

Введение

В отечественной цивилистике исключительное право до сих пор рассматривается по аналогии с правом собственности в качестве абсолютного господства правообладателя над объектом интеллектуальной собственности. Подобный подход нуждается в переосмыслении. В действительности контроль правообладателя над объектом, сферой его использования весьма ограничен.

Результаты интеллектуальной деятельности представляют собой так называемые публичные блага. В отсутствие специального регулирования они могут одновременно использоваться множеством лиц. При этом такие объекты обладают существенной социально-экономической, культурной либо научной ценностью. В таком случае всем заинтересованным лицам должен быть предоставлен ограниченный свободный доступ к использованию результатов интеллектуальной деятельности. Определение объема контроля правообладателя над использованием объекта должно осуществляться сквозь призму функций исключительного права на конкретный объект и возникающих в отношении таких объектов конфликтов интересов (для исключительных прав на патентоохраняемые объекты, объекты авторских и смежных прав и средства индивидуализации такие параметры будут существенно различаться).

В отношении объектов авторских прав установлено больше всего содержательных границ — они заданы так называемыми случаями свободного использования. Это связано с тем, что ограниченный доступ к объектам авторского права неограниченного круга лиц чрезвычайно важен для научного и культурного развития общества, информационного обмена. Проблема, однако, в том, что в российском праве отсутствует четкое понимание сущности и содержания подобных изъятий, в связи с чем судам крайне сложно провести разграничение между правомерным использованием объекта авторского права и нарушением исключительного права. На глобальном уровне это не позволяет обеспечить баланс частных и общественных интересов в авторском праве и превратить опосредующую авторские правоотношения систему правовых институтов в инструмент стимулирования научно-культурного прогресса. Так, до сих пор ни в судебной практике, ни в доктрине

не выработаны критерии правомерного цитирования нетекстовых произведений; пародийного использования произведений: не решен вопрос того, в какой связи между собой должны находиться оригинальное и пародирующее произведения.

Не меньше вопросов вызывают объектные границы авторских и смежных прав, которые определяют характеристики (необходимые) признаки предполагаемых объектов нарушения. Так, отсутствуют четкие критерии разграничения переработки и параллельного творчества при условии, что полученный в результате такой деятельности объект в целом (в определенных чертах, признаках) схож с чужим объектом авторского права. Следует ли в данном случае использовать получившие распространение в иных сферах права интеллектуальной собственности критерии: сходство существенных признаков, учет позиции среднего потребителя.

Особое значение проблема границ исключительных прав на объекты авторских и смежных прав приобрела в контексте построения цифровой экономики. Так, например, в российской доктрине, равно как и судебной практике, до сих пор отсутствует четкое понимание того, как квалифицировать скрапинг сайтов, в том числе сбор данных из социальных сетей, применение технологий интеллектуального анализа текста и иных данных. В современных реалиях подобные технологии становятся одним из основных механизмов генерации полезной информации и новых знаний. Они применяются как в сфере фундаментальных исследований, так и в коммерческом секторе, в том числе при анализе рынка, управлении бизнесом. С учетом подходов, сформировавшихся в западных правовых порядках, необходимо определить условия, при которых подобная практика должна признаваться правомерным использованием, а при каких — нарушением авторских и смежных прав.

Другой блок проблемных вопросов связан с тем, что правообладатели все чаще злоупотребляют своими исключительными правами, в том числе на объекты авторского права. Исключительные права все чаще используются как инструменты получения несправедливых преимуществ, негативного воздействия на бизнес конкурентов и т.п. Отдельного внимания в рассматриваемом контексте заслуживает опять же цифровая сфера. Федеральной антимонопольной службой Российской Федерации (далее — ФАС России) была обозначена проблема возрастания влияния транснациональных корпораций на российские цифровые рынки посредством злоупотребления правами на операционные системы, которые в правовом смысле являются программа-

ми для ЭВМ, и иное программное обеспечение. В качестве решения данной проблемы антимонопольная служба предложила отменить установленные в ГК РФ иммунитеты для интеллектуальной собственности. Подобный шаг между тем, как представляется, может создать множество новых проблем для цифровых рынков.

В первой главе данной книги автор рассматривает базовые теоретические вопросы, связанные с институтом исключительных прав, их границ и пределов осуществления. Акцент сделан на сфере авторского прав и смежных прав. Притом что основные выводы относятся в целом ко всем разновидностям исключительных прав, а потому носят общий характер. Автор раскрывает структуру и функции исключительного права, анализирует различные философско-методологические подходы к легитимации исключительных прав; исследует институциональные особенности границ и пределов осуществления исключительных прав.

