

**THE LAW
OF THE DIGITAL ECONOMY – 2021**
Edition 17

Annual Anthology

Lead author and science editor

Dr. M.A. Rozhkova

Moscow • 2021



ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ И БАЗЫ ДАННЫХ В ЭПОХУ БОЛЬШИХ МАШИННЫХ ДАННЫХ^{1, 2}

Аннотация. В данной статье рассматриваются базы данных, в которых используются технологии искусственного интеллекта для получения, проверки или представления содержимого базы данных («базы данных ИИ»). Главный исследовательский вопрос заключается в том, могут ли базы данных ИИ охраняться в рамках режимов авторского права и права *sui generis*, предусмотренных Директивой «О правовой охране баз данных». Предполагаемая неадекватность права *sui generis* для экономики данных и, в частности, для данных, генерируемых машинами, побудила Европейский парламент обратиться к Комиссии с призывом отменить указанное право, а Комиссию — предложить ввести право производителя данных в качестве нового имущественного права, которое сделало бы то, что не смогло сделать право *sui generis*. В данной статье доказывается, что, вопреки распространенному мнению, право *sui generis* пригодно для охраны баз данных ИИ и что иное решение привело бы к чрезмерной защите указанного объекта договорными средствами. Право *sui generis* может быть наилучшим, если не единственным, способом защиты произведений, «автором» которых является ИИ. Действительно, даже если произведения, созданные ИИ, в настоящее время не охраняются авторским правом ввиду отсутствия оригинальности, они, тем не менее, могут защищаться, если являются частью базы данных. Таким образом, благодаря ИИ право *sui generis* может стать более важным, чем когда-либо.

Ключевые слова: искусственный интеллект, интеллектуальная собственность, базы данных, авторское право, право *sui generis*, право ЕС, большие данные, машинные данные, промышленные данные, интернет вещей, машинное обучение, интеллектуальный анализ данных, договорное право.

¹ Автор выражает признательность Эстель Дерклей, Марко Риколфи, Россане Дукаато, Джеймсу К. Беллу и анонимному рецензенту за их полезные предложения, а также благодарность Валентине Боргезе и Алессии Палладино за драгоценную помощь в исследовании. Изложенные мнения и допущенные ошибки принадлежат исключительно автору.

² Перевод с согласия автора выполнила Д.А. Мотовилова.

Не понимаю, почему бы человеку, который считает, что так могло произойти, не поверить также, что если изготовить из золота или из какого-нибудь другого материала в огромном количестве все двадцать одну букву, а затем бросить эти буквы на землю, то из них сразу получатся «Анналы» Энния, так что их можно будет тут же и прочитать. Вряд ли по случайности может таким образом получиться даже одна строка.

Цицерон. О природе богов. Кн. II. XXXVII¹

1. Введение

Данное исследование посвящено базам данных, созданным с помощью технологий искусственного интеллекта² (далее – базы данных ИИ), которые могут использоваться на стадии получения содержимого баз данных, а также в процессе проверки и представления [содержимого базы данных]³. Главный исследовательский вопрос заключается в том, могут ли базы данных ИИ охраняться в рамках режимов авторского права и специального правового режима (*sui generis*), предусмотренных Директивой «О правовой охране баз данных» (далее – Директива 96/9/ЕС)⁴. Эта тема тесно связана с некоторыми из наиболее актуальных вопросов в области авторского права, а именно: с предполагаемой непригодностью права *sui generis* для защиты машинных данных и больших машинных данных⁵, оригинальностью произведений, созданных без участия человека⁶, исключениями для целей ин-

¹ Цит. по: Цицерон Марк Туллий. Философские трактаты / пер. с лат. М.И. Рижского. М.: Наука, 1985. С. 131.

² Понятие «искусственный интеллект», служащее для обозначения автономных и «интеллектуальных» технологий, будет проанализировано в следующем разделе.

³ Напротив, в этой статье будут оставлены без внимания те базы данных, изготовители которых используют ИИ в качестве вспомогательного средства, но при создании которых человеческий фактор остается доминирующим.

⁴ Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 96/9/ЕС от 11.03.1996 «О правовой охране баз данных».

⁵ JIP and Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Final report*, European Commission, Brussels, 2018.

⁶ См., например: Ihalainen, *Computer creativity: artificial intelligence and copyright*, in *JIPLP* 2018, IX, 724; Ramalho, *Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems* (13 June 2017) (URL: <https://ssrn.com/abstract=2987757> (дата обращения: 30.10.2018)); Bridy, *Coding Creativity: Copyright*

теллектуального анализа текстов и данных¹ в контексте предлагаемой реформы авторского права ЕС², а также права на данные (например, печально известное право производителя данных)³.

В 2018 г. Европейская комиссия оценила влияние Директивы 96/9/ЕС, уделив особое внимание праву *sui generis* и машинным данным⁴. Проект Директивы разрабатывался в эпоху компакт-дисков⁵, когда ныне забытая песня “*End of the Road*” лидировала в чартах *Billboard*. С тех пор технологии радикально изменились и ИИ стал предоставлять беспрецедентные инструменты для извлечения ценности из больших машинных данных⁶, а базы данных вернулись в моду благодаря блокчейну⁷ и другим технологиям распределенных реестров⁸. Был выдвиг-

and the Artificially Intelligent Author, in *Stan Tech L Rev* 2012, V, 1; Guadamuz, *Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works*, in *IPQ* 2017, II, 169.

¹ Здесь и далее «интеллектуальный анализ текстов и данных» будет называться просто «интеллектуальный анализ данных» для удобства чтения.

² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM/2016/0593 final) (Draft Copyright Directive in the Digital Single Market).

³ Commission Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy – accompanying the document Communication Building a European data economy, COM (2017) 9 final (10 January 2017).

⁴ Commission Staff Working Document. Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases {SWD (2018) 147 final}.

⁵ Тот факт, что проект Директивы 96/9/ЕС имел в качестве ориентира рынок компакт-дисков, подтверждается пояснительным меморандумом к Директиве. Об истории введения в действие Директивы 96/9/ЕС см.: Davison, *The legal protection of databases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 51 ff.

⁶ Под «большими машинными данными» мы подразумеваем большое количество данных, производимых машинами, в частности в контексте понятий интернета вещей, ИИ, межмашинной коммуникации (М2М), промышленности 4.0, облачных вычислений и робототехники.

⁷ Блокчейн – это технология, используемая в криптовалютах, таких как биткоин и эфир, но выходящая за рамки этого [использования], будучи «типом базы данных, который берет несколько записей и помещает их в блок... Каждый блок затем “приковывается” к следующему блоку, используя криптографическую подпись» (UK Government Chief Scientific Adviser, *Distributed Ledger Technology: Beyond block chain* 2016, Government Office for Science, London, 17). Его главными особенностями являются постоянно обновляемый и устойчивый к взлому учет соответствующих транзакций (например смарт-контрактов) и инфраструктура для аутентификации сторон в сделке. Bacon et al., *Blockchain Demystified*. Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper, No. 268/2017.

⁸ Распределенные реестры – это тип базы данных, которая распределена по множеству сайтов и в которой «записи хранятся одна за другой в непрерывном реестре,

нут аргумент о том, что режим защиты баз данных более не является адекватным, в том числе в свете важности экономики данных, общая стоимость которой достигла 300 млрд евро в 2016 г., а к 2020 г. она должна возрасти до 739 млрд евро с общим влиянием в 4% на ВВП ЕС¹. Напротив, рынок баз данных в ЕС находится в полном застое². Указанная неадекватность [правового режима] заставила Европейский парламент призвать Комиссию отменить право *sui generis*³, а Комиссию – принять решение о его сохранении⁴, предложив взамен ввести право производителя данных как новое имущественное право, которое сделало бы то, что не смогло сделать право *sui generis*, и, таким образом, создать стимулы для инвестиций в производство данных⁵.

В настоящей статье утверждается, что, вопреки распространенному мнению, право *sui generis* подходит для баз данных ИИ и что иное решение привело бы к чрезмерной защите указанного предмета с помощью договорных средств. Кроме того, если бы право *sui generis* было реанимировано, то появился бы веский аргумент в пользу отказа от любого предложения об имущественном праве на данные. Это утверждение имеет серьезные последствия, поскольку право *sui generis* может быть наилучшим, если не единственным, способом защиты произведений, «автором» которых выступает ИИ. Действительно, даже если в настоящее время произведения, созданные ИИ, не могут охраняться авторским правом в силу отсутствия оригинальности, они тем не менее могут охраняться, если являются частью базы данных. Таким образом, благодаря ИИ право *sui generis* может стать более важным, чем когда-либо.

Что касается методов, то в данной работе основное внимание уделяется законам и прецедентному праву в отношении баз данных с точки зрения права ЕС. Имплементация норм в национальное право будет рассматриваться лишь косвенно, а Великобритания будет главной от-

а не сортируются по блокам, и добавляются только тогда, когда участники достигают кворума» (UK Government Chief Scientific Adviser, *op. cit.*, 17–18).

¹ IDC and Open Evidence, *European data market. Final report*, European Commission, Brussels, 2017, 126.

² JHP and Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Annex 2: Economic analysis*, European Commission, Brussels, 2018.

³ European Parliament resolution of 19 January 2016 on Towards a Digital Single Market Act (2015/2147(INI)) (2018/C 011/06), para. 108.

⁴ Commission, Evaluation, *cit.*

⁵ Commission, Free flow of data, *cit.*

правной точкой по трем причинам¹. Во-первых, Великобритания стала первым государством — членом ЕС, которое регулирует произведения, созданные компьютером². Во-вторых, хотя в принципе произведения ИИ вряд ли могут считаться оригинальными (в соответствии со стандартом оригинальности ЕС — собственным интеллектуальным творением автора)³, они могут быть [признаны оригинальными] по британским стандартам, т.е. согласно критериям умения, труда или суждения (*skill, labour, or judgement*)⁴. В-третьих, Великобритания является самым продуктивным изготовителем баз данных в ЕС⁵.

В статье рассматривается правовое регулирование в его нынешнем виде и оцениваются возможности и способы его применения в выбранной технологической среде. Рассуждения *de lege ferenda* будут сведены к минимуму. Основное внимание в данной статье уделено ИИ, создающему базы данных, однако ИИ актуален для сферы регулирования баз данных также и потому, что соответствующие технологии могут быть

¹ Copyright and Rights in Databases Regulations 1997, S.I. 1997 n. 3032, amending the Copyright, Designs and Patents Act 1998 (Part II), and introducing the “database right” (Part III). Не все государства — члены имплементировали нормы Директивы своевременно. Примечательно, что первые решения Суда справедливости по Директиве 96/9/ЕС признали государства — члены ЕС ответственными за неисполнение обязанности по имплементации. См.: Court of Justice 13 April 2000, *Commission v. Luxemburg*, case C-348/99, in *ECR* 2000, I, 2917 and Court of Justice 11 January 2001, *Commission v. Ireland*, case C-370/99, *ivi*, 2001, I, 297.

² Copyright, Designs, and Patents Act 1988, Section 9 (3), 12 (7), 79 (2) (c), 81 (2), 178, 214, 263.

³ Court of Justice 16 July 2009, *Infopaq*, case C-5/08, in *ECR* 2009, I, 6569, para. 36. См.: Valenti’s comment in this Journal, 2009, 428 ff.; DERCLAYE, *Wonderful or Worrisome? The Impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK Copyright Law*, in *EIPR* 2010, V, 247 ff.; Trabuco, *Com onze palavrinhas apenas (...): a reprodução temporária de obras e a actividade de press clipping*, in *Cadernos de Direito Privado* 2009, 38 ff.

⁴ Теоретически после дела *Infopaq* Великобритания восприняла стандарт Европейского союза в отношении оригинальности произведения, хотя, как утверждается, это не имеет практических последствий. См.: *The Newspaper Licensing Agency and others v. Meltwater Holding BV and others* [2011] EWCA Civ 890. Тем не менее после выхода Великобритании из Европейского союза страна может вернуться к прежнему, по-видимому, более низкому и, конечно, более благоприятному для ИИ стандарту оригинальности.

⁵ JIP and Technopolis Group, *Final report*, cit., 6. Этот аргумент используется как доказательство маловероятности того, что после *Brexit*’а Великобритания отменит режим баз данных, устанавливаемый ЕС. На это, в частности, указывают Ramalho and Gomez Garcia, *Copyright after Brexit*, in *JIPLP* 2017, VIII, 669, 670, которые ссылаются на данные, представленные в рабочих документах Генерального директората Европейской комиссии по внутреннему рынку и услугам. См.: DG Internal Market and Services Working Paper, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, Brussels, 12 December 2005.

использованы для нарушения прав на базы данных, предотвращения их нарушения и обеспечения соблюдения исключительных прав (например, фильтры и автоматизированные процедуры удаления). Эти аспекты будут рассматриваться только в той мере, в какой они могут способствовать ответу на основной вопрос исследования.

Структура данной работы выглядит следующим образом. В первой части дается введение в технологии ИИ и их актуальность с точки зрения баз данных. Во второй части будет проведен более глубокий анализ авторско-правовой охраны баз данных для решения проблем, связанных с авторством произведений, созданных ИИ, оригинальностью таких произведений и правами на базы данных ИИ. В третьей части будет исследовано то, какие аспекты права *sui generis* являются более актуальными и проблематичными. В четвертой части будет проведен критический анализ нарушений и исключений с акцентом на законность интеллектуального анализа данных посредством ИИ. Наконец, будет представлен анализ способов защиты баз данных, выходящих за рамки Директивы 96/9/ЕС, с акцентом на технические средства защиты, договоры и недобросовестную конкуренцию.

2. Искусственный интеллект, машинное обучение, глубокое обучение: дефиниции и достижения

В ходе наблюдений за дебатами об ИИ было отмечено¹, что существует поляризация между «сингуляриатами»² и «АИтеистами»³. Первые уверены, что истинный суперинтеллект не за горами, и он разрушит все, что мы знаем, что приведет к апокалипсическому сценарию, при котором человеческий труд станет бесполезным, а люди станут рабами машин. Вторые, в свою очередь, утверждают, что нелепо даже воображать создание разумной машины и в любом случае никакого реального краха не произойдет, так как мы сможем держать машины под своим

¹ Floridi L., *Should we be afraid of AI?*, in *Aeon*, 9 May 2016 (URL: <https://aeon.co/essays/true-ai-is-both-logically-possible-and-utterly-improbable> (дата обращения: 30.10.2018)).

² Для тех, кто не знаком с такого рода литературой, см.: Kurzweil K., *The singularity is near: When Humans Transcend Biology*, N.Y., Viking, 2006. Выдающимся интеллектуалом, принадлежавшим к данному классу, являлся Стивен Хокинг, который утверждал, что «развитие полного искусственного интеллекта может означать конец человеческого рода». (Cellan-Jones R., *Stephen Hawking warns artificial intelligence could end mankind*, 2 December 2014 (URL: <http://www.bbc.co.uk/news/technology-30290540> (дата обращения: 30.10.2018)).

³ См., например: Searle J.R., *What your computer can't know*, The New York Review of Books, 2014.

контролем. Несмотря на отсутствие согласия по поводу временных рамок и степени, в которой ИИ изменит наш мир, можно согласиться с тем, что этот набор технологий уже оказывает ощутимое влияние на некоторые аспекты нашей жизни¹, что влечет за собой широко-масштабные последствия, включая необходимость переосмысления некоторых принципов и норм права интеллектуальной собственности².

