

В.О. Калятин

старший научный
сотрудник научно-
учебной лаборатории
по информационному
праву Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
профессор Российской
школы частного права,
кандидат юридических
наук*

О некоторых тенденциях
в развитии концепции
«добросовестного
использования»
в современном
авторском праве
стран «общего права»¹

Статья посвящена доктрине добросовестного использования, которая, в рамках правовых систем США и Великобритании, обеспечивает возможность заимствования и последующего использования фрагментов чужой работы. Этот механизм дает правовой системе необходимую гибкость и направлен на устранение сбоев функционирования рыночной системы, но является чрезвычайно сложным и на практике порождает различного рода проблемы.

Ключевые слова: авторское право, ограничения авторского права, добросовестное использование.

Право является постоянно развивающейся системой. В меняющемся мире оно должно быстро реагировать на новые вызовы, давая обществу необходимые инструменты и ориентиры для разрешения возникающих проблем. Традиционно считается, что модель «общего права» является более гибкой, чем континентальная, позволяя быстрее и с меньшими сложностями находить решения новых проблем, реагировать на изменившиеся экономические и технические условия. Одним из самых важных инструментов, применяемым с этой целью в области авторского права, является доктрина «добросовестного использования», определяющая допустимость свободного использования произведения не на основании заранее определенного перечня разрешенных действий, а опираясь на сложившееся на текущий момент общественное представление о справедливости ограничения правообладателя.

* Адрес: Москва, ул. Малая Ордынка, 17.

¹ Исследование осуществлено в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2012 г.

Законодательство об авторском праве находится в начале нового этапа своего развития — этапа глобального использования произведений в цифровой форме. Многое изменилось за прошедшие годы, но еще больше будет меняться, и не случайно тема будущего развития авторского права является одной из самых популярных не только в доктрине, но и среди рядовых пользователей Интернета. В этом отношении важно понять, отвечает ли в большей степени потребностям современного общества подход, при котором вместо прямо указанных в законе случаев ограничения исключительного права определяются лишь принципы допустимого поведения. Не вдаваясь в технические детали концепции «добросовестного использования» в «общем праве», рассмотрим, в каком направлении развивается эта концепция в рамках двух основных своих вариантов — американском и английском в ответ на проблемы, возникающие в связи с меняющимся характером и условиями использования произведений.

Доктрина «добросовестного использования» (fair use) впервые сформулированная в судебной практике США в 1841 г.², она зачастую считается наиболее заметной особенностью американского подхода к ограничению прав автора. В максимально упрощенном виде эта концепция предусматривает возможность свободного использования объектов авторского права в случае, если такое использование является разумным³. Ориентация на общий принцип оценки поведения лица дает возможность не закреплять в законодательстве конкретный ограниченный перечень разрешенных действий. С другой стороны, это позволяет суду делать изъятия в зависимости от потребностей бизнеса даже в части традиционно допускаемых действий; в этом случае мы имеем дело уже с инструментом ограничения сферы свободного использования произведений.

Такой механизм выглядит весьма легко адаптируемым к развитию технологий, появлению новых способов использования произведений, потребностям общества и т.д. Но в условиях активного применения современных информационных систем он сталкивается с определенными проблемами.

В рамки «добросовестного использования» традиционно включается значительная часть случаев, обычно рассматриваемых в континентальном праве как самостоятельные ограничения авторских прав: использование произведения в целях критики, комментирования, подготовки сообщений о текущих новостях, обучения, в исследовательских целях, создание пародий, использование произведения в ходе судебных процедур и т.д. Естественно, сюда могут попадать и новые способы использования произведений, однако применение данной доктрины к некоммерческому использованию оказывается ограниченным.

Связано это с тем, что в качестве назначения доктрины fair use обычно указывают корректировку рыночных механизмов в случаях сбоев⁴. Такое положение

² Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass 1841).

³ См.: Patterson L.R., Lindberg S.W. The Nature of Copyright. A Law of User' Rights. The University of Georgia Press, Athens&London, 1991. P. 59. См. также определение, данное Н. Ball: «Привилегии иных лиц, чем обладатель авторского права, использовать охраняемый авторским правом материал в разумной манере без его согласия». Цит. по: Joco C., Patry W., Leaffer M., Jaszi P. Copyright Law. Matthew Bender, 1997. P. 846.

⁴ См., напр.: Gordon W.J. Fair Use as Market Failure: a Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors // Columbia Law Review. 1982. P. 1600.

доктрины было обусловлено ее целью уже в момент возникновения: изначально она касалась действий не пользователей произведений, а только других авторов, создающих конкурирующие работы. Иными словами, на момент создания это был специфический механизм регулирования конкурентных действий, уже только потом расширивший сферу своего применения.

Конечно, фактически значение данной доктрины может выходить за указанные рамки, однако трактовка *fair use* как инструмента, обеспечивающего проведение принципов справедливости, разумности, публичных интересов и т.д., будет некорректной за пределами рыночных или экономических характеристик⁵. В связи с этим в отличие от континентальной системы доводы нерыночного характера не будут оказывать существенного влияния на сужение сферы действия авторских прав или установление изъятий из нее.

