

УДК 347.77/.78-027.21

ББК 67.404.3

И86

Авторы:

Э.П. Гаврилов, Ю.Т. Гульбин, В.И. Еременко, В.О. Калятин, Д.В. Кожемякин, С.Б. Кокина, Е.А. Моргунова, В.П. Павлов, Р.Ш. Рахматулина, В.С. Савина, А.В. Семенов, В.Н. Синельникова, В.В. Старженецкий, Д.А. Тарасов, Г.И. Тыцкая

И86

Исключительное право правообладателя и интересы общества: пути достижения баланса / Э.П. Гаврилов, Ю.Т. Гульбин, В.И. Еременко [и др.]; науч. ред. С.Б. Кокина. – М.: Юрсервитум, 2019.

ISBN 978-5-9216-0171-0

Научные рецензенты:

Н.Ю. Ерпылева, д.ю.н., ординарный профессор, руководитель Департамента общих и межотраслевых юридических дисциплин.

М.В. Волынкина, д.ю.н., профессор, ректор АНО ВО «Институт гуманитарного образования и информационных технологий» (ИГУМО).

УДК 347.77/.78-027.21

ББК 67.404.3

ISBN 978-5-9216-0171-0

© Коллектив авторов, 2019
© Издательство «Юрсервитум», 2019

1.7. Юридическая наука в поисках фактов: как найти баланс интересов правообладателей и общества?

Д.А. Тарасов, юрист, автор интернет-проекта по праву интеллектуальной собственности Lex Digital Blog (lexdigital.ru)

Тема баланса интересов, вне всяких сомнений, является центральной в праве интеллектуальной собственности. Она пронизывает любые отношения, складывающиеся по поводу творческих результатов, кристаллизует и воплощает наиболее жгучие проблемы правового регулирования, и дает указания на возможные пути выхода из кризиса. Без ее изучения невозможно понять, что сегодня происходит в праве интеллектуальной собственности и каким оно будет завтра. Тема баланса интересов наглядно показывает, как право несет пользу обществу: поддерживает творчество, помогает авторам зарабатывать на жизнь, открывает пользователям доступ к неисчислимым культурным богатствам. Но одновременно она же высвечивает теневую сторону права, пронизанную заблуждениями и иллюзиями, из-за которых право интеллектуальной собственности переживает глубокий кризис легитимности¹, кризис доверия, отмечаемый правоведами и официальными лицами по всему миру. Масштабное изучение общественного мнения, проведенное в 2013 г. во всех странах ЕС по инициативе Евро-

¹ См., напр., Litman J.D. Real Copyright Reform. Iowa L. Rev. 96, № 1, 2010. P. 31-32 (<https://repository.law.umich.edu/articles/215/>, дата посещения – 20.07.2019 г.); Geiger Ch. The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics can Influence the Shape and Use of IP Law // Intellectual Property Law: Methods and Perspectives / Ed. by Dinwoodie Graeme B. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2013. P. 153-176 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2228067, дата посещения – 20.07.2019 г.); Stamatoudi I., Torremans P. EU Copyright Law. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2014. P. 16.

пейского ведомства по интеллектуальной собственности, показало, что 88% европейских жителей крайне плохо знают основные положения права интеллектуальной собственности или не знают их вовсе; подавляющее большинство опрошенных убеждены, что охрана интеллектуальной собственности выгодна лишь крупному бизнесу и наиболее раскрученным творческим деятелям, но не потребителям и основной массе творцов; около 45% считают допустимым приобретение пиратской/контрафактной продукции¹.

Без серьезной реформы право рискует остаться не востребованным теми самыми участниками, чьи интересы оно пытается уравновесить². Это связано с тремя причинами. Во-первых, правовая охрана сегодня слишком широка (и экспансия продолжается), а сами нормы чересчур сложны и противоречивы. Во-вторых, решения законодателей почти не опираются на эмпирические данные. В-третьих, мы, юристы, к сожалению, очень плохо понимаем принципы и особенности творческих процессов. Интуитивные представления, которыми руководствуются законодатели и правоведы, сильно расходятся с фактами. Поэтому особенно большую роль в преодолении кризиса играет глубокое понимание того, что есть творчество и его истоки, по каким правилам происходит творческий процесс, что действительно мотивирует авторов и изобретателей, как право воздействует на творчество, как эффективнее всего распространять культурную продукцию, а также каким образом и в каких целях ей обычно пользуются. Лучшее понимание творчества даст лучшее осознание интересов и целей его участников. Поэтому генеральное направление в современной

¹ The European citizens and intellectual property: perception, awareness and behaviour. 2013 (https://euipo.europa.eu/ohimportal/web/observatory/ip_perception, дата посещения – 20.07.2019 г.).