Несмотря на то, что общепринятого определения ИИ не существует, полезно вкратце остановиться на наиболее распространенных вариантах с тем, чтобы лучше определить сферу исследования данной работы.

Ученый, придумавший словосочетание³ «искусственный интеллект»⁴, определял его как «науку и инженерное искусство создания ин-

¹ Appenzeller, *The AI revolution in science*, in *Science*, 7 August 2017, и Harari, *Reboot for the AI revolution*, in *Nature* 2017, VMMDCCLXXVI, 324.

² Среди некоторых релевантных источников следует отметить следующие: Lupu, *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, in *World Patent Information* 2018, LIII, A1; Dickenson, Morgan, and Clark, *Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications*, in *EIPR* 2017, VIII, 457; Ihalainen, op. cit., 724; Ramalho, *Will Robots Rule*, cit.; Schafer, *Editorial: The future of IP law in an age of artificial intelligence*, in *Scripted* 2016, III, 283; Bridy, op. cit., 1; Ginsburg, *People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention*, in *IIC* 2018, II, 131; Guadamuz, op. cit., 169; Karaganis and Urban, *The Rise of the Robo Notice*, in *Communications of the ACM* 2015, IX, 28; Levendowski, *How copyright law can fix artificial intelligence's implicit bias problem*, in *Washington Law Review* 2018, II, 579; Perel and Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, in *Stan. Tech. L. Rev.* 2016, 473; Perel and Elkin-Koren, *Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement*, in *Fla. L. Rev.* 2017, 181; Yanisky-Ravid and Moorhead, *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Accountability and Copyright – The Human-Like Workers Are Already Here – A New Model*, in *Michigan State Law Review (forthcoming)*, и Noto La Diega, *Machine Rules. Of Drones, Robots, and the Info-Capitalist Society*, in *Italian LJ.* 2016, II, 367 ff. Литература по искусственному интеллекту и интеллектуальной собственности восходит к 80-м гг. XX в., и некоторые из первых работ являются основополагающими. Butler, *Can a Computer Be an Author-Copyright Aspects Of Artificial Intelligence*, in *Comm/Ent LS.* 1981, IV, 707 ff., и Samuelson, *Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works*, in *University of Pittsburgh Law Review* 1985, 1185 ff.

³ В отличие от словосочетания «искусственный интеллект», концепция и соответствующие исследования восходят, по крайней мере, к ранним 40-м гг. XX в. и, в частности, к McCulloch and Pitts, *A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity*, in *Bulletin of Mathematical Biophysics* 1943, IV, 115, как отмечается, в частности, в книге Russell and Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3rd ed., Prentice Hall, Upper Saddle River, 2009, 16.

⁴ Джон Маккарти придумал этот термин в 1955 г., когда создал исследовательскую группу, а затем организовал Дартмутский летний исследовательский проект по искусственному интеллекту. См.: McCarthy, Minsky, Rochester, and Shannon, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 31 August 1955 (URL: <http://raysolomon-off.com/dartmouth/boxa/dart564props.pdf> (дата обращения: 30.10.2018)).

теллектуальных машин, в особенности интеллектуальных компьютерных программ»¹. Согласно другому часто цитируемому определению² ИИ — это «симуляция человеческого интеллекта в машине с тем, чтобы сделать машину способной эффективно идентифицировать и использовать нужную часть “знаний” на данном этапе решения проблемы»³. Оба определения смещают проблему в сторону более точного понимания того, что же такое представляет из себя «интеллект» — ту самую проблему, которая имеет одно из самых удачных, хотя и открытых для критики⁴ решений в тесте Тьюринга, согласно которому машина является умной, если, играя в «имитационную игру», человек не может отличить ответы машины от человеческих⁵.

Одно из главных разграничений в данной области проводится между искусственным интеллектом общего назначения, именуемым также сильным или полным ИИ, с одной стороны, и прикладным, узким или слабым искусственным интеллектом, с другой стороны. В то время как ИИ общего назначения может в конечном счете заменить человека, поскольку он стремится «создать основанные на интеллекте общие теоретические модели на уровне человека»⁶, узкий ИИ «разрабатывает программное обеспечение для решения ограниченных практических задач»⁷, и, следовательно, по своей сути он направлен не на замену человека, а на улучшение его жизни, например в области предсказательной аналитики, автономных автомобилей, ухаживающих роботов, распознавания речи и интеллектуального анализа данных.

Роль Маккарти и конференции общепризнана, но см. критические замечания Kline, *Cybernetics, Automata Studies, and the Dartmouth Conference on Artificial Intelligence*, in *IEEE Annals of the History of Computing* 2010, IV, 5 ff.

¹ Mccarthy, *What is artificial intelligence?* 12 November 2007 (URL: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai> (дата обращения: 30.10.2018)).

² См., например: Shukla, Tiwari, and Kala, *Real Life Applications of Soft Computing*, CRC, Boca Raton, 2010, 9.

³ Konar, *Artificial Intelligence and Soft Computing. Behavioral and Cognitive Modeling of the Human Brain*, CRC, Boca Raton, 1999, 1.2.

⁴ Однако, похоже, что тест Тьюринга все еще является основным тестом для оценки работы машины. См.: Lacurts, *Criticisms of the Turing Test and why you should ignore (most of) them*, in *Official Blog of MIT's Course: Philosophy and Theoretical Computer Science* 2011.

⁵ Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind* 1950, CCXXXVI, 433, 441.

⁶ Goertzel, *The path to more general artificial intelligence*, in *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence* 2014, III, 343 ff.

⁷ Ibid.

В то время как для некоторых ИИ общего назначения «начинает выглядеть как достижимая цель»¹, настоящая статья будет рассматривать в основном узкий ИИ по двум причинам. Во-первых, из-за методологической установки на текущие сценарии, а не на будущие. Во-вторых, из-за важности интеллектуального анализа данных – типичного примера применения узкого ИИ², в контексте создания баз данных и нарушения соответствующих прав, как будет пояснено ниже.

Для целей настоящей статьи «искусственный интеллект» является обобщающим понятием, охватывающим ряд технологий, которые делают машины (аппаратное и программное обеспечение) все более автономными³ от людей (разработчиков и пользователей), главными из которых являются машинное обучение и глубокое изучение. Целесообразно вкратце рассмотреть упомянутые технологии.

Машинное обучение является составной частью ИИ, которая существует на стыке статистики, ИИ и информатики и направлена на извлечение знаний из наборов данных⁴. Оно обеспечивает возможность автоматизированного обучения за счет использования компьютеров, обучающихся на основе вводимых данных, т.е. преобразующих опыт в экспертизу или знания⁵. Ключевым элементом машинного обучения является ожидание того, что «точность компьютерного алгоритма со временем повысится... в результате обратной связи относительно предыдущей точности»⁶. Например, *Facebook* использует алгоритмы машинного обучения, в частности, для ранжирования новостных лент, рекламы и результатов поиска⁷.

¹ Baroni et al., *CommAI: Evaluating the first steps towards a useful general AI*, in *ICLR 2017: 5th International Conference on Learning Representations – Workshop Track*, Toulon, 24–26 April 2017.

² Ibid.

³ О связи между ИИ и автономностью см.: Morris, Schlenoff, and Srinivasan, *A Remarkable Resurgence of Artificial Intelligence and Its Impact on Automation and Autonomy*, in *IEEE Transactions on Automation Science and Engineering* 2017, II, 407 ff. Авторы подчеркивают, что «переход от автоматизации к автономии является одной из поразительных особенностей развития ИИ и [машинного обучения]».

⁴ Davis, Hoffert, and Vanlandingham, *A taxonomy of artificial intelligence approaches for adaptive distributed real-time embedded systems*, in *2016 IEEE International Conference on Electro Information Technology* 2016, 233.

⁵ Shalev-Shwartz and Ben-David, *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 1.

⁶ Machine learning, in UPTON and COOK (eds), *A Dictionary of Statistics*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, ad vocem.

⁷ Об аппаратной и программной инфраструктурах, поддерживающих алгоритмы машинного обучения Facebook, см.: Hazelwood et al., *Applied Machine Learning at Facebook*:

Алгоритмы глубокого обучения, в свою очередь, «вдохновляются структурой и функциями мозга, называемыми искусственными нейронными сетями»¹. Компьютер, использующий глубокое обучение, разрабатывает «сложные понятия, выстраивая их из более простых»². Диаграмма, изображающая то, как строятся концепции, является «глубокой», «со множеством слоев»³.

Машинное обучение, независимо от того, глубокое оно или нет, обычно происходит под «контролем», когда обучение происходит в результате обучения алгоритма с маркированными наборами данных⁴. Например, распознавание изображений в *Facebook*⁵ контролируется⁶, что означает, что существует человеческий оператор, обозначающий картинку, скажем, кошки как «кошку». Важность участия человека в этом типе машинного обучения заставила некоторых исследователей категорично, хотя и небезосновательно, утверждать, что машинное обучение – это миф⁷. На противоположном конце спектра существует неконтролируемое обучение, где алгоритм обучается на основе немаркированных данных, поэтому такое обучение подобно человеческому, т.е. путем переживания мира, а не путем называния каждого предмета⁸. В последние годы, наконец, появилось и приобрело попу-

A Datacenter Infrastructure Perspective, 2017 (URL: <https://research.fb.com/wp-content/uploads/2017/12/hpca-2018-facebook.pdf> (дата обращения: 29.08.2018)).

¹ Davis, Hoffert, and Vanlandingham, op. cit., 233. Однако, как отмечается в работе Mueller, Reinhardt, and Strickland, *Neural Networks; An Introduction*, Springer Science & Business Media, Berlin-Heidelberg, 1995, 13, «...модели нейронных сетей можно считать производными от исследования природы мозга только в “свободном смысле”». Указывается, что нейронные сети, «...хотя они действительно имеют какое-то отношение к мозгу, их изучение также находится в контакте с другими отраслями науки, инженерии и математики» (Gurney, *An Introduction to Neural Networks*, CRC Press, Boca Raton, 2014, 1).

² Goodfellow, Bengio, and Courville, *Deep learning*, MIT Press, Cambridge (Ma), 2016, 2.

³ Ibid.

⁴ Lecun, Bengio, Hinton, *Deep learning*, in *Nature* 2015, VMMDLIII, 436 ff.

⁵ Возможно, будет полезно иметь в виду, что истинная задача ИИ заключается в «решении задач, которые людям легко выполнить, но трудно описать формально – задач, которые мы решаем интуитивно, которые кажутся автоматическими, как распознавание произнесенных слов или лиц в образах» (Goodfellow, Bengio, and Courville, op. cit., 1).

⁶ Mahajan et al., *Exploring the Limits of Weakly Supervised Pretraining*, in *ArXiv* 2018 (URL: https://research.fb.com/wp-content/uploads/2018/05/exploring_the_limits_of_weakly_supervised_pretraining.pdf (дата обращения: 30.10.2018)).

⁷ Bradshaw, *Self-driving cars prove to be labour-intensive for humans*, in *Financial Times*, 9 July 2017. Здесь осуждаются неудовлетворительные условия труда соответствующих работников.

⁸ Lecun, Bengio, Hinton, op. loc. ult. cit.

лярность полуконтролируемое обучение¹. Примером решения менее трудозатратного, чем контролируемое обучение, и более точного², чем неконтролируемое обучение, является *Alexa* – виртуальный ассистент *Amazon* на основе ИИ, который учится расшифровывать голос своих пользователей как с помощью операторов, прослушивающих и маркирующих [записи], так и с помощью автономной интерпретации немаркированных данных³.

С нашей точки зрения, отличия между различными формами обучения достаточно актуальны, поскольку в большинстве сценариев легче оценить, есть ли нарушения исключительных прав на базу данных, если данные извлекаются или иным образом используются с помощью модели контролируемого обучения. В самом деле, это потребует участия человеческих операторов для маркировки данных. И наоборот, может оказаться сложнее оценить, имело ли место нарушение, в тех случаях, когда в этом не принимали участия люди. Подробнее об этом – чуть позже.

В 80-е гг. XX в.⁴ было предсказано, что интеграция ИИ и баз данных станет критической «для следующего поколения вычислений»⁵.

¹ См., например: Rodriguez, *Google Expander and the Emergence of Semi-Supervised Learning*, in *Medium*, 20 November 2016 (URL: <https://medium.com/@jrodthoughts/google-expander-and-the-emergence-of-semi-supervised-learning-1919592bfc49> (дата обращения: 29.08.2018)).

² Liang and Klein, *Analyzing the Errors of Unsupervised Learning*, in *Proceedings of ACL-08*, Columbus, Cwmbbran, 2008, 879.

³ Anders, *Alexa, Understand Me*, in *MIT Technology Review*, 9 August 2017 (URL: <https://www.technologyreview.com/s/608571/alex-a-understand-me/> (дата обращения: 29.08.2018)).

⁴ В 80-е гг. XX в. исследователи в области искусственного интеллекта начали изучать взаимосвязь между искусственным интеллектом и базами данных. См., например: Schoen, Smith, and Buchanan, *Design of knowledge-based systems with a knowledge-based assistant*, in *IEEE Transactions on Software Engineering* 1988, XII, 1771; Mylopoulos and Brodie (eds), *Readings in Artificial Intelligence and Databases*, Kaufmann, San Mateo, 1989; the Working Conference on the Role of Artificial Intelligence in Databases and Information Systems, Guangzhou, PR China, 4–8 July 1988 (proceedings published as Meersman (ed), *Artificial Intelligence in Databases and Information Systems (DS-3)*, Elsevier Science, N.Y., 1990). С тех пор интерес к этой теме постоянно рос, как видно на примерах работ 90-х гг. XX в.: Parsaye and Chignell, *Intelligent database tools & applications*, Wiley, 1993; Beynon-Davies, *Expert Database Systems: A Gentle Introduction*, McGraw-hill, 1991, и Marik and Lazansky, *Database and Expert Systems Applications*, Springer, 1993; на примерах работ 2000-х гг.: Last, Kandel, and Horst, *Data Mining In Time Series Databases*, *World Scientific*, 2004; Bertino, Catania, and Zarri, *Intelligent Database Systems*, Addison-Wesley, 2001, и MA, *Intelligent Databases*, Idea Group, 2007; и, наконец, в последнее десятилетие: LI, *Intelligent Multimedia Databases and Information Retrieval*, IGI Global, 2011; Brodie, Mylopoulos, and Schmidt, *On Conceptual Modelling*, Springer Science, Boca Raton, 2012, и Barbucha, Nguyen, and Batubara (eds), *New Trends in Intelligent Information and Database Systems*, Springer, Cham-Heidelberg-N.Y.-Dordrecht-London, 2015.

⁵ Brodie, *Future Intelligent Information Systems: AI and Database Technologies Working Together*, in Mylopoulos and Brodie (eds), op. cit., 623.

Однако только в последнее время¹ базы данных ИИ становятся популярными благодаря тому, что ИИ обещает «одновременно поглощать, исследовать, анализировать и визуализировать быстро изменяющиеся, сложные данные в течение миллисекунд»². Сохраняющаяся актуальность академических дебатов подтверждается ежегодной международной конференцией по ИИ и базам данных³, а также Международным журналом интеллектуальных информационных систем и систем баз данных (*International Journal of Intelligent Information and Database Systems*).

