

Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США



О.В. Луткова

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина, кандидат юридических наук. Адрес: 123286, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: ovlutkova@mail.ru



Аннотация

Предметом исследования является доктрина добросовестного использования в авторском праве США, на основании которой осуществляется свободное использование произведений. В соответствии с доктриной добросовестного использования третьи лица могут беспрепятственно эксплуатировать защищенные авторским правом произведения при условии, что это способствует «прогрессу науки и полезных искусств» (п. 8 разд. 8 ст. 1 Конституции США). Особое внимание уделено анализу содержания доктрины добросовестного использования в авторском праве США в исторической перспективе от первых прецедентов американских судов, послуживших основой зарождения доктрины, и до ее современного состояния. Анализ проведен на основе признанных судебных прецедентов и некоторых решений американских судов последних лет, не имеющих статуса прецедентных решений. В исследовании использованы методы правового анализа, правового моделирования, правового прогноза, методы сравнительного правоведения и исторического анализа. Основными выводами исследования являются следующие. Выделены четыре основные черты доктрины добросовестного использования в современном авторском праве США. Во-первых, обоснование доктрины добросовестного использования защищенных авторским правом произведений посредством классических факторов оценки, закрепленных в Законе об авторском праве 1976 г.: 1) цель и характер использования, включая оценку коммерческой и образовательной составляющей; 2) природа произведения; 3) объем и значимость использованной части по отношению к целому произведению; 4) полезность эффекта использования произведения для потенциального рынка и ценности исходной работы. Во-вторых, возможность судей дополнительно использовать любые другие факторы оценки, а также отказываться от применения «классических» факторов. В-третьих, изменение квалификации некоторых классических факторов оценки по сравнению с более ранними периодами истории развития доктрины. В-четвертых, современная тенденция изменить существенное восприятие доктрины добросовестного использования в правоприменительной практике США. Сделан общий вывод о непредсказуемости и спонтанности системы современного авторского права США, основанного на доктрине добросовестного использования. Также сделан вывод о недостаточном соответствии доктрины добросовестного использования требованиям Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. и критериям «трехступенчатого» теста проверки. Отмечены следующие основные сферы противоречий: цель регулирования, круг объектов регулирования, допустимые способы использования произведений.



Ключевые слова

современное авторское право США, доктрина добросовестного использования, факторы добросовестного использования, свободное использование произведений, развитие доктрины добросовестного использования, критика доктрины добросовестного использования.

Библиографическое описание: Луткова О.В. Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 186–199.

JEL: K19; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.186.199

В авторском праве США свободное использование произведений обосновывается доктриной добросовестного использования («fair use»)¹ и в самом общем смысле означает разрешение третьим лицам беспрепятственно использовать защищенные авторским правом произведения при соблюдении определенных условий. Добросовестное использование допускается без получения дозволения владельца авторских прав в пределах, пока оно способствует «прогрессу науки и полезных искусств» (п. 8 разд. 8 ст. 1 Конституции США). Дополнительно некоторые ограничения авторского права при добросовестном использовании объясняются необходимостью защиты свободы слова в соответствии с Первой поправкой к Конституции США. С помощью доктрины «fair use» американское общество стремится к балансу интересов правообладателя и общества, заинтересованного в социальной и культурной ценности произведения. Первоначально концепция «добросовестного использования» существовала в США как «общее право» (*common law*), но впоследствии была закреплена в статьях Закона «Об авторском праве» 1976 г. (*Copyright Act*)² (далее — закон 1976 г.).

Дефиниция «добросовестное использование» в законодательных актах США не сформулирована, а в судебной практике не сложилось единого понимания этого института. Понимается, что использован в соответствии с правилами доктрины, т.е. добросовестно, может быть любой материал, обладающий свойством «трансформации»³ и защищенный авторским правом. Свойство трансформации подтверждается в том случае, если будет установлено, что использование копируемого произведения соответствует цели Закона 1976 г. — стимулированию творческого обогащения общества. Чтобы квалифицировать использование произведения как добросовестное, необходимо установить, как именно оно способствует развитию знаний или прогрессу искусства, добавляя что-то новое.

Перечень случаев добросовестного использования перечислен в ст. 107 «Ограничение исключительных прав: добросовестное использование» Закона 1976 г. К ним относятся критика, комментарии, новостные сводки, преподавание (в том числе множественное копирование для использования на занятиях в классах), получение научных знаний и научные исследования. В американской правовой доктрине эти случаи поделе-

¹ Термин «добросовестное использование» применяется в системе права США. В других государствах англосаксонской системы права и их бывших колониях (Великобритания, Канада, Австралия, Новая Зеландия, Сингапур, Южная Африка, Индия) используется похожий, но не идентичный по содержанию термин, переводимый на русский язык как «добросовестное поведение» или «честное использование» (англ. — «fair dealing»). Доктрина «честного поведения» в сравнении с доктриной «добросовестного использования» является менее гибкой. Например, доктрина честного использования действует в Индии. Хотя сам термин «честное использование» законодательно не закреплён, но и он, и суть самой доктрины неоднократно обсуждались в актах судебной практики Индии, в частности, в решении Верховного суда Кералы по делу *Civic Chandran v. Ammini Amma*. See: *Gopalakrishnan N.S., Agitha T.G. Principles of Intellectual Property*. 2nd ed. 2014. P. 369–393; *Scaria A.G. Piracy in the Indian Film Industry: Copyright and Cultural Consonance*. Cambridge, 2014. P. 47–53.

² Текст см.: URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5405> (дата обращения: 04.03.2016)

³ См.: *Copyright and Fair Use Overview*. Stanford University Libraries, 2007 // http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-a.html (официальный сайт при поддержке он-лайн библиотеки Стэнфордского Университета) (дата обращения: 04.03.2016)

ны на две группы: «творческая форма» (*creative*) и «количественная форма» (*quantitative*) добросовестного использования⁴.