Такой подход является вполне эффективным в традиционной экономике, но в рамках современного информационного общества ценность обеспечения движения информации не может быть сведена исключительно к четко выраженным рыночным показателям, так как от существования условий для свободного обмена информацией начинает зависеть возможность дальнейшего развития общества. В результате доктрина *fair use* оказывается малоприменимой ко многим ситуациям, которые в то же время не могут быть оценены как безразличные для общества.

С другой стороны, существует угроза ущемления общественных интересов, не находящих выражения в рыночных индикаторах. Неудивительно, что ограниченность возможности воздействия на сферу авторского права в публичных интересах сыграла заметную роль в распространении в США идей коренного реформирования законодательства об интеллектуальной собственности⁶. Но нужно признать, распространенность и популярность подобных идей не в последнюю очередь обусловлены тем, что при традиционном подходе ограничиваются интересы не только конечно пользователя, но и значительной части современного бизнеса.

Проблемы возникают и в отношении определения условий использования произведения. В качестве ориентира для установления, является ли соответствующее использование произведения добросовестным, Закон об авторском праве 1976 г. указывает четыре критерия (что не запрещает суду использовать и иные ориентиры в зависимости от особенностей дела⁷):

- цель и характер использования, включая оценку, имеет ли такое использование коммерческий характер или осуществляется для некоммерческих образовательных целей (здесь учитывается и то, изменялась ли работа, не носило ли такое использование характер пародии и т.д.);
- характер работы (т.е. принимается во внимание, была ли работа обнародована или нет, носила ли она художественный или информационный характер и т.д.);
- объем и существенность заимствования в отношении охраняемой работы в целом;

⁵ См. также: *Weinreb L. Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine // Harvard Law Review. 1990. № 103. P. 1137.*

⁶ См., напр.: *Лессинг Л. Свободная культура: Прагматика культуры. М., 2007; Lessing L. Code Version. 2.0, Basic Books. N.Y., 2006; Bessen J., Meurer J. Patent Failure. How Judges, Bureaucrats and Lawyers Put Innovators at Risk. New Jersey, 2008, Boldrin M., Levine D.K. Against Intellectual Monopoly. Cambridge University Press, N.Y., 2008.*

⁷ § 107 Закона об авторском праве.

- воздействие, которое такое использование оказывает на потенциальный рынок или ценность охраняемого произведения.

Как замечают Р. Паттерсон и В. Линдберг, в этой части формулировки закона, направленные на ограничение монополии авторского права, в действительности расширяют данную монополию⁸. Это внутреннее противоречие повлияло на развитие кризиса доктрины «добросовестного использования», когда изменившиеся условия ее применения привели к затруднительности сохранения баланса интересов общества и правообладателей.

Безусловно, рассматриваемая доктрина в силу своей гибкости в решении соответствующих вопросов по-прежнему сохраняет очевидные достоинства, позволяя принимать решения в зависимости от изменяющихся обстоятельств, зачастую в нестандартных ситуациях. Примером может быть дело *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, в котором суд, опираясь на доктрину *fair use*, признал допустимым создание поисковым сервером уменьшенных копий изображений (*thumbnailsizescopies*) с сайта истца⁹.

Однако эта гибкость означает, что общественный и технический прогресс все время будет заставлять искать новые решения и пересматривать старые, давать новые трактовки указанным критериям и вновь возвращаться к, казалось бы, уже решенным вопросам. Применение этой доктрины обычно весьма непросто для судов и ее характеристика, как «может быть... одного из наиболее сложных вопросов... для судебного рассмотрения»¹⁰, данная еще в XIX в., сохраняет свою справедливость и сегодня.

Примером может служить проблема оценки негативных для правообладателя последствий совершенного действия. Те действия, которые раньше не затрагивали значительно интересы правообладателя и поэтому могли быть допущены им, теперь становятся слишком опасными в силу того, что цифровое копирование произведения практически не требует затрат времени или средств. Расширение возможностей и масштабов использования произведений в современном информационном мире заставляет искать пути определенного ограничения разрешенного использования произведения.

Например, таким целям может служить сужение допустимых объемов использования произведения. Соответственно, исходя из сложившейся практики, использование может признаваться добросовестным, только если оно осуществляется в отношении части произведения, а не всего произведения в целом. В связи с этим в одном из судебных споров ссылка ответчика на добросовестность размещения документов Церкви сайентологии в Интернете была отвергнута¹¹. Суд также отверг ссылку ответчика на дело *Universal City Studios, Inc v. Sony Corp. of America*¹², в котором было признано добросовестным осуществление записи телепрограммы на магнитофон с целью просмотра в удобное время, поскольку в рассматриваемом деле правообладатель в принципе не давал согласия на размещение произведения

⁸ См.: *Patterson L.R., Lindberg S.W.* Op. cit. P. 103.

⁹ *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 336 F 3d 811 (9th Cir, 2003), 818-22.

¹⁰ *Lawrence v. Dana*, 15 F. Cas. 26, 59 (C.C.D. Mass 1869).

