воспринимаются обществом как справедливое, правомерное использование произведений, не затрагивающее интересы правообладателя и не нарушающее закон; последнее, однако, зачастую не соответствует действительности, в результате чего возникает классическое противоречие между сущим и должным, т. е. между обычаями оборота и законом, что моментально выливается в критику последнего.

По нашему мнению, противоречие между обычаями оборота и законом обусловлено тремя предпосылками: технологической, социальной и правовой.

Технологическая предпосылка заключается в тех фактических возможностях по обработке информации, которые появились с развитием технологий. Так, в отношении объектов авторских прав технологии обусловили возникновение нового формата потребления, хранения информации и обмена ею — электронного.

Электронный формат, в свою очередь, сделал естественным то, что ранее таковым не было, например позволил с легкостью воспроизводить объекты авторского права полностью или в части, создавать на их основе производные произведения и самое главное — распространять как оригинальные, так и производные произведения. Легкость такого распространения и обмена во многом и обусловила то, что проблематика фанатского творчества и сиротских произведений стала заметной, а сами они приобрели значение.

Так, актуализация проблематики сиротских произведений связана, с одной стороны, с тем, что бесконтрольное распространение объектов авторского права в Интернете легко приводит к потере сведений об авторе и правообладателе, а с другой — с назревшей необходимостью перевода в электронный формат фондов библиотек, архивов и иных организаций культурного наследия. При этом, как верно отмечает А. Рингалда, проблема сиротских произведений стоит на пути успешного создания цифровых библиотек, поскольку в силу правовых ограничений работа не может быть оцифрована и доступна в Интернете, если соответствующее разрешение не получено от правообладателя⁹.

В случае с фанатским творчеством простота распространения и воспроизведения таких произведений в электронном виде сделали возможным доступ к ним значительно большей аудитории, нежели ранее. В результате некоторые из таких произведений снискали коммерческий успех и привлекли внимание правообладателей оригинальных произведений, из-за чего возникли конфликты. Например, компания Nintendo получает процент с продажи рекламы при распространении

⁷ Archive of Our Own. URL: <https://archiveofourown.org/> (дата обращения: 11.12.2019). — Большинство размещенных там работ подпадают под положения о справедливом использовании в США, но с точки зрения правопорядков, в которых данный институт отсутствует (в том числе России), они созданы с нарушением исключительного права.

⁸ См., напр.: *Belleflamme P., Peitz M.* Digital piracy. New York: Springer, 2014.

⁹ *Ringalda A.* Orphan Works, Mass Rights Clearance, and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution // *Medien und Recht International*. 2011. Vol. 8. P. 3–10. URL: <https://ssrn.com/abstract=2369974> (дата обращения: 15.01.2018).

созданных игроками на основе ее игр производных произведений (видео и картинок) через специализированные платформы¹⁰.

Новые технические возможности, значительно упростив обработку информации, сформировали социальную потребность в максимально полном и свободном использовании и распространении информации; данная потребность, на наш взгляд, и является социальной предпосылкой формирования запроса на расширение сферы применения института свободного использования произведений.

Существование такой потребности отразилось в теории авторского права; в частности появились и набирают силу две новые теории, обосновывающие существо данного права: теория общественного благосостояния (*welfare theory*) и теория культуры (*culture theory*). Обе они отличаются от более старых и почтенных теорий — теории справедливости (*fairness theory*) и личностной теории (*personality/personhood theory*). Если теория справедливости, в основе которой лежит идея справедливого вознаграждения за труд автора, и личностная теория, отстаивающая наличие личной связи автора и его произведения, а значит, и идею личных неимущественных прав, сконцентрированы главным образом на интересах автора, т. е. первоначального правообладателя, создателя произведения, то теория благосостояния и теория культуры обращаются к социальной значимости авторского права, рассматривая правовое регулирование как средство получения определенного блага обществом в целом.

Так, теория общественного благосостояния базируется на идее утилитаризма, в соответствии с которой право должно быть организовано таким образом, чтобы максимизировать общее благосостояние¹¹. Данная теория получила развитие на волне идей общества потребления, а первейшая забота государства, с ее точки зрения, — обеспечение недорогого и в то же время широкого доступа потребителей к объектам авторского права. В связи с этим в рамках данной теории поддерживаются меры, которые должны способствовать снижению стоимости товаров для потребителя и расширению спектра возможностей для их использования, в том числе посредством института принудительного лицензирования¹².