Во второй главе автор анализирует объектные, содержательные, временные границы авторских и смежных прав. В качестве содержательных границ исключительного права рассматриваются, с одной стороны, получившая распространение в американском праве доктрина *fair use*, с другой — установленные в континентально-европейских правовопорядках случаи свободного использования. Раскрываются плюсы и минусы каждого из обозначенных подходов. Автор не ставил перед собой задачу специально проанализировать каждый случай свободного использования. Основной акцент был сделан на таких изъятиях, как правомерное цитирование произведений, пародирование, с которым связано больше всего доктринальных и практических проблем.

В третьей главе рассматриваются пределы осуществления исключительных прав на объекты авторского права и смежных прав. Анализируются механизмы пресечения злоупотреблений рассматриваемыми правами. Оцениваются перспективы и возможные последствия установления публично-правовых пределов (посредством подчинения антимонопольному регулированию). Основное внимание при этом автор уделяет проблемам лицензионных практик в цифровой сфере.

Глава 1. Исключительные права на объекты авторских и смежных прав: сущность, содержание, границы и пределы осуществления (общий обзор)

1.1. Содержание исключительных прав

1. В соответствии со ст. 1229 ГК РФ исключительное право представлено триадой правомочий: 1) использовать объект интеллектуальной собственности по своему усмотрению; 2) распоряжаться исключительным правом на объект, если законом не предусмотрено иное; 3) по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использовать объект.

Статья 1270 ГК РФ определяет исключительное право на произведение как исключительную возможность использовать произведение, в том числе перечисленными в п. 2 данной статьи способами. При этом установлено, что правообладатель может распоряжаться исключительным правом на произведения. Схожим образом определены и исключительные смежные права (ст. 1217, 1224, 1330, 1339 ГК РФ).

В российской цивилистике начиная с дореволюционного периода ведется дискуссия относительно того, какие правомочия — позитивное (использовать самому) или негативное (запрещать использовать иным лицам) — составляет основу исключительного права. Нужно ли включать оба правомочия в содержание исключительного права.

Последовательным сторонником негативной концепции исключительного права являлся А.А. Пиленко. Как им было отмечено применительно к патентной сфере, «патент можно понимать или как запрещение с рефлексом квалифицированной (монопольной) фабрикации, или как дозволение фабриковать, усиленное специальной нормой об «исключительности»»¹. Самим автором выбор был сделан в пользу правомочия запрета. Он рассматривал исключительное право как право запрещения, обращенное ко всем третьим лицам: «...изобретатель

¹ Пиленко А.А. Право изобретателя: кн. 3. М., 1902–1903. С. 417.

ставится в особо выгодное положение: он может запретить всем и каждому пользоваться данным изобретением»¹.

К адептам позитивной концепции исключительного права можно отнести К.П. Победоносцева, А.Ф. Александровского. Так, в отношении исключительных прав на изобретения К.П. Победоносцев указывал, что «с юридической точки зрения изобретатель должен иметь право пользоваться тем, что произвел личными силами своего духа, пользоваться силой, которую сам создал»². По мнению А.Ф. Александровского, авторское право на литературное произведение представляет собой исключительное право автора издавать и вообще размножать свое сочинение всеми возможными способами³.

Наконец, на рассматриваемом этапе обозначился третий смешанный поход к раскрытию содержания исключительного права. В соответствии с ним позитивное и негативное правомочия рассматриваются в их неразрывном единстве, в качестве равнозначных элементов. Подобного подхода придерживались, в частности, Я.А. Канторович и Г.Ф. Шершеневич. Как отмечалось первым из них, «содержание исключительного права определяется положительной и отрицательной стороной. Автору принадлежит исключительное право пользования и распоряжения своим произведением, и этому праву соответствует возложенная на прочих лиц обязанность воздержания от нарушения права автора»⁴. Иными словами, исключительное право — «исключительная возможность совершения известных действий с запрещением всем прочим возможности подражания»⁵. Г.Ф. Шершеневич определил сущность исключительного права как предоставление известным лицам исключительной возможности совершения известных действий с запрещением всем прочим возможности подражания»⁶.

Подобные концепции нашли своих сторонников и на современном этапе развития цивилистики. К сторонникам позитивной концепции исключительного права можно отнести В.А. Дозорцева, Р.А. Мерзли-

¹ Пилленко А.А. Право изобретателя: кн. 3. М., 1902–1903. С. 417.

² Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002. С. 721.