² Geiger Ch. Implementing Intellectual Property Provisions in Human Rights Instruments: Towards a New Social Contract for the Protection of Intangibles // Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property / Ed. by Geiger Christophe. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2014, P. 661-664.

юридической науке в разных странах мира можно описать формулой: движение от иллюзий в сторону фактов¹. Потому что из-за недостатка фактов мы строим неэффективную правовую систему. Мы создаем правовые обязанности, которые не соблюдаются, и правовые возможности, которыми не пользуются.

Приведем несколько примеров. 70-80% от общего объема доходов от использования произведений получают авторы, занимающие верхние 10% рейтинга, а на долю 90% творцов приходится суммы, не позволяющие перешагнуть порог бедности². В итоге, до 80-90% авторов или потенциальных правообладателей вовсе не обращаются за правовой охраной творческих продуктов или избегают инструментов интеллектуальной собственности³. Речь идет не только о частных лицах, но и о корпорациях⁴.

Хорошо известны проблемы пользователей, вызванные автоматическим переносом на цифровую сферу правил для аналогового мира (например, приравнивание электронных файлов к

¹ См., напр., What Constitutes Evidence for Copyright Policy? Digital Proceedings of ESRC Symposium / Ed. by Martin Kretschmer and Ruth Towse, 2013 (<https://www.create.ac.uk/publications/what-constitutes-evidence-for-copyright-policy-digital-proceedings-of-esrc-symposium/>, дата посещения – 20.07.2019 г.) Intellectual Property Arrangements. Productivity Commission Inquiry Report, No. 78, 23 September 2016 (<https://www.pc.gov.au/inquiries/completed/intellectual-property#report>, дата посещения – 20.07.2019 г.).

² Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive. Study for the JURI committee of the European Parliament. 2017. P. 54 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU\(2017\)596810_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU(2017)596810_EN.pdf), дата посещения – 20.07.2019); Zimmerman D. L. Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That? 30 November 2009 (<https://ssrn.com/abstract=1515964>, дата посещения – 20.07.2019).

³ Johnson E. E. Intellectual Property and the Incentive Fallacy // 23 January 2011. 39 Florida State University Law Review 623 (<https://ssrn.com/abstract=1746343>, дата посещения – 20.07.2019)

⁴ Archibugi D., Filippetti A. The Globalization of Intellectual Property Rights: Much Ado About Nothing? // 27 March 2013 (<https://ssrn.com/abstract=2240365>, дата посещения – 20.07.2019).

экземплярам произведений¹): мы мало что вправе делать с электронным контентом, в сравнении, скажем, с бумажными книгами, причем часть оставшихся правомочий правообладатели нередко блокируют с помощью технических средств защиты². В результате, несмотря на уникальную доступность цифрового контента, потребители далеко не всегда могут им пользоваться. Во множестве ситуаций ни авторы, ни распространители, ни общество не могут получить от закона того, на что рассчитывают. И это при том, что за последние десятилетия правовое регулирование стало более проработанным.

Здесь надо сделать важное пояснение. Законотворческие решения чаще всего имеют либо доктринальную, либо доказательственную основу. Для стран континентального права (и России в том числе) характерен доктринальный подход: обоснованным считается то решение, которое формально согласуется с теоретико-правовыми и идеологическими концепциями права. Проверять, как решение соотносится с фактами действительности, не требуется. К тому же сторонники данного подхода исходят из презумпции, что законодатель априори хорошо разбирается во всех регулируемых общественных отношениях и дополнительные знания ему не нужны. Однако кризисное состояние права и осознание, что для принятия взвешенных решений нам все-таки не хватает фактов, побуждают юристов переключаться на доказательственный подход и сверять свои решения с эмпирическими данными³. Если результаты добросовестно проведенных научных

¹ De Filippi P. The Concept of a Digital Copy. 15th International Legal Informatics Symposium (IRIS), 23 February 2012 (<https://ssrn.com/abstract=2097149>, дата посещения – 20.07.2019)

² Perzanowski A., Schultz J. The End of Ownership : personal property in the digital economy. Cambridge, MA. The MIT Press. 2016;

³ De Beer J. Evidence-Based Intellectual Property Policymaking: An Integrated Review of Methods and Conclusions // 19:5-6 Journal of World Intellectual Property, 2016 (<https://ssrn.com/abstract=3008678>, дата посещения – 20.07.2019);