Четыре сценария могут проиллюстрировать, как с точки зрения юриста взаимосвязаны ИИ и базы данных. В первых двух случаях речь идет о базах данных, созданных людьми, использующих данные, порождаемые ИИ, либо путем творческого отбора и упорядочения данных, либо путем вложения значительных средств в их получение, проверку или представление. В центре третьего сценария находится ИИ, который отбирает или упорядочивает данные из различных источников, в то время как последний сценарий рассматривает ИИ, который получает, проверяет или представляет упомянутые данные.

ИИ актуален с точки зрения правовой охраны баз данных по ряду причин, но главным образом потому, что, с одной стороны, лежащие в его основе технологии требуют использования больших наборов данных для обучения алгоритмов⁴, в связи с чем возникает вопрос о том, является ли законным использование ИИ для интеллектуального анализа данных, скрейпинга и краулинга и могут ли охраняться ре-

¹ Интеграция ИИ и баз данных в последнее время приобретает коммерческий успех, однако это не новое явление. См., например: Schoen, Smith, and Buchanan, op. cit., 1771; Singh and Hihns, *Automating workflows for service order processing: integrating AI and database technologies*, in *IEEE Expert* 1994, V, 19 ff.

² На это указал пресс-секретарь компании по управлению данными *Kinetica* в интервью для журнала PC Magazine. См.: Marvin, *AI Databases: What they are and why your business should care*, in *PCMag UK*, 26 October 2017.

³ 11-я сессия Азиатской конференции по интеллектуальным информационным системам и системам баз данных прошла в Индонезии с 8 по 11 апреля 2019 г.

⁴ Вместе с тем существует ряд трудностей, связанных с использованием больших наборов данных. Было разработано несколько методик. См., например: Belabbas and Wolfe, *Spectral methods in machine learning and new strategies for very large datasets*, in *PNAS* 2009, II, 369 ff.; Xing et al., *Petuum: A New Platform for Distributed Machine Learning on Big Data*, in *IEEE Transactions on Big Data* 2015, II, 49 ff.; Ye et al., *Building feed-forward neural networks with random weights for large scale datasets*, in *Expert Systems With Applications* 2018, 233 ff.

зультаты этих процессов, а с другой стороны, ИИ производит большие машинные данные и может создавать базы данных с информацией, полученной на их основе. ИИ нуждается в больших данных¹, производит их с помощью интеллектуального анализа данных и других методов², имеет возможность создавать собственные базы данных и управлять ими³. При этом правовой режим баз данных ИИ представляется не вполне ясным⁴.

В конечном счете с юридической точки зрения не имеет значения, может ли быть достигнут консенсус в отношении того, как определить ИИ и связанные с ним технологии. И наоборот, крайне важно помнить о двух обстоятельствах. Во-первых, большинство современных прикладных программ в области ИИ требуют участия человека, например, в виде маркировки данных в процессе контролируемого обучения и полуконтролируемого обучения. Во-вторых, интеллект и автономия ИИ все еще слабые. В то время как прикладной ИИ действительно становится повсеместно распространенным, сильного ИИ пока еще нет, хотя он и может быть уже не за горами. В то время как мы плывем по направлению к нему, подгоняемые сильным ветром, нам лучше сосредоточиться на правовых вопросах существующих технологий, представляющих для юристов и законодателей вызов, который невозможно игнорировать. Технологическая путаница между такими абстрактными понятиями, как «ИИ», «большие данные» и «интернет вещей», характеризует оценку Директивы 96/9/ЕС, произведенную Европейской комиссией в 2018 г., и может способствовать пониманию того, почему Комиссия, похоже, склонна считать, что право *sui generis* не подходит для машинных данных.

¹ См., например: Assefi Et Al., *Big data machine learning using apache spark MLlib*, in 2017 *IEEE International Conference on Big Data*, Boston, 11–14 December 2017; Huang and Liu, *Big data machine learning and graph analytics: Current state and future challenges*, in 2014 *IEEE International Conference on Big Data*, Washington DC, 27–30 October 2014.

² См. далее: Xue and Zhang, *Evolutionary feature manipulation in data mining/big data*, in *ACM SIGEVOlution* 2017, I, 4 ff.

³ См., например: Varde, Maniruzzaman, and Sisson, *Quenchml: A semantics-preserving markup language for knowledge representation in quenching*, in *Artificial Intelligence for Engineering Design, Analysis and Manufacturing* 2013, I, 65; Rheinecker, *DB Networks Debuts AI-Based Agentless Data-base Activity Monitoring*, in *Wireless News*, 16 December 2016; Marvin, op. loc. ult. cit.; Schoen, Smith, and Buchanan, op. loc. ult. cit., и Singh and Hihns, op. loc. ult. cit.

⁴ Commission, Evaluation, cit.

3. Контекст и определения Директивы «О правовой охране баз данных»

В начале 90-х гг. XX в. при поддержке ТРИПС¹ на уровне ЕС (тогдашнего Европейского сообщества) было решено, что необходимо что-то сделать для преодоления разрыва между процветающей американской индустрией баз данных и стагнирующей европейской². Это было основным экономическим обоснованием создания столь спорного³ права *sui generis*, защищающего инвестиции изготовителей баз данных безотносительно от их оригинальности. Наряду с этим считалось, что различные национальные законы о базах данных могут стать фактором фрагментации единого рынка, и поэтому Директива 96/9/ЕС гармонизировала (хотя и лишь частично) законы об авторском праве, применимые к оригинальным базам данных⁴. Третья цель заключалась в обеспечении «баланса интересов между пользователями баз данных и изготовителями баз данных»⁵. Оценки, произведенные Европейской комиссией в 2005⁶ и 2018⁷ гг., а также обзор соответствующего прецедентного права ЕС⁸ подтверждают, что принятие и имплементация в национальное законодательство упомянутого акта не способствовали достижению ни одной из вышеперечисленных целей.

¹ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), ст. 10 (2). Как указывает Гидини, несмотря на то, что ТРИПС дает обоснование авторского права на базы данных, международного основания для права *sui generis* не существует. Ghidini, *Re-thinking Intellectual Property. Balancing Conflicts of Interest in the Constitutional Paradigm*, Edward Elgar, 2018, 241–242.

² Директива 96/9/ЕС, п. 10 и 11 Преамбулы; Commission, Evaluation, cit., 18.

³ Наиболее значимым делом в этом отношении является решение Суда справедливости от 15.01.2015 *Ryanair*, case C-30/14. См.: комментарий ELTESTE, *EU: Contractual Limitations for Database Use – Screen Scraping*, in *Computer Law Review International* 2015, 83. См. также: Vousden, *Autonomy, comparison websites, and Ryanair*, in *IPQ* 2015, 386; Castets-Renard, *La liberté contractuelle et la réservation de l'information des bases de données non protégées devant la CJUE*, in *Droit de l'immatériel* 2015, 8; Gupta and Devaiah, *Databases: The Database Directive “contracting out” bar: does it apply to unprotected databases?*, in *JIPLP* 2015, 669; ROSS, “Not Getting into a Scrape”: *Dispute over “Screen Scrape” Data*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2015, 103; Synodinou, *Databases and screen scraping: lawful user's rights and contractual restrictions do not fly together*, in *EIPR* 2016, V, 312.

⁴ Директива 96/9/Е, п. 2, 3 и 4 Преамбулы.

⁵ JIP and Technopolis Group, *Final report*, cit., ii.

⁶ DG Internal Market and Services, cit., 24.

⁷ Commission, Evaluation, cit., passim.

⁸ *Ryanair*, cit., 312.

С точки зрения объема правовой охраны Директива № 96/9/ЕС дает широкое определение базе данных, устанавливая три требования¹:

1) это совокупность независимых произведений, данных или иных материалов;

2) систематическая или методическая организация;

3) индивидуальная доступность элементов базы данных.

Прежде всего материалы должны быть отдельными и не должны взаимодействовать друг с другом². Материалы должны быть отделимы друг от друга без ущерба информационной, литературной, художественной, музыкальной или иной ценности их содержания³. Понятие независимости было широко интерпретировано в деле *Verlag Esterbauer*⁴, где Суд справедливости ЕС (далее – Суд ЕС) счел несущественным уменьшение автономной ценности после извлечения и указал, что «автономная информационная ценность материала, который был извлечен из коллекции, должна оцениваться в свете ценности информации не для типичного пользователя соответствующей коллекции, а для любой третьей стороны, заинтересованной в извлеченном материале»⁵. Понятие «материалы» охватывает как охраняемые, так

¹ Директива, ст. 1(1).

² Pila and Torremans, *European Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 510.

³ См.: Court of Justice 9 November 2004, *Fixtures Marketing v. OPAP*, case C-444/02, paras. 29 and 33, in this *Journal* 2005, 407 ff. with a comment by COGO. См. также: Aplin, *The ECJ elucidates the Database Right*, in *IPQ* 2005, 204. По этой причине фонограмма, аудиовизуальное, кинематографическое, литературное или музыкальное произведение как таковые не подпадают под действие Директивы 96/9/ЕС (п. 17 Преамбулы). Это связано с «семантической непрерывностью» таких произведений, как отмечено Ottolia, *Big data e innovazione computazionale*, in *I quaderni di AIDA*, n. 28, Giappichelli, Torino, 73. См. также: Court of Justice 26 October 2011, *Dufour*, case T-436/09, in *ECR* 2011, II, 7727, paras. 87, 102. Об этом деле см.: Larché, *Accès aux documents*, in *Europe* 2011, XII, 14 ff. В последнем деле Суда ЕС, связанном с базами данных, Суд указал, что «географическая информация, извлеченная из топографической карты третьей стороной с тем, чтобы эта информация могла быть использована для производства и продвижения на рынок другой карты, сохраняет после ее извлечения достаточную информативную ценность, чтобы быть классифицированной как “независимые материалы”, “базы данных” по смыслу указанного положения» (Court of Justice 29 October 2015, *Verlag Esterbauer*, case C-490/14, in *Dir. inf.* 2016, 191, para. 30, см.: комментарий Resta, *Sulla tutelabilità delle carte geografiche ai sensi della direttiva sulle banche di dati*). См. также: Wiebe, *Landkarten als Datenbanken: Der Informationswert von daten*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht PRAX* 2016, III, 49 ff.

⁴ *Verlag Esterbauer*, cit.

⁵ Там же, § 27.

и неохраняемые авторским правом произведения¹. Это имеет двоякое последствие.

Во-первых, право *sui generis* можно было бы использовать для охраны произведений, созданных ИИ (например, песни, написанной ИИ), даже если сами по себе они не охраняются авторским правом, например, в силу нерешенности проблемы оригинальности. Таким образом, право *sui generis* может иметь беспрецедентное значение для предоставления некоторой косвенной защиты произведениям, созданным ИИ, в качестве крайней меры. Во-вторых, учитывая, что базы данных могут включать также произведения, охраняемые авторским правом, ИИ или его владельцы должны будут запросить разрешение у автора произведения, к которому они хотят получить доступ, или полагаться на какое-либо иное законное основание (например, исключение из авторского права для целей научного исследования)². В свою очередь, «данные» подразумевают, что база данных может включать также персональные данные, при условии соблюдения соответствующих требований по защите данных.

Следует иметь в виду, что право доступа, признаваемое *GDPR*, не должно негативно влиять на интеллектуальную собственность других лиц, которая, в свою очередь, не может быть использована для отказа в предоставлении всей информации субъекту персональных данных³. Если ИИ включает персональные данные в базу данных, это имеет три последствия:

а) субъекты персональных данных могут получать доступ к своим данным до тех пор, пока это не повлияет неблагоприятным образом на права на базу данных;

б) даже если доступ неблагоприятно влияет на права на базу данных, созданную ИИ, это не является веским основанием для отказа в предоставлении всей информации;

¹ Директива 96/9/ЕС «не ущемляет свободу авторов решать, как и каким образом они разрешают включать свои произведения в базу данных» (п. 18 Преамбулы).

² Как указано в решении по делу *Apis-Hristovich EOOD v. Lakorda AD* от 05.03.2009, case C-545/07, in *ECR* 2009, I, 1627, para. 71, тот факт, что «материалы, содержащиеся в правовой информационной системе, в силу своего официального характера не охраняются авторским правом, сам по себе не является основанием для отказа в квалификации в качестве «базы данных» совокупности таких материалов». Об этом решении см.: Cogo, in this *Journal* 2009, 405 ff.; Eickemeier, *Relevanter Zeitpunkt und Umfang einer Datenentnahme*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2009, 578 и Rambaud, *Droit sui generis des bases de données: vers un équilibre?*, in *Droit de l'immatériel* 2009, 6.

³ *GDPR*, п. 63 Преамбулы.

в) права другого субъекта данных не обусловлены ненарушением права интеллектуальной собственности, поэтому, например, запросы о переносе данных не могут быть отклонены.

Второе условие для классификации в качестве базы данных заключается в том, что внутренний элемент базы данных должен организовывать информацию в соответствии с методическими критериями, например хронологическим порядком¹. Напротив, нет необходимости, чтобы эти материалы «физически хранились организованно»². В принципе, элементы базы данных не представлены «в некоем установленном, неизменном порядке, но могут быть представлены во множестве различных комбинаций, с использованием имеющихся технических и других средств»³.

В-третьих, база данных должна иметь систему поиска каждого из составляющих ее материалов⁴. Это, однако, не означает, что правообладатель не может ограничивать доступ только к части базы данных⁵. Поэтому, например, коллекция *Alexa* компании *Amazon*, содержащая независимые данные, в том числе голос конечного пользователя, организованная в хронологическом порядке и доступная для извлечения по отдельности, может быть квалифицирована как база данных, даже если пользователь может получить доступ только к своим данным, а не ко всей коллекции в целом. Другие пользователи, например операторы, которые обучают алгоритм и маркируют данные, могут получить доступ ко всей базе данных⁶. Компьютерные программы, используемые при создании или работе с базами данных, выходят за рамки регулирования Директивы 96/9/ЕС⁷. Следовательно, программное обеспечение на основе ИИ, например *Alexa*, может охраняться в соот-

¹ Способ, которым достигается организация, несущественен, если только организация не обеспечивается элементом, внешним по отношению к базе данных. См.: Court of Justice 19 December 2013, *Innoweb*, case C-202/12, in *JIPPL* 2014, 458, с комментариями Bonadio and Rovati, *Use of dedicated meta-search engine infringes database right: the CJEU's stance in Innoweb v. Wegener*. Например, поисковые системы не создают базу данных интернета, потому что они являются внешними по отношению к самой коллекции.

² Директива 96/9/ЕС, п. 21 Преамбулы.

³ *Dufour*, cit., para. 107.

⁴ *Fixtures Marketing v. OPAP*, cit., paras. 31–32.

⁵ Статья 6 (1) Директивы 96/9/ЕС позволяет сделать такой вывод.

⁶ Тем не менее эта база данных может выйти за рамки права *sui generis*, поскольку ее можно рассматривать как «побочный продукт» (*spin-off*). Этот вопрос будет рассмотрен далее.

⁷ Директива 96/9/ЕС, ст. 1 (2).

ветствии с Директивой «О правовой охране компьютерных программ»¹ или в качестве изобретения, реализованного с помощью компьютера, если соблюдены соответствующие требования патентоспособности², в то время как в отношении соответствующего алгоритма с большей долей вероятности будет установлен режим коммерческой тайны³.

Представляется, что определение базы данных достаточно широко, чтобы быть применимым в контексте ИИ и связанных с ним явлений, поэтому автор настоящей статьи не разделяет точку зрения тех исследователей, которые считают «необходимым прояснить и решить проблему больших данных, интернета вещей, генерируемых датчиками данных как части определения»⁴.

