ПРЕДИСЛОВИЕ

Право интеллектуальной собственности принадлежит к сфере частного права и закрепляет исключительное право правообладателя, обеспечивающего его монопольное использование и распоряжение конкретным объектом. Совершенно необходимо, чтобы этот монополизм не противоречил публичным (общественным) интересам. Вместе с тем существует огромное число норм публичного характера, устанавливающих различные запреты, предписания, ограничения. Проблемы взаимодействия частноправовых и публично-правовых норм в настоящее время обострились: количество публичных норм достигло той границы, когда право интеллектуальной собственности вскоре перестанет отвечать целям и задачам, ради которых создавалось.

Соотношение публичного и частного в праве интеллектуальной собственности – одна из самых непростых тем, одна из самых актуальных в мире и является основным предметом настоящего сборника.

Вследствие ограничений и большого количества посредников доступ общества к объектам права интеллектуальной собственности стал слишком дорогим и малодоступным. Все чаще стали звучать ссылки на естественные права человека и цитаты из Всеобщей декларации прав человека[1] (например, статью 27 (1) («Каждый человек имеет право свободно участвовать в культурной жизни общества, наслаждаться искусством, участвовать в научном прогрессе и пользоваться его благами»), статью 19 («Каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ»)) и на статью 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Свобода выражения мнения)[2]. Появилась судебная практика Европейского суда по пра-

---

[1] Принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948.

[2] Конвенция о защите прав человека и основных свобод 04.11.1950 (с

вам человека, связанная с применением упомянутой ст. 10 против авторского права[1].

Особенно остро это явление проявилось в авторском праве в цифровой среде, которая призвана облегчить доступ и передачу информации, а вместо этого пользователи оказались в более ограниченном положении, чем пользователи вещных (не цифровых) объектов. В частности, на цифровой контент не распространяется принцип исчерпания прав, частное копирование его, внесение правок, заметок также запрещено. На примере авторского права, как арены самых ожесточенных боев за права пользователя, хотелось бы показать насколько жестко стоит проблема достижения баланса.

The Digital Millennium Copyright Act[2], получивший название «драконовского» акта, стал образцом противостояния правообладателей и пользователей. DMCA ввел право внедрять технические меры контроля за использованием произведений в цифровой сре-

---

изм. от 13.05.2004). Заключена в г. Риме. Ст. 10: (1) Каждый имеет право свободно выражать свое мнение. Это право включает свободу придерживаться своего мнения и свободу получать и распространять информацию и идеи без какого-либо вмешательства со стороны публичных властей и независимо от государственных границ. Настоящая статья не препятствует государствам осуществлять лицензирование радиовещательных, телевизионных или кинематографических предприятий. (2) Осуществление этих свобод, налагающее обязанности и ответственность, может быть сопряжено с определенными формальностями, условиями, ограничениями или санкциями, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе в интересах национальной безопасности, территориальной целостности или общественного порядка, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия.

[1] Об этом можно почитать здесь: http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/01/25/echr-copyright-vs-freedom-of-expression/

[2] The Digital Millennium Copyright Act (далее: DMCA) 1998 г. Congress.gov [Электронный ресурс]. – URL: https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-bill/2281/text/enr

де (DRM)[1], запретил обход и удаление таких мер, установив уголовную ответственность за нарушение этого запрета. Считается, что этот акт провалил свою миссию, так как США вышли на первое место в рейтинге по пиратированию именно в авторско-правовой сфере (музыка, аудиовизуальные произведения) в Интернете[2].