«Творческая форма» — основа доктрины добросовестного использования. В творческой форме предусмотрена возможность авторов без специального разрешения использовать более ранние работы других авторов для создания собственных произведений. Иллюстрируют творческую форму следующие примеры: критика — цитирование нескольких строчек из чужого произведения в рецензии; комментарии — использование информации из чужого произведения в научной диссертации; новостные сводки — копирование нескольких параграфов из газетной статьи преподавателем или студентом для занятий; использование материала в качестве доказательства в суде — копирование части статьи из иллюстрированного журнала для использования в судебном разбирательстве. В многочисленных решениях американские судьи пришли к выводу, что к добросовестному использованию также необходимо отнести пародию, поскольку пародия в силу своей природы не может осуществляться без использования исходного материала⁵. Ключевым моментом приведенных случаев творческой формы добросовестного использования произведений в США является извлечение обществом пользы из производных произведений — рецензий, работ, пародий, статей, основанных на чужом исходном материале, защищенном авторским правом⁶.

«Количественная форма» как вариант добросовестного использования авторских произведений третьими лицами в США возникла, когда в 60-х годах XX в. стало стремительно развиваться фотокопирование. Соответственно, возникла необходимость защиты авторов оригиналов работ от так называемого «паразитного издательства». Появление количественной формы добросовестного использования сыграло значительную роль в области цифрового копирования, поскольку она позволила делать дубликаты авторских произведений для массового потребления при соблюдении условия сохранения качества и недопущения искажения оригинала. Нововведение поддержали коллективные организации правообладателей, которые разработали согласованные руководящие указания с особыми ограничениями на копирование⁷.

⁴ Thatcher S.G. Fair Use in Theory and Practice: Reflections on Its History and the Google Case // http://www.psupress.org/news/news_NACUA.html (дата обращения: 04.03.2016)

⁵ Однако пародию относят к добросовестному использованию только в том случае, если она способна вызвать в воображении людей аналогию с оригиналом работы. См.: *Louvis S. Monkey Business: The Lives and Legends of the Marx Brothers*. London, 2001.

⁶ См.: Copyright and Fair Use Overview. Stanford University Libraries, 2007 // http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-a.html (дата обращения: 04.03.2016)

⁷ В целом существует семь блоков руководящих указаний для количественной формы добросовестного использования авторских произведений: копирование для класса, музыка, дистанционное обучение, межбиблиотечные заимствования, транслирующиеся через кабель вещательные программы, цифровые картинки и образовательная мультимедиа. Руководящие начала чаще всего используются в сферах образования, так как они обеспечивают защиту и «иммунитет» учителям от исковых заявлений к университетам, где они работают. Например, Руководящие Указания для копирования в классах 1976 г. (Classroom Guidelines) ограничивают копирование 250 словами максимально из стихотворения и 2500 словами рассказа или статьи, если дубликат создается только для одного курса обучения, если используется не более одного рассказа, стихотворения, статьи либо двух отрывков одного автора. Копирование должно осуществляться под руководством учителя и должно быть настолько спонтанным, что было бы нецелесообразно ожидать своевременной выдачи разрешения на данные действия. См.: Ad-Hoc Committee of Educational Institutions and Organizations on Copyright Law Revision Guidelines “Agreement on Guidelines for Classroom Copying in Not-For-Profit Educational Institutions” / reprinted in House Report. No. 94-1476. 94th Cong., 2d Sess., 1976. P. 65–74.

До 1975 г. добросовестное использование авторских произведений рассматривалось исключительно в контексте учебных целей, и этот вопрос не связывался с использованием материала для личных целей. Ситуация изменилась в связи с решением Апелляционного Суда по делу Уиллиамса и Вилкинса против Национальной медицинской библиотеки и Национального института здоровья (*Williams & Wilkins v the National Library of Medicine and the National Institutes of Health*)⁸, в котором суд постановил, что в данном случае фотокопирование материала следует признать добросовестным использованием в личных целях.

Американские судьи при вынесении решений по вопросам добросовестного использования произведений опираются на четыре фактора оценки добросовестного использования⁹ и обладают широкими полномочиями при толковании и применении этих факторов к конкретным спорам, в связи с чем практически невозможно предугадать исход дела. Закрепленные в Законе 1976 г. факторы представляют собой обстоятельства общего характера: 1) цель и характер использования, включая вопрос, подчинено ли оно коммерческим целям или имеет некоммерческий образовательный характер; 2) природа произведения, защищенного авторским правом; 3) объем и значимость использованной части по отношению к целому произведению; 4) полезность эффекта использования произведения для потенциального рынка и ценности исходной работы¹⁰.

Все четыре фактора впервые были выработаны и сформулированы в ставшем хрестоматийным судебном прецеденте по делу Фолсом против Марша (*Folsom v. Marsh*)¹¹ (1841). Суд не согласился с доводами ответчика о добросовестном использовании произведения истца, отметив, что «...рецензент может добросовестно цитировать оригинальную работу в большом объеме, если его задачей является использование этих цитат для справедливой и разумной критики... если он цитирует самые важные части работы не с целью критики, а с целью замены, использования и обзора первоначальной работы, то такое использование будет считаться пиратством... мы должны... учитывать характер и цели произведенной выборки, количество и объем использованных материалов и степень, в которой это использование может наносить ущерб продажам, служить причиной снижения прибыли, или заменять цели первоначальной работы»¹².