4. Авторское право на базу данных: в поисках автора

Независимо от права *sui generis*⁵, защита авторских прав распространяется только на оригинальные базы данных, определяемые как «базы данных, которые в силу подбора или организации их содержания являются собственным интеллектуальным творением автора и охраняются как таковые авторским правом»⁶. Охрана распространяется на структуру материалов, и, соответственно, творческие усилия имеют значение только в том случае, если речь идет о подборе и организации материалов, а не об их создании, как указано в деле *Football Dataco v. Yahoo*⁷. Охрана относится только к самой базе данных, а не ее содер-

¹ Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2009/24/ЕС от 23.04.2009 «О правовой охране компьютерных программ» [2009] OJ L 111/16.

² О правовой охране программного обеспечения см.: Noto La Diega, *Software patents and the Internet of Things in Europe, the United States, and India*, in *EIPR* 2017, III, 173 ff.

³ Noto La Diega, *Against the dehumanisation of decision-making. Algorithmic decisions at the crossroads of intellectual property, data protection, and freedom of information*, in *JIPITEC* 2018, I, 3, 12 and passim.

⁴ Допуская в интересах научной дискуссии аргумент, что в будущем определение базы данных потребует пересмотра, крайне важно, чтобы это происходило в соответствии с принципом технологической нейтральности. См., среди прочего: Craig, *Technological neutrality: Recalibrating copyright in the information age*, in *Theoretical Inquiries in Law* 2016, II, 60 ff.

⁵ Может существовать двойная защита (авторское право и *sui generis*) в отношении одного и того же права, а также только авторское право или только право *sui generis*. См.: Директива 96/9/ЕС, ст. 7 (4).

⁶ Директива 96/9/ЕС, ст. 3 (1).

⁷ Court of Justice 1 March 2012, *Football Dataco v. Yahoo! UK*, case C-604/10, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 2012, 269, см.: комментарий Adobati, *La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 96/9/CE sulla tutela giuridica delle banche dati*.

жанию, на которое могут распространяться или не распространяться иные права интеллектуальной собственности¹.

Оригинальность играет ключевую роль, когда речь идет о базах данных, созданных ИИ, по сравнению с иными охраняемыми авторским правом произведениями, поскольку это единственный критерий защиты авторского права на базу данных² и потому что оригинальность или ее отсутствие, вероятно, является основным аргументом в пользу непригодности авторского права для защиты произведений, созданных ИИ. Понимание оригинальности баз данных, созданных ИИ, требует предварительного понимания оригинальности произведений, созданных ИИ.

ИИ все чаще создает произведения, которые, если бы они были созданы людьми, вероятно, отвечали бы требованиям авторского права. Достаточно только подумать, что в августе 2018 г. аукционный дом *Christie's* выставил на продажу произведение, созданное ИИ³, тем самым дав понять, что покупатели могут рассматривать такие произведения как искусство⁴. Другим примером изменения представлений о творчестве является тот факт, что алгоритм генерации изображений искусственным интеллектом был признан «самым большим достижением года»⁵. Многие правовые системы признают, что охраняемые авторским правом произведения могут создаваться с помощью программных и аппаратных технологий. Известным примером является британский режим охраны произведений, созданных компьютером⁶,

¹ Директива 96/9/ЕС, ст. 3 (1).

² Директива 96/9/ЕС, ст. 3 (1) и п. 15 Преамбулы.

³ *Is artificial intelligence set to become art's next medium?*, in *Christie's*, 20 August 2018 (URL: <https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx> (дата обращения: 30.10.2018)).

⁴ Nugent, *The Painter Behind These Artworks Is an AI Program. Do They Still Count as Art?*, in *Time*, 20 August 2018.

⁵ Chun, *It's getting hard to tell if a painting was made by a computer or a human*, in *Artsy*, 21 September 2017. Исследования Лаборатории искусств и искусственного интеллекта (Рутгерский университет) направлены на использование искусственного интеллекта для создания собственного искусства. Их публикации доступны по ссылке: <https://sites.google.com/site/digihumanlab/publications> (дата обращения: 30.10.2018).

⁶ Copyright, Designs, and Patents Act 1988, Section 9 (3), 12 (7), 79 (2) (c), 81 (2), 178, 214, 263. В Италии считается, что произведения, созданные машинами, охраняются при условии, что они отличаются от компьютерной программы, которая их создала, и являются оригинальными, однако законодатель не занял никакой позиции в отношении их авторства. См., например: Gutierrez, *La tutela del diritto di autore*, Milano, Giuffrè, 2008, 43 и Ercolani, *Computer-generated works*, in *Dir. aut.* 1998, 604.

которые «создаются в обстоятельствах, когда нет человека — автора произведения»¹ и автором которых является лицо, осуществившее необходимые приготовления для создания произведения². Несмотря на довольно продвинутый режим, положения о произведениях, созданных компьютером, не подходят для сильного ИИ и неконтролируемого машинного обучения, поскольку они постулируют присутствие лица, которое должно осуществить необходимые приготовления для создания произведения и которое будет его автором³. Напротив, режим охраны произведений, созданных компьютером, может подходить для некоторых узких применений ИИ и контролируемого машинного обучения (в случае решения проблемы оригинальности). Учитывая, что в Италии не существует специальных положений о произведениях, созданных компьютером, и что итальянский закон об авторском праве не ограничивает понятие автора людьми⁴, можно утверждать, что итальянский режим больше подходит для сценария ИИ, чем британский⁵,

¹ Copyright, Designs, and Patents Act 1988, Section 178.

² Ibid., Section 9 (3).

³ Copyright, Designs, and Patents Act 1988, Section 9 (3). Этот раздел должен трактоваться в связи с положением, определяющим произведения, созданные компьютером, как произведения, созданные «в таких обстоятельствах, когда *нет человека — автора произведения*» (раздел 178, курсив автора). Можно сделать вывод, что этот режим применяется только к произведениям, где люди осуществили необходимые приготовления для создания произведения. Однако он неприменим к крайностям спектра — произведениям, в которых человек-автор создает произведение с помощью машины (например, автор данной статьи использует текстовый редактор Microsoft Word), и произведениям, созданным ИИ без участия человека.

⁴ Согласно ст. 8 (1) Закона от 22.04.1941 № 633 «Об охране авторского права и иных прав, связанных с его осуществлением» (Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (aggiornata con le modifiche introdotte dal decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64)) автором является лицо (необязательно человек), указанное в качестве автора в соответствии с обычаями или указанное в качестве автора в выступлении, исполнении, представлении или при передаче произведения в эфир. Таким образом, для понимания того, кто является автором, важно прочитать договоры или условия предоставления услуг.

⁵ Потребуется *ad hoc* режим или пересмотр действующего общего режима, чтобы учесть специфические характеристики произведений, созданных машинами. Например, машины не умирают, поэтому обычные сроки правовой охраны (семьдесят лет после смерти автора) были бы непригодны. Можно было бы либо предусмотреть механизмы *ad hoc* (например, британскую систему, при которой произведения, созданные машинами, переходят в общественное достояние по истечении пятидесяти лет с момента их создания), либо рост числа машин предоставил бы хорошую возможность для пересмотра существующей системы, например ограничив срок действия авторского права жизнью автора.

поскольку он позволяет машинам быть авторами и, следовательно, владельцами произведений, которые они создают¹. Нет нужды говорить о том, что этот режим будет применяться только в том случае, если будет решена проблема оригинальности.

Создание авторских и предпринимательских произведений полностью без участия человека требует либо широкой интерпретации, либо, что лучше, законодательной реформы, проясняющей важнейшие моменты авторства и прав на произведения, созданные ИИ. В этой области рассуждение об авторстве и правах на произведения должно вестись в обратном порядке. Если обычно принято начинать с авторства, потому что право на произведение следует за правом авторства², то в отношении произведений, созданных ИИ, необходимо сначала решить, признаются или нет вообще права на такие произведения — и если да, то как они распределяются. Вопрос о том, следует ли охранять произведения, созданные ИИ, носит политико-правовой характер, поскольку решение, объявляющее такие произведения общественным достоянием, может быть сочтено неуместным некоторыми обладателями прав ИС, в то время как разрешение на повсеместную практику присвоения прав на произведения, созданные ИИ, скорее всего, ограничит доступ к знаниям и затруднит творческую деятельность.

Можно привести как минимум пять аргументов в пользу слабой или вообще отсутствующей защиты авторских прав на произведения, созданные ИИ. Во-первых, решающее значение имеет предотвращение монополизации культуры. Достаточно вспомнить знаменитую метафору про обезьян, которые, ударяя случайным образом по клавиатуре печатной машинки в течение бесконечного времени, могли бы написать полные произведения Шекспира³. Действительно, ИИ может

¹ С учетом нынешнего развития ИИ все еще актуальна теория Samuelson, *Allocating*, cit. 1185, согласно которой удобнее рассматривать пользователя в качестве первоначального владельца произведения (хотя в каждом конкретном случае следует оценивать индивидуальный вклад пользователя).

² Например, в Соединенном Королевстве Закон «Об авторском праве, дизайне и патентах» 1988 г. сначала определяет автора как лицо, которое создает произведение (раздел 9), а затем устанавливает принцип, согласно которому автор является первым владельцем (раздел 1).

³ Обычно считается, что первая формулировка теоремы о бесконечных обезьянах принадлежит Vogel, *La mécanique statique et l'irréversibilité*, in *J. Phys. Theor. Appl.* 1913, I, 189 ff., который хотел доказать, что нарушение законов статистической механики невозможно, в противоположность невероятному. Однако эта концепция прослеживается еще в «Метафизике» Аристотеля. См.: Borges and Helft, *La biblioteca total*, in *Sur* 1939, VIII, 13 ff.

создавать потенциально охраноспособные произведения быстрее, чем группа обезьян, работающих вечно, но, в отличие от них, «набор текста» не будет полностью случайным в том смысле, что машина будет учиться и совершенствоваться с течением времени¹. Поэтому в один прекрасный день каждый человек, сочиняющий песню, пишущий книгу или создающий базу данных, может рискнуть получить от искусственного интеллекта письмо о прекращении действий, нарушающих авторское право². Сравнительный анализ предоставляет дополнительные доказательства непригодности авторского права для произведений, созданных ИИ, при этом ни одна из известных юрисдикций явным образом не допускает авторско-правовой охраны таких работ, а США изменили свою практику в 2017 г., чтобы явным образом указать, что автором может быть только человек³. В-третьих, традиционное обоснование имущественных прав в этой области вряд ли применимо к произведениям, созданным ИИ, авторско-правовая

¹ Многие исследователи размышляют над творениями животных, чтобы глубже понять фактор авторского права в эпоху искусственного интеллекта. См., например: Guadamuz, *The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction*, in *(I)nternet Policy* 2016, I, 1 ff., и Rosati, *The Monkey Selfie case and the concept of authorship: an EU perspective*, in *JIPLP* 2017, XII, 973 ff.

² Проблема «авторско-правовых троллей», однако, будет иметь меньше негативных последствий по сравнению с «патентными троллями» (или организациями, не использующими изобретения), поскольку авторское право, не являясь монополией, допускает независимые идентичные творения – принцип, который выражается в требовании к истцу доказать причинно-следственную связь в производстве по делу о нарушении авторских прав. Точно так же важность доказательства того, что человеческое произведение предшествует произведению, созданному ИИ, может привести к распространению методов регистрации вмешательства, которые, в свою очередь, могут быть реализованы с помощью технологии блокчейн. О возникающем феномене «авторско-правовых троллей» см.: Debriyn, *Shedding light on copyright trolls: An analysis of mass copyright litigation in the age of statutory damages*, in *UCLA Ent. L. Rev.* 2012, 79 ff.; Greenberg, *Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses*, in *University of Colorado Law Review* 2014, 53 ff.; SAG and Haskell, *Defense Against the Dark Arts of Copyright Trolling*, in *Iowa Law Review* 2018, 571 ff. О «патентных троллях» см.: Lemley and Melamed, *Missing the forest for the trolls*, in *Columbia Law Review* 2013, VIII, 2117; Chien, *Startups and patent trolls*, in *Stan. Tech. L. Rev.* 2014, 461 ff.; Reilly, *Patent “trolls” and claim construction*, in *Notre Dame L. Rev.* 2016, 1045 ff.; Cohen, Gurun, and Kominers, *Patent Trolls: Evidence from Targeted Firms*, Harvard Business School Finance Working Paper No. 15–002, 8 June 2018. О регистрации авторских прав с помощью технологии блокчейн см.: Noto La Diega and Stacey, *Legal and regulatory issues in the blockchain: A focus on copyright law*, in Ragnedda and Destafanis, *Blockchain and Web 3.0. Social, Economic, and Technological Challenges*, Routledge, 2019, 30 ff.

³ Согласно разъяснениям Бюро по авторским правам США *Compendium of U.S. Copyright Office Practices § 101*, USPTO, Alexandria, 2017, 313.2, «для признания в качестве “авторского” произведение должно быть создано человеком».

охрана которых вряд ли может быть оправдана с использованием моральных и экономических основ авторского права¹. На самом деле ИИ не трудится в поте лица² и ему не нужны стимулы для продолжения творческой деятельности³. Другой аргумент в пользу слабой охраны или полного отказа в охране произведениям, созданным ИИ, может быть обусловлен тем фактом, что законодатель показал, что произведения, созданные компьютером, в меньшей степени заслуживают охраны, чем произведения, полностью созданные человеком. В частности, это проявляется в сокращении срока охраны до пятидесяти лет с конца года, в котором было создано произведение, и исключении моральных прав⁴. В настоящей статье утверждается, что с дальнейшим исчезновением «человеческого компонента», которое можно было бы наблюдать при наличии произведений, созданных ИИ самостоятельно, авторско-правовая охрана должна соответствующим образом ослабнуть.

Самым весомым аргументом в пользу того, что произведения, созданные ИИ, заслуживают слабую авторско-правовую охрану или вовсе ее не заслуживают, является отсутствие оригинальности, что

¹ См.: фундаментальные исследования Breyer, *The uneasy case for copyright: A study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, in *Harvard Law Review* 1970, 281; Landes and Posner, *An economic analysis of copyright law*, in *The Journal of Legal Studies* 1989, II, 325 ff.; Jehoram, *Critical reflections on the economic importance of copyright*, in *IIC* 1989, IV, 485 ff.

² О доктрине «В поте лица» см.: Ginsburg, *No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information After Feist v. Rural Telephone*, in *Columbia Law Review* 1992, II, 338 ff. Эта доктрина основывается на теории собственности Джона Локка. Согласно Локку «Бог, отдавший мир всем людям вместе, наделил их также разумом, чтобы они наилучшим образом использовали этот мир для жизни и удобства... Хотя земли и все низшие существа принадлежат сообща всем людям, все же каждый человек обладает некоторой собственностью, заключающейся в его собственной личности, на которую никто, кроме него самого, не имеет никаких прав. Мы можем сказать, что труд его тела и работа его рук по самому строгому счету принадлежат ему. Что бы тогда человек ни извлекал из того состояния, в котором природа этот предмет создала и сохранила, он сочетает его со своим трудом и присоединяет к нему нечто, принадлежащее лично ему, и тем самым делает его своей собственностью». (Цит. по: Локк Дж. Сочинения: в 3 т. / пер. с англ. А.Н. Савина; ред. и сост., авт. примеч. А.Л. Субботин. М.: Мысль, 1988. С. 276–277).