Теория культуры полагает целью авторского права обеспечение прогресса и развития культурного потенциала общества. «Ее основная идея заключается в том, что человеческая природа такова, что люди процветают при одних условиях больше, нежели при других, а социальные и политические институты должны быть организованы таким образом, чтобы способствовать этому процветанию»¹³. Подобно личностной теории, теория культуры не ставит во главу угла экономические интересы, однако если личностная теория озабочена защитой неимущественных интересов автора, теорию культуры в основном заботят общественные интересы.

Для достижения своей цели теория предлагает некоторое компромиссное сочетание постулатов трех вышеназванных теорий. Как и теория справедливости, она говорит о необходимости обеспечить справедливое вознаграждение авторов, поскольку отсутствие должного вознаграждения приведет к тому, что многие талантливые авторы просто не будут заниматься творчеством. В этом же контексте теория говорит и о необходимости защиты неимущественных прав

¹⁰ Nintendo Game Content Guidelines for Online Video & Image Sharing Platforms // Nintendo. URL: https://www.nintendo.co.jp/networkservice_guideline/en/index.html (дата обращения: 10.06.2019).

¹¹ Copyright for Librarians: the essential handbook. Harvard's Berkman Center for Internet and Society, 2013. P.5–6. URL: https://cyber.harvard.edu/publications/2013/copyright_for_librarians (дата обращения 15.04.2018).

¹² См. об этом: Fisher W. The Economics of Compulsory Licenses // Harvard Law School. URL: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/Cls.pdf> (дата обращения 12.04.2018).

¹³ Copyright for Librarians... P.7.

авторов. Между тем развитие культуры невозможно без широкого доступа к произведениям, в силу чего теория подчеркивает необходимость расширять спектр случаев свободного (бесплатного) использования произведений, например в библиотечной сфере.

Примечательно, что если в контексте теории справедливости и личностной теории невозможность использовать сиротские произведения и правовой порок фанатского творчества не являются проблемой, требующей решения, поскольку не связаны с ущемлением интересов авторов и правообладателей, они определенно рассматриваются в качестве проблемы в рамках теории благосостояния и теории культуры.

Как отмечает Лаура Бредрик, проблема сиротских произведений имеет три следствия: «Во-первых, их наличие душит творчество, ограничивая публичный доступ к произведениям; во-вторых, это снижает экономический стимул для создания произведений, поскольку никто не получит потенциального роялти, если правообладатель не будет найден; и в-третьих, это подрывает основы авторского права, поскольку заставляет ряд пользователей нарушать закон, несмотря на добросовестные попытки его соблюсти»¹⁴. Все три приведенных выше следствия выступают отражением теории общественного благосостояния, поскольку апеллируют к утрате общественного блага как главного негативного последствия проблемы сиротских произведений.

В свою очередь, в рамках теории культуры имеет смысл обсуждать ослабление контроля автора над созданием производных произведений, включая фанатское творчество. Текущее правовое регулирование в большинстве стран рассматривает произведения фанатского творчества как незаконные, поскольку они созданы без разрешения правообладателя (автора) оригинального произведения. Данное положение вещей не способствует развитию как массовой, так и элитарной культуры, что противоречит целям авторского права с точки зрения данной теории.

Приведенные выше технологическая и социальная предпосылки, по нашему мнению, отражают такие изменения общественных отношений, в результате которых в обществе сформировалась «норма» использования объектов авторского права, отличная от нормы, предписанной в законе. Возникновение подобного расхождения во многом предопределялось самим правовым регулированием, в котором озвученные правовые проблемы были заложены изначально, но их решение не требовалось, поскольку они практически не проявлялись на практике.

Так, Яэль Лифшиц-Голдберг отмечает, что основными причинами появления проблемы сиротских произведений стали имеющийся в праве запрет формальностей и увеличение срока охраны объектов авторских прав¹⁵. Обе эти причины правовые, поскольку вытекают из действующего правового регулирования охраны произведений. В случае с фанатским творчеством причина того, что большинство таких произведений создается с правовым пороком, кроется в отсутствии специального разрешения в законе, позволяющего создавать их без получения разрешения правообладателя.

До цифровой эпохи проблематика и сиротских произведений, и фанатского творчества присутствовала в праве, но оставалась незаметной, поскольку востребованность использования таких произведений была незначительной. Существование таких «спящих» проблем внутри правового регулирования, актуальность

¹⁴ *Bradrick L. N. Copyright-Don't Forget About the Orphans: A Look at a (Better) Legislative Solution to the Orphan Works Problem // Western New England Law Review. 2012. Vol. 34. P. 538–539.*

¹⁵ *Lifshitz-Goldberg Y. Orphan Works...*

решения которых обозначилась лишь сегодня, по нашему мнению, и представляет собой правовую предпосылку возникновения запроса на расширение сферы свободного использования произведений.