Фактор первый — цель и характер использования, включая вопрос, подчинено ли использование коммерческим целям или имеет некоммерческий образовательный характер. С начала 1990-х годов, следуя доводам П. Леваля (Pierre N. Leval¹³), судьи стали

⁸ См.: *Williams & Wilkins v. U.S.*, 420 U.S. Supreme Court, 1975 // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/420/376/> (дата обращения: 04.03.2016)

⁹ См.: *Copyright and Fair Use Overview*. Stanford University Libraries, 2007 // http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-a.html (дата обращения: 04.03.2016)

¹⁰ См.: *Copyright Act 1976, Title 17, Chapter 1, United States Code, § 107 Limitations on exclusive rights: Fair Use.*

¹¹ *Reese A.R. The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses / Intellectual Property Stories*. New York, 2006. P. 259.

¹² *Charles Folsom v. Bela Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) <http://www.copyright.gov/fair-use/summaries/folsom-marsh-ccmass1841.pdf> (дата обращения: 04.03.16). См.: *Patterson L.R. Folsom v. Marsh and Its Legacy / University of Georgia School of Law*. 1998. № 4-1. P. 431 // http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351 (дата обращения: 04.03.16); *Reese A.R. The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses / Intellectual Property Stories*. P. 259.

¹³ Пьер Леваль — известный американский судья, принимавший участие в формировании доктрины fair use. Как практик с 1977 г. он участвовал в рассмотрении многих дел, сформировавших современную политику применения доктрины добросовестного использования. Теоретические изыскания

отдавать приоритет именно этому фактору. В настоящее время в американской правоприменительной практике упрочилась позиция, что добросовестным следует считать преобразующее, творческое последующее использование произведения, независимо от его коммерческого или некоммерческого характера, поскольку, многие, если не все, вторичные работы создаются, по крайней мере, с неосновной целью получения хотя бы некоторой коммерческой выгоды от их использования.

В соответствии с первым фактором оценивается, соответствует ли конкретный случай использования произведения третьим лицом цели Закона 1976 г. — стимулированию творческого обогащения общества, или цель использования чужого авторского произведения иная — подмена оригинала исключительно для получения личной выгоды. Ключевым моментом здесь является степень, в которой использование является преобразованием, ведущим к созданию именно новой (последующей), а не производной формы.

В США в 1997 г. фотограф Т. Форсит создал серию снимков «Цепь питания Барби» («Food Chain Barbie»), где куклы Барби были помещены в «опасные ситуации» рядом или внутри кухонных приборов. Фотограф считал, что его произведения созданы с целью «подвергнуть критике объективизацию женщин, ассоциируемых с куклой Барби, разрушить миф о традиционных стандартах красоты и общественное признание женщин в качестве объектов, поскольку именно это символизирует образ Барби»¹⁴. После четырех лет процесса, инициированного выпускающей кукол Барби компанией «Мэттел» («Mattel»), в 2003 г. Федеральный суд постановил, что создание фотографического произведения является добросовестным использованием: «...польза обществу — разрешить такое использование (разрешить свободу творчества, свободу выражения и критику культурного образа) — огромна... и соответствует целям Закона об авторском праве»¹⁵.

Второй фактор — природа произведения, защищенного авторским правом. Чем больше творческий вклад автора первичного произведения, тем сложнее доказать добросовестность использования такого произведения¹⁶. Одним из хрестоматийных дел для процесса становления доктрины «свободного использования» является спор Арт Роджерс против Джефа Кунса (*Art Rogers v. Jeff Koons*) (1992). Д. Кунс (ответчик) заимствовал фотографию А. Роджерса для создания собственной скульптуры «Вереница щенков» и объяснял это добросовестным использованием с целью создания пародии. Ответчик проиграл спор, так как суд не усмотрел пародии именно на первичное произведение, пояснив, что сатира на нравы общества в целом не имеет отношения к пародии на конкретное произведение. Суд счел заимствование недостаточно оправданным в силу того, что преобразования первичной работы во что-то новое в результате заимствования не произошло¹⁷.

П. Леваль отразил в доктринальных исследованиях, в частности, в программной статье «Toward a Fair Use Standard» (1990). См.: *Leval P.N. Toward a Fair Use Standard* // 103 Harv. L. Rev. 1105. 1990. <http://docs.law.gwu.edu/facweb/claw/levalfrustd.htm> (дата обращения: 04.03.2016)

¹⁴ *Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions* // Berkeley Technology Law Journal. Vol. 20. Is. 1. Art. 65. January 2005. P. 733.

¹⁵ Текст см.: *Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions* // Berkeley Technology Law Journal. Vol. 20. Is. 1. Art. 65. January 2005. P. 733.

¹⁶ *Calvert C., Pember D. Mass Media Law*. N.Y., 2013. P. 489.

¹⁷ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 // <http://openjurist.org/960/f2d/301/rogers-v-koons> (дата обращения: 04.03.2016)

Фактор третий — объем и значимость использованной части по отношению к целому произведению. Суд учитывает процентное соотношение заимствованного материала в новом произведении, причем не только цитаты, но и обработанный (перефразированный) материал. Так произошло в деле Сэлинджер против «Рандом Хаус» (*Salinger v. Random House, Inc*) (1987). По заказу издательства Й. Хамилтон написал биографию Д. Сэлинджера, в текст которой из-за недостатка исследовательского материала включил неопубликованные письма писателя. Несмотря на незначительную перефразировку текстов писем Сэлинджера, которая позиционировалась ответчиком как добросовестное использование, он проиграл дело, поскольку суд счел, что «...защищается манера выражения человека, его восприятие и интерпретация событий»¹⁸. Объем цитат, включая перефразированный текст писем, составил около 40% текста биографии, что суд посчитал существенной частью произведения.