исследований и экспериментов противоречат принятой в праве концепции, надо менять концепцию. Если право не отвечает общественным потребностям и ожиданиям, надо учиться быстрее его адаптировать, особенно к условиям современной, постоянно меняющейся среды. Иначе мы рискуем продолжать строить башню из слоновой кости, в которой давно никто не живет. Как пишет доктор права Стеф ван Гомпел: «Традиционные принципы авторского права, особенно в нынешнюю цифровую эпоху, все чаще подвергаются критике, поскольку меняются способы создания, распространения, обмена и потребления произведений. Законодатели вынуждены решать сложную задачу – что делать с новыми свидетельствами, которые слабо сочетаются или даже вступают в противоречие с теоретико-правовыми основами, на которых построено авторское право»¹. В связи с этим наука интеллектуальной собственности должна приобрести междисциплинарный характер и опираться на надежные эмпирические данные².

К сожалению, пока право интеллектуальной собственности этому принципу не следует. Среди всех отраслей права, пожалуй, именно право интеллектуальной собственности хуже всего приспособлено к регулированию реальных общественных отношений. Оно не опирается на подлинные интересы, желания и устремления участников отношений в сфере творчества, не учитывает особенности креативных процессов и состоит из чересчур запутанных, противоречивых и малоэффективных норм. Да и говорим мы об этом удручающе редко. Свойственный многим

¹ Van Gompel S. Copyright, Doctrine and Evidence-Based Reform // 8 (2017) JIPITEC 304 para 1. 2017 (<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-4-2017/4638>, дата посещения – 20.07.2019).

² Положительная тенденция хорошо заметна в европейском законотворчестве, где публичные консультации, привлечение участников и исследования экспертов стали необходимыми элементами законотворческой процедуры (https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en, дата посещения – 20.07.2019).

представителям юридической профессии консерватизм взглядов замыкает их в узких рамках нормативистского понимания права, за которыми не видна безгранично вариативная, быстро меняющаяся жизнь.

Сегодняшнее положение в праве интеллектуальной собственности можно описать с помощью следующей метафоры. Желая защитить интересы угнетаемых издателями авторов, право постепенно воздвигало вокруг них оборонительные стены. По мере того, как правомочий у авторов становилось все больше, а сроки охраны продолжительнее, стены становились все толще и выше. В итоге, крепость авторов превращается в острог для их произведений. Легальное использование охраняемых объектов чрезвычайно затруднено. Очистка прав требует больших транзакционных издержек и затрат времени. Из крепости есть всего несколько узких выходов, и на них расположились традиционные распространители со своими привычными бизнес-моделями, с трудом удовлетворяющие потребности публики. Скажем, многие книги издаются в среднем в течение первых 5 лет¹, а потом больше 100 лет правовая охрана удерживает их от повторного поступления в оборот. Страдает и общество, на долгий срок лишённое легального доступа к колоссальным объемам интеллектуальных богатств, в том числе тех, которые могли бы быть созданы в ходе последующего творчества, и авторы, которые остаются без справедливого вознаграждения, поскольку права зачастую им уже не принадлежат². Как мы

¹ Ginsburg J. C. From Hypatia to Victor Hugo to Larry and Sergey: 'All the World's Knowledge' and Universal Authors' Rights // The 2012 British Academy Law Lecture, 15 February 2013. P. 19 (<https://ssrn.com/abstract=2218765>, дата посещения – 20.07.2019).

² Так, в одном из выступлений Ниеле Кроес, бывшая тогда вице-президентом Европейской комиссии по цифровой повестке, сетует на то, как наша привязанность к «старому набору правил, созданных для другой эпохи», убивает любые новые идеи, способные увеличить как обращение контента, так и вознаграждение авторов, буквально поставленных сегодня на грань выживания (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-777_en.htm, дата посещения – 20.07.2019).

обычно отвечаем на эти вызовы? Еще немного наращиваем высоту и толщину стен. Мы продолжаем нагромождать малопонятные пользователям правовые нормы или ужесточаем наказания, не в силах остановить противостояние общества и закона¹. Но не пытаемся выяснить причины конфликта.