Таким образом, сформировавшийся общественный запрос на расширение сферы свободного использования произведений — следствие расхождения между сложившейся практикой использования объектов авторских прав и положениями действующего законодательства. Указанное расхождение сформировалось под влиянием трех факторов: упрощения процесса обработки информации (технологическая предпосылка), появления вследствие этого социального запроса на использование объектов авторского права определенным образом (социальная предпосылка) и невозможности осуществления такого использования в силу действующего правового регулирования (правовая предпосылка). В частности, запрос на расширение сферы свободного использования произведений связан с потребностью урегулировать проблематику сиротских произведений и произведений фанатского творчества (т. е. привести закон и обычаи использования в соответствие друг с другом).

Здесь нужно оговориться: в отношении сиротских произведений расширение случаев свободного использования — не единственный правовой инструмент решения проблемы. Так, анализ зарубежного опыта показывает, что можно выделить три основных подхода для ее разрешения:

- установление специальных ограничений исключительного права, которые позволяют использовать сиротские произведения без получения разрешения правообладателя;
- лицензирование;
- ограничение ответственности пользователя.

Первый подход лежит в основе Директивы ЕС от 25.10.2012 2012/28/EU «Об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений»¹⁶. Так, в соответствии с § 1 ст. 6 Директивы «государства — члены ЕС должны установить изъятие или ограничение права на воспроизведение и права на сообщение для всеобщего сведения, предусмотренных, соответственно, ст. 2 и 3 Директивы 2001/29/ЕС, чтобы уполномочить организации... на использование находящихся в их собраниях сиротских произведений»¹⁷. Особенность данного подхода — четкое определение субъектов, имеющих право использовать сиротские произведения, а также целей и способов такого использования.

В рамках второго подхода законодательство предусматривает возможность получить лицензию (согласие) на использование сиротского произведения не непосредственно от правообладателя, а от специализированного субъекта, который наделен соответствующим правом не в силу договора с правообладателем, а в силу закона. Данный подход распадается на два: принудительное и коллективное лицензирование, которые отличаются друг от друга субъектом, имеющим право выдать лицензию. При *принудительном лицензировании* таким правом обладает уполномоченный государственный орган или учреждение. В качестве примера стран, в которых действуют модели принудительного лицензирования использования сиротских произведений, можно назвать Великобританию, Канаду, Венгрию. При *коллективном лицензировании* субъектом, имеющим право

¹⁶ Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works // EUR-Lex. URL: <http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2012/28/oj> (дата обращения: 10.01.2018).

¹⁷ Перевод статьи приведен в редакции, опубликованной на интернет-портале Lex Digital Blog. URL: <http://lexdigital.ru/2012/070/> (дата обращения: 10.01.2018).

выдавать лицензию на использование сиротского произведения, является уполномоченное государством общество по коллективному управлению. Возможность получения такой лицензии в отношении сиротских произведений существует, например, в ФРГ, Норвегии, Дании и Нидерландах¹⁸.

Третий подход к решению проблемы сиротских произведений — ограничение ответственности пользователя. Данный подход был рекомендован Бюро авторского права Соединенных Штатов Америки (Copyright Office) и содержится в законопроекте 2008 г. (The Orphan Works Act), который, однако, принят не был. Законопроект предусматривал ограничение средств правовой защиты правообладателя сиротского произведения — предлагалось лишить его возможности требовать компенсации убытков или взыскания законной компенсации (statutory damages) и вместо этого предоставить ему право требовать справедливого вознаграждения за использование своего произведения¹⁹.

Общий недостаток данных подходов — их специализация. Разрешая вопрос использования сиротских произведений, они никак не способствуют решению проблемы фанатского творчества и в целом не способны удовлетворить сложившийся запрос на максимально свободное использование информации. Как следствие, их введение, возможно, купирует симптомы, но не способствует решению проблемы.

Далее мы проанализируем, как сложившийся общественный запрос влияет на институт свободного использования произведения и видоизменяет его.

2. Эволюция института свободного использования на современном этапе

Свободное использование произведения представляет собой частный случай ограничения исключительного права, заключающийся в возможности использования произведения особым образом без получения на то согласия правообладателя. Иными словами, в самом общем смысле свободное использование — своего рода изъятие некоторой сферы использования произведения из-под контроля правообладателя.