¹¹ *Religious Technology Center v. Lerma*, 40 U.S.P.Q.2d 1569 (E.D. Va. 1996).

¹² 464 U.S. 417 (1984).

в Интернете, а в другом деле суд признал допустимым использование коротких фрагментов из этих документов для целей репортажа о новостях дня¹³.

Однако даже использование части произведения с помощью современных средств информации может серьезно затронуть интересы правообладателей, что заставляет и дальше ограничивать указанный подход. В этом отношении показателен спор между компаниями Authors Guild, Inc. et al и Google Inc. Компания Google в 2004 г. запустила процесс оцифровки книг нескольких крупных библиотек, что вызвало возражения ряда издательств и авторов. Позиция Google была основана на том, что сканирование и последующее предоставление доступа к отрывкам из произведений является допустимым, исходя из доктрины «добросовестного использования».

Однако в ходе судебного разбирательства было заключено мировое соглашение, разрешающее Google Inc. взамен определенных выплат продолжить сканирование книг, продавать электронный доступ к отдельным книгам и рекламное пространство на страницах книг, демонстрировать части книги в формате предварительного просмотра в целях стимулирования покупки электронного доступа к книгам и краткие отрывки из книг, осуществлять иные действия¹⁴. Несмотря на то что формально решение по делу, запрещающее оцифровку и использование в Интернете охраняемых работ, не было вынесено, данное дело ослабило позицию сторонников свободного использования произведений в Интернете, продемонстрировав, что доктрина fair use не может рассматриваться как надежное средство защиты в отношении использования отдельных фрагментов произведений.

Зачастую как добросовестное рассматривается использование в рамках частной сферы. Но этот подход применяется далеко не в каждом случае. Сейчас именно в частной сфере возникают наиболее серьезные угрозы для правообладателей, например, файлообменные сети. Самым громким судебным спором в этой области стало дело Napster. Организатор, пожалуй, наиболее известного файлообменного сервиса среди других аргументов ссылался, что копирование файлов может рассматриваться как частное в рамках «добросовестного использования» (например, как копирование произведения для пробы до его приобретения или копирование для целей просмотра в удобное для зрителя время). Однако очевидно, что ссылка на подобные обстоятельства является явной натяжкой.

Так, первый аргумент неприменим, поскольку в рассматриваемом случае отсутствовали какие-либо ограничения копирования, которые могут устанавливаться правообладателем. Второй аргумент не работает, поскольку действия Napster приводили к доступности произведений для миллионов человек, в то время как в случае с записью произведения для просмотра в удобное время (например, в упомянутом деле Universal City Studios, Inc v. Sony Corp. of America) произведение не передается другому лицу¹⁵.

Таким образом, само по себе наличие частных целей копирования произведения не позволяет вывести его из сферы контроля правообладателя; основанием освобождения от ответственности является не частный характер планируемого использования, а соответствие конкретным случаям «свободного использования». В связи с этим изъятия для сферы частного использования в праве США в целом становятся еще более узкими, чем в законодательстве стран континентального права.

¹³ Religious Technology Ctr. V. Pagliarina, 908 F. Supp 1353 (E.D. Va 1995).

¹⁴ Об условиях мирового соглашения см. подробнее: <http://www.googlebooksettlement.com/>

¹⁵ A&M Records, Inc, v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1014 (9th Cir. 2001).

При этом подход к определению «рыночного вреда» ужесточается для пользователя. Так, в одном из решений по делу *Napster* суд указал, что учитываться должен не только вред, причиненный истцу на существующем рынке, но и то, что действия *Napster* создают истцу препятствия для развития альтернативных рынков. Давая возможность скачивать произведение бесплатно, он мешает истцу выйти на рынок цифровых загрузок и брать за это деньги¹⁶. В таком случае значительно облегчается доказывание причинения вреда, ведь что бы не делал пользователь, теоретически он бы мог заплатить правообладателю. Конечно, суд не будет так жестко подходить к вопросу, но то, что пользователь утрачивает ясные ориентиры для оценки своих действий, очевидно.

Данные изменения в доктрине выглядят частными корректировками в ответ на возникающие проблемы. Однако в действительности это проявления общей тенденции, ведущей к расширению контроля правообладателя за счет сферы свободного использования. По сути, в правовой системе США происходит смена парадигмы — переход от понимания авторского права как специальной модели, закрепляющей компромисс ради определенных общественно полезных целей, к признанию права полного контроля правообладателя за использованием произведения¹⁷. Д. Литман видит проявление этой тенденции в изменении двух важнейших концепций американского авторского права — доктрины первой продажи и доктрины *fair use*¹⁸.

Но как бы ни относиться к общей тенденции, изменения в части *fair use* являются практически вынужденными в силу самой ориентации данной доктрины на оценку рыночных факторов и устранение препятствий (или неоправданных затрат) для приобретения возможности использовать произведение. Электронные коммуникации не только создают новые угрозы для правообладателя, но и существенно облегчают пользователю получение права на использование произведения по договору, поскольку автоматизированные системы лицензирования начинают играть доминирующую роль среди средств распространения контента.