³ Александровский Ю.В. Авторское право. Закон. 20 марта 1911 г. Исторический очерк, законодательные мотивы и разъяснения. СПб., 1911. С. 1.

⁴ Канторович Я.А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Пг., 1916. С. 356.

⁵ Там же. С. 46.

⁶ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 72.

кину, В.А. Белова¹, О.Ф. Оноприенко², С.Т. Котиа³, С.А. Синицына. Так, В.А. Дозорцев, выделяя в исключительном праве только два правомочия — использования и распоряжения, указывал: «Правообладатель может сам осуществлять использование результата, ему не надо запрещать использование третьим лицом, это изначально прямо запрещено законом»⁴. По мнению Р.А. Мерзликиной, исключительное право состоит из правомочия использования объектом интеллектуальной собственности⁵. Как ею при этом отмечается, «правомочие распоряжения не характерно для всех объектов интеллектуальной собственности... Что же касается «запрета», то он представляет собой форму правового воздействия на поведение субъектов, в то время как правовой формой регулирования отношений являются регулятивные и охранительные нормы»⁶. С.А. Синицыным было отмечено, что «запретительная функция исключительного права, обращенная к любым третьим лицам, не может превалировать над правом правообладателя самому использовать принадлежащий ему объект права — результат интеллектуальной деятельности»⁷. При этом ученый ссылаясь на исторический опыт выдачи привилегий на использование результатов интеллектуальной деятельности, которые рассматриваются западной и российской доктриной в качестве «предшественника» исключительных прав.

В.А. Белов определил исключительное право «как юридически обеспеченную возможность управомоченного лица осуществлять абсолютное — т.е., исключительное и независимое от третьих лиц — фактическое и непосредственное господство над результатом творческой деятельности и (при необходимости) — предварительно обособить его». При этом он констатировал, что «если центром всякого вещного права является возможность владения вещью, то доминантой всякого

¹ См.: Белов В.А. Гражданское право: Особенная часть: учебник. М., 2004. С. 77.

² См.: Оноприенко О.Ф. Интеллектуальные права на селекционные достижения в России // Патенты и лицензии. 2010. № 3. С. 12.

³ Котиа С.Т. Исключительное право на результат интеллектуальной деятельности: понятие, сущность и правомочие правообладателя // Российский судья. М., 2011. № 4. С. 33.

⁴ Дозорцев В.А. Понятие исключительного права // Проблемы современного гражданского права: сб. ст. М., 2000. С. 299.

⁵ Мерзликина Р.А. Гражданско-правовая регламентация интеллектуальной собственности в российском праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. С. 14.

⁶ Там же. С. 14, 29.

⁷ Защита исключительных прав на изобретения, используемые в лекарственных препаратах: проблемы правового регулирования и направления совершенствования законодательства: монография / отв. ред. О.В. Гутников, С.А. Синицын. М., 2019 (автор главы — С.А. Синицын).

исключительного права является исключительная и независимая от лица постороннего возможность использования юридически обособленного результата творческой деятельности человека»¹.

Негативной концепции исключительного права придерживаются, в частности, Е. Дедков, А.Л. Маковский, В.С. Савина, И.А. Зенин. Так, Е. Дедков со ссылкой на п. 1 ст. 1229 ГК РФ отметил, что правомочие запрещения нарушения исключительного права обозначено в числе правомочий правообладателя. В таком случае нельзя сказать, что в ГК РФ воплощена позитивная концепция исключительного права. По мнению автора, сущность исключительного права состоит в праве требования к любому лицу прекратить использование объекта интеллектуальной собственности без согласия правообладателя и воздерживаться от такого неправомерного использования в будущем². А.Л. Маковский отмечал, что «возможность автора, исполнителя или иного лица свободно использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации исключительным правом не является»³. В.С. Савина констатировала, что «сущность исключительного права состоит именно в возможности устранения любых лиц от использования результата творчества, исключения из состава пользователей»⁴. И.А. Зениным применительно к патентной сфере было отмечено, что в самом по себе использовании патентоохраняемого объекта «нет ничего, что служило бы специфическим предметом и функцией патентного (изобретательского) права»⁵. В рамках гражданского законодательства понятие использования объекта определяется как юридический факт, служащий «основанием либо получения права на лицензионное или иное вознаграждение, либо ответственности за нарушение исключительного права»⁶.

По мнению И.А. Близнеца, необходимо разграничивать исключительное право, определяемое негативным образом, как ограждение

¹ В.А. Белов. Гражданское право: Особенная часть: учебник. М., 2004.