Как верно отмечает Р. И. Ситдикова, свободное использование произведений «устанавливается в целях защиты общественных интересов, развития науки и образования, обеспечения свободного обмена информацией»²⁰.

Таким образом, именно институт свободного использования произведений призван служить инструментом достижения баланса между интересами правообладателей и общества, и именно развитие и реформирование данного института представляется нам средством преодоления разрыва между обычаями оборота в сфере использования произведений и положениями закона.

Будучи частным случаем ограничения исключительного права, данный институт подчиняется общим правилам установления таких ограничений. В настоящее время в законодательстве различных государств сложились две системы установления ограничений исключительного права: открытая и закрытая²¹. Закрытая система требует указания в законе конкретных случаев

¹⁸ *Lifshitz-Goldberg Y. Orphan Works...*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ситдикова Р. И. Ограничения исключительных прав в механизме охраны авторских прав // Российский юридический журнал. 2013. № 1. С. 126.*

²¹ См. об этом: *Lepage A. Overview of exceptions and limitations to copyright in the digital environment // Copyright Bulletin. March. 2003. P.5–7. URL: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139696E.pdf> (дата обращения: 15.02.2018).*

свободного использования произведения. Открытая, напротив, не устанавливает четкий перечень случаев, допускающих свободное использование произведений, а лишь закрепляет критерии, при выполнении которых свободное использование считается правомерным²².

Сравнивая две эти системы, следует сказать, что наиболее гибкой и, вероятно, соответствующей имеющемуся общественному запросу на расширение сферы свободного использования является открытая система ограничений. Дело в том, что в случае с закрытой системой при изменении общественных отношений и возникновении потребности в дополнительном ограничении исключительного права требуется внесение изменений в действующее законодательство, чтобы подобное ограничение было установлено. Без таких изменений правоприменительная практика, скорее всего, не может адаптироваться к новой проблеме и разрешить ее.

В качестве примера можно привести систему ограничений исключительного права в Российской Федерации. Как отмечает А. П. Сергеев, «установленные законом ограничения авторских прав носят исчерпывающий характер. Они не подлежат ни расширительному толкованию, ни дополнению подзаконными актами или судебной практикой»²³. С данным утверждением согласны и Е. А. Павлова²⁴ и А. Л. Маковский²⁵. Е. А. Павлова отмечает, что «в отношении ограничений исключительного права не допускается расширительное толкование, применение аналогии закона или права (ст. 6 ГК РФ)»²⁶. Данный подход подтверждается и судебной практикой. Так, в одном из дел, рассмотренных Судом по интеллектуальным правам²⁷, встал вопрос о правомерности публичного исполнения в учебных целях мюзикла без разрешения и выплаты вознаграждения правообладателю со стороны консерватории. Примечательно, что на момент публичного исполнения данный вид использования не подпадал напрямую под какое-либо ограничение исключительного права, однако уже к моменту рассмотрения дела в п. 1 ст. 1274 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) был добавлен подп. 6, в соответствии с которым такое свободное использование правомерно обнародованного произведения допускалось. Таким образом, перед судом встали два вопроса: 1) может ли он расширительно истолковать какое-либо ограничение, существовавшее на момент публичного исполнения, с тем, чтобы освободить консерваторию от ответственности; и 2) может ли он применить с обратной силой введенный уже после публичного исполнения подп. 6 п. 1 ст. 1274 ГК РФ? На оба вопроса суд ответил отрицательно, постановив, что в рассматриваемом случае консерватория нарушила исключительное право.

Таким образом, закрытая система ограничений не позволяет, например, разрешить проблему сиротских произведений или фанатского творчества на уровне судебной практики, а требует внесения специальных изменений в закон.

²² См. об этом: *Samuelson P. Justifications for Copyright Limitations & Exceptions* // Ruth Okediji (ed.) *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*. Cambridge University Press, 2017. URL: https://www.law.berkeley.edu/files/Justifications_for_Copyright_Limitations_and_Exceptions_-_Pamuela_Samuelson.pdf (дата обращения: 15.03.2018).

²³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая: учебно-практический комментарий / под ред. А. П. Сергеева. М.: Проспект, 2015.

²⁴ Право интеллектуальной собственности: учебник / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. Т. 1: Общие положения. М.: Статут, 2017 (автор главы — Е. А. Павлова).

²⁵ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ / отв. ред. Е. А. Павлова. М: Исследовательский центр частного права им. С. С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 58–59 (автор комментария — А. Л. Маковский).