С другой стороны, с точки зрения правообладателя использование технологических мер контроля произведения вместе со средствами договорного регулирования позволяют гораздо проще обеспечить требуемые ему ограничения действий пользователя, чем реализация сложного механизма *fair use*¹⁹.

В таких условиях оснований для применения данной доктрины становится совсем мало — ведь любой пользователь без труда может получить доступ к произведению и использовать его. Соответственно, незачем дополнительно ограни-

¹⁶ 239 F 3dat 1017.

¹⁷ Здесь важно отметить существенное различие с континентальной системой: во многих случаях считающиеся в континентальной системе разрешенными для свободного использования, американская модель рассматривает их находящимися в сфере контроля правообладателя (с правом взимания соответствующего вознаграждения). Но, например, в случае, когда необходимость поиска правообладателя и согласование с ним условий лицензирования начинает мешать рынку, допускается соответствующее ограничение прав на произведение (и соответствующего контроля за его использованием). Если же механизм лицензирования настолько автоматизируется и упрощается, что о значительном вреде рынку уже говорить не приходится, контроль правообладателя восстанавливается в максимальном объеме.

¹⁸ См.: *Litman J. Digital Copyright*. Amherst, N.Y., Prometheus Books, 2000. P. 81–84.

¹⁹ См. также: *Guilbault L. Copyright Limitations and Contracts*. Kluwer, The Hague, 2002. P. 85–86.

чивать исключительное право, если рыночная цель уже достигнута, marketfailure предотвращено. Это дает возможность отдельным исследователям рассматривать механизм fair use как пережиток прошлого, не являющийся необходимым в современном цифровом мире²⁰.

Но доктрина fair use не может обеспечить в полной мере и интересы пользователей, даже в традиционном своем выражении, без учета отмеченной тенденции к сужению, поскольку она не предполагает установления для правообладателя каких-либо обязанностей или ограничений в его действиях. Это в условиях активного применения технических средств контроля (с прямым запретом их преодоления) также снижает ее практическую ценность как средства выстраивания баланса интересов сторон²¹.

В результате доктрина fair use становится слишком неопределенной для того, чтобы нормально обеспечивать интересы и правообладателей и пользователей. Рост количества прямых ограничений в законодательстве об авторском праве США не в последнюю очередь за счет ограничения сферы fair use говорит о том, что традиционный вариант fair use оказывается не вполне подходящим для современных условий эксплуатации произведений в цифровом мире.

Верховный Суд США неоднократно отмечал, что законодательный механизм является более подходящим для выстраивания баланса интересов в сфере авторского права, чем суды²². Это уже означает принципиальное изменение взглядов в американском праве на роль судебной системы в регулировании общественных отношений по сравнению с доцифровой эпохой.

Посмотрим, как меняется подход к «добросовестному использованию» произведений в другом варианте концепции — английском. Здесь она выражена в доктрине «добросовестных действий» (fair dealing). На первый взгляд очевидна ее близость с американской доктриной «добросовестного использования» (fair use). Вполне понятно, что терминологическое расхождение («use» и «dealing») в данном случае обусловлено не столько каким-то акцентом английского права на сделках, а не на использовании, сколько традициями²³, поэтому обращать внимание на него нет необходимости.

Данная доктрина была введена в Великобритании в 1911 г. Она предполагает оценку действий лица с точки зрения того, поступил ли бы справедливый и честный человек таким же образом, как ответчик для достижения соответствующей цели²⁴. Уже в этом отношении заметна разница с fair use, ориентированной более на общую оценку справедливости или разумности совершения соответствующих действий. Однако в реальности вопрос гораздо сложнее. Даже не вдаваясь в тонкости концептуальных различий применительно к оценке действий ответчика, можно заметить, что Закон об авторском праве, дизайнах и патентах (1988) (далее — Закон

²⁰ См.: *Bell T.W. Fared Use v. Fair Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright Fair Use Doctrine // North Carolina Law Review. 1998. № 76. P. 557–619; Gordon W. The «Market Failure» and Intellectual Property: A Response To Professor Lunney // 82 B.U.L. Rev. 1031.*

²¹ См., напр.: *Universal Studios v. Remerdes, 82 F. Supp. 2d 211 (S.D.N.Y. 2000).*

²² См.: *Noguchi Y. Digital Copyright in the U.S. and Japan. VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2009. P. 85.*

²³ *Dworkin G., Taylor R.D. Op. cit. P. 72.*

²⁴ См., напр.: *Hyde Park Residence Ltd v Yelland (2001).*

1988 г.) серьезно ограничивает применение указанной доктрины по сравнению с доктриной *fair use*.

Прежде всего, Закон предполагает возможность использования концепции *fair dealing* только применительно к трем целям: исследованиям²⁵ или частному изучению²⁶; критике или обзору; репортажу о текущих событиях. При этом оценка целей производится с объективной, а не субъективной позиции, т.е. возможные заблуждения пользователя в отношении того, подпадают ли его действия под указанные категории, в расчет не принимаются²⁷.