Фактор четвертый — полезность эффекта использования произведения для потенциального рынка и ценности исходной работы. Обоснование судебного решения с учетом этого фактора ярко прослеживается в деле издательства «Харпер энд Роу» против журнала «Нэйшн» (*Harper & Row, Publishers, Inc. v «Nation Enterprises (Nation)»*)¹⁹. Издательство готовило к выпуску мемуары бывшего президента Дж. Форда, которые представляли собой повествование от первого лица, изложенное человеком, подписавшим помилование президенту Р. Никсону²⁰. Однако «Нэйшн», которому удалось получить «пиратскую» копию мемуаров, нарушил задуманный автором порядок обнародования произведения, опередив издательство и опубликовав именно ту часть книги, которая содержала описание Дж. Фордом процедуры помилования Р. Никсона. Несмотря на то, что «Нэйшн» использовал только 300 слов из книги в 200 тыс. слов (0,0015%), Верховный Суд США решил, что такое использование составляет сущность произведения, и потому является недобросовестным. Также подчеркивался аргумент: цитируемые «Нэйшном» 300 слов представляют всю суть содержания книги, что помешало в дальнейшем коммерческому успеху первоисточника (мемуаров) на рынке. Именно отсутствие ущерба, наносимого оригиналу производным произведением, «без сомнения, самый важный элемент доктрины добросовестного использования»²¹.

Целесообразно рассмотреть, как факторы доктрины «fair use» применяются в современных решениях американских судов. Интересен спор Гильдии авторов против компа-

¹⁸ *Salinger v. Random House*, 811 F.2d 90 (1987) // http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/salinger.html (дата обращения: 04.03.2016)

¹⁹ *Harper & Row, Publishers, Inc., Et Al. v. Nation Enterprises Et Al.* 471 U.S. 539 (1985) // <https://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/1985%20Harper%20Abridged.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

²⁰ Право помилования по федеральным преступлениям в США (*power to grant reprieves and pardons for offenses against the United States*) в соответствии со ст. 2 Конституции США принадлежит Президенту США, исключая случаи импичмента. Поскольку импичмент в отношении Р. Никсона еще не начинал рассматриваться, хотя заключение по импичменту уже было подготовлено к передаче в Сенат США, сам Р. Никсон сложил полномочия, а новый президент США Дж. Форд получил и осуществил право помиловать Никсона «за все преступления, которые тот мог совершить». Помилование в соответствии с толкованием Верховного Суда США включает: полное прощение за преступление (освобождение от уголовной ответственности), условное прощение, смягчение приговора, условное смягчение приговора, снятие наложенного штрафа и конфискации, отсрочку исполнения приговора и амнистии. См.: *Ruckman P.S., Jr. Executive Clemency in the United States: Origins, Development, and Analysis (1900-1993)*. *Presidential Studies Quarterly*, 1997. P. 251–271.

²¹ *Harper & Row, Publishers, Inc., et al. v. Nation Enterprises et al.* 471 U.S. 539 (1985) // <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/1985%20Harper%20Abridged.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

нии «Гугл» (*The Authors Guild v. Google, Inc.*)²² (2015), в вердикте по которому судом были детально исследованы доводы сторон и обосновано, почему проект Google Books, связанный с оцифровкой множества книг без согласия правообладателей, следует считать правомерным²³. Апелляционный суд в этом споре поддержал решение нижестоящего в том, что деятельность поискового сервиса следует квалифицировать как добросовестное использование, опираясь на все четыре классических фактора.

Первый фактор в споре — цель или характер использования (*secondary use*) должны быть преобразующими. Суды США и прежде признавали преобразующими действия по изготовлению цифровых копий книг для их использования в целях поиска и анализа. В коммерческом использовании проекта суд также не усмотрел противоречия добросовестному использованию. Возможность просмотра отрывков текста по искомым словам суд оценил даже как увеличивающую ценность основной преобразующей функции поиска, поскольку она дает возможность пользователю не только найти нужный термин, но и уточнить его значение по контексту. Таким образом, первый фактор добросовестного использования был оправдан судом.

Второй фактор в споре — природа охраняемого произведения. Он всегда рассматривается американскими судами в контексте первого, поскольку оценить цель создания последующего произведения невозможно без сопоставления с целью и назначением оригинального произведения. В силу того, что большая часть оцифрованных произведений истцов не имела художественного значения, суд оценил второй фактор также в пользу добросовестного использования.

Третий фактор в споре — объем и существенность заимствованной части в сравнении с созданным произведением. В рассматриваемом случае произведения заимствовались полностью. Такое заимствование американские суды считают допустимым, если оно разумно необходимо для достижения преобразующей цели и производится таким способом, чтобы не создать конкурирующий заменитель оригинала²⁴. Суд заключил, что «копирование всего объема оригинала не просто разумно соответствует преобразующей цели Google, без него буквально не обойтись, чтобы такую цель достичь»²⁵. Кроме того, суд посчитал, что возможность просмотра отрывков не способна существенно конкурировать с продажей оригиналов книг.

Четвертый фактор в споре — оценка воздействия, которую использование чужого произведения оказывает на его ценность или потенциальный рынок. Суд установил, что проект не уменьшает ценности трудов правообладателей и не лишает их дохода, поскольку покупка книги на бумажном носителе обходится потребителю дешевле, нежели затраты, которые он должен был бы вложить, пытаясь собрать и сопоставить набор несвязных выдержек из оцифрованных книг, пользуясь поисковым сервисом. Суд согласился, что некоторое снижение продаж бумажных аналогов оцифрованных книг возможно, тем не менее, это не окажет существенного влияния на потенциальный рынок или ценность охраняемых произведений. Соответственно, четвертый фактор также был оценен в пользу признания проекта добросовестным использованием.

²² *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 13-4829 (2d Cir. 2015) // <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html> (дата обращения: 04.03.2016)

²³ Обзор спора см.: Тарасов Д.А. Судебный путеводитель по «fair use». 2015 // <http://lexdigital.ru/2015/114/> (дата обращения: 04.03.2016)

²⁴ Аналогичные рассуждения суда по третьему фактору см. в деле: *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.* (2d Cir. 2006) // <http://www.copyright.gov/fair-use/summaries/billgraham-dorling-2dcir2006.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

²⁵ Цит. по: Тарасов Д.А. Указ. соч.