²⁶ Право интеллектуальной собственности. С. 132.

²⁷ Здесь и далее, если не указано иное, нормативно-правовые акты и судебная практика приводятся по СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 20.04.2020).

Например, попытка решения проблемы сиротских произведений была предпринята законодательной инициативой, подготовленной Министерством связи и массовых коммуникаций. В проекте Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс РФ в части совершенствования механизма коллективного управления авторскими и смежными правами»²⁸ предлагалось ввести реестр сиротских произведений в целях их свободного использования любым лицом без выплаты вознаграждения, однако данные положения на законодательном уровне закреплены не были.

В последнее время в отечественной судебной практике наблюдается отход от жесткого, ограничительного толкования объема предусмотренных законом случаев свободного использования в сторону, напротив, их расширительного толкования. В частности, в связи с принятием Постановления Пленума Верховного суда РФ от 23.04.2019 № 10 окончательно закрепилось расширительное толкование, казалось бы, вполне конкретного случая свободного использования произведения путем цитирования. Верховный суд РФ окончательно поставил точку в вопросе о том, можно ли цитировать не только литературные, но и иные произведения. Так, в п. 98 Постановления указано: «Положениями подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ допускается возможность цитирования любого произведения, в том числе фотографического, если это произведение было правомерно обнародовано и если цитирование осуществлено в целях и в объеме, указанных в данной норме». Таким образом, путем расширительного толкования довольно узкоспециализированное ограничение, позволяющее цитировать тексты, превратилось в норму, устанавливающую практически открытое ограничение в отношении свободного использования любых произведений в определенном объеме и в научных, полемических, критических, информационных, учебных целях, а также в целях раскрытия творческого замысла автора. Отражением тенденции к установлению открытых ограничений также стали участвовавшие случаи применения в спорах об авторском праве ст. 10 ГК РФ о злоупотреблении правом, ведь запрет на злоупотребление правом, по сути являясь общим пределом осуществления субъективных гражданских прав, вместе с тем может восприниматься и как открытое ограничение исключительного права, хотя он и не относится к случаям свободного использования произведений.

В отличие от закрытой системы ограничений, открытая система позволяет судам корректировать интерпретацию ограничений, расширяя или, напротив, сужая перечень случаев свободного использования в соответствии с общественным запросом и представлениями о должном и справедливом.

Классический пример такой системы — доктрина справедливого использования, применяемая в США. Так, в соответствии с разд. 107 титула 17 Кодекса США, «справедливое использование произведения... для таких целей, как критика, комментарии, новости, обучение (в том числе множественные копии для использования в классе), стипендии или исследования, не является нарушением авторских прав. При определении того, является ли использование произведения в каком-либо конкретном случае справедливым, факторы, которые необходимо учитывать, включают:

²⁸ Проект Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс РФ в части совершенствования механизма коллективного управления авторскими и смежными правами» (подготовлен Минкомсвязью России 26.08.2015) // СПС Гарант. URL: <http://base.garant.ru/56644962/> (дата обращения: 20.04.2020).

- 1) назначение и характер использования, в том числе является ли такое использование коммерческим или же осуществляется для некоммерческих образовательных целей;
- 2) характер произведения, защищенного авторским правом;
- 3) количество и существенность части, используемой в отношении произведения, защищенного авторским правом, в целом; а также
- 4) влияние использования на потенциальный рынок или ценность произведения, защищенного авторским правом»²⁹.

Необходимо учитывать, что список целей, приведенных в разд. 107, является примерным, а не исчерпывающим.

Доктрина справедливого использования позволяет, в частности, легально создавать и использовать произведения фанатского творчества, поскольку:

- такие произведения являются средством выражения точки зрения автора производного произведения и, как правило, создаются в некоммерческих целях;
- они не причиняют вреда оригинальному произведению;
- объем и существенность используемых элементов оригинала в них не превышает адекватного добросовестного использования;
- использование такого произведения не влечет негативных последствий в имущественном плане для правообладателя оригинального произведения.

Многие специалисты также высказываются в пользу того, что доктрина справедливого использования позволяет использовать и сиротские произведения. В частности, Джонатан Бэнд, приводя в пример дело Cambridge University Press et al. v. Patton et al.³⁰, отмечает: существующая тенденция в судебной практике в целом благоприятна для вывода о том, что использование сиротских произведений соответствует критериям справедливого использования³¹.