Другое важное ограничение действия этой концепции связано с установлением перечня объектов, в отношении которых она может использоваться. Так, ст. 29 Закона 1988 г. ограничивает применение этой концепции в целях исследования или частного изучения только литературными, драматическими, музыкальными, художественными произведениями печатными изданиями (сюда будут попадать и базы данных, но не фильмы). В целях репортажа о текущих событиях данная концепция может применяться ко всем объектам, кроме фотографий²⁸. Только для целей критики или обзора действие этой концепции охватывает все объекты²⁹. Однако необходимость разграничения указанных видов произведений не только создает дополнительные сложности, но и имеет мало практического смысла при использовании произведений в информационных сетях: цифровая форма уравнивает все виды произведений с точки зрения возможностей их использования.

Важно обратить внимание на то, что вследствие имплементации в Великобритании положений Директивы ЕС «О гармонизации определенных аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе» от 22 мая 2001 г. исследования или частное изучение в рамках данной модели могут осуществляться только в некоммерческих целях. Это сразу же исключает любые исследования, проводимые коммерческими организациями.

Оправданность такого решения может быть поставлена под сомнение. Подобные действия в сфере авторского права сами по себе не наносят вреда официальным продажам произведения, они осуществляются вне публичной сферы и призваны привести к новым научным достижениям, стимулировать научно-технический прогресс. Но положение исследователей в некоммерческой сфере остается недостаточно определенным — научные исследования, как правило, завершаются коммерческой публикацией³⁰. В результате применительно к научным исследованиям эффективность данной модели оказывается значительно ослабленной.

²⁵ В судебной практике известно следующее определение исследования — «это усердное и систематическое изучение расследования для того, чтобы определить факты или принципы». См.: De Garisv. Neville Geffress Pidler (1990), 18 I.P.R.292 (Federal Court of Australia).

²⁶ Наличие противопоставления исследований и частного использования указывает, что первое из этих ограничений относится не только к копированию произведения для последующего изучения, но и к включению необходимых фрагментов в новую работу (в противном случае наличия ссылки на частное использование было бы достаточно и без упоминания исследований).

²⁷ Bently L., Sherman B. Intellectual Property Law. Oxford University Press, N.Y., 2001. P. 193.

²⁸ Пункт 2 ст. 30 Закона 1988 г.

²⁹ Пункт 1 ст. 30 Закона 1988 г.

³⁰ *Torremans P. Op. cit. P. 272.*

Наконец, Закон 1988 г. устанавливает определенные условия, которые должны быть выполнены для применения этой концепции в перечисленных случаях: так, использование произведения в целях исследования или частного изучения возможно, только если создаются единичные копии. При использовании произведения в целях критики или обзора обязательно указание на используемое произведение; это же нужно делать и при осуществлении репортажа о текущих событиях, кроме создания репортажа в виде звукозаписи, фильма, программы эфирного или кабельного вещания. Это весьма ограничивает применение данных инструментов по сравнению с законодательством других стран.

Кроме того, копирование произведения иным лицом, чем сам исследователь или студент, не будет считаться «добросовестным использованием», если библиотекарь или лицо, действовавшее от его имени, вышло за пределы копирования, прямо разрешенные им в законе; в случае с иными лицами — если такое лицо знает или имеет основания полагать, что его действия приведут к созданию копий существенно того же материала, который предоставляется более, чем одному человеку примерно в одно и то же время и для существенно схожих целей³¹. И в этом случае можно заметить возникновение постоянной угрозы для образовательного учреждения, причем при очевидной оправданности исключительного права с точки зрения общественных интересов.

Прямое исключение сделано для компьютерных программ: не рассматривается в качестве «добросовестного использования» (кроме как в случае разрешенной декомпиляции) перевод компьютерной программы с языка низкого уровня на язык высокого уровня, даже если это сделано в указанных выше целях, а также воспроизведение ее в ходе совершения таких действий³². Также не считается «добросовестным использованием» наблюдение, изучение или тестирование функционирования компьютерной программы для целей определения идей и принципов, лежащих в основе любого элемента программы, кроме случая, когда это осуществляется правомерным пользователем экземпляра программы в процессе загрузки, показа, запуска, передачи или сохранения программы на которые он был уполномочен³³.

Несмотря на имевшее место обсуждение о целесообразности применения концепции *fair dealing* ко всем произведениям авторского права и всем целям их использования, на данный момент законодатель не счел правильным делать это. Таким образом, речь не идет об установлении общих правил свободного использования результатов интеллектуальной деятельности, но об относительно узкой группе ограничений исключительных прав.

Это означает, что такие ограничения смогут применяться к цифровым формам использования только в относительно редких случаях, причем это будет зависеть от толкований судами новых терминов и понятий. Так, возможность применения соответствующих ограничений к мультимедийным произведениям будет зависеть от того, как их рассматривать, в частности, будут ли они признаны драматическими произведениями или фильмами, или базами данных и т.д.³⁴

³¹ Пункт 3 ст. 29 Закона 1988 г.

³² Пункт 4 ст. 29 Закона 1988 г.

³³ Пункт 4А ст. 29, ст. 50ВА Закона 1988 г.