---

[1] DRM — digital rights management – одно из самых распространенных аббревиатур, обозначающих технические средства защиты авторских прав. Позволяет в том числе ограничить использование приобретенного пользователем цифрового контента определенными устройствами и с использованием определенных программ. В РФ технические средства защиты авторских прав предусмотрены ст. 1299 ГК, которая не допускает обход технических средств без испрашивания разрешений у правообладателя даже в случае свободного использования произведений. За указанные нарушения предусмотрена гражданско-правовая (ст. 1301 ГК РФ) и административная (ст. 7.12 КоАП РФ) ответственность. Очевидно, что статья нарушает права пользователей программ для ЭВМ и баз данных (п. 1 ст. 1280 ГК). Некоторые правоведы усматривают противоречие ст. 273 УК. На международном уровне обязанность государств обеспечить «правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих» технических средств защиты авторских прав закреплена в статье 11 Договора ВОИС об авторском праве и в статье 18 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам, заключенными 20 декабря 1996 г. в Женеве. Система технических средств защиты авторских прав очень неоднозначна и с правовой, и с моральной точки зрения. И даже в самих США от нее стали отказываться крупные корпорации, полагая к тому же ее и малоэффективной. 6 февраля 2007 г. глава Apple Стив Джобс опубликовал открытое письмо «Мысли о музыке», в котором призвал звукозаписывающие компании продавать музыку без DRN (см.: например, https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A2%D0%B5%D1%85%D0%BD%D0%B8%D1%87%D0%B5%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B5_%D1%81%D1%80%D0%B5%D0%B4%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0_%D0%B7%D0%B0%D1%89%D0%B8%D1%82%D1%8B_%D0%B0%D0%B2%D1%82%D0%BE%D1%80%D1%81%D0%BA%D0%B8%D1%85_%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2).

[2] В 2018 г. в рамках статистического изучения Интернета британская компания Muso провела исследование, посвященное анализу уровня интернет-пиратства в различных регионах мира, взяв за основу общее количество переходов на пиратские ресурсы за год. Лидирующее положение заняли США (27,9 млрд. переходов), Россия стала второй (20,6 млрд.). Далее следуют Индия (17), Бразилия (12,7), Турция (11,9), Япо-

Ограничения в отношении свободного доступа в Интернете к видео и фонограммам привели к массовому нарушению закона, в некоторых случаях демонстративному, и сделало невозможным борьбу с интеллектуальным пиратством. Общественность стала играть значительную роль в области интеллектуальной собственности именно в цифровой среде. Протест вылился в создание так называемых «пиратских партий» – политических партий, которые выступают за свободный некоммерческий обмен информацией и недопустимость его преследования по закону. Активная поддержка Партии пиратов Германии (Piratenpartei Deutschland – PIRATEN) со стороны немецких граждан привела к тому, что в 2014 г. она получила место в Европарламенте, имеет места в земельном парламенте и городском совете Германии. Пиратские партии объединились в международное движение[1], имеющее свою декларацию, в которой, в частности, установлены в качестве целей реформы авторского права и патентного права.

Но, с другой стороны, требуется эффективная защита правообладателя от несанкционированного искажения, недобросовестной конкуренции и проч. На сегодняшний момент в связи с появлением

ния (10,6), Франция (10,5), Индонезия (10,4), Германия (10,2) и Великобритания (9). Muso [Электронный ресурс]. – URL: https://www.muso.com/annual-piracy-reports (дата обращения: 27.04.2019). В этом же году голландская компания Irdeto, проанализировав сетевой трафик более 500 фильмов, сериалов и телевизионных передач, предоставила данные о загрузках нелегального контента в peer-to-peer сетях (P2P или пиринговые сети, относящиеся к упомянутым выше торрент-трекерам). То есть объектом исследования стало не число переходов на пиратские ресурсы, а количество непосредственных скачиваний аудиовизуального контента. В США незаконные скачивания составили 1,7 млрд., в России – 1,64 млрд.; далее следуют Бразилия (1,17) и Индия (965 млн.). Irdeto [Электронный ресурс]. – URL: https://resources.irdeto.com/white-papers-e-books-reports/irdeto-global-consumer-piracy-threat-2018. Об этом можно почитать и здесь: https://www.kommersant.ru/doc/3585427

[1] Неправительственная организация «Интернационал пиратских партий». Официально функционирует с 2010 года.