Открытая система ограничений критикуется как менее определенная и более непредсказуемая, нежели закрытая; при этом ее неопределенность в равной степени болезненна и для правообладателей, и для пользователей, поскольку ни те, ни другие не могут быть уверены, является ли использование справедливым до того момента, как соответствующее решение вынесет суд. Именно поэтому в США наряду с доктриной справедливого использования применяются специальные ограничения исключительных прав для конкретных случаев. Это позволяет повысить уровень правовой определенности в таких сферах, как образование и наука, и делает доктрину справедливого использования субсидиарной в общей системе ограничений исключительных прав.

Несмотря на адаптивность и имеющиеся преимущества открытой системы ограничений исключительного права, в мире наиболее распространена закрытая система. Это связано с применением так называемого трехступенчатого теста в качестве общего предела установления ограничений в отношении исключительного права.

²⁹ U.S. Code // Legal Information Institute. Cornell Law School. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text> (дата обращения: 12.03.2018).

³⁰ В рамках данного дела суд первой инстанции (district court) установил, что оцифровка академических работ для их электронного хранения в большинстве случаев может быть признана справедливым использованием.

³¹ Orphan Works and Mass Digitization: A Report of the Register of Copyrights // United States Copyright Office. URL: <https://www.copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf> (дата обращения: 05.03.2018).

Первоначально трехступенчатый тест был сформулирован как предел установления исключений в отношении права на воспроизведение в ст. 9 Бернской конвенции. Так, в соответствии с данной статьей случаи свободного (не требующего согласия) воспроизведения произведения возможны только при соблюдении трех условий:

- установление исключений возможно в определенных особых случаях;
- воспроизведение не должно наносить ущерба нормальному использованию произведения;
- воспроизведение не должно необоснованным образом ущемлять интересы правообладателя³².

Впоследствии тест был распространен и на иные случаи установления ограничений. Так, ст. 13 Соглашения ТРИПС предусматривает: «Члены сводят ограничения или изъятия в отношении исключительных прав до некоторых особых случаев, которые не вступают в противоречие с обычным использованием произведения и необоснованно не ущемляют законные интересы правообладателя»³³. Данная статья не ограничивается указанием на действие трехступенчатого теста в отношении какого-то одного права, а говорит об исключительном праве в целом. Договор Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву в ст. 10 также содержит положения о применении трехступенчатого теста; в п. 2 ст. 10 он даже расширяет сферу применения теста в рамках Бернской конвенции: «При применении Бернской конвенции Договаривающиеся Стороны устанавливают какие-либо ограничения или исключения из предусмотренных в ней прав в определенных особых случаях, которые не наносят ущерба нормальному использованию произведения и необоснованным образом не ущемляют законные интересы автора»³⁴.

Поскольку трехступенчатый тест в качестве одного из требований предусматривает, что любое ограничение исключительного права должно быть конкретным случаем, а открытая система не соответствует данному требованию, следовательно, с формальной точки зрения введение открытой системы ограничений несовместимо с этим тестом.

В настоящее время делаются попытки пересмотреть подходы к трехступенчатому тесту как к положению, однозначно запрещающему введение на законодательном уровне открытой системы ограничения исключительного права. Поводом к этому стало присоединение США к Бернской конвенции с сохранением в законодательстве положений о справедливом использовании. Так, Австралийская комиссия по правовой реформе при правительстве подготовила материалы для обсуждения, в которых отмечается, что, по ее мнению, доктрина справедливого использования не противоречит трехступенчатому тесту и отвечает первому его критерию, являясь определенным случаем использования³⁵. В подтверждение

³² Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений. Официальный русский текст // Всемирная организация интеллектуальной собственности. URL: http://www.wipo.int/treaties/ru/text.jsp?file_id=283702 (дата обращения: 12.03.2018).

³³ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС) // Всемирная организация интеллектуальной собственности. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/treaties/text.jsp?file_id=379915 (дата обращения: 12.03.2018).

³⁴ Договор ВОИС по авторскому праву (подлинный текст) // Всемирная организация интеллектуальной собственности. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/treaties/text.jsp?file_id=295439 (дата обращения: 12.03.2018).

³⁵ The Case for Fair Use in Australia. Copyright and the Digital Economy. Discussion paper // Australian Law Reform Commission. URL: <https://www.alrc.gov.au/publication/copyright-and-the-digital-economy-dp-79/4-the-case-for-fair-use-in-australia/> (дата обращения: 05.03.2018).