³⁴ См., напр.: *Aplin T. Copyright Law in The Digital Society*. Hart Publishing, Oxford — Portland Oregon, 2005. P. 197–198, 200–201.

Но и в этих сферах использование произведения может осуществляться лишь постольку, поскольку является справедливым. В отличие от США, законодательство Великобритании прямо не указывает критериев для признания использования справедливым, но такие критерии выработаны в судебной практике. Одним из основных ориентиров для определения справедливости использования является судебное дело *Hubbard v. Vosper*³⁵. В данном деле судья Деннинг указал три фактора, которые в обычном случае должны быть приняты во внимание:

- количество и объем цитирования и использованных фрагментов;
- цели использования (например, в случае предоставления той же информации, что и автор, в целях конкуренции, использование может не быть признано справедливым);
- соотношение заимствованных фрагментов и добавленных к ним комментариев.

Учитываются также определенные мотивы действий³⁶, было ли произведение обнародовано³⁷, как произведение было получено пользователем³⁸, могла ли цель быть достигнута другим путем³⁹ и т.д.

Как правило, опираясь на эти факторы, суды пытаются определить: степень, в которой рассматриваемое использование конкурирует с использованием произведения правообладателем (не должна совершаться замена такого использования); пределы использования и важность использованной части (в частности, нужно ли для достижения соответствующей цели использовать произведение именно в таком объеме); обнародовано ли произведение. При этом принимаются в расчет многочисленные обстоятельства, например, легкая доступность на рынке лицензий на использование желаемого продукта существенно снижает вероятность признания свободного использования произведения допустимым. Это означает, что в условиях применения систем автоматического лицензирования, поле для *fair dealing* сужается.

Более того, оценка справедливости выступает в доктрине *fair dealing* не как основание защиты («использование, являющееся «справедливым», разрешается»), а как уточнение, дополнительное ограничение в рамках разрешенных случаев использования определенных объектов в определенных целях. Таким образом, доктрина *fair dealing* не может рассматриваться как ограничение общего характера, существующее в США (в рамках *fair use*) или в странах континентального права (например, в качестве «использования в личных целях»). Такая узость доктрины делает проблематичным обеспечение с помощью этого механизма полноценного информационного обмена⁴⁰.

Другая проблема с указанным выше тестом, по словам известных английских юристов Баррелла и Коулмена, заключается в том, что он не обеспечивает потенциальному ответчику уверенности в том, какой размер произведения может быть

³⁵ *Hubbard v. Vosper*, [1972] 2 Q.B. 84, 94.

³⁶ *Hyde Park Residence Ltd v. Yelland* [2001] Ch 149, 174 идр.

³⁷ *British Oxygen Co. Ltd. v. Liquid Air Ltd* [1925] Ch 383, 393 идр.

³⁸ *Beloff v. Pressdram* [1973] 1 All ER 241.

³⁹ *Newspaper Licensing Agency v. Marks & Spencer plc.* [199] EMLR 369, 382-3.

⁴⁰ Показательно, например, утверждение, что закон не отражает возрастающую важность «нетекстуальных» средств как для изучения, так и для исследования. См.: *Garnett k., Davies G., Rayner J. (eds).* *Copinger and Skone James on Copyright.* Sweet & Maxwell, L., 1999. Para. 9-08.

безопасно скопирован. В условиях глобального использования результатов интеллектуальной деятельности такая неопределенность становится неприемлемой, так как она снижает привлекательность английских проектов для иностранных инвесторов.

Используемые в некоторых отраслях инструкции и ориентиры также не могут гарантировать, что ответчик не будет привлечен к ответственности⁴¹. В отдельных судебных решениях указывались и другие критерии, например, требование определить имеет ли место конкуренция в коммерческой сфере с эксплуатацией произведения правообладателем⁴², было ли произведение уже доступно публике и т.д.

Как замечает Торреманс, несмотря на то что в расчет принимается ряд количественных критериев, конечная оценка будет являться качественной. На практике защита на основе доктрины *fair dealing* может быть недоступной лицу, которое лишь незначительно превышает минимально существенную часть работы и, наоборот, может быть доступна в случае копирования почти всей работы⁴³. Таким образом, достоинство доктрины «добросовестного использования» — ее гибкость — превращается в ее недостаток, когда ориентиры становятся настолько неопределенными, что практически утрачивают свое значение в качестве средства предварительной оценки планируемых действий. Если такое положение может быть в определенной степени терпимо в сфере частного использования произведений (хотя бы потому, что отклонения не будут существенными ни для правообладателя, ни для пользователя), то в бизнесе это положение является неприемлемым.

Рассматривая существующие правила, относящиеся к добросовестным действиям, авторы известного исследования по вопросам ограничения исключительных прав Р. Баррелл и А. Коулмен отмечают, что «пересечение между авторским правом и свободой выражения или свободой информации более значительно, чем большинство судей и комментаторов привыкли признавать... Во-первых... есть обстоятельства, в которых авторское право может быть использовано для предотвращения попадания информации, доказательств или мнений в общественное достояние... Во-вторых... авторское право может повлиять на интересы в отношении возможности выражения более поздних авторов... согласование авторского права и свободы выражения является сложным вопросом, в особенности когда требуется согласовать интересы правообладателя и соответствующих авторов, поскольку существует множество возможностей для добросовестных расхождений по поводу того, где провести границу между авторско-правовой охраной и свободой выражения»⁴⁴. При этом авторы признают существующее регулирование «добросовестных действий» очевидно неадекватным задаче согласования интересов авторского права со свободой выражения или свободой информации.