Если наша правовая система построена не на глубоком понимании творческих процессов, а на домыслах и иллюзиях, то она не только неэффективна, но и может создавать препятствия для творчества. Мы не должны заниматься самоуспокоением и, придумав для творцов новое право, украшенное небольшим изъятием для публики, считать, что еще немного укрепили баланс. То, что нам кажется балансом, на деле является простым наращиванием и без того сверхмассивных стен, в которых мы заперли творческие результаты². Мы лишь усложнили их распространение, сделали менее доступными для общества и затруднили их использование в последующих творческих процессах, а нередко тем самым ограничили и обычное потребление, как в случае с одобрением технических средств защиты, далеко выходящих за пределы исключительных прав и добросовестности. Об опасности непродуманного усиления охраны предупреждают в своем обращении 20 профессоров права из разных стран Евросоюза: «Права интеллектуальной собственности, будучи однажды предоставленными,

¹ «Поскольку общество относится к авторскому праву все менее уважительно, нарастающее несоблюдение его норм ведет к еще более агрессивной тактике правоприменения, и порочный круг замыкается» - Depoorter B., Walker R. Copyright False Positives // 8 October 2013. 89 Notre Dame L. Rev. 319. (<https://ssrn.com/abstract=2337684>, дата посещения – 20.07.2019).

² Так, Европейская комиссия спустя 22 года признала, что введенное в 1996 г. право sui generis на базы данных не принесло пользы: оно и не стимулирует создание новых баз данных, и не улучшило баланс интересов участников. Поэтому им практически не пользуются. Но очистку прав оно усложнило. (Staff working document and executive summary on the evaluation of the Directive 96/9/EC on the legal protection of databases. 25.04.2018. SWD(2018) 146 final).

почти невозможно отменить. В условиях быстрых технологических и индустриальных изменений стандарт доказательств, требуемых для принятия подобного решения, должен быть особенно высоким. Основной вопрос в бремени доказывания. Любое новое интеллектуальное право создает издержки... Кому-то придется за него заплатить. Сторонники нового права обязаны показать, какими будут издержки, кто их понесет, насколько издержки необходимы и пропорциональны, и, самое главное, предоставить этому убедительные верифицируемые доказательства»¹. Стоит прислушаться к призыву французского профессора Кристофа Гейгера перейти от сегодняшних неограниченных интеллектуальных прав к более разумной формуле «права интеллектуальной собственности представляют собой острова исключительности в океане свободы»².

Ситуация начинает меняться. Пусть и медленно, но мировое юридическое сообщество постепенно осознает, что современная информационная эпоха уже привела к формированию новых приоритетов и ценностей, которые Е.А. Войниканис пронизательно именуется «парадигмой баланса интересов»³. Чтобы укрепиться в новой парадигме, нам необходимо выяснить, в чем же заключаются интересы вовлеченных участников и как можно описать состояние баланса.

Первый набор фактов, которые юристы, занимающиеся правом интеллектуальной собственности, могут с пользой заимствовать,

¹ Kretschmer M., Dusollier S., Geiger Ch., Hugenholtz P. B. The European Commission's Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society // 15 June 2016. European Intellectual Property Review (E.I.P.R.), Vol. 38(10), P. 591-595 (<https://ssrn.com/abstract=2801595>, дата посещения – 20.07.2019).

² Geiger Ch. Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law? // International Review of Intellectual Property and Competition Law 35 (ИЦ) 2004, P. 272.

³ Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: ИД «Юриспруденция», 2013. С. 516.

связан с источниками и свойствами творчества. Согласно последним данным археологии, творческую деятельность, в ее вполне современном понимании, человек ведет уже порядка 100 тысяч лет¹. Когда совпали несколько факторов – увеличились объем головного мозга, сложность его структуры, плотность социальных связей, – тогда и запустился процесс, самоподдерживающийся уже многие тысячи лет. С тех пор менялись формы творческой жизни, но ее активность и качество не снижались. Учитывая сколь непродолжителен на этом фоне срок правового регулирования интеллектуальной деятельности, легко понять, что оно не является необходимым для поддержания творчества. Это обстоятельство должно удерживать от поспешных утверждений, будто из-за ослабления правовой охраны наступит хаос, пиратство станет неуправляемым, а авторы перестанут созидать. Большую часть своей истории человек справлялся с этими угрозами без помощи права. Кроме того, важно помнить, что мы создали систему прав интеллектуальной собственности, ориентируясь на конкретные задачи и ситуацию, существовавшие краткий исторический период². Но и в предшествовавшие периоды, и после них среда была и будет совершенно иной. Более того, изучение истории показывает, что на формирование и структуру права интеллектуальной собственности сильнее всего влияли разнообразные случайные обстоятельства, а не логически выверенные проекты и концепции. А потому наша система не может считаться оптимальной по умолчанию. Она напоминает набор разнородных блоков, который мы задним числом пытаемся сделать похожим на здание и укрепить философским фундаментом³. Вместо этого система должна очень гиб-

¹ См., напр.: Henshilwood C.S., d’Errico F., van Niekerk K.L., Coquinot Y., Jacobs Z., Lauritzen S-E., et al. A 100,000-year-old ochre-processing workshop at Blombos Cave, South Africa // *Science*. 2011; 334: 219-22.