³ См. далее: Zimmerman, *Authorship without Ownership: Reconsidering Incentives in the Digital Age*, in *DePaul L. Rev.* 2002–2003, 1121 ff. Обоснования, сосредоточенные на стимулах, часто упускают из виду то обстоятельство, что «общественный интерес действительно достигается только в том случае, если законодательство об авторском праве предусматривает надлежащие стимулы для всех вовлеченных сторон». Geiger, Griffiths, Hilty, and Suthersanen, *Declaration on a balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law*, in *IIC* 2008, I, 707 ff.

⁴ Copyright, Designs, and Patents Act 1988, Section 79 and 81.

создавало проблемы для исследований в области ИИ с момента их зарождения. В одной из своих первых работ под названием «Вычислительная техника и интеллект» Тьюринг переформулировал вопрос о том, может ли машина думать, представляя так называемую имитационную игру. Однако ему пришлось ответить на ряд критических замечаний, по крайней мере одно из которых непосредственно связано с рассматриваемой проблемой¹. Согласно так называемому возражению леди Лавлейс², компьютеры не мыслят, потому что они неспособны к оригинальности, которая, в свою очередь, зависит главным образом от того, что они не учатся самостоятельно. На это Тьюринг ответил, что графиня в 1843 г. не имела доказательств, которые убедили бы ее в том, что машина действительно может думать, и, в любом случае, «кто может быть уверен, что “оригинальное произведение”, которое он создал, не являлось лишь ростком того семени, которое попало в него при обучении, или результатом следования хорошо известным общим принципам»³. Контраргумент Тьюринга неприменим к оригинальности в том смысле, как она понимается в авторском праве. Действительно, авторское право знает, что

¹ Другой важный аргумент указывает на отсутствие сознания, что было отмечено Jefferson, *The Mind of Mechanical Man*, in *British Medical Journal*, 25 June 1949, 1 (4616), 1105, 1110: «Только когда машина сможет написать сонет или сочинить концерт, где чувствуются мысли и эмоции, а не случайное совпадение символов, мы сможем согласиться, что машина равна мозгу». Аргумент о так называемой китайской комнате восходит к Searle, *Minds, brains, and programs*, in *Behavioral and brain sciences* 1980, III, 417 ff.

² Согласно леди Лавлейс (см.: Lovelace, *Notes by the translator*, in Taylor (ed), *Scientific Memoirs*, 3, Taylor, London, 1843, 666, note G) «Аналитическая машина не претендует на то, чтобы породить что-либо. Она может делать только то, что мы знаем, как приказать ей это выполнить. Она может следовать анализу, но не способна предвосхищать какие-либо аналитические отношения или истины» (курсив в оригинале). Аналитическая машина была нереализованным изобретением Чарльза Бэббиджа, которое считается предшественником электронных вычислительных машин. См.: Fuegi and Francis, *Lovelace & Babbage and the Creation of the 1843 “Notes”*, in *IEEE Annals of the History of Computing* 2003, IV, 16 ff. (Ада Лавлейс (1815–1852 гг.), дочь лорда Байрона, считается первым в мире программистом. Она описала алгоритм вычисления чисел Бернулли на аналитической машине (*the Analytical Engine*), созданной профессором математики Кембриджского университета Чарльзом Бэббиджем (1791–1871 гг.). Аналитическая машина Бэббиджа включала в себя арифметическое устройство (названное изобретателем «мельницей»), регистры памяти, объединенные в единое целое («склад»), и устройство ввода-вывода, реализованное с помощью перфокарт трех типов. — Прим. пер.).

³ Turing, op. cit., 450. Ibid. Автор переформулировал возражение следующим образом: «Машины не могут заставить нас врасплох», но эта формулировка еще менее актуальна с точки зрения авторского права.

мы — карлики, стоящие на плечах гигантов¹, и что, следовательно, человеческое творчество основывается на существующем знании: необходима лишь связь между произведением и интеллектуальным усилием автора.

Однако понимание оригинальности в авторском праве было и остается нелегкой задачей² еще и потому, что содержание данного концепта должно быть истолковано в том конкретном значении, которое оно имеет применительно к базам данных³. Как было верно отмечено⁴, следует рассматривать по отдельности базы данных, основанные на подборе материалов, и базы данных, охраняемые в силу организации материалов. Примером баз данных первого типа может служить путеводитель, где автор должен выбирать только определенную информацию для сообщения туристу и который охраняется в силу того, что автор проявил творческую свободу при выборе содержания⁵. Интеллектуальный анализ данных, краулинг и скрейпинг будут проанализированы ниже на предмет того, могут ли они быть расценены как выражение творческой свободы. В свою очередь, понятие «орга-

¹ Общеизвестно, что Иоанн Солсберийский приписывал это выражение Бернару Шартрскому (см.: John of Salisbury, *Metalogicon* (1159), trans. Doyle MacGarry, University of California Press, Oakland, 1955, 167). Полная фраза звучит следующим образом: «Мы подобных карликам, усевшимся на плечах великанов. Мы видим больше и дальше, чем они, не потому, что обладаем лучшим зрением, и не потому, что выше их, но потому, что они нас подняли и увеличили наш рост собственным величием» (Бернар Шартрский (в изложении Иоанна Солсберийского)). — *Прим. пер.*

² Как свидетельство того, что проблема оригинальности так и не была решена, см., например: Algardi, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Milano, Giuffrè, 1966; Olson, *Copyright originality*, in *Missouri Law Review* 1983, I, 29; Parchomovsky and Stein, *Originality*, in *Virginia Law Review* 2009, VI, 1505; Rosati, *Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the Infopaq Decision*, in *J. Copyright Soc'y USA* 2010, LVIII, 795; Rosati, *Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2013; LIU, *Of originality: originality in English copyright law: past and present*, in *EIPR* 2014, VI, 376 ff.; MARGONI, *The harmonisation of EU copyright law: the originality standard*, in Perry (ed), *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century*, Springer, Cham, 2016, 85 ff.; Casaburi, *Originalità, creatività, elaborazione creativa, citazione e plagio: Profili evolutivi*, in *Foro it.* 2017, XII, 3779; Rosati, *Why originality in copyright is not and should not be a meaningless requirement*, in *JIPLP* 2018, VIII, 597 ff.

³ Первыми исследователями, которые подчеркивали данное обстоятельство, были Л.С. Ubertazzi, *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore: prime riflessioni*, in Alpa (ed), *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1984, 51 and 53, и Di Cataldo, *Banche-dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in *this Journal* 1997, 20 and 21.

⁴ Spada, *Banche dati e diritto d'autore (il «genere» del diritto d'autore sulle banche dati)*, in *this Journal* 1997, 5.

⁵ *Ibid.*, 6.

низация» соответствует координации и расположению материалов, как в деле *Feist*¹, т.е. имеются связи между содержанием базы данных и заданным порядком². Если существует творческая свобода в том, как организовано или скоординировано содержание базы данных, то база данных будет охраняться авторским правом как произведение. Искусственный интеллект и (в частности, но не только) глубокое обучение могут быть использованы для поиска закономерностей, которые люди упустили, и, следовательно, это может привести к небанальной связи между данными. Однако будет ли это являться собственным интеллектуальным творением автора? Нет, если автор является разработчиком или владельцем ИИ, потому что это не их собственное творение. Нет, если автором является ИИ, потому что согласно действующему законодательству ИИ не является личностью.

В области баз данных действие Директивы 96/9/ЕС распространяется на «базы данных, которые в силу подбора или организации их содержания являются собственным интеллектуальным творением автора и должны охраняться как таковые авторским правом»³. Такое понимание выходит за рамки концепции понимания «оригинального» как нескопированного — как в интуиции Паоло Спада⁴. В подготовительных материалах к Директиве 96/9/ЕС можно обнаружить прямое указание на присутствие автора — человека в качестве общего принципа, в то время как юридические лица как владельцы баз данных являются просто «допустимыми отклонениями от этих правил»⁵. Указание на автора — человека может быть объяснено двояко. Во-первых, технологии уже позволяли автоматизировать базы данных⁶. Во-вторых, базы данных по своей природе являются менее творческими, чем традиционные

¹ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991). См. комм.: Zoppini, *Itinerari americani ed europei nella tutela delle compilazione: dagli annuari alle banche dati*, in *Dir. inf.* 1992, 111. Сравнительный анализ правового регулирования в США и ЕС см.: Mazumder, *Database Law: Perspectives from India*, Springer, Singapore, 2016; Davison, *op. cit.*, 160 ff., и Derclaye, *The legal protection*, *cit.*, 223 ff.; Derclaye, *Intellectual property rights on information and market power — comparing European and American protection of databases*, in *IIC* 2007, III, 275 ff., и Tabrez and Sourav, *Comparative Analysis of Copyright Protection of Databases: The Path to Follow*, in *Journal of Intellectual Property Rights* 2011, II.

² Эта точка зрения, впервые высказанная Спада, недавно получила развитие в работе Gupta, *Footprints of Feist in European Database Directive: A legal analysis of IP Law-making in Europe*, Springer, Singapore, 2017.

³ Директива 96/9/ЕС, ст. 3.

⁴ Spada, *op. cit.*, 10.

⁵ Ramalho, *Will robot rule*, *cit.*, 7.

⁶ См., например: Schoen, Smith, and Buchanan, *op. cit.*, 1771.

авторские произведения, и уточнение «человеческого фактора» могло бы служить ограничением объема правовой охраны. Однако хотя они и представляют определенный интерес, подготовительные материалы не будут играть ключевую роль в интерпретации Директивы 96/9/ЕС, поскольку они не нашли отражения ни в одном из положений Директивы¹.

Суд ЕС предоставил нам определенные ориентиры в деле *Football Dataco*, определив оригинальность как творческую способность автора сделать свободный и творческий выбор в подборе и организации содержания базы данных, оставляя таким образом свои характерные черты (*personal touch*) на базе данных². Иными словами, Суд ЕС не приложил усилий к тому, чтобы дать определение оригинальности, которое учитывало бы характеристики, присущие объекту правовой охраны. Он лишь сослался на ведущие дела по вопросам оригинальности³. «Характерные черты» — расплывчатое понятие, которое можно относительно легко применить к художественным произведениям или традиционным литературным произведениям — книгам. И наоборот, трудно представить, как база данных может демонстрировать характерные черты своего автора. Возможно, дело обстояло бы иначе, если бы порог оригинальности был традиционным британским стандартом умения, труда или суждения⁴, потому что для создания базы данных может потребоваться много умения, труда и суждения. Однако Суд ЕС прямо исключил применение любого критерия, кроме критерия оригинальности⁵, а это означает, по крайней мере, два момента. Во-первых, не имеет значения, включает ли отбор или организация содержания «добавление важного значения»⁶ к нему. Во-вторых, что более

¹ О преимуществах и недостатках использования подобных материалов для толкования содержания правовых норм см.: Prislán, *Domestic explanatory documents and treaty interpretation*, in *International & Comparative Law Quarterly* 2017, IV, 923 ff.

² *Football Dataco*, cit., para 38.

³ *Infopaq International*, cit., para. 45; Court of Justice 22 December 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, case C-393/09, para. 50, in *ECR* 2010, I, 13971; and Court of Justice 1 December 2011, *Painer*, case C-145/10, paras. 89 and 92, in this *Journal* 2012, 486. О последнем деле с акцентом на проблему оригинальности см. также: Michaux, *La notion d'originalité en droit d'auteur: une harmonisation communautaire en marche accélérée*, in *Revue de droit commercial belge* 2012, 599 ff.

⁴ *The Newspaper Licensing Agency Ltd. and Others v. Meltwater Holding Bv and Others CA* [2011] EWCA Civ 890, [2012] RPC 1, [2012] Bus LR 53).

⁵ *Football Dataco*, cit., paras. 40 and 53.

⁶ *Football Dataco*, cit., para. 41.

важно, умение, труд и суждение не имеют значения, «если этот труд и это умение не выражают какой-либо оригинальности при отборе или организации»¹. Недостаток указаний Суда ЕС выражается в том, что, несмотря на утверждение о том, что стандарт оригинальности для охраны авторского права в отношении баз данных был гармонизирован «во всех государствах — членах ЕС, есть свидетельства того, что национальные суды все еще не уверены в том, как его применять»². Несмотря на то, что национальные различия не должны оставаться без внимания, в принципе стандарт оригинальности ЕС оставляет мало возможностей для охраны баз данных авторским правом, и это тем более относится к базам данных ИИ. Действительно, база данных не является оригинальной, если ее создание «продиктовано техническими соображениями, правилами или ограничениями, которые не оставляют места для творческой свободы»³. Это предложение следует понимать как означающее, что базы данных, условия создания которых продиктованы техническими соображениями, правилами или ограничениями, могут быть оригинальными, если есть еще место для творческой свободы автора. В нынешней системе эпицентром является человек — автор, поэтому правовой охране подлежат только такие базы данных, которые являются выражением интеллектуального творчества человека⁴. Вероятно, большинство баз данных ИИ не подлежит правовой охране в силу того, что они не могут соответствовать стандарту ЕС в отношении оригинальности⁵. Действительно, в случае узкого ИИ, искусственный интеллект вряд ли сможет сделать свободный выбор, поскольку он в принципе будет полностью продиктован

¹ *Football Dataco*, cit., para. 42.

² JIP and Technopolis Group, *Final report*, cit., vi.

³ *Football Dataco*, cit., para. 39.

⁴ Как отметил Генеральный адвокат (*Advocate General*) в деле *Painer* (cit., at para. 121), правовой охране подлежат только человеческие творения, хотя они «могут также включать в себя такие, для создания которых человек использует техническое средство, такое как фотоаппарат» (там же). Однако в случае баз данных ИИ (и вообще произведений, созданных ИИ) искусственный интеллект — это не просто техническое средство. Это сам создатель и (или) изготовитель. И наоборот, если автоматизированная технология является простым техническим средством, то допустимо применять режим, предусмотренный для произведений, созданных компьютером, или, в его отсутствие, расширить прецедентное право в отношении оригинальности фотографии.

⁵ Bently, Sherman, Gangjee, and Johnson, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 118. Авторы ссылаются на это утверждение в отношении всех произведений, созданных компьютером, которые, однако, могут быть защищены смежными правами или законодательством о недобросовестной конкуренции.

техническими ограничениями. Напротив, базы данных, созданные сильным ИИ, вряд ли будут оригинальными и, следовательно, охраноспособными. Выбор при отборе или организации содержания может быть свободным, но не творческим, так как концепция творчества кажется тесно связанной с участием автора — человека. Вывод был бы иным в двух сценариях. Во-первых, если бы ИИ развился до такой степени, что мы предоставили бы ему правосубъектность, и наше неприятие машинного творчества снизилось бы. Сама Директива 96/9/ЕС позволяет государствам — членам ЕС признавать юридические лица в качестве владельцев базы данных, и можно выдвинуть аргумент о том, что это будет применяться к ИИ, если он будет признан в качестве лица¹. Однако само по себе признание правосубъектности ИИ не решит проблему оригинальности. Во-вторых, если выход Великобритании из Европейского Союза привел бы к возвращению стандарта «умения, труда или суждения», которое «одновременно является и вызовом, и возможностью адаптации»², это сделало бы британское авторское право более дружественным по отношению к ИИ, а базы данных ИИ, возможно, было бы легче охранять с помощью авторского права. Следует, однако, отметить, что реализация последнего сценария затрудняется тем обстоятельством, что европейский стандарт оригинальности проник в британское законодательство о базах данных³. Таким образом, изменение судебной практики могло бы повлиять на общую концепцию оригинальности авторского права, но не на ту ее часть, которая применяется к базам данных, для чего потребовалась бы законодательная реформа. Наконец, следует отметить, то обстоятельство, что авторское право не распространяется на базы данных ИИ в принципе, вряд ли будет иметь существенные практические последствия, поскольку авторское право не распространяется на большинство традиционных баз данных и в свете его ограниченной полезности, в том смысле, что оно не может быть использовано против независимо созданных творений⁴.