Одновременно стремление устранить угрозу со стороны «добросовестного использования» в отношении бизнеса правообладателей привело к тому, что препятствия в отношении движения информации стали мешать экономическому раз-

⁴¹ *Burrell R., Coleman A. Copyright Exceptions. The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006. P. 59.

⁴² *Associated Newspapers Group plc. v. News Group Newspapers Ltd.* [1986] RPC 515.

⁴³ *Torremans P. Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2010. P. 271.

⁴⁴ *Burrell R., Coleman A. Op. cit.* P. 61.

виту. Характерно, что премьер-министр Великобритании Дэвид Кэмерон отмечал в ноябре 2010 г.: «Основатели «Гугла» заявили, что они никогда не начали бы свой бизнес в Британии. Услуги, которые они предоставляют, зависят от возможности делать одновременно «моментальный снимок» всего содержания Интернета, и они чувствуют, что наша система авторского права не является столь же дружественной по отношению к подобным инновациям, как в Соединенных Штатах. Там они имеют то, что называется положениями о добросовестном использовании, которые, как многие полагают, дают компаниям больше свободного пространства для создания новых продуктов и услуг»⁴⁵.

Профессор Голдстейн указывает, что особый инструмент — ссылка на публичный интерес — в определенных случаях предоставляет защиту, сравнимую в некоторых отношениях с *fair use*⁴⁶, однако в целом бизнес ощущает определенную ограниченность имеющихся средств защиты. Так, судья Альдус в деле *Yelland v. Hyde Park Residences* подчеркивал, что как только появляется ссылка на авторское право, лишь наиболее явные случаи «неравенства» могут оправдать действия ответчика⁴⁷. Возможности использования ссылок на «публичный интерес» оказались ограниченными и в результате имплементации Директивы ЕС «О гармонизации определенных аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе».

Очевидно, что концепция *fair dealing* должна быть расширена в части возможного использования, а также дополнена более четкими ориентирами. Показательно, например, что в последние годы это было непосредственно отражено в ряде правительственных документов. Например, в части использования произведений в целях исследования или частного изучения Правительство Великобритании в обнародованном в декабре 2012 г. отчете отмечало необходимость расширения этого ограничения на звукозаписи, фильмы и вещание, а также предоставление образовательным учреждениям, библиотекам, архивам и музеям возможности открывать доступ к соответствующим охраняемым объектам с помощью электронных средств в помещениях библиотек; распространения концепции *fair dealing* на образовательную сферу и т.д.⁴⁸ Изменения в законодательство планируется осуществить в течение 2013 г.

При этом стоит заметить, что правительство при проведении консультаций прямо ставило вопрос о целесообразности частичной замены критериев «*fair dealing*» на применяющиеся в Европейском союзе стандарты «справедливости», что только было бы признанием имеющего место сближения двух систем. Однако ряд опрошенных исследователей отрицательно отнеслись к этому, так как подобная замена означала бы отход от сложившейся судебной практики и могла бы привести к путанице.

Таким образом, содержание доктрины *fair dealing* будет меняться при сохранении внешней ее формы. В то же время то внимание, которое уделяет Правитель-

⁴⁵ Цит. по: *Hargreaves I.* Op. cit. P. 44.

⁴⁶ *Goldstein P.* Op. cit. P. 293.

⁴⁷ *Yelland v. Hyde Park Residences* [2000] R.P.C. 604 CA.

⁴⁸ *Modernizing Copyright: A Modern, Robust and Flexible Framework.* Government Response to Consultation on Copyright Exceptions and Clarifying Copyright Law // <http://www.ipo.gov.uk/response-2011-copyright-final.pdf>

ство Великобритании различным, достаточно узким аспектам доктрины *fair dealing* в последние годы, показывает, что расширение этой доктрины будет не столь значительным, как могло бы быть, и изменения будут производиться лишь в той мере, в какой их неизбежность уже признана бизнес-сообществом, обычно консервативным по своей природе.

Может создасться впечатление, что тенденции изменения модели «добросовестного использования» в Великобритании и США являются разнонаправленными, если не противоположными. В действительности, каждая из стран идет по своему пути, но в целом они движутся к большей конкретизации условий и форм разрешенного использования. Это означает качественно новый этап в развитии этих доктрин.

Возвращаясь к поставленному в начале статьи вопросу, является ли более отвечающей потребностям современного общества система ограничения исключительного права с помощью установления общих принципов допустимого поведения, следует заметить, что в ситуации, когда свободное движение информации становится необходимым для развития общества, неопределенность условий возможного использования может стать не просто ограничением для частного использования продукта, но и препятствием для дальнейшего прогресса, что мы и видим в рассмотренных случаях.