² Baldwin P. *The Copyright Wars: Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*. Princeton University Press. 2014.

³ Профессора Л. Бенгли и Б. Шерман предостерегают: «Можно по

ко адаптироваться, или превратится в правовой рудимент. Далее, исследования продемонстрировали, что творчество запускается преимущественно внутренней мотивацией. А внешние стимулы, к числу которых относятся ожидание вознаграждения или обещание исключительного права, могут даже подавлять креативность и ухудшать качество работы¹. Какие выводы из этого могут сделать юристы? Прежде всего, понять, что перед нами стоит более сложная задача, чем обычно думают. Право само по себе не стимулирует творчество². Поэтому чтобы творчество протекало свободно, право должно научиться ему не мешать.

Следующий этап на пути к сбалансированной системе интеллектуальных прав – внимательное осмысление эмпирических данных, накопленных в иных научных дисциплинах. Они открывают для правоведов ранее неизвестные, но принципиально важные грани креативных процессов. Знакомство с ними позволяет яснее увидеть, как функционал права можно использовать во благо общества и его творческой деятельности. Сегодня работ на стыке права и иных дисциплин огромное множество. Все они очень интересны. Упомянем лишь некоторые. Исследования нейробиологических особенностей головного мозга (например,

нять, когда лоббистские группы используют для достижения своих целей то или иное обоснование авторского права (или злоупотребляют им), однако большие проблемы возникают, когда остальные люди начинают верить риторике и полагать, будто авторское право действительно перепределяется и очерчивается этими философскими идеалами» (Bently L., Sherman B. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press. 2014. 4th edition. P. 40).

¹ См., напр.: Sternberg R. J., Kaufman J. C. *The Nature of Human Creativity*. Cambridge University Press, 2018. P. 78-79, 111-116; Fromer J. C. *A Psychology of Intellectual Property* // 3 September 2010. *Northwestern University Law Review*, Vol. 104, p. 1441 (<https://ssrn.com/abstract=1575843>, дата посещения – 20.07.2019).

² См., напр.: Mandel G. N. *Intellectual Property: Does the Law Influence Creativity?* // *The Cambridge Handbook of Creativity across Domains* / Ed. by Kaufman J. C., Glăveanu V. P., Baer J. Cambridge University Press. 2017. P. 454-457.

зеркальных нейронов) показывают важность процессов подражания и имитации для совершенствования творческих навыков¹. Недаром практика копирования чужих работ имела многотысячелетнюю историю, а в цифровую эпоху переживает настоящий расцвет, став важным элементом новых направлений в искусстве, совместной творческой деятельности и активного создания произведений пользователями². Интернет преобразует долгосрочную память человека в особый тип трансактивной памяти, которая нуждается в доступе ко всему онлайн-овому многообразию культурных богатств для генерирования творческих ассоциаций и озарений³. Без неограниченного доступа хуже протекают такие важные этапы творческого процесса, как подготовка и инкубация идей, которые изучает психология. Огромное количество интеллектуальных результатов создаются в рамках процессов, именуемых «творчество и изобретательство вокруг», когда за отправную точку берется чужой готовый продукт, но при этом создается нечто новое и уникальное⁴. Согласно теории информации, чтобы знания передавались с большей надежностью и точностью, нам необходимо поощрять многократное создание похожих произведений⁵. Чуть подробнее остановимся на данных теории искусства.

¹ Abraham A. *The Neuroscience of Creativity*. Cambridge University Press. 2018. P. 183, 252-254.

² См., напр.: Frosio G. *Re-Imagining Digital Copyright Through the Power of Imitation: Lessons from Confucius and Plato* // 5(1) *Peking University Transnational Law Review* 55-106. 2018 (<https://ssrn.com/abstract=3094316>, дата посещения – 20.07.2019).

³ См., напр.: Reuveni E. *Copyright, Neuroscience, and Creativity* // 64 *Alabama Law Review* 735. 2013 (<https://ssrn.com/abstract=2157099>, дата посещения – 20.07.2019).

⁴ См., напр.: Fishman J. *Creating Around Copyright* // 13 March 2015. *Harvard Law Review*, Vol. 128, no. 5, P. 1333-1404 (<https://ssrn.com/abstract=2465590>, дата посещения – 20.07.2019).