Рассмотренное судебное решение по спору Гильдии авторов против Гугл подтверждает факт актуальности четырех факторов оценки добросовестного использования произведений для современного авторского права США. Однако важно отметить, что этот факт, как и сам факт фиксации в ст. 107 Закона 1976 г. четырех факторов не отменяют и не заменяют право, созданное на основе судебной практики: судьи по собственному усмотрению могут рассматривать и учитывать в своих решениях и иные факторы оценки.

В силу того, что каждый спор индивидуален и включает массу специфических деталей, которые, кроме того, могут потенциально в разной степени обращать на себя внимание разных составов судей, решающим в конкретном деле может стать аргумент (фактор), в Законе 1976 г. не сформулированный.

Например, факторы *недобросовестного поведения стороны и общественного интереса*. Суд сослался на эти факторы в решении по делу «Рэндом Хаус» против Говарда Хьюза (*Random House v. Howard Hughes*)²⁶ (1976). Г. Хьюз был известным в Америке лицом. Не желая выпуска в свет собственной биографии, подготовленной издательством «Рэндом Хаус», Хьюз выкупил права на статьи журнала «Лук» (*Look*), которые цитировались составителями биографии, — всего две прямые цитаты и восемь перефразированных строк. Опираясь на защиту авторского права, Хьюз стремился помешать выпуску биографической книги о себе, однако проиграл судебный процесс. Одним из аргументов судебного решения в пользу издательства стало то, что Хьюз «пришел в суд с нечистыми руками»: скупал права на журнальные статьи, чтобы запретить публикацию книги и не дать авторам биографии высказать свое мнение. Еще один аргумент суда состоял в том, что существует большой общественный интерес к биографии Хьюза — публичной фигуре, замешанной в политических скандалах. В силу этого цитаты из купленных Хьюзом журнальных статей могут считаться добросовестным использованием в биографии, несмотря на то, что книга нацелена на массовую аудиторию.

В еще одном судебном решении в качестве самостоятельного, причем названного ключевым для доктрины свободного использования фактора, было указано «*право автора контролировать первое появление своего произведения на публике*»²⁷. Речь идет об упомянутом деле «Харпер энд Роу» против журнала «Нэйшн», в решении по которому суд подчеркнул, что в журнальной статье было опубликовано, по сути, основное содержание еще не доведенного до всеобщего сведения авторского произведения, и таким образом, журнал «присвоил» право на публикацию чужого произведения²⁸.

Формулировка в рассматриваемом решении суда фактора «права автора контролировать первое появление своего произведения на публике» несколько лет воспринималась в юридической практике США как категорический запрет на цитирование неопубликованных работ. Однако в 1992 г. Конгресс внес поправки в параграф 107 раздела 17 Кодекса США (U.S. Code)²⁹, уточнив, что сам по себе факт цитирования неопублико-

²⁶ *Heins M., Beckles T. Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control*. NY.: Brennan Center for Justice, 2005. P. 2 // <http://www.fepproject.org/policyreports/WillFairUseSurvive.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

²⁷ *Harper & Row, Publishers, Inc., Et Al. v. Nation Enterprises Et Al.* 471 U.S. 539 (1985) // <https://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/1985%20Harper%20Abridged.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

²⁸ *Calvert C., Pember D. Op. cit.* P. 487.

²⁹ Кодекс США состоит из 51 раздела (Title), каждый из которых посвящен отдельной отрасли права либо крупному правовому институту (например, раздел 15 — «Коммерция и торговля» (Commerce and Trade), раздел 17 — «Авторское право» (Copyright), раздел 35 — «Патенты» (Patents) и т. д.). Разделы расположены в алфавитном порядке. Каждый раздел состоит из глав (Chapter), которые, в свою очередь, могут делиться на части (Part), отделы (Section) и параграфы (Paragraph).

ванного произведения не является императивным предписанием, предопределяющим невозможность признания использования добросовестным³⁰.

Имея дело с доктриной добросовестного использования в авторском праве США, следует учитывать еще один важный момент: соотношение понятий «переработка» и «преобразование». В американской правовой системе, как и во всех национальных системах авторского права, существует понятие «переработка» произведения, результатом которой становится «производное произведение» (*derivative work*). В ст. 106 Закона 1976 г. установлено исключительное право первоначального автора (владельца прав) «создавать производные произведения, основанные на охраняемом произведении».

Особенностью американской системы авторского права является то, что в интересах доктрины добросовестного использования созданы термины со специальным содержанием: «преобразование» произведения и «последующее произведение» (*secondary work*), возникающее в результате преобразования. Все права на преобразующее произведение, которое не является переработкой, возникают у его создателя.

Как в результате переработки, так и в результате преобразования оригинальных произведений возникают новые объекты, но с разными правовыми статусами, предопределяющими разное (полярное) отношение к вопросу об условиях, на которых используются исключительные права автора (правообладателя) оригинального произведения. Соответственно, значение имеет установление критериев, в соответствии с которыми в американском авторском праве разграничиваются переработка и преобразование.

В США существует понятие производного права — исключительное право «создавать производные произведения на основе охраняемых» (§106(2) U.S. Code), но определение производного произведения не сформулировано. В указанной статье содержится примерный перечень действий, которые следует относить к переработке: перевод книги, адаптация романа для кино или театра, переделка произведения в виде электронной или аудиокниги и др. В судебной практике фигурирует устоявшееся мнение, что «... производные произведения связаны с преобразованиями в виде *изменения формы*... они не преследуют таких преобразующих целей, которые удовлетворяют критериям добросовестного использования»³¹. Таким образом, к производному произведению применимы следующие характеристики: воплощение первоначального творческого содержания в иной форме; сохранение всех охраняемых элементов оригинала неизменными, но представление их в новом виде; использование для удовлетворения те же потребностей общества.