глобальной сети Интернет, широким развитием международного сотрудничества и международного обмена эта проблема приобрела чрезвычайную актуальность. Международные правительственные организации сами по себе не очень благосклонно относятся, в частности, к пользователям и к общественности в целом, не беспочвенно полагая, что единственной их целью является бесплатное потребление объектов авторского права: «Многие пользователи, которые фотокопируют произведения, защищенные авторскими правами, считают, что они могут сделать это со ссылкой на ограничения авторского исключительного права, установленные законом. Эта путаница возникает из-за того, что многие действующие сегодня законы были созданы в то время, когда копирование выполнялось вручную или на пишущей машинке, и до изобретения копировального аппарата»[1]. Действительно, у пользователей формируются определенные представления об объектах, выложенных в Интернете: многие полагают, что если, например, фотография выложена в Интернет, да к тому же, в свободном доступе, то ее можно также свободно использовать. Однако публикация в Интернете не делает опубликованные материалы свободными для использования, если только правообладатель не воспользовался правом свободной лицензии и не известил об этом. Может быть, скопировать изображения, видео и информацию из Интернета легко, но этот контент защищен законами об авторском праве.

Это острейшая проблема поиска баланса между интересами правообладателей и интересами пользователей: одни хотят максимально заработать на интеллектуальной собственности, другие – свободного или как можно более дешевого доступа к объектам интеллектуальной собственности.

Снова приведем пример из авторского права, поскольку именно в нем возникла уникальная ситуация – массовое развитие творчества в социальных сетях. Общественный интерес к ограничениям

[1] WIPO/CCM/KLN03/9 (P. 3)

пользовательской активности в интернете связан не только с тем, чтобы безвозмездно потреблять продукты творчества и делиться ими в «сетях», но и со свободным созданием в результате творческой переработки нового, иногда не менее оригинального, контента на основе чужих объектов авторского права. С одной стороны, развитие глобальных телекоммуникационных сетей и цифровых технологий, таких как социальные сети, сервисы Web 2.0, цифровая потоковая передача данных, бесплатные веб-платформы и недорогие программные средства, которые позволяют людям делиться своими медиафайлами и легко получать доступ к медиа-материалам; с другой стороны, более дешевые цены на устройства профессионального качества, такие как HD-видеокамеры, а также добавление камер и видеозахвата к мобильным телефонам – все эти явления привели к глобальному взрыву пользовательского контента в социальных сетях.

Это творчество породило дискуссию, которая обсуждается в данном сборнике: необходимость пересмотра основных понятий авторского права, таких как «автор», «творческий вклад», «произведение».

Еще одна из проблем, рассматриваемых в сборнике, состоит в том, что с появлением новых технологий право не успевает разрабатывать нормы либо существующие нормы начинают тормозить развитие технологий. Новые технологии определяют уровень инновационного развития любой страны, например, биотехнология стала одним из трех ключевых направлений современной экономики (наряду с информационными технологиями и нанотехнологиями). Тема мало разработана в российской правовой науке, кроме того, часть четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, несмотря на изменения и дополнения, которые были внесены в законодательство, по-прежнему нуждается в концептуальной модернизации.

Такая же проблема возникает и во вполне традиционных областях, таких как товарные знаки: в процессе правоприменения вы-

является недостаточность правового регулирования, нечеткость норм, что влечет различные толкования в судебной практике, и необоснованному ущемлению прав правообладателей или пользователей.

Существует и другая сторона баланса – дисбаланс, касающийся явного ущемления прав одного субъекта-правообладателя в пользу других субъектов-правообладателей: это нелюбимые законом артисты-исполнители[1]. Международное регулирование делает попытки выровнять положение артистов-исполнителей с другими субъектами права интеллектуальной собственности, но в результате массивного лоббирования всех остальных правообладателей и посредников, успехи в этом направлении незначительны. Усилением прав артистов-исполнителей обеспокоены также и пользователи, которые также выступают против предоставления им дополнительных правомочий.

Есть и другая сторона правообладания: правообладатели (авторы) используют свои права не в пользу общества, например, лоббирование запрета параллельного импорта; разработка неэтичных товарных знаков либо товарных знаков с использованием элементов чужих товарных знаков.