своей позиции они ссылаются на то, что США, как и ряд других стран (например, Филиппины, Израиль, Республика Корея, Сингапур), присоединились к Бернской конвенции и не испытывают трудностей с несоответствием доктрины трехступенчатому тесту. Также комиссия ссылается на позицию Всемирной торговой организации: «Доктрина справедливого использования США воплощает в себе те же цели, что и ст. 13 ТРИПС, а ее применение и интерпретация полностью соответствуют стандартам, изложенным в этой статье»³⁶.

Между тем трехступенчатый тест в большинстве стран (особенно континентальной правовой семьи) до сих пор рассматривается как препятствие введению открытых ограничений. Однако, несмотря на это, на современном этапе развития института свободного использования, по нашему мнению, можно говорить о том, что вектор такого развития в целом все же направлен в сторону не только расширения случаев свободного использования, но и применения открытых ограничений.

Заключение

В настоящее время в обществе сформировался запрос на расширение сферы свободного использования произведений. Возникновение такого запроса связано с имеющимся расхождением между практикой фактического использования произведений, рассматриваемой обществом в качестве допустимой, справедливой и правомерной, и положениями действующего законодательства, запрещающими такое использование. В частности, выявлено, что подобное расхождение имеется в области использования сиротских произведений и создания и использования произведений фанатского творчества. Можно выделить три предпосылки формирования общественного запроса:

- технологическую, связанную с появлением новых технологий, упрощающих процесс обработки информации;
- социальную, отражающую социальный запрос на широкое использование объектов авторских и смежных прав в условиях новых технологий;
- правовую, характеризующуюся отсутствием возможности осуществить соответствующее использование из-за действующего правового регулирования.

Проанализировав, как приведенный общественный запрос влияет на институт свободного использования произведения, можно заключить, что сегодня имеется тенденция к отступлению от традиционного формирования перечня ограничений исключительного права по закрытому типу и к установлению открытых ограничений, предусматривающих не конкретные случаи свободного использования, а некие критерии и правила, при соблюдении которых конкретный случай использования произведения будет признаваться правомерным. Указанная тенденция выражается прежде всего в попытках примирить положения трехступенчатого теста, предусматривающего, что всякое ограничение исключительного права должно быть конкретным случаем, и доктрину справедливого использования. Применительно к российскому праву данная тенденция проявилась, с одной стороны, в расширении практики применения к интеллектуальным правам запрета на злоупотребление правом как общего предела осуществления субъективных гражданских прав, а с другой — в расширительном толковании судами действующих

³⁶ См. об этом: *Patry W. Patry on Fair Use*. New York: Thomson West, 2012. P. 554–557.

узкоспециализированных ограничений, в частности в допустимости цитирования не только текста, но и любого правомерно обнародованного произведения.

По нашему мнению, стремление расширить практику применения открытой системы ограничений исключительного права обусловлено тем, что по своей природе такая система более гибкая; она позволяет судам адаптировать правовое регулирование к быстро меняющимся общественным отношениям, расширяя или, наоборот, сужая перечень случаев свободного использования произведений, исходя из господствующих представлений в обществе о справедливом и должном. Установление ограничений исключительного права по открытой модели несет в себе риск правовой неопределенности как для правообладателей, так и для пользователей, поскольку не всегда возможно без решения суда установить, является ли то или иное использование произведения правомерным. Для решения данной проблемы предлагаем использовать открытые ограничения исключительного права наряду с установлением специальных ограничений для конкретных случаев. Это позволит повысить правовую определенность в устоявшихся сферах свободного использования и сохранит возможности адаптации института свободного использования к новым вызовам.

Статья поступила в редакцию 16 июля 2019 г.;
рекомендована в печать 31 января 2020 г.

Transformation of copyright limitations in the digital age

Dmitrii V. Kozhemiakin

For citation: Kozhemiakin, Dmitrii V. 2019. Transformation of copyright limitations in the digital age. *Pravovedenie* 63 (1): 97–111. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2019.105> (In Russian)