В таких обстоятельствах доктрина «добросовестного использования» требует последующей корректировки. При этом, как показала практика, попытки ограничиться изменениями, ориентированными на решение частных вопросов, только порождают новые сложности в применении доктрины. Это не означает, конечно, необходимости отказа от нее и вряд ли страны англосаксонского права пойдут на это. Но меняться она будет, и весьма значительно. Взаимное обогащение континентальной и англосаксонской систем права позволит выработать подходы, наиболее отвечающие потребностям сегодняшнего дня.

Aplin T. *Copyright Law in The Digital Society*. Hart Publishing, Oxford — Portland Oregon, 2005.

Bell T.W. *Fared Use v. Fair Use: The Impact of AutomatedRights Management on Copyright Fair Use Doctrine* // *North Carolina Law Review*. 1998. № 76.

Bently L., Sherman B. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, New York, 2001.

Bessen J., Meurer J. *Patent Failure. How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk*. New Jersey, 2008.

Boldrin M., Levine D.K. *Against Intellectual Monopoly*. Cambridge University Press, New York, 2008.

Burrell R., Coleman A. *Copyright Exceptions. The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Garnett k., Davies G., Rayner J. (eds). *Copinger and Skone James on Copyright*. Sweet & Maxwell, London, 1999.

Gordon W. *Fair Use as Market Failure: a Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors* // *Columbia Law Review*. 1982.

Gordon W. *The «Market Failure» and Intellectual Property: A Response To Professor Lunney* // 82 *B.U.L. Rev.* 1031.

- Guilbault L. Copyright Limitations and Contracts. Kluwer, The Hague, 2002.
- Joce C., Patry W., Leaffer M., Jaszi P. Copyright Law. Matthew Bender, 1997.
- Lessig L. Code Version. 2.0, Basic Books. New York, 2006.
- Litman J. Digital Copyright. Amherst, New York, Prometheus Books, 2000.
- Modernizing Copyright: A modern, robust and flexible framework. Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law // <http://www.ipo.gov.uk/response-2011-copyright-final.pdf>
- Noguchi Y. Digital Copyright in the U.S. and Japan. VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2009.
- Patterson L.R., Lindberg S.W. The Nature of Copyright. A Law of User's Rights. The University of Georgia Press, Athens & London, 1991.
- Torremans P. Holyoak and Torremans Intellectual Property Law. Oxford University Press, 2010.
- Weinreb L. Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine // Harvard Law Review. 1990. № 103.
-

On Some Trends in the Development of the Concept of *Fair Use* in Modern Copyright Law of Common Law Countries

V.O. Kalyatin

senior researcher of the Laboratory on Information Law, National Research University Higher School of Economics, professor of Russian School of Private Law, 17, Malaya Ordynka str., Moscow, 119017, Russian Federation.

Abstract

The article is devoted to *fair use / fair dealing* doctrine, which permits borrowing portions of a work and its further use without necessity to obtain consent of the copyright owner in US/UK legal systems. This mechanism provides flexibility in the legal systems and exists to correct "market failures". However, it is extremely complicated and causes different problems in application.

Keywords

Copyright, copyright exceptions, fair use, fair dealing.

References

- Aplin T. (2005) *Copyright Law in the Digital Society*, Portland: Oxford Hart Publishing.
- Bell T. (1998) *Fared Use v. Fair Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright Fair Use Doctrine*. *North Carolina Law Review*, no 76.

- Bently L., Sherman B. (2001) Intellectual Property Law.* New York, Oxford University Press, pp. 197–198.
- Bessen J., Meurer J. (2008) Patent Failure. How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk.* New Jersey: Springer.
- Boldrin M., Levine D. (2008) Against Intellectual Monopoly.* New York, Cambridge University Press.
- Burrell R., Coleman A. (2006) Copyright Exceptions. The Digital Impact.* Cambridge, Cambridge University Press.
- Garnett k., Davies G., Rayner J. (eds.) (1999). Copinger and Skone James on Copyright.* London, Sweet & Maxwell.
- Gordon W. (1982) Fair Use as Market Failure: a Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors. Columbia Law Review, no 8.*
- Gordon W. (1982) The “Market Failure” and Intellectual Property: A Response To Professor Lunney. 82 B.U.L. Rev. 1031.*
- Guilbault L. (2002) Copyright Limitations and Contracts.* The Hague, Kluwer.
- Joce C., Patry W., Leaffer M., Jaszi P. (1997) Copyright Law. Matthew Bender, 1997.*
- Lessig L. (2006) Code Version.2.0, Basic Biioks.* New York.
- Litman J. (2000) Digital Copyright.* New York: Prometheus Books.
- Noguchi Y. (2009) Digital Copyright in the U.S. and Japan.* Saarbrucken, VDM Verlag Dr. Muller, p. 85.
- Patterson L.R., Lindberg S. (1991) The Nature of Copyright. A Law of User’ Rights.* London, The University of Georgia Press.
- Torremans P. (2010) Intellectual Property Law.* Oxford, Oxford University Press.
- Weinreb L. (1990) Fair’s Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine. Harvard Law Review, no 103.*