На всех уровнях законодательства (международном, региональном и национальном) начался поиск пределов исключительного права правообладателей[2]. Пределы устанавливаются на разных уровнях: международном, региональном, национальном. Они выразились в установлении свободного использования объектов интеллектуальной собственности без согласия правообладателя с/без выплаты вознаграждения, в так называемых изъятиях из прав.

---

[1] В Российской Федерации к артистам-исполнителям относятся также и режиссеры-постановщики спектаклей, но по международному законодательству они под определение артистов-исполнителей не подпадают.

[2] Надо заметить, что к этому процессу подключились антимонопольные службы практически всех стран мира, в том числе и Российской Федерации.

Такие изъятия существуют в отношении каждого объекта. При установлении в национальных законодательствах таких изъятий требуется соблюдение многоступенчатых тестов.

В Гражданском кодексе РФ они сформулированы в п. 5 ст. 1229.5, которая практически дословно повторяет статьи 13, 17, 30 Соглашения ТРИПС.

Ограничения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации, в том числе в случае, когда использование результатов интеллектуальной деятельности допускается без согласия правообладателей, но с сохранением за ними права на вознаграждение, устанавливаются Гражданским кодексом РФ.

При этом ограничения исключительных прав на произведения науки, литературы и искусства, объекты смежных прав, изобретения и промышленные образцы, товарные знаки устанавливаются с соблюдением условий, предусмотренных следующими тремя случаями:

1. Ограничения исключительных прав на произведения науки, литературы или искусства либо на объекты смежных прав устанавливаются в определенных особых случаях при условии, что такие ограничения не противоречат обычному использованию произведений либо объектов смежных прав и не ущемляют необоснованным образом законные интересы правообладателей.

2. Ограничения исключительных прав на изобретения или промышленные образцы устанавливаются в отдельных случаях при условии, что такие ограничения необоснованным образом не противоречат обычному использованию изобретений или промышленных образцов и с учетом законных интересов третьих лиц не ущемляют необоснованным образом законные интересы правообладателей.

3. Ограничения исключительных прав на товарные знаки устанавливаются в отдельных случаях при условии, что такие ограничения учитывают законные интересы правообладателей и третьих

лиц.

В каждом случае критерии ограничения исключительного права являются кумулятивными: все они должны быть соблюдены одновременно, чтобы ограничение было допустимым.

Данные ограничения имеют ***общественно полезную цель***, направлены на обеспечение возможности доступа к информации, объектам культуры, образования, как правило, с некоммерческой целью, создания возможностей для дальнейшей инновационной деятельности, либо с особенностями объекта, дабы не нарушать права пользователей (например, базы данных, программы для ЭВМ).

К изъятиям из прав относится исчерпание прав (или в США называется «доктриной первой продажи»), актуального для объектов авторского права и средств индивидуализации.

Исчерпание исключительного права на объект представляет собой один из случаев свободного использования – исключение из общего правила о том, что любые действия по использованию произведения могут осуществляться только правообладателем или с его согласия (пункты 1 и 2 статьи 1270 применяются лишь в случаях, прямо установленных статьей 1272 ГК РФ и статьей 1487 ГК РФ). Исчерпание права происходит только в отношении конкретного оригинала или конкретных экземпляров товара (произведения), *правомерно* введенных в гражданский оборот на территории Российской Федерации, т.е. принцип применяется только к вещному объекту, введенному в оборот с согласия правообладателя. Не предполагает тиражирование объекта. Правомерно приобретший товар (объект авторского права) приобретатель может по своему усмотрению использовать и распоряжаться им без каких-либо ограничений. Любое изменение вещного объекта (например, вида носителя) требует согласие правообладателя, поскольку уже затрагивается исключительное право правообладателя, например, на форму выражения объекта. Повторимся еще раз, воспроизведение и распространение объекта в измененной вещ-

ной форме не допускается[1].

Исчерпание права нашло отражение в значимом Постановление Конституционного Суда РФ от 13.02.2018 № 8-П, решавшим судьбу параллельного импорта. И в фундаментальном Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 96).

В странах Европы и англосаксонских странах понимание свободного использования объектов права интеллектуальной собственности шире, чем в России, поскольку случаи свободного использования расширяются за счет доктрины добросовестного использования[2], а не только теми, *которые закреплены в норме права*.