⁵ Fromer J. C. *An Information Theory of Copyright Law* // *Emory Law Journal*, Vol. 64, 2014. P. 71; *NYU Law and Economics Research Paper No. 14-27*; *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 14-60* (<https://ssrn.com/abstract=2500614>, дата посещения – 20.07.2019).

Во многих направлениях современного искусства (в ряде музыкальных жанров, в литературе постмодерна, в изобразительном искусстве апроприации) творческий процесс строится на заимствовании чужих произведений, причем далеко не всегда заимствованное перерабатывается. С юридической точки зрения, при этом либо происходит нарушение чьих-то прав, либо создается производное произведение, использование которого подчинено воле автора оригинала. Он может установить любые требования и ограничения. Тем самым, целые течения современного искусства оказываются вне закона или подвергаются частной цензуре. «Существуют серьезные опасения, что нечеткость регулирования практики присвоения может оказывать сильный губительный эффект на развитие современного искусства; да и вообще история показывает, что новые формы изобразительного искусства или музыки развиваются преимущественно за счет (сознательного или нет) игнорирования авторского права», – подчеркивает Кристоф Гейгер¹. Некоторые авторитетные европейские юристы выражают серьезную обеспокоенность незащищенностью производных произведений². Схожие проблемы возникают и с безграничным в своем объеме контентом, создаваемом пользователями³. Словом, творческий процесс далеко не такой одномерный, как юристы обычно представляют. Он подчиняется незнакомым нам правилам и содержит множество нюансов. Если законодатель их не знает и не учитывает, право остается плохо приспособленным к регулированию многих важных для общества отношений и креативных

¹ Geiger Ch. Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination? // UC Irvine Law Review. 2018. Vol. 8, Issue 3. P. 20 (<https://ssrn.com/abstract=3053980>, дата посещения – 20.07.2019).

² См., напр.: Rachum-Twaig O. Recreating Copyright: The Cognitive Process of Creation and Copyright Law // 5 May 2016. Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Forthcoming (<https://ssrn.com/abstract=2776292>, дата посещения – 20.07.2019). P. 48-53.

³ См., напр.: User-Created-Content: Supporting a participative Information Society. Report by IDATE – TNO – IviR, 2008. P. 164-168, 299-300.

процессов.

Но необходимо избавиться от следующей порции иллюзий. Они касаются разграничения участников, а также их интересов. Если задуматься, противопоставлением авторов и общества мы закладываем конфликт в ситуацию, в которой его изначально не было. Во-первых, у авторов и общества одинаковые интересы – чтобы произведение продолжительное время оставалось доступным для всех желающих. Конечно, авторы хотят получать за это вознаграждение. Но исследования показывают, что исключительное право несет его обладателям незначительную финансовую выгоду¹ (потому считать его экономическим стимулом можно лишь по ошибке), тогда как пользователи охотно готовы платить за чужой труд и без всякого принуждения². В устоявшихся взглядах на опасность пиратства тоже есть много заблуждений и домыслов³. Отметим основные выводы исследователей этой темы. Да, пиратство в определенном отношении уменьшает прибыль, но оно ее компенсирует. Далеко не каждый акт скачивания замещает акт продажи. Те, кто много скачивают, больше других пла-

¹ Kretschmer M. Does Copyright Law Matter? An Empirical Analysis of Creators' Earnings // 21 May 2012 (<https://ssrn.com/abstract=2063735>, дата посещения – 20.07.2019).

² Lemley M. A. IP in a World Without Scarcity // 24 March 2014. Stanford Public Law Working Paper No. 2413974 (<https://ssrn.com/abstract=2413974>, дата посещения – 20.07.2019).

³ См. подробнее: Тарасов Д.А. О пиратстве начистоту (очерк правовых идей). 11 декабря 2013 (<http://lexdigital.ru/2013/099/>, дата посещения – 20.07.2019).

⁴ Интересные факты были установлены в недавнем глобальном исследовании, проведенном в 13 странах мира: 95% и более пиратов потребляют контент легально и их средний объем легального потребления обычно в два раза выше, чем у не занимающихся пиратством законопослушных пользователей; не обнаружено убедительных доказательств эффективности жестких правоприменительных мер; уровень онлайн-пиратства сильно коррелирует с низкой покупательной способностью – чем выше благосостояние пользователей и чем доступнее им легальный контент, тем ниже уровень пиратства (Quintais J. P., Poort J. Global Online Piracy

тят за легальный контент⁴. Циркуляция нелегальных версий продукта повышает его продажи. И, наконец, доступность легального контента по умеренным ценам кардинально сокращает уровень пиратского потребления¹. Таким образом, расширение и ужесточение охраны, заявляемое в качестве способа борьбы с пиратством, на самом деле используется для монополизации власти в руках профессиональных правообладателей. Для преодоления пиратства есть более надежные инструменты, не ограничивающие доступ общества к творческим результатам и действительно улучшающие финансовое положение авторов.