Напротив, преобразование в рамках доктрины добросовестного использования приводит к изменению *цели и предназначения* произведения. В некоторых судебных решениях предлагается квалифицировать последующее использование как «дополняющее» (*complementary use*), как дополняют друг друга гвоздь и молоток стремясь к общей, но единой цели, достижение которой возможно только сообща»³². В других решениях квалифицирующий факт дополнения оригинальным и последующим произведениями друг друга ради общей цели отрицается и утверждается, что, напротив, именно произ-

³⁰ См.: *Heins M., Beckles T.* Op. cit.

³¹ *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 13-4829 (2d Cir. 2015) // <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html> (дата обращения: 04.03.2016)

³² *Ty, Inc. v. Publ'ns Int'l, Ltd.*, 292 F.3d 512, 517 (7th Cir. 2002) // http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/law/bclawreview/pdf/50_2/03_livingston.pdf (дата обращения: 04.03.16); *Kienitz v. Sconnie Nation, LLC*, 766 F.3d 756 (7th Cir. 2014) // <http://www.copyright.gov/fair-use/summaries/kienitz-sconnienation-7thcir2014.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

водное произведение дополняет оригинальное: «книга и фильм на ее основе идеально подкрепляют друг друга, совместно достигая цели, недостижимой ими по отдельности: озарения автора книги дополняются толковательным мастерством кинематографистов, создавая более эффектный совместный объект в виде фильма»³³. Действия по созданию последующего произведения предлагается рассматривать как действия, не являющиеся исключительной прерогативой автора оригинального произведения, когда новый автор заимствует чужое произведение, например, для пародирования, «разоблачает» его ошибочность или неточности, при этом целью последующего объекта является именно «осмеяние», критика первичного произведения, что невозможно назвать процессом достижения общей цели.

Таким образом, американские суды не единодушны и иногда полярны в оценке отношения оригинального и последующего произведений в рамках концепции добросовестного использования. Граница между переработкой произведения и добросовестным использованием в американском праве отсутствует.

В США распространено мнение, что «добросовестное использование» не дает пользователям отдельного права свободно использовать чужое произведение и является лишь видом судебной защиты (*affirmative defense*)³⁴. И хотя последние судебные решения дают возможность задуматься об изменении роли доктрины добросовестного использования в правовой системе США, в их текстах пока достаточно много путаницы и неточностей. Кроме того, у них нет прецедентного значения.

Так, в решении по делу Ленц против «Юниверсал Мьюзик»³⁵ (*Lenz v. Universal Music*)³⁶ (2015) суд сформулировал совершенно новые для доктрины добросовестного использования положения: добросовестное использование — это не оправдываемое законом нарушение, а разрешенные случаи правомерного использования охраняемого произведения, т.е. пользователь имеет право использовать чужое произведение в допустимых пределах без согласия правообладателя; добросовестному использованию коррелирует встречная обязанность правообладателя не чинить препятствий.

Тем не менее, позиции представителей современной американской юридической науки и практики в отношении доктрины добросовестного использования часто сводятся к негативным оценкам³⁷.

³³ Тарасов Д.А. Указ. соч.

³⁴ Тарасов Д.А. Пользователи в США получили право использовать охраняемые произведения без получения согласия // <http://lexdigital.ru/2015/113/> (дата обращения: 04.03.2016)

³⁵ С.Ленц (Stephanie Lenz) разместила на YouTube 29-секундное домашнее видео, где ее маленькие дети танцуют под композицию исполнителя Prince, права на которую принадлежали студии Universal Music. В начале видео мать спрашивает детей мнение о музыке, после чего дети начинают танцевать. Музыка хорошо узнаваема и играет на протяжении всего отрывка. Universal Music обвинил С. Ленц в существенном использовании охраняемого произведения без согласия правообладателя, поскольку музыкальная композиция находится в центре ролика.

³⁶ *Lenz v. Universal Music Corp.*, No. 13-16106 (9th Cir. 2015) // <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/13-16106/13-16106-2015-09-14.html> (дата обращения: 04.03.2016)

³⁷ См.: *Seltzer L.E.* Exemptions and Fair Use in Copyright: The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act. Harvard University Press, 1990. P. 50–54.; *Crews K.D.* Copyright, Fair Use, and the Challenge for Universities: Promoting the Progress of Higher Education. University of Chicago Press, 1993. P. 34. Профессор М. Мэдисон характеризует доктрину добросовестного использования как излишне «фрагментарную», что делает ее бесполезной в качестве инструмента», способного предсказать результат спора. См.: *Madison J., Nard C., McKenna M.* The Law of Intellectual Property. Wolters Kluwer, 2013 // <http://jurist.law.pitt.edu/people/michael-j-madison#sthash.LQrSuZMr.dpuf> (дата обращения: 04.03.2016). Ученый К. Крюз считает,

Действительно, можно усмотреть множество недостатков доктрины: ни один фактор не предписан императивно, таким образом, любой (или все) из них может быть опущен и заменен другим квалифицирующим обстоятельством; отношение в правоприменении к характеристикам одних и тех же факторов со временем может меняться на противоположное; ни на каком уровне (законодательном, прецедентном, доктринальном) не предложено четкого разграничения процессов переработки произведения и процесса добросовестного использования произведения. Соответственно, стабильность в вопросе о квалификации использования произведений как добросовестного отсутствует.

Кроме того, доктрина «fair use» не вполне соответствует требованиям Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г.³⁸ — документу, в котором вопрос свободного использования произведений проработан наиболее детально для международно-правового уровня. Соответственно, доктрина «fair use» не вполне соответствует критериям «трехступенчатого» теста проверки³⁹. Основные противоречия и расхождения институтов свободного использования в международном авторском праве и добросовестного использования в современном авторском праве США проявляются в цели регулирования, в круге объектов регулирования, в допустимых способах свободного использования авторских произведений, применительно к «трехступенчатому тесту».