Если вопреки позиции, высказанной в данной статье, предпочтение будет отдано авторско-правовой охране баз данных ИИ, то возможны-

¹ Директива 96/9/ЕС, ст. 4.

² Ramalho and Gomez Garcia, *op. cit.*, 670.

³ Copyright Designs and Patents Act 1988, Section 3A (2). Это единственное упоминание собственного интеллектуального творения автора во всем законодательном акте.

⁴ Zoppini, *Commento alla Direttiva 96/9 dell'11 marzo 1996 sulla tutela giuridica delle banche dati*, in *Dir. inf.* 1996, 490, 491.

ми владельцами такого результата будут владелец ИИ, разработчик, конечный пользователь, также возможна некая форма совместного владения¹. Владелец ИИ мог бы быть признан правообладателем базы данных, если бы применялся режим служебного произведения, однако данный режим предназначен только для результатов, созданных работниками-людьми. Скорее всего, разработчик может иметь некоторые права на код или программу в целом, но не на конечную базу данных. Конечный пользователь может иметь некоторые права, но только в том случае, если он внесет существенный вклад в подбор или организацию содержания, тем самым оставляя свои характерные черты на базе данных. Это исключает все неконтролируемые системы, и, возможно, сама маркировка данных будет недостаточной для выполнения требования об оригинальности, поскольку соответствующий процесс продиктован техническими ограничениями и не является выражением свободного и творческого выбора. Совместное владение, наконец, будет решением, ведущим к неопределенности, и не принесет много предсказуемых выгод. В свете трудностей, связанных с распределением владения и контроля, можно ожидать, что важнейшую роль будут играть договоры. Например, «*Amazon* сохраняет права на все материалы, включенные в любую службу *Amazon Service* или доступные через нее»², включая в том числе компиляцию данных и аудиоклипы. В частности, эти материалы охраняются «авторским правом Люксембурга и международным авторским правом, законами об авторских правах и правах на базы данных»³. Кроме того, указанные законы распространяются на «объединение всех материалов, включенных или размещенных посредством любого из сервисов *Amazon*»⁴; они являются «исключительной собственностью *Amazon*»⁵. Сфера действия этого договорного положения неясна, поскольку взаимодействие между конечным пользователем и *Alexa* может квалифицироваться как сбор данных и клипов, а также как пользовательский контент, который принадлежит пользователю и на который пользователь выдает лицензию *Amazon*⁶. В целом распределение имущественных прав будет одним из аспектов, требующих особого внимания в контексте реформы, до-

¹ Dickenson, Morgan, and Clark, op. loc. cit.

² Amazon Conditions of Use & Sale, last updated on 24 May 2018, clause 3.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., clause 8.

⁶ Ibid.

пускающей охрану авторского права для баз данных, созданных ИИ, и произведений в целом.

Наконец, выбор в пользу усиления охраны произведений, созданных ИИ, может получить поддержку только в том случае, если в один прекрасный день за ИИ будет признана правосубъектность либо вследствие приобретения им сознания, либо в том случае, если ЕС приступит к осуществлению своих планов в отношении электронной личности¹. Несмотря на то, что выбор в пользу признания произведений, созданных ИИ, общественным достоянием представляется предпочтительным в научной литературе, возможно, стоит изучить вопрос о том, позволит ли право *sui generis* владельцам ИИ извлекать ценность из произведений, созданных ИИ, избегая при этом недостатков установления режима исключительного права с помощью авторского права или договорных средств.

5. Право особого рода на базу данных?

Право *sui generis* является главной новеллой Директивы 96/9/ЕС² и было категорично охарактеризовано как юридическое чудовище³. Оно подверглось критике за его антиконкурентный эффект, поскольку оригинальность и дихотомия идеи и выражения не ограничивают соответствующую монополию и в действительности право *sui generis* «создает монополию в коллекциях фактов и других неохраямемых авторским правом объектов, которую трудно или иногда даже невозможно обойти»⁴. Более того, утверждалось, что право *sui generis* противоречит

¹ Об этом предложении см.: Noto La Diega, *The European strategy on robotics and artificial intelligence: Too much ethics, too little security*, in *European Cybersecurity Journal* 2017, П, 6 ff. Утверждается, что в случае наделения ИИ правосубъектностью права и обязанности систем ИИ будут отличаться от прав и обязанностей других субъектов, и они «могут иметь только права и обязанности, строго определенные законодателями» (Serka, Grigiene, and Sirbikyte, *Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?*, in *Computer Law & Security Review* 2017, V, 685).

² Вероятно, базы данных охранялись авторским правом еще до появления Директивы 96/9/ЕС. См., например: Derclaye, *The Legal Protection*, cit., 45 и Bender, *Computer Law*, 2, 4, Bender, N.Y., 1978, 10.

³ Reichman, *Legal Hybrids between the patent and copyright paradigms*, in *Colum. L. Rev.* 1994, 2432, 2496, quoted in Ghidini, *Rethinking*, cit., 242.

⁴ Hugenholtz, *Abuse of Database Right Sole-source information banks under the EU Database Directive*, in Lévêque and Shelanski (eds), *Antitrust, patents and copyright: EU and US perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005, 203. Cf., more generally and recently, Falce, Ghidini, Olivieri, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, 2018.

принципу, «не допускающему исключительные права на “представление информации”»¹. Недовольство, высказанное в научной литературе, можно объяснить тем, что, в отличие от авторского права, право *sui generis* не вознаграждает интеллектуальный труд: здесь исключительное право служит поощрением или стимулом для тех, кто делает значительные инвестиции в получение, проверку или представление содержимого базы данных². Эти критические замечания могли послужить основой для решений Суда ЕС, вынесенных в 2004 г.³, которые слишком узко интерпретировали сферу действия Директивы 96/9/ЕС, заявив, что только инвестиции, связанные с получением, проверкой или представлением

¹ Ghidini, *Rethinking*, cit., 242, ссылается на ст. 52 (2) (d) Европейской патентной конвенции. Однако можно было бы выдвинуть контраргумент, согласно которому указанное положение касается исключительно патентов и не является выражением общего принципа. Например, утверждается, что это исключение можно объяснить тем, что представление информации рассматривается как слишком абстрактное и интеллектуальное по своему характеру, чтобы быть патентоспособным. (Bently, Sherman, Gangjee, and Johnson, *Intellectual Property Law*, Oxford, 2018, 474). Это правило применяется к патентам и, возможно, секретам производства (*Bailey & Williams v. Levi Roots* [2011] EWHC 3098), но уж точно не к другим областям интеллектуальной собственности, таким как авторское право, где представление информации хотя и носит абстрактный и интеллектуальный характер, но может охраняться как литературное или драматическое произведение, если соответствующее выражение будет оригинальным.

² Директива № 96/9/ЕС, ст. 7 (1). Хотя ссылка на “*sui generis*” может наводить на мысль, что это право — право нового вида, совершенно отличное от авторского права, эта догадка была бы неточной. В действительности это право не является *sui generis*, если принять во внимание, что само авторское право на протяжении многих лет подвергалось генетической модификации, становясь всеохватывающей универсальной и социально-экономически нейтральной формой охраны, которая доступна в тех случаях, когда производство товара может быть лишено стимула из-за легкости копирования, обеспечиваемой новыми технологиями и свободной конкуренцией. Этот тезис был впервые сформулирован Spada, op. cit., 17. Cf., из недавних работ см.: Hugenholtz, *Something Completely Different: Europe’s Sui Generis Database Right*, in Frankel and Gervais (eds), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, 205.

³ Court of Justice 9 November 2004, *British Horseracing Board v. William Hill Organization*, case C-203/02, in *ECR* 2004, I, 10415; Court of Justice 9 November 2004, *Fixtures Marketing v. Svenska Spel*, case C-338/02, in *ECR* 2004, I, 10497; *Fixtures Marketing v. OPAP*, cit.; Court of Justice 9 November 2004, *Fixtures Marketing v. Oy Veikkaus Ab*, case C-46/02, in *ECR* 2004, I, 10365. Об этих решениях см.: Ragonesi, *Nota alle sentenze della Corte di Giustizia sulle banche dati*, in this *Journal* 2005, 575 ff.; Derclaye, *The Court of Justice Interprets the Database sui generis Right for the First Time*, in *European Law Review* 2005, 420; Manavello, *Prima decisione della Corte di Giustizia sulla protezione delle banche di dati*, in *Dir. Ind.* 2005, IV, 420; Bertani, *Banche dati ed appropriazione delle informazioni*, in *Europa e diritto privato* 2006, 319; Masson, *Creation of Database or Creation of Data: Crucial Choices in the Matter of Database Protection*, in *EIPR* 2006, 261; Aplin, op. cit., 204.

существующих независимых материалов, имеют значение для предоставления охраны правом *sui generis*; напротив, ресурсы, используемые для создания данных, не охватываются этим правом. Это, а не нормы, содержащиеся в Директиве 96/9/ЕС, является основной причиной того, что Директива 96/9/ЕС может оказаться непригодной для охраны баз данных ИИ. Такая узкая трактовка объясняет, почему некоторые эксперты¹ в связи с пересмотром Директивы 96/9/ЕС отметили, что неясно, охватывает ли нынешнее определение базы данных данные, генерируемые ИИ и алгоритмами, и «должны ли они охраняться правом *sui generis*»². По этой же причине заинтересованные стороны³ сетуют на то, что Директива 96/9/ЕС устарела, поскольку в ней не учитывается ряд технологических разработок, в том числе «промышленное агрегирование данных и большие данные; автоматическая генерация данных; передовые вычислительные методы анализа, информирования и принятия решений»⁴. В настоящее время, если право *sui generis* подходит для баз данных, созданных ИИ, то это право может сыграть беспрецедентно важную роль в качестве главного способа защиты произведений, созданных ИИ, которые сейчас не могут охраняться авторским правом ввиду отсутствия оригинальности. И наоборот, если базы данных, созданных ИИ, не подпадают под действие Директивы 96/9/ЕС, существует риск чрезмерной защиты в результате совокупного эффекта договоров и технических мер защиты, которые не будут ограничены исключениями, существующими в Директиве⁵.

Перед тем как проанализировать основные препятствия при использовании права *sui generis* для защиты баз данных ИИ, следует вкратце рассмотреть его основные особенности. Правообладатель⁶

¹ JIP and Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Final report, European Commission, Brussels, 2018.*

² Ibid.

³ Под «заинтересованными сторонами» здесь подразумеваются создатели коммерческих баз данных, малые и средние предприятия, стартапы и научно-исследовательское сообщество, которые предоставили доказательства в рамках подготовки доклада в поддержку оценки Директивы 96/9/ЕС.

⁴ Ivi, iv.

⁵ Ryanair, cit., 83. См.: Borghi and Karapapa, *Contractual Restrictions on Lawful Use of Information: Sole-source Databases Protected by the Back Door?*, in *EIPR* 2015, VIII, 505, и CIANI, *Property rights model v Contractual approach: How protecting non-personal data in cyberspace?*, in *Dir. Com. Internaz.* 2017, IV, 831.

⁶ В деле *Innoweb* (cit., para. 36) имеется прямое указание на «лицо, которое взяло на себя инициативу и приняло на себя риск осуществления значительных инвестиций».

имеет право препятствовать извлечению или повторному использованию всего или значительной части содержимого базы данных, которое должно быть оценено количественно или качественно¹. В разделе 6 настоящей статьи далее будет рассмотрено, может ли интеллектуальный анализ данных с помощью ИИ представлять собой незаконное извлечение или повторное использование существенной части базы данных, или же он может подпадать под одно из исключений из авторского права и права *sui generis*. Действительно, законный пользователь может осуществлять несущественное извлечение и повторное использование содержимого, и он может извлекать или повторно использовать существенную часть содержимого базы данных в личных целях (только если это не электронная база данных), в целях обучения, для научных исследований и в интересах общественной безопасности. Срок правовой охраны весьма своеобразен, поскольку даже если теоретически право *sui generis* истекает через 15 лет², практически его легко превратить в вечное право путем существенного изменения содержания базы данных, даже если изменение происходит в результате накопления последовательных добавлений, удалений или изменений³. Итак, учитывая, что ИИ может упростить внесение изменений в содержимое базы данных, можно утверждать, что ИИ может с легкостью инициировать применение этой нормы, что потенциально может привести к постоянной охране базы данных, охватывая также и то содержимое, которое не было изменено⁴. В случае реанимирования права *sui generis*, как утверждается в настоящей статье, вопрос о потенциально вечном сроке охраны этого права должен быть рассмотрен Судом ЕС. Наконец, право *sui generis* применяется только к базам данных, созданным в ЕС⁵, однако Совет может заключать соглашения по предложению

В указанном деле Суд также ссылается на дела *British Horseracing* (cit., paras. 32 and 46); *Fixtures Marketing* (cit., para. 35); *Directmedia Publishing* (cit., para. 33).

¹ Директива 96/9/ЕС, ст. 7 (1).

² Там же, ст. 10 (1)–(2).

³ Там же, ст. 10 (3). См.: позиция генерального адвоката в деле *British Horseracing* (paras. 139–155, cit., in *ECR* 2004, I, 10415).

⁴ Pila and Torgemans, op. loc. cit. критически оценивают вечную охрану, охватывающую старое содержание.

⁵ Под базами данных, созданными в ЕС, мы понимаем базы данных, производители или правообладатели которых являются гражданами одного из государств – членом ЕС, имеют свое обычное место жительства в ЕС, или если компания имеет юридический адрес, центральную администрацию или основное место ведения бизнеса в ЕС, или, если это только юридический адрес, также подлинную постоянную связь с экономикой одного из государств – членом ЕС. См.: Директива 96/9/ЕС, ст. 11 (1)–(2).

Европейской комиссии¹. Такие соглашения могут быть необходимы для защиты британских баз данных в ЕС по причине выхода Великобритании из ЕС. Директива 96/9/ЕС была имплементирована в законодательство Соединенного Королевства, и в июне 2018 г. Закон о выходе Великобритании из Европейского союза прямо сохранил все правовые нормы ЕС². Однако многое будет зависеть от того, будет ли Великобритания считаться третьей страной по истечении срока действия соглашения о выходе из ЕС³.

С точки зрения настоящей статьи, основной вопрос заключается в том, можно ли рассматривать значительные инвестиции в ИИ как квалифицирующую инвестицию в получение, проверку или представление содержимого базы данных. Ответ требует подробного рассмотрения четырех дел, решение по которым было принято Судом ЕС в конце 2004 г.⁴ Будет показано, что это решение может быть подвергнуто критике и что толкование, которое ученые и Комиссия дают этим решениям в форме теории побочного продукта (*spin-off theory*), является неверным.