In the article, the author analyzes the current state of the Institute of free use and its transformation by changes in social relations and public demand for reforming the system of copyright limitations and exceptions. The author comes to the conclusion that the request to expand the scope of free use is due to the emergence of a number of practices that are perceived as “legitimate” in society, but violate the provisions of current legislation. Such practices include the use of orphan works and the creation and use of fan works. At the same time, the author identifies three factors as prerequisites for this public request, firstly, it is simplification of the information processing (technological prerequisite), secondly, technology leads to a social request to use copyright objects in a certain way (social prerequisite), thirdly, the inability to make such use due to the current legal regulation (legal prerequisite). After analyzing the impact of this request, the author concludes that there is a tendency to deviate from the traditional form of a list of restrictions on a closed type and the establishment of open restrictions. This tendency is manifested, firstly, in attempts to reconcile the provisions of the three-step test and the doctrine of fair use, and, secondly, in Russian law in expanding the practice of prohibiting abuse of rights and broad interpretation by courts of existing narrow restrictions by the admissibility of citation of not only the text, but any legally published work. The author notes that the desire to expand the practice of applying an open system of restrictions of exclusive rights is due to its flexibility. Such a system allows courts to adopt legal regulations to fast-changing public relations. Meanwhile, the establishment of restrictions of the exclusive right under the open model carries the risk of legal uncertainty. To solve this problem, the author proposes to use open restrictions of exclusive rights, along with the establishment of special restrictions. This will increase legal certainty in established areas of free use and retain the possibility of adapting the institution of free use to new challenges.

Keywords: copyright, exclusive right, imitations and exceptions, free use, orphan works, fan creativity.

References

- Belleflamme, Paul, Peitz, Martin. 2014. *Digital piracy*. New York, Springer. https://doi.org/10.1007/978-1-4614-7883-6_13-1
- Bradrick N. Laura. 2012. Copyright-Don't Forget About the Orphans: A Look at a (Better) Legislative Solution to the Orphan Works Problem. *Western New England Law Review* 34 (1): 537–578.
- Budnik, Ruslan A. 2015. *The civilistic concept of an inclusive mechanism of civil law regulation of copyright relations*. Dr. Sci. thesis in Law. Moscow, Rossiiskaia gosudarstvennaia akademiia intellektual'noi sobstvennosti. (In Russian)
- Davies, William, Withers, Kay. 2006. *Public Innovation. Intellectual Property in a Digital Age*. Montreal, Institute for Research in Public Policy.
- Kal'iatin, Vitalii O. 2015. Instruments of Public Domain in Modern Information Society. *Pravo: zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki* 4: 4–14. (In Russian)
- Lepage, Anne. 2003. Overview of exceptions and limitations to copyright in the digital environment. *Copyright Bulletin*. Available at: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139696E.pdf> (accessed: 15.02.2018).
- Lifshitz-Goldberg, Yael. 2010. Orphan Works. WIPO Seminar May 2010. Lecture Summary. *World Intellectual Property Organization, WIPO*. Available at: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_theme11_02.pdf (accessed: 15.02.2018).
- Novoselova, Liudmila A. (ed.) 2017. *Intellectual property law: textbook*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Patry, William. 2012. *Patry on Fair Use*. New York, Thomson West.
- Pavlova, Elena A. (ed.) 2018. *Commentary to the fourth part of the Civil Code of the Russian Federation*. Moscow, Issledovatel'skii tsentr chastnogo prava im. S. S. Alekseeva pri Prezidente RF Publ. (In Russian)
- Ringnalda, Allard. 2011. Orphan Works, Mass Rights Clearance, and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution. *Medien und Recht International* 8: 3–10.
- Samuelson, Pamela. 2017. Justifications for Copyright Limitations & Exceptions. *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, ed. by Ruth Okediji. Cambridge University Press.
- Sergeev, Alexander P. (ed.) 2015. *Commentary on the Civil Code of the Russian Federation. Part Four. Educational and practical commentary*. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Sitdikova, Roza I. 2013. Limitations of exclusive rights in the mechanism of copyright protection. *Rossiiskii iuridicheskii zhurnal* 1: 126–130. (In Russian)
- Vetulani, Agnieszka. 2008. *The Problem of Orphan Works in the EU. An overview of legislative solutions and main actions in this field*. European Commission DG Information Society and Media Unit E4: Digital Libraries and Public Sector Information. Available at: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.178.8855&rep=rep1&type=pdf> (accessed: 15.02.2018).
- Voinikanis, Elena A. 2015. *Paradigm approach to the study of intellectual rights*. Dr. Sci. thesis in Law Moscow, Vysshaia shkola ekonomiki Publ. (In Russian)
- Wilkin, John P. 2011. Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of “Rights” in Digital Collection Building. Available at: <https://www.clir.org/pubs/ruminations/01wilkin/wilkin.pdf> (accessed: 15.02.2018).

Received: July 16, 2019
Accepted: January 31, 2020

Dmitrii V. Kozhemiakin — PhD, Senior Researcher, National Research Tomsk State University, 36, pr. Lenina, Tomsk, 634050, Russian Federation; dv-k@outlook.com