Оба института в глобальном масштабе направлены на установление баланса в обществе между обеспечением интересов авторов и третьих лиц. Однако институте свободного использования в международном авторском праве эта цель проявляется с позиций защиты самого автора⁴⁰ и сохранения исключительного характера авторского права⁴¹, тогда как цель доктрины добросовестного использования в авторском праве США в за-

что «добросовестное использование осмеяно большинством как один из самых неопределенных и туманных стандартов», который вызывает «сильное замешательство, как у юристов, так и у непрофессионалов, которым часто приходится разбираться в нюансах и жить по этим принципам — неясным и хрупким». См.: *Heins M., Beckles T.* Op. cit. Судья Ниммер упрекает судей в склонности «подгонять» одновременно все четыре классических фактора под то решение, которое они заведомо намерены принять, вместо того, чтобы рассуждать в каждом конкретном случае объективно, и отмечает, что утверждение, будто «... только от этих четырех факторов зависит решение суда — это сказка». См.: *Ibid.*

³⁸ О конвенционном регулировании свободного использования произведений см.: *Луткова О.В., Черныш Д.О.* Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 12. С. 47–56.

³⁹ Это происходит в силу того, что, несмотря на факт ратификации Соединенными Штатами Америки Бернской конвенции в 1989 г., в законотворческой и правоприменительной практике этого государства ко всем ограничениям прав авторов и иных правообладателей предъявляется лишь требование соответствия положениям документов из «пакета» Всемирной Торговой Организации, но не Бернской конвенции. *Owens R.* TRIPs and the Fairness in Music Arbitration: The Repercussions. In 25 EIPR, 2003. P. 49–54 // <http://www.peteryu.com/intip/owens.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

⁴⁰ В национальном договорном праве многих государств (Россия, США, Япония и др.) автор позиционируется как наиболее уязвимая сторона лицензионных отношений и защищается дополнительными принципами.

⁴¹ Подтверждение этого тезиса см.: *Гейгер К.* Роль трехступенчатого теста в адаптации законодательства об авторском праве к информационному обществу // Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. Электронная версия русского издания. Январь–март 2007 г. № 1. С. 14 // <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001578/157848r.pdf> (дата обращения: 04.03.2016); *Gaita K., Christie A.F.* Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying // Intellectual Property Research Institute of Australia working paper. 2004. V. 4. P. 22.

щите интересов социума: «Хотя авторы, несомненно, входят в число запланированных выгодоприобретателей по авторскому праву, главнейшим, первостепенным выгодоприобретателем признается общество, чей доступ к знанию авторское право обеспечивает, вознаграждая за авторство»⁴².

В соответствии с конвенционным институтом свободного использования круг объектов, которые попадают под его регулирование, ограничен, напротив, в соответствии с доктриной добросовестного использования существует возможность ограничить исключительные права на любое произведение, обладающее свойством трансформации.

Конвенционные способы свободного использования произведений конкретно сформулированы: цитирование, воспроизведение, возможность сделать произведение доступным для всеобщего сведения и др. Способы использования произведения в рамках доктрины добросовестного использования не ограничены и могут быть самыми разными: помимо конвенционных, это может быть сокращение первичного произведения, заимствование значительной части или всего произведения, осуществление первой публикации вместо автора и др. (при условии, что критерии, разграничивающие процессы переработки произведения и создания последующего произведения, охарактеризованы лишь минимально).

Несовпадениями в содержании института свободного использования и доктрины добросовестного использования предопределено и противоречие последней «трехступенчатому тесту»⁴³.

Полагаем, что признать доктрину добросовестного использования безупречным механизмом регулирования в современном авторском праве США не представляется возможным. Основанная на «fair use» система регулирования, как это видно из анализа правоприменительной практики американских судов, является непредсказуемой, спонтанной и не приводит к возможности в целом «просчитывать» правоприменительный результат в конкретном споре. Также полагаем, что в силу противоречия доктрины добросовестного использования нормам Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. и, соответственно, «трехступенчатому тесту» проверки, опыт ее применения не может быть показательным ориентиром для правоприменительной практики в Российской Федерации⁴⁴.



Библиография

Калятин В.О. О перспективах применения в России доктрины добросовестного использования // Закон. 2015. № 11. С. 2–9.

Луткова О.В., Черныш Д.О. Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 12. С. 47–56.

⁴² Цит. по: Тарасов Д.А. Судебный путеводитель по fair use. Ноябрь, 2015 // <http://lexdigital.ru/2015/114/> (дата обращения: 04.03.2016)

⁴³ См.: Добрякова Н.И. Заимствование или плагиат: российский и зарубежный опыт // Человеческий капитал и профессиональное образование. 2015. № 1(13). С. 19; Тарасов Д.А. Пользователи в США получили право использовать охраняемые произведения без получения согласия. Сентябрь, 2015 // <http://lexdigital.ru/2015/113/> (дата обращения: 04.03.2016)

⁴⁴ См. также: Калятин В.О. О перспективах применения в России доктрины добросовестного использования // Закон. 2015. № 11; Щербак Н.В. Пределы авторского права и смежных прав // Законодательство. 2011. № 8; Он же. Некоторые проблемы защиты авторских и смежных прав // Законодательство. 2015. № 1.