Добросовестное использование рассматривается доктриной как право пользователя. В сложившейся обстановке она – самый эффективный инструмент поиска баланса интересов «правообладатель-общество».

При соблюдении определенных условий доктрина создает защиту пользователя от претензий правообладателя в нарушении исключительных прав, она может разрешить использование защищенного правом объекта интеллектуальной собственности без необходимости получения разрешения или выплаты вознаграждения правообладателю. Доктрина добросовестного использования продолжает линию изъятий из исключительного права правообладателя в интересах лиц, которые могут свободно использовать объекты интеллектуальной собственности, если пройдут

[1] Отсюда исчерпание права не распространяется на цифровую форму, что по сути ограничивает в правах пользователя цифровой копии объекта авторских прав.

[2] Доктрина «fair dealing» (Великобритания), «fair use» (США) или «private use» (ЕС). Последний термин в европейской практике часто заменяется на «fair dealing». К сожалению, в Российской Федерации эта доктрина не применяется. ГК РФ признает законными только те способы свободного использования, которые закреплены в самом ГК.

многоступенчатый тест, который включает в себя относительно сложную проверку баланса между частными интересами правообладателя и общественными. Никакое конкретное использование, независимо от того, насколько это соответствует общественным интересам, является коммерческим или некоммерческим, размер прибыли и прочее, не квалифицирует автоматически использование как добросовестное.

В поисках разумного баланса интересов правообладателей и пользователей суды США, Канады и Европы постоянно расширяют сферу применения этой доктрины.

Не будет преувеличением сказать, что в современном праве интеллектуальной собственности тема соотношения частного и публичного – самая востребованная не только среди правоведов, но и общества в целом. Вызывает она интерес и в России. По этой теме опубликованы отдельные статьи, но в виде монографии представлен впервые настоящим сборником. Под обложкой этого сборника собраны работы авторов, взгляды, академические школы, практический опыт которых отличен. Позиции авторов сборника по вопросу, усиливать или ослаблять охрану прав правообладателя, могут кардинально различаться. Полагаем, что в этом преимущество данного сборника, поскольку он дает представление о том, насколько сложно достичь баланса между монополизмом правообладателя и общественным интересом.

Состав авторов сборника представлен сотрудниками Национального исследовательского университета Высшая школа экономики, Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Российской Государственной Академии интеллектуальной собственности, Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина, Финансового университета при Правительстве РФ, госслужащих и практиков.

Авторы сборника вскрывают сложные вопросы правового регулирования, требующие порою комплексного, многоотраслевого

подхода.

Достижение баланса вызывает необходимость проведения глобальной реформы права интеллектуальной собственности, подготовка к которой идет во многих странах, которая безусловно повлечет за собой пересмотр фундаментальнейших понятий права интеллектуальной собственности. Отсюда каждая статья сборника содержит предложения по изменению законодательства, сделанные авторами, изучающими право интеллектуальной собственности на протяжении многих лет и имеющими богатый опыт в данной сфере. Для многих она является основной областью научных и (или) практических интересов.

Для того, чтобы обеспечить простоту в ориентировании по оглавлению, решено использовать привычное классическое деление на главы так, как это принято в праве интеллектуальной собственности.

Отсюда, предполагается деление на три главы: общие вопросы (Глава I), авторское право и смежные права (Глава II) и промышленная собственность (Глава III).

В первой главе предполагается общетеоретический анализ соотношения частного и публичного элементов в праве интеллектуальной собственности. Во второй и третьей главах наряду с научным и философским анализом, представлен анализ актов Конституционного Суда РФ, иной судебной практикой судов различных уровней, рассматриваются различные вопросы практического характера, касающихся, соответственно, во второй главе – авторского права и смежных прав и в третьей – промышленной собственности. Последовательность расположения материала внутри глав также следует структуре части четвертой Гражданского кодекса РФ или общепринятым традициям.

С.Б. Кокина, *к.ю.н., доцент Департамента дисциплин частного права факультета права Национального исследовательского университета Высшая школа экономики (г. Москва)*