² Дедков Е. Пресечение и запрещение нарушения исключительного права // Хозяйство и право. 2011. № 2. С. 90.

³ Маковский А.Л. Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса. М., 2008 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ Савина В. О соотношении норм предпринимательского права и права интеллектуальной собственности // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 8. С. 45–52.

⁵ Зенин И.А. Изобретательское право: природа, функции, развитие // Советское государство и право. 1980. № 2. С. 51.

⁶ Зенин И.А. Исключительное интеллектуальное право (право интеллектуальной собственности) как предмет гражданского оборота // Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды И.А. Зенина). М., 2015. С. 41–42.

собственника от действий других лиц, которые пытаются использовать результаты его интеллектуальной деятельности, и право интеллектуальной собственности, тесно связанное «с конституционным правом граждан на доступ к культурным ценностям, на пользование достижениями культуры, науки и техники»¹.

Негативной концепции исключительных прав изначально придерживался М.В. Лабзин. В статье, название которой «Право запрещать как юридическое содержание исключительного права», говорит само за себя, он отметил, что «именно воздержание третьих лиц от использования объекта составляет ценность исключительного права. Законодательство должно обеспечить именно такое воздержание, а вовсе не возможность правообладателя использовать объект самому»². Между тем в своих последующих публикациях автор отошел от данного подхода, сменив его на противоположный. Им было замечено, что правомочие запрещать имеет смысл только в тех ситуациях, когда исключительное право и соответственно пассивная обязанность (не использовать чужой объект) уже нарушены конкретным лицом либо имеется угроза такого нарушения. Из чего сделан вывод, что «правомочие запрещения не входит в содержание самого исключительного права, а обеспечивает его защиту при нарушении. Запрет использования объекта интеллектуальной собственности установлен законом, а не правообладателем. Правообладатель самостоятельно решает вопрос о необходимости требовать исполнения порожденной таким запретом обязанности не использовать объект. Он вправе обратиться для этого к механизму государственного принуждения либо игнорировать нарушение обязанности третьим лицом, а также освободиться от нее путем заключения с этим лицом сделки»³. Критикуя взгляды А.А. Пиленко, М.В. Лабзин констатировал, что запрет использования «вытекает из закона, а не из волеизъявления правообладателя», а потому не является правомочием в составе исключительного права.

Сторонником смешанного подхода в постсоветской доктрине является, в частности, В.И. Еременко. По его мнению, еще в Патентном законе 1992 г. российский законодатель очертил две функции исключительного права — позитивную и негативную. Право запрета

¹ Близнец И.А. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2003. С. 15.

² Лабзин М.В. Право запрещать как юридическое содержание исключительного права // Патенты и лицензии. 2009. № 7. С. 18.

³ Лабзин М.В. Исключительное право как элемент правоотношения // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 4. С. 100–111.

не поглощается правом использования, т.е. негативная функция исключительного права не растворяется в позитивной функции. Критикуя обозначенную выше позицию Р.А. Мерзликиной, автор указывает на необходимость разграничения конкретного запрета как элемента исключительного права и общего запрета, являющегося основой охранительной функции в гражданском праве. В абз. 2 п. 1 ст. 1229 ГК РФ, в соответствии с которым правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использовать объект интеллектуальной собственности, установлен конкретный (персональный) запрет, представляющий собой основу негативной функции исключительного права¹.

В законодательстве об авторском праве и смежных правах западных государств исключительные права определяются, как правило, через описание позитивной составляющей — в качестве исключительной (эксклюзивной) возможности использовать объекты авторского права (смежных прав) перечисленными в законе способами. Так, например, в соответствии со ст. 15 Закона об авторском праве и смежных правах ФРГ² правообладатель обладает исключительным правом: 1) на использование произведения в материальной форме, которое, в частности, включает в себя: право на воспроизведение; право на распространение; право на показ; 2) сообщение произведения обществу в нематериальной форме, которое включает в себя, в частности: право на публичное чтение, исполнение и представление; право делать произведение доступным для общественности; право на вещание; право на доведение до общественности посредством видео- и аудиозаписей; право на передачу в эфир. При этом в последующих статьях раскрывается содержание данных правомочий.

В соответствии со ст. 106 гл. 17 Свода законов США правообладатель наделен исключительным правом на использование и предоставление иным лицам возможности использовать объект авторского права указанными в статье способами. В установленный данной статьей закрытый перечень входит в том числе право на воспроизведение, переработку, распространение экземпляров произведений.