- Щербак Н.В. Пределы авторского права и смежных прав // Законодательство. 2011. № 8. С. 21–29.
- Calvert C., Pember D. *Mass Media Law*. N.Y., 2014. 720 p.
- Copyright and Fair Use Overview. Stanford University Libraries. 2007 // http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-a.html (дата обращения: 04.03.2016)
- Crews K.D. *Copyright, Fair Use, and the Challenge for Universities: Promoting the Progress of Higher Education*. Chicago, 1993. 240 p.
- Gaita K., Christie A.F. Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying // Intellectual Property Research Institute of Australia working paper. 2004. Vol. 4. P. 1–36.
- Gopalakrishnan N.S., Agitha T.G. *Principles of Intellectual Property*. N.Y., 2014. 597 p.
- Heins M., Beckles T. Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control. Brennan Center for Justice, 2005. // <http://www.feproject.org/policyreports/WillFairUseSurvive.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)
- Louvish S. *Monkey Business: The Lives and Legends of The Marx Brothers*. London, 2001. 464 p.
- Madison J. et al. *The Law of Intellectual Property*. N.Y., 2013. 1440 p.
- Owens R. TRIPs and the Fairness in Music Arbitration: The Repercussions 2003 // <http://www.peteryu.com/intip/owens.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)
- Scaria A.G. *Piracy in the Indian Film Industry: Copyright and Cultural Consonance*. Cambridge, 2014. 338 p.
- Seltzer L.E. *Exemptions and Fair Use in Copyright: The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act*. Harvard, 1990. 208 p.
- Thatcher S.G. Fair Use in Theory and Practice: Reflections on Its History and the Google Case // http://www.psupress.org/news/news_NACUA.html (дата обращения: 04.03.2016)
-

The Fair Use Doctrine in the Contemporary US Copyright Law



Oksana V. Lutkova

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow, 125993, Russian Federation. E-mail: ovlutkova@mail.ru



Abstract

The subject of the research is the fair use doctrine in the US copyright law which is the basis for free use of works. Under the doctrine, third parties may freely use copyrighted works through fair use provided that it promotes "progress of science and useful arts" (Article 1 section 8 subsection 8 of the US Constitution). Special attention was given to the analysis of the content of the fair use doctrine beginning with its occurrence in the first cases related to US copyright law. The analysis was conducted on the basis of case law and some of the decisions of US courts in recent years. The following methods were used in the research: legal analysis, legal simulation, legal forecast, comparative law methodology and historical analysis. The major research findings are as follows. The main features of the fair use doctrine in the contemporary US copyright law have been identified, i.e. the doctrine is based on the four classic evaluation factors (enshrined in the US Copyright Act 1976); the judge may use any other assessment factors; alteration of the qualification of some classical assessment factors in comparison with earlier periods of time; the occurrence of trends in the perception of fair use doctrine essence. The conclusion is made in respect of the unpredictability and spontaneity of the modern system of the US copyright law, based on the fair use doctrine. The conclusion is drawn in respect of insufficient conformity of the fair use doctrine with the requirements of the Berne Convention 1886 and to "three-step" test criteria. The main areas of controversy have been highlighted: the aim of legal regulation, the range of objects subject to regulation, permitted ways to use works.



Keywords

contemporary US copyright law; fair use doctrine; fair use factors; free use of works; the development of the doctrine of fair use; fair use doctrine criticism.

Citation: Lutkova O.V.(2016) The Fair Use Doctrine in Contemporary US Copyright Law. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 186–199 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.186.199



References

Calvert C., Pember D. (2014) *Mass Media Law*. N.Y.: McGraw-Hill, 720 p.

Crews K.D. (1993) *Copyright, Fair Use, and the Challenge for Universities: Promoting the Progress of Higher Education*. Chicago: University of Chicago Press, 240 p.

Copyright and Fair Use Overview. Stanford: University Libraries, 2007. Available at: http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-a.html (accessed: 04.03.2016).

Gaita K., Christie A.F. (2004) Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying. *Intellectual Property Research Institute of Australia working paper*, vol. 4, pp. 1–36.

Gopalakrishnan N.S., Agitha T.G. (2014) *Principles of Intellectual Property*. 2nd. N.Y.: Paper Back, 597 p.

Heins M., Beckles T. (2005) *Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control*. Brennan Center for Justice. P.2. Available at: <http://www.fepproject.org/policyreports/WillFairUseSurvive.pdf> (accessed: 04.03.2016)

Kalyatin V. O. (2015) O perspektivakh primeneniya v Rossii doktriny dobrosovestnogo ispol'zovaniya [On the Perspectives of Applying Fair Use Doctrine in Russia]. *Zakon*, no 11, pp. 2–9.

Louvish S. (2001) *Monkey Business: The Lives and Legends of Marx Brothers*. London: Macmillan, 464 p.

Lutkova O. V., Chernysh D. O. (2011) Konventsionnoe regulirovanie svobodnogo ispol'zovaniya proizvedeniy v transgranichnom kommercheskom oborote [Convention Regulation of Free Use of Works in Transborder Commercial Turnover]. *Intellektual'naya sobstvennost'. Avtorskoe pravo i smezhnye prava*, no 12, pp. 47–56.

Madison J., Nard C., McKenna M. (2013) *The Law of Intellectual Property*. N.Y.: Wolters Kluwer, 1440 p.

Owens R. (2003) TRIPs and the Fairness in Music Arbitration: The Repercussions. Available at: <http://www.peteryu.com/intip/owens.pdf> (accessed: 04.03.2016)

Scaria A.G. (2014) *Piracy in the Indian Film Industry: Copyright and Cultural Consonance*. Cambridge: Cambridge University Press, 338 p.

Shcherbak N.V. (2011) Predely avtorskogo prava i smezhnykh prav [Limits of Copyright and Neighboring Rights]. *Zakonodatel'stvo*, no 8, pp. 21–29.

Seltzer L.E. (1990) *Exemptions and Fair Use in Copyright: The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act*. Harvard: Harvard University Press, 208 p.

Thatcher S.G. Fair Use in Theory and Practice: Reflections on Its History and the Google Case. Available at: http://www.psupress.org/news/news_NACUA.html (accessed: 04.03.2016)