Во-вторых, авторы и пользователи являются не противопоставленными, а пересекающимися множествами. Это значит, что большинству авторов также необходимо потребление чужих произведений, в том числе для продолжения их творчества. Но и пользователи редко ограничиваются пассивным потреблением. Постмодерн превратил читателя в активного толкователя текста, а цифровые технологии сделали его соавтором. По некоторым оценкам, пользователи сегодня создают больше контента, чем профессиональные творцы. Причем его качество зачастую ничем не хуже.

Таким образом, интересы авторов и общества не нужно уравнивать, поскольку они находятся на одной чаше весов. Но другая чаша не пуста. Там расположились интересы распространителей творческого продукта. Можно назвать их «профессиональными правообладателями» (или информационными посредниками). Именно они больше всего жаждут усиления охраны и консервации статус-кво. Именно распространители лоббируют возведение глухой стены вокруг авторов, поскольку крепость нужна им самим. Распространители, как правило, извлекают при-

Study. July 2018. P. 7, 8, 14, 22, <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Global-Online-Piracy-Study.pdf>, дата посещения – 20.07.2019).

¹ Geiger Ch. Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research. Edward Elgar Publishing, 2012. P. 3.

быль из привычных им бизнес-моделей, поэтому резко отвергают любые намеки на реформу и новые технологии. Они бенефициары жестких правоприменительных мер. И не слышат предостережений экспертов, что это лишь усиливает негативное восприятие права интеллектуальной собственности в массовом сознании и увеличивает оборот нелегального контента. Можно ли преодолеть этот тупик? Безусловно. В блестящей статье «Обрушатся ли небеса на индустрии контента?»¹ американский профессор права Марк Лемли описывает длительную историю того, как отрасли, эксплуатирующие интеллектуальную продукцию, яростно борются с каждой технологической новинкой, предрекая скорую гибель целых индустрий – печатный пресс, фотография, граммофон, радио, кабельное телевидение, фотокопирование, пластинки, аудиокассеты, компакт-диски, видеозапись, MP3-плеер, цифровые носители, интернет-радио, пиринговые сети и т. д. Все эти технологии в свое время пытались объявить вне закона. Но отстаившие свое право на жизнь новинки всегда увеличивали оборот творческой продукции, умножали прибыль правообладателей и авторов, повышали доступность культурного богатства для потребителей. Проигрывали только предприниматели, державшиеся за устаревшие бизнес-модели и желавшие мумифицировать рынок. Это значит, что нам следует, в первую очередь, защищать открытый рынок и свободную конкуренцию, а не корыстные интересы отдельных правообладателей.

Итак, интересы авторов и общества по большому счету не конфликтуют, но сегодня закон их намеренно противопоставляет и сталкивает. Баланс явно смещен в пользу профессиональных правообладателей, хотя они в этом не нуждаются. Законодатели, суды и правоведаы пытаются в меру сил смягчить остроту ситуации.

¹ Lemley M. A. Is the Sky Falling on the Content Industries? // Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 9, 2011; Stanford Public Law Working Paper No. 1656485 (<https://ssrn.com/abstract=1656485>, дата посещения – 20.07.2019).

Например, в последнее время в европейском праве все чаще говорят о необходимости находить баланс прав интеллектуальной собственности с другими основополагающими правами, такими как свобода творчества, свобода слова и мнений, право на получение и распространение информации. Либо баланс ищут за счет постепенного расширения изъятий и ограничений¹, более либерального толкования 3-ступенчатого теста Бернской конвенции и за счет дополнения законодательства открытой нормой об изъятиях, подобной американской доктрине добросовестного использования (ее насущная необходимость осознается даже в странах континентальной правовой системы)². В США набирает силу идея, что доктрина *fair use* – это полноценное право пользователя. И Верховный суд поддерживает эту идею. Канада в 2012 г. первой из стран закрепила принцип «прав пользователя» в законодательстве³. Пожалуй, это два самых перспективных, но умеренных направления.