Согласно Закону Великобритании 1988 г. «Об авторском праве, промышленных образцах и патентах» исключительное авторское право (копирайт) определено как имущественное право, которое возникает

¹ Еременко В.И. Содержание исключительного права на объекты интеллектуальной собственности // Законодательство и экономика. 2011. № 5. С. 15–26.

² https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html

на объекты авторского права (п. 1 ст. 1), и позволяет правообладателю совершать в отношении произведения действия, которые в гл. II Закона обозначены как действия, охватываемые авторским правом (ст. 2). Закрытый перечень таких действий установлен в ст. 16 Закона. Он в целом совпадает с перечнем, предусмотренным американским законодательством.

В западной доктрине можно также найти различные подходы к раскрытию содержания исключительных прав на объекты авторского права и смежных прав. Так, например, британский правовед М. Спенс делает акцент на позитивном правомочии исключительного права, определяя его как право использовать произведение любым из установленных способов¹. Между тем автор указывает и на негативный аспект исключительного авторского права, отмечая, что по своей природе оно представляет собой «право против имитации».

Через позитивный аспект раскрывает сущность исключительного права Д. Килинг (*David T. Keeling*). Как им было отмечено, каждая страна в мире признает определенные исключительные права: право изобретателя коммерчески эксплуатировать его изобретение; право автора печатать копии своей книги и выставлять их на продажу; право певца разрешить продажу записей его исполнения; право режиссера показывать свои работы в кинотеатрах; право бизнеса защищать репутацию своих товаров, не позволяя другим использовать его товарный знак².

Особый интерес в рассматриваемом аспекте представляет подход Г. Смита. Автор выделяет две стратегии, которые могут быть реализованы в сфере имущественных прав: стратегия исключения (запрета) и стратегия управления. Первая стратегия предполагает установление широкой сферы использования объекта, из которой правообладатель может исключать всех иных лиц. Такая стратегия не предполагает закрепления конкретных способов использования. Достаточно лишь установить в общем виде границы права. Стратегия управления, в свою очередь, предполагает выделение конкретных способов осуществления права, доступных правообладателю³.

Автор исходит из того, что в сфере абсолютных имущественных прав (к которым относится и право собственности, и исключительное право) в большей степени проявляются стратегии исключения

¹ *Spence M.* Intellectual property. Oxford, 2007. С. 7.

² *Keeling D.T.* Intellectual property rights in EU Law. Vol. I: free Movement and competition law. Oxford, 2014. P. 18.

³ *Smith H.* Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information // Yale Law journal. 2007. 116:1742 (<http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/567.pdf>).

(запрета), а не управления объектом. Они основываются на простых правилах, которые предписывают обязанным лицам воздерживаться от действий (держаться на расстоянии). В случае с нематериальными объектами, к которым относятся результаты интеллектуальной деятельности, право исключать представляет собой право отказать в доступе к объекту, запрещать широкий перечень способов использования.

В то же время возможность запрета иным лицам использовать объект представляет собой косвенный механизм обеспечения различных привилегий правообладателя по использованию объекта. С правом исключать всех правообладатель объекта интеллектуальной собственности может предпринимать корреспондирующий спектр действий и может получить отдачу (как позитивную, так и отрицательную) от предпринимаемых им усилий. Стратегия исключения делегирует принятие решений об использовании объекта правообладателю, который как приватник отвечает за доступ к объекту интеллектуальной собственности, осуществляет мониторинг того, как используется ресурс. Стратегия управления в таком случае дополняет, дорабатывает базовый режим исключения.

Как указывает Г. Смит, чем больше способов использования объединено и обобщено, тем в большей степени в конкретной сфере проявляется стратегия исключения и тем более «имущественным» является данное право. В таком случае патентное и авторское право существенным образом между собой различаются с позиции реализуемых стратегий. По мнению ученого, в патентном праве в сравнении с авторским сильнее проявляется стратегия исключения и слабее — стратегия управления¹.

Ученый обращает внимание на то, что патентные и авторские исключительные права определены различным образом. Исключительные права в патентном праве охватывают применение, производство и реализацию продукта (применение способа), в котором воплощен патентоохраняемый объект. Подобные опции определены достаточно широко и включают в себя различные частные способы использования.

В то же время исключительное авторское право раскрывается через конкретные способы использования объекта, что в большой степени характерно для режима управления. Копирайт предоставляет правообладателю правомочия по воспроизведению объекта, доведению его до всеобщего сведения, распространению экземпляров произведений, переработке².

¹ *Smith H.* Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information // *Yale Law Journal*. 2007. 116:1742 (<http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/567.pdf>).

² *Ibidem*.