В деле *British Horseracing* спор касался использования Уильямом Хиллом информации, взятой из базы данных истца, для организации ставок на лошадиные скачки. База данных содержала большой объем информации, предоставленной владельцами лошадей и другими заинтересованными сторонами индустрии скачек⁵. Часть содержимого базы данных составляют списки лошадей, участвующих в скачках, которые формируются с помощью контактного центра с обслуживающим персоналом. Помимо всего прочего, операторы должны выяснять, может ли лошадь быть допущена к участию в скачках⁶. Организация базы данных частично автоматизирована, потому что имеется компью-

¹ Директива 96/9/ЕС, ст. 11 (3).

² European Union (Withdrawal) Act 2018, Section 2. Хотя о последствиях Brexit'а для сферы интеллектуальной собственности сказано много, базам данных уделяется крайне мало внимания. См., например: Traub and Dennis, *Brexit – What Could Happen to My IP Rights?*, in *Intellectual Property & Technology Law Journal* 2017, XI, 20; Farrand, *Bold and newly Independent, or Isolated and Cast Adrift? The Implications of Brexit for Intellectual Property Law and Policy*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, VI, 1306; Ramalho and Gomez Garcia, *op. cit.*, 669.

³ Ramalho and Gomez Garcia, *op. cit.*, 670.

⁴ *British Horseracing v. William Hill*, *cit.*; *Fixtures Marketing v. Oy Veikkaus*, *cit.*; *Fixtures Marketing v. Svenska Spel*, *cit.*; *Fixtures Marketing v. OPAP*, *cit.*

⁵ *British Horseracing v. William Hill*, *cit.*, para. 10.

⁶ Ivi, para. 14.

тер, который присваивает каждой лошади номер на седельной ткани и определяет стойло, из которого она будет стартовать¹. С точки зрения инвестиций, ведение этой базы данных стоило примерно 4 млн фунтов стерлингов в год². Уильям Хилл был законным пользователем баз данных и реорганизовал небольшую часть ее содержимого³. Истец, однако, полагал, что даже если отдельные извлечения могли рассматриваться как незначительные, деятельность ответчика все равно нарушала его право *sui generis*, поскольку она по крайней мере квалифицировалась бы как многократное и систематическое извлечение и (или) повторное использование незначительных частей содержимого, противоречащее нормальному использованию базы данных⁴. С точки зрения баз данных ИИ, основной вопрос, рассматриваемый в решении по данному делу, заключается в том, что понимать под «инвестицией в получение» данных.

Что касается «получения» данных, то основная аргументация Суда ЕС посвящена цели права *sui generis*, как можно сделать вывод из некоторых, возможно, чрезмерно акцентированных цитат из Директивы 96/9/ЕС⁵. В частности, цель охраны баз данных правом *sui generis* (в действительности одна из целей) состоит в том, чтобы «способствовать созданию систем хранения и обработки имеющейся информации, а не созданию материалов, которые впоследствии можно было бы собирать в базе данных»⁶. Таким образом, неизбежным выводом является то, что под «инвестициями в получение» следует понимать «ресурсы, используемые для поиска существующих независимых материалов и их сбора в базе данных, а не ресурсы, используемые для создания самостоятельных материалов как таковых»⁷. Если обратиться к пунктам Преамбулы Директивы 96/9/ЕС, на которых суд основывал свое решение, то они могут быть использованы для противоположного толкования сферы

¹ Ivi, para. 14.

² Ivi, para. 15.

³ Ivi, paras. 17 and 19.

⁴ Ivi, para. 20 и Директива 96/9/ЕС.

⁵ Директива 96/9/ЕС, п. 9, 10, 12, 19 и 49 Преамбулы.

⁶ *British Horseracing v. William Hill*, cit., para. 31 (see also para. 30).

⁷ Ivi, para. 31. То же самое относится и к концепции проверки [данных]. Действительно, по мнению суда, в контексте оценки инвестиции судья не может принимать во внимание «ресурсы, используемые для проверки на этапе создания данных или других материалов, которые впоследствии размещаются в базе данных» (ivi, п. 34). То же *ratio decidendi* можно найти в серии решений с участием *Fixtures Marketing Ltd*. См.: *Svenska Spel* para. 39, *OPAP* paras. 39–40 и *Oy Veikkaus* paras. 33–34, 41–42, 44–46, 49.

действия Директивы. Во-первых, базы данных являются важнейшим инструментом в развитии информационного рынка¹. Это справедливо, однако сужение сферы действия Директивы 96/9/ЕС вряд ли будет способствовать росту данного рынка. Во-вторых, примечательно, что Директива 96/9/ЕС упоминает экспоненциальный рост объема «генерируемой и обрабатываемой информации»² и, соответственно, требует значительных инвестиций в передовые системы обработки информации. Прямая ссылка на «генерируемую» информацию может рассматриваться в качестве охватывающей как созданные, так и полученные данные. В-третьих, отмечается, что эти инвестиции в системы хранения и обработки информации требуют «стабильной и единообразной правовой защиты баз данных»³. Можно утверждать, что стерилизация Директивы 96/9/ЕС не привела к стабильной защите баз данных и не стимулировала соответствующую отрасль. Единственным аргументом, который мог бы иметь некоторое основание, был тезис, основанный на положении Преамбулы⁴, исключающем из сферы действия права *sui generis* компиляцию нескольких записей музыкальных исполнений на компакт-диске, в том числе потому, что она не представляет собой достаточно существенную инвестицию. Хотя это можно интерпретировать как исключение из созданных данных, это положение также можно рассматривать как означающее, что обычные (с финансовой точки зрения) операции, такие как сбор записей, в принципе являются недостаточными инвестициями. В любом случае, не похоже, что подобное рассуждение может оправдать судебную практику, которая в сущности способствует стерилизации Директивы 96/9/ЕС. Действительно, даже если расплывчатая формулировка Директивы 96/9/ЕС допускает такую интерпретацию, нельзя сказать, что она ее поддерживает⁵.

Наряду с неуместным акцентом на некоторых пунктах Преамбулы имеются также веские аргументы против выводов, сделанных Судом ЕС в решениях 2004 г. Во-первых, следует иметь в виду, что одной из основных целей Директивы 96/9/ЕС было стимулирование инвестиций с тем, чтобы сократить разрыв между индустриями баз данных ЕС и США. Этот факт должен быть проанализирован в свете эмпири-

¹ Директива 96/9/ЕС, п. 9 Преамбулы.

² Там же, п. 10 Преамбулы.

³ Там же, п. 12 Преамбулы.

⁴ Там же, п. 19 Преамбулы.

⁵ См.: мнение генерального адвоката Стикс-Хакль по делу *British Horseracing v. William Hill*, delivered on 8 June 2004, case C-203/02, in *ECR* 2005, I, 10515, paras. 41–46.

ческих данных, явно демонстрирующих, что большинство инвестиций, сделанных владельцами баз данных, касается скорее сбора данных, чем создания самой базы данных¹. Во-вторых, и это, пожалуй, более важно, трудно провести грань между концепциями создания и получения. Это подтверждается тем фактом, что оперативные футбольные данные считаются «полученными» в Великобритании², но «созданными» в Германии³. Даже в научной литературе нет единого мнения о том, где провести черту между созданием и получением данных⁴. Интеллектуальный анализ данных сам по себе является хорошим примером невозможности разграничения создания и получения данных, поскольку он приводит к обнаружению корреляций между существующими данными⁵, поэтому можно утверждать, что это создание данных или, что представляется более обоснованным, получение данных. Невозможность разграничения создания и получения данных косвенно⁶ признается Европейской комиссией, когда она отмечает, что «в контексте автоматизированного сбора данных... становится все труднее проводить различие между созданием данных и получением данных, когда уже существует систематическая категоризация данных по объекту, собирающему данные»⁷. Построение *ratio decidendi* на таких слабых основаниях не согласуется с принципом правовой определенности и не отражает универсальности ИИ⁸, процесс создания базы данных которым не может быть разделен на этапы, такие как создание и получение содержимого базы данных. Критикуемый подход имеет глубокие последствия для практической значимости Директивы 96/9/ЕС и для прав пользователей. Действительно, на основании совместного дей-

¹ Commission, Evaluation, cit., 36.

² *Football Dataco Ltd. v. Stan James Ltd.* (№ 2) [2013] EWCA Civ 27.

³ Commission, Evaluation, cit., 25.

⁴ См., например: различные предложения Derclaye, *Databases Sui Generis Right: Should We Adopt the Spin-Off Theory?*, in *EIPR* 2004, 402, и Ottolia, op. cit., 79.

⁵ Проект Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», ст. 2 (2). (Директива (ЕС) 2019/790 Европейского парламента и Совета Европейского союза об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке и о внесении изменений в Директивы 96/9/ЕС и 2001/29/ЕС. — *Прим. пер.*).

⁶ «Косвенно», потому что это замечание относится к оборудованным датчиками, связанным объектам интернета вещей, но то же самое относится и к большинству сценариев ИИ.

⁷ Commission, Evaluation, cit., 15.

⁸ См.: Nazemi and Pedram, *Deploying Customized Data Representation and Approximate Computing*, in *Machine Learning Applications*, in *arXiv*, 3 June 2018.

ствия решений 2004 г., ограничивающих сферу действия Директивы, и дела *Ryanair*¹ утверждается, что не существует ограничений договорной автономии в случаях, когда база данных не охраняется в рамках Директивы 96/9/ЕС. Таким образом, Директива 96/9/ЕС не смогла ограничить присвоение данных договорными средствами, что будет более подробно разъяснено далее в разделе 7 настоящей статьи.

Стерилизующий эффект указанного прецедентного права усугубляется тем фактом, что решения 2004 г. были проинтерпретированы так, как будто они ввели теорию побочного продукта, т.е. как будто базы данных, представляющие собой только побочную деятельность компании, не подлежат правовой охране². В настоящей статье утверждается³, что теорию побочного продукта не следует трактовать как означающую, что если создание баз данных не является основным видом деятельности, то Директива 96/9/ЕС не будет применяться⁴. Такое широкое толкование выходит за рамки того, что в действительности решил Суд ЕС, и отрицательно сказывается на базах данных, созданных ИИ, поскольку приводит к распространенному мнению, что «базы данных, созданные машинами... можно в значительной степени считать “побочными” базами данных»⁵. Фактически суд пояснил, что создание базы данных может быть «связано с осуществлением основной деятельности, при которой лицо, создающее базу данных, является также создателем материалов, содержащихся в базе данных»⁶. Необ-

¹ *Ryanair*, cit., 386.

² Указания, содержащиеся в докладе Европейской комиссии (Commission, Evaluation, cit., 15), являются, вероятно, неточными, когда утверждают, что «базы данных, являющиеся побочным продуктом основной деятельности хозяйствующего субъекта (“spin-off” databases), в принципе не защищены правом *sui generis*, так как они не преодолевают порог “существенных инвестиций”» (аналогично *ivi*, 24). См. также: Hugenholtz, *Abuse*, cit., 203, который рассматривает теорию побочного продукта как способ избежать монополизации баз данных с единственным источником. Однако автор указывает на то, что указанного прецедентного права, даже широко трактуемого, недостаточно для того, чтобы противостоять монополизации баз данных с единственным источником, не подпадающим под действие теории побочного продукта.

³ См. также: *Ottolia*, op. cit., 76, согласно которому решения 2004 г. не вводят жесткого разграничения между компаниями, которые производят данные, и компаниями, которые их организуют. Тот факт, что база данных попадает или не попадает в сферу действия Директивы 96/9/ЕС, на самом деле не зависит от абстрактного и общего понятия производства данных.

⁴ Более детализированную версию этой интерпретации можно найти в Hugenholtz, *Abuse*, cit., 203.

⁵ Commission, Evaluation, cit., 35.

⁶ *British Horseracing*, cit., para. 35.

ходимо лишь установить, что получение, проверка или представление также «требовали значительных инвестиций... независимо от средств, использованных для создания этих материалов»¹. Даже если, к сожалению, эта теория основана на несостоятельном противопоставлении создания и получения данных, ее узкое толкование в том виде, в каком оно предлагается здесь, оставляет возможности для охраны баз данных ИИ правом *sui generis*. Так, например, если лицо инвестировало в два различных приложения для ИИ, одно из которых предназначено для интеллектуального анализа данных, а другое — для создания базы данных (получение, проверка, представление данных), то соответствующая база данных ИИ может быть защищена, если вторая инвестиция является существенной, независимо от того, является ли создание базы данных первичной или вторичной деятельностью².

ИИ может сделать пригодными для использования большие данные, имеющиеся в компаниях, путем обработки, структурирования и оптимизации этих данных. Было высказано предположение³, что, поскольку в решениях 2004 г. не рассматривались вопросы проверки и представления данных, можно было бы признать право *sui generis* на базы данных ИИ, если бы такая деятельность была связана со значительными инвестициями⁴. В конечном счете это может «повлиять на правовое регулирование формирующихся бизнес-моделей, основанных на анализе “больших данных” данных, генерируемых машинами, и интернета вещей»⁵.

С целью разъяснения случаев, когда инвестиция является существенной, Суд ЕС ограничился констатацией того, что «лицо, которое взяло на себя инициативу и риск осуществления существенных инвестиций с точки зрения человеческих, технических и (или) финансовых ресурсов при создании и эксплуатации базы данных, получает доход

¹ *British Horseracing*, cit., para. 35.

² См.: Derclaye, *Databases Sui Generis Right*, cit., 402, где, в частности, автор указывает, что «если теория побочного продукта, как представляется, указывает на более широкое понимание, что любая база данных, которая является побочным продуктом другой деятельности, не подлежит правовой охране, то она заходит слишком далеко».

³ Commission, Evaluation, cit., 25.

⁴ Об использовании ИИ для проверки данных см., например: Amrani, Lúcio, Bibal, *ML + FV = \$heartsuit\$? A Survey on the Application of Machine Learning to Formal Verification*, in *arXiv*, 10 June 2018. Об использовании ИИ для представления данных см., например: Soto, Kiro, Keselj, Milios, *Machine learning meets visualization for extracting insights from text data*, in *AI Matters* 2016, II, 15 ff.

⁵ Ibid.

от своих инвестиций, защищая себя от несанкционированного присвоения результатов этой инвестиции»¹. Существенность может быть качественной или количественной характеристикой, при этом количественная оценка относится к «поддающимся количественному измерению ресурсам, а качественная оценка — к усилиям, которые не поддаются количественному измерению, таким как интеллектуальные усилия или энергия»². В свете столь ограниченного круга руководящих указаний необходимо рассмотреть национальные подходы. В национальных судебных решениях, как правило, не уточняется понятие существенности инвестиций. Это объясняется тем, что «в большинстве случаев капиталовложения настолько огромны, что нет нужды обсуждать, достигнут ли требуемый уровень существенности»³. Исследователи, подробно изучившие данный вопрос, пришли к следующим выводам⁴. Во-первых, «инвестиции» следует определять широко, включая время, энергию или деньги. Во-вторых, порог существенности должен быть установлен на низком уровне⁵. Эта позиция недавно нашла свое подтверждение в проведенном по заказу Европейской комиссии исследовании в поддержку оценки Директивы 96/9/ЕС, где было отмечено, что «национальные суды были великодушны и предоставляли защиту для относительно небольших инвестиций»⁶. Этот вывод был подтвержден

¹ *Innoweb*, cit., para. 39, italics added, referring to *British Horseracing Board*, cit., paras. 32 and 46; *Fixtures Marketing*, cit., para. 35; Court of Justice 9 October 2008, *Directmedia Publishing*, case C-304/07, para. 33, in *ECR* 2008, I, 7565 and in this *Journal* 2009, 374 ff., см.: комм. Cogo. См. Также: Arezzo, *L'estrazione non autorizzata del contenuto di una banca dati*, in *Dir. ind.* 2009, 192, и Sammarco, *Sull'ampiezza del diritto sui generis in relazione all'attività di estrazione del contenuto di una banca di dati non avente carattere creativo*, in *Dir. inf.* 2008, 780.