Есть более радикальные, но и более интересные предложения. Раз всем участникам выгодно максимально широкое и свободное обращение творческих результатов, надо создать для этого необходимые механизмы. Например, в виде сборов, открывающих доступ к любому контенту, или сборов за определенные способы

¹ См., напр.: Chik W. B. Paying it Forward: The Case for a Specific Statutory Limitation on Exclusive Rights for User-Generated Content Under Copyright Law // *John Marshall Review of Intellectual Property Law*. 11, (2), 2011. P. 240-294. (https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1068, дата посещения – 20.07.2019).

² Griffiths J., Geiger Ch., Senftleben M., Xalabarder R., Bently L., Derclaye E., Dinwoodie G. B., Dreier T., Dusollier S., Hilty R., Hugenholtz P. B., Janssens M-Ch., Kretschmer M., Metzger A., Peukert A., Ricolfi M., Rognstad O. A., Strowel A. M. Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Opinion on the Judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn. 13 February 2015 (<https://ssrn.com/abstract=2564772>, дата посещения – 20.07.2019).

³ Yu P. K. Can the Canadian UGC Exception Be Transplanted Abroad? // *Intellectual Property Journal*, Vol. 26, pp. 177-205, 2014 (<https://ssrn.com/abstract=2405821>, дата посещения – 20.07.2019).

его использования, либо в виде широких законодательных лицензий¹. Предлагается идея предоставлять авторам права строго в обмен на обязанность распространять контент как условие сохранения таких прав. Когда вокруг раскинулся океан возможностей, где произведения могут приносить дополнительную прибыль авторам и обогащать творческую жизнь общества, стоит все-таки задуматься над тем, как частично перестроить и ослабить стены законодательной крепости. Необходимо признавать присущие ему недостатки, изучать и обсуждать их, чтобы находить способы их нивелировать или минимизировать. По этой самой причине сегодня в западной юридической науке критическому разбору принципов интеллектуальной собственности отводится принципиально важная роль. Если юрист не принимает во внимание все стороны права интеллектуальной собственности, его образование останется неполным, а работа (и практическая, и в сфере науки) не будет отвечать интересам общества.

В заключение стоит сказать пару слов об одной примечательной книге, которая в 2017 году вызвала оживленные дискуссии, и была положительно принята в юридическом сообществе по всему миру. Книга называется «А что, если бы мы могли придумать авторское право заново?» По инициативе двух профессоров из Австралии – Ребекки Гиблин и Кимберли Везэрл, – восемь ученых изложили в ней свои идеи о том, каким можно было бы сделать авторское право, если бы мы не были связаны существующими нормами, международными обязательствами, доктринальными традициями. Особо подчеркивается, что ни один из участников не предлагал отменить авторское право. Все предложения по его модернизации, хотя и являются пока обычным мысленным экспериментом, исключительно полезны для активного обсуждения

¹ Ginsburg J. C. Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid? // Berkeley Technology Law Journal, 2 June 2014 Forthcoming; Columbia Law and Economics Working Paper No. 481 (<https://ssrn.com/abstract=2444500>, дата посещения – 20.07.2019).

в профессиональной среде давно назревшей реформы. Важность подобного эксперимента поясняет профессор права Питер Дра-хос: «Если мы не используем силу воображения, тогда правовые структуры представляются, подобно Берлинской стене, вечным, недвижимым ограничением нашей свободы, выбраться из которого почти нет надежды. Рисуя картины иного мира, мы вносим в конструкцию первый элемент непредсказуемости, один кирпичик уже можно удалить, структура видится неокончательной и стена падает»¹. Подобной смелости и открытости мышления хочется пожелать каждому читателю этой книги. Потому что, как бы то ни было, но именно вы задаете то видение права, которое в конце концов перенимает общество и законодатель. Пусть не сразу, но вы поможете создать новую структуру права интеллектуальной собственности, которая отвечает интересам всех участников, без необходимости их противопоставления. Но без опоры на эмпирические данные из других дисциплин нам не обойтись. Напомню слова признанного специалиста в изучения творчества Михея Чиксентмихайи: «Интеллектуальная задача необязательно ограничивается пространством одного конкретного домена. Напротив, самые творческие прорывы происходят тогда, когда идея, хорошо работавшая в одном домене, переносится в другой и оживляет его»². Вот эту широту кругозора нам и дает тема баланса интересов.

¹ Drahos P. Foreword // What if we could reimagine copyright? / Ed. by Giblin R., Weatherall K. ANU Press, 2017. P. x.

² Чиксентмихайи М. Креативность. Поток и психология открытий и изобретений. М.: Карьера Пресс, 2013. С. 108.