² Параграфы 28 (*Svenska Spel*), 43 (ОРАР), 38 (*Veikkaus*) ссылаются на п. 7, 39 и 40 Преамбулы Директивы 96/9/ЕС. Из соображений краткости в данной статье не будут раскрыты понятия качественной и количественной существенности инвестиции. Подробнее об этих понятиях см.: Derclaye, *The legal protection*, cit., 91.

³ Derclaye, *Databases Sui Generis Right: What is a Substantial Investment? A Tentative Definition*, in *IIC* 2005, 2 ff.

⁴ Ivi, 4.

⁵ Например, во Франции см.: Cour de Cassation 23 March 2010, in *RIDA* 2010, 273, и в Италии Court of Rome 10 December 2009, упомянутые в Commission, Evaluation, cit., 27. Только в некоторых случаях национальные суды отказывали в защите ввиду отсутствия существенности инвестиций. См., например: во Франции Cour de Cassation 19 June 2013, 12–18.623, *Réseau fleuri v. L'Agitateur floral* (см.: JIIP and Technopolis Group, *Final report*, cit., 7) и Trib. com. Paris 16 February 2001, *AMC Promotion v. CD Publishers Construct Data Verlag GmbH* (см.: CARON, *Liberté d'expression et liberté de la presse contre droit de propriété intellectuelle*, in *Communication Commerce Electronique* 2002, II, 25).

⁶ JIIP and Technopolis Group, op. ult. cit., 8.

Комиссией, которая пояснила, что «по общему правилу инвестиции должны быть более чем минимальными, что указывает на относительно низкий пороговый уровень»¹. Таким образом, представляется очевидным, что отнюдь не существенность инвестиций препятствует охране баз данных ИИ в рамках Директивы 96/9/ЕС. Настоящей проблемой является противопоставление создания и получения данных. Соответственно, выдвинутое некоторыми изготовителями баз данных² предложение о том, чтобы требовать лишь несущественных инвестиций, не будет (в противоположность мнению Комиссии) «расширять сферу охраны и тем самым потенциально распространять право *sui generis* на область больших данных»³.

При рассмотрении вопроса о том, отвечают ли базы данных ИИ критериям правовой охраны, необходимо помнить о великодушном подходе к вопросам существенности инвестиций и широкой трактовке инвестирования. Если приложение ИИ разработано специально для создания определенной базы данных, то инвестиции в ИИ в принципе будут достаточными для того, чтобы претендовать на охрану правом *sui generis*. Вопрос усложняется, если ИИ сможет создавать базы данных серийно. В этом случае можно утверждать, что требование значительных инвестиций будет выполнено только для первой базы данных, если создание последующих баз данных не требует автономных человеческих, технических или финансовых усилий. Для первой базы данных было бы несущественно, если бы в ее создании принимал участие человек, поскольку инвестиции могут быть значительными по причине финансовых затрат на приложение ИИ. Таким образом, даже базы данных, создание которых было полностью автоматизировано, могут быть охвачены правом *sui generis*⁴. Напротив, если приложение для ИИ требует вмешательства человека всякий раз, когда оно создает базу данных (например, маркировка в случае контролируемого обучения), или приложения иных усилий, можно утверждать, что последующие базы данных, созданные ИИ, также могут охраняться правом *sui generis*.

¹ Commission, Evaluation, cit., 27.

² Ivi, 28.

³ Ibid.

⁴ Это мнение, как представляется, не разделяется Commission, Evaluation, cit. 36, где говорится, что если данные «требуют не только автоматической обработки и форматирования, но и ручной обработки и проверки качества... существует судебная практика, где относительно небольшие инвестиции давали основания для охраны правом *sui generis*». Это толкование основано на критикуемой выше теории побочного продукта и противопоставлении создания и получения данных.

В 2017 и 2018 гг. Европейская комиссия собрала доказательства¹ для принятия решения по вопросу о пересмотре Директивы 96/9/ЕС. Представляется очевидным, что главную озабоченность вызывало то, что право *sui generis* не подходило для автоматического сбора данных, генерируемых машинами, и интернета вещей. В ходе общественных консультаций 42 % респондентов указали, что право *sui generis* не подходит для указанных данных, которые должны охраняться (хотя и не объясняли, почему)². Убеждение, что базы данных, созданные с помощью машин, не охватываются правом *sui generis*, преобладает в научной литературе³. Противоположная позиция была высказана в ходе семинара, организованного в рамках исследования Комиссии в поддержку оценки Директивы 96/9/ЕС, большинство участников которого «сочли, что неясно, применяется ли право *sui generis* к данным, генерируемым машинами»⁴. О применимости права *sui generis* для машинных данных высказывается меньшинство ученых⁵, а также Федеральный верховный суд Германии в деле *Autobahnmaut*⁶. В указанном деле суд пришел к выводу, что данные об автодорожных сборах, генерируемые машинами, должны были охраняться правом *sui generis*, поскольку автодорожное предприятие вложило значительные финансовые средства в регистрацию ранее существовавших данных об автомобилях, использующих автостраду, а также в проверку и представление этих данных с помощью компьютерной программы. Это имеет большое значение для баз данных ИИ не только потому, что показывает невозможность разграничения создания и получения данных, но и потому, что инвестиции в некоторое программное обеспечение, обеспечивающее проверку и представление содержимого, могут быть достаточными для защиты баз данных ИИ правом *sui generis*.

¹ Они включали в себя консультации с общественностью, встречи с заинтересованными сторонами, исследование по заказу Европейской комиссии, в том числе онлайн-исследование, углубленные интервью и семинар (JIP and Technopolis Group, *Final report*, cit.).

² *Synopsis report on the responses to the public consultation activities on the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, para. 1.2.5.

³ Leistner, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in Lohsse, Schulze, and Staudenmayer (eds), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Nomos, Baden-Baden, 2017, 25.

⁴ JIP and Technopolis Group, *Final report*, cit., 25.

⁵ Ivi, 28. Данная интерпретация прецедентного права Судом ЕС критикуется в докладе и, в частности, в деле *British Horseracing и Fixtures Marketing*.

⁶ *Autobahnmaut*, BGH I ZR 47/08 (25 March 2010).

Несмотря на различные сигналы, авторы доклада, подготовленного по заказу Европейской комиссии, пришли к выводу о том, что «Директива “О правовой охране баз данных” не применяется к базам данных, созданным с помощью... искусственного интеллекта. Фактически создание этих баз данных тесно связано с созданием их содержания»¹. Даже если с этим утверждением можно было бы согласиться, возникают по крайней мере два возражения. Во-первых, такое исключение баз данных ИИ из-под действия Директивы 96/9/ЕС вытекает не из Директивы, а из ее узкой трактовки Судом ЕС в целях ограничения рисков монополизации. И действительно, Комиссия указала, что «толкование сферы применения в постановлениях Суда справедливости от 2004 года... исключает опасения по поводу того, что право *sui generis* играет антиконкурентную роль»². Такое толкование основано на чрезмерном акценте на некоторых пунктах Преамбулы Директивы 96/9/ЕС и на невозможности разграничения создания и получения данных. Если станет ясно, что, не угрожая свободному доступу к знаниям, Директива 96/9/ЕС может сыграть позитивную роль в предотвращении договорных злоупотреблений, то можно ожидать обращения вспять судебной практики, которая прояснит применимость права *sui generis* к базам данных ИИ. Решение может заключаться не в отмене права *sui generis*, как того требуют те, кто обнаружил, что оно не стимулирует инвестиции³, а в его расширении⁴. Во-вторых, базы данных ИИ — это не только базы данных, в которых ИИ создает данные, но это также базы данных, в которых ИИ получает, проверяет или представляет их содержимое. В последнем случае право *sui generis*, даже в узком толковании, данном Судом ЕС, применяется к некоторым базам данных ИИ. Например, можно утверждать, что информация *Amazon Echo* является базой данных, не-

¹ Ivi, ii. Те же авторы, однако, переформулировали эту позицию более деликатно, утверждая, что «интернет вещей, искусственный интеллект, данные, генерируемые алгоритмами и сенсорами, большие данные приобретают все большее экономическое значение. Тем не менее, неясно... охватывает ли их нынешнее определение базы данных и, что еще более важно, должны ли они пользоваться защитой в соответствии с правом *sui generis*» (ivi, 5).

² Ivi, 21, где такой эффект также связан с «повсеместным распространением договоров» (там же). Эта довольно неясная ссылка не должна толковаться как означающая, что повсеместное распространение договоров в индустрии баз данных не имеет антиконкурентных последствий.

³ Ibid.

⁴ Это мнение не является единственным — см., например: ivi, iii.

смотря на то что это не основной вид деятельности, осуществляемой компанией *Amazon*, если можно доказать, что были произведены существенные инвестиции в получение, проверку и представление данных. Информация о человеческом вкладе в эту базу данных и об иных потенциальных усилиях не является общественным достоянием, поэтому нельзя сделать определенный вывод. Однако даже в случае незначительного или нулевого участия человека порог существенности все равно может быть достигнут при условии доказательств финансовых затрат на разработку технологии ИИ.

Как было указано ранее, вопреки позиции данной статьи доминирующей является позиция, что право *sui generis* вряд ли будет охватывать базы данных ИИ и большие машинные данные. Для исправления этой ситуации Европейская комиссия предложила ввести право производителя данных (*data producer's right*) на неперсональные или анонимизированные данные¹. Право производителя данных, которое может быть помещено в контекст обсуждения владения данными², будет представлять собой «право использовать и разрешать использование неперсональных данных»³, предоставленное производителю данных, т.е. «владельцу или долгосрочному пользователю (т.е. арендатору) устройства»⁴. Таким образом, пользователи будут «использовать свои данные и тем самым способствовать разблокированию данных, генерируемых устройством»⁵.

Основания для данного предложения могут показаться *prima facie* неоспоримыми. Действительно, по мнению Европейской комиссии, поскольку право *sui generis* имеет ограниченное применение в контексте больших машинных данных и поскольку последнее имеет ос-

¹ Commission, *Free Flow of Data*, cit.

² Hoeren, *Big data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe*, in *EIPR* 2014, XII, 751 ff.; Zech, *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data*, in *JIPLP* 2016, VI, 460 ff.; Burns, *Regulating machine data: less is more for global growth*, in *WIPO Magazine* 2017, VI; Stalla-Bourdillon et al., *Building the European data economy. Position paper on the proposal for a new right in non-personal data* (URL: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-30/consultation_data_eco-knight_65284C58-BC45-BD3E-6F27AD94A35F71EC_46162.pdf (дата обращения: 30.10.2018)); Hugenholtz, *Against data Property: Unwelcome Guest in the House of IP*, in Ulrich, Drahos, and Ghidini, *Kritika. Essays on Intellectual Property*, 3, Elgar, Cheltenham, 2018, 48; Drexel, op. loc. cit.

³ Commission, *Free Flow of Data*, cit., 13.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

новополагающее значение для экономики данных, то из этого следует, что нам необходимо ввести упомянутое новое право. Однако это двойное предположение не доказано и, напротив, настоящая статья способствует доказательству того, что оно просто ошибочно. Действительно, право *sui generis* может охватывать базы данных ИИ, а в отношении данных, выходящих за рамки Директивы, эффективная (если не чрезмерная) защита может осуществляться с помощью договоров, технических средств защиты, режима коммерческой тайны и законов о недобросовестной конкуренции¹. При столь надежной защите, как представляется, нет необходимости в дополнительных стимулах в виде новых прав. Более того, доступ к такой форме защиты может препятствовать использованию права *sui generis*, способствуя тем самым стерилизации Директивы 96/9/ЕС². В целом можно сказать, что введение права производителя данных было бы неправильным решением надуманной проблемы.

Сохранение права *sui generis*, таким образом, могло бы принести тройную выгоду. Прежде всего, это обеспечило бы определенную форму защиты для произведений ИИ, содержащихся в базе данных, произведений ИИ, которые в противном случае оказались бы в общественном достоянии ввиду отсутствия оригинальности. Это позволило бы извлечь ценность из произведений ИИ, в то же время препятствуя их монополизации. Во-вторых, пересмотренное право *sui generis* позволило бы предотвратить ненадлежащее присвоение данных договорными средствами путем уменьшения негативных последствий дела *Ryanair*, провозгласившего неограниченную договорную автономию. Наконец, предоставление некой формы защиты данным существенно ослабило бы новое право производителя данных, которое больше не являлось бы необходимым для европейской экономики данных.

6. Нарушение авторских прав, исключения и интеллектуальный анализ данных на едином цифровом рынке

При наличии инвестиций в ИИ, которые явно используются для получения, проверки и представления содержимого базы данных, скорее всего, будет применяться право *sui generis*. Основная проблема, как мы видели, заключается в определении «получения» данных, принимая во внимание выработанное судебной практикой противопоставление

¹ Drexl, op. loc. ult. cit.

² Burns, op. loc. cit.

между созданием и получением данных. Отличным примером невозможности разграничения создания и получения данных является интеллектуальный анализ данных, растущее значение которого тесно связано с развитием технологий ИИ. Интеллектуальный анализ данных выявляет корреляцию между существующими данными¹, поэтому хотя на первый взгляд этот процесс можно рассматривать как «создание» данных, скорее всего это все-таки «получение» данных. Возможность доказать и то, и другое подтверждает, что следует отказаться от противопоставления создания и получения данных.

Значение интеллектуального анализа данных было признано Европейской комиссией, которая, соответственно, сделала специальное исключение в предложенной реформе авторского права ЕС. Однако необходимо оценить, в какой степени существующие исключения могут представлять собой законное основание для интеллектуального анализа данных в целях защиты в случае судебного спора о нарушении исключительных прав.

Итак, понятия «нарушение» и «база данных ИИ» можно проанализировать с двух точек зрения — либо как нарушение права на базу данных ИИ, либо как нарушение, совершенное ИИ при создании базы данных. Первый аспект будет проанализирован лишь вкратце, поскольку нет никаких существенных различий между нарушением права на базу данных ИИ и традиционными нормами авторского права². Напротив, второй сценарий имеет первостепенное значение с точки зрения данной статьи, поскольку если интеллектуальный анализ данных рассматривать как правонарушение *per se*, то это существенно ограничило бы потенциал влияния ИИ на рынок баз данных.

Нарушение авторского права на базу данных лишь частично регулируется Директивой 96/9/ЕС, поэтому соответствующий режим следует трактовать, исходя из общих принципов нарушения авторского права, т.е. необходимо доказать наличие запрещенного действия³,

¹ Проект Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», ст. 2 (2). (Согласно принятому тексту Директивы (ЕС) 2019/790 «интеллектуальный анализ текстов и данных» означает любой автоматизированный аналитический метод, направленный на анализ текстов и данных в цифровой форме с целью получения информации, которая включает в себя, но не ограничивается ими, модели, тенденции и корреляции. — *Прим. пер.*)

² Более подробный анализ нарушения исключительных прав на базу данных см.: Derclaye, *The legal protection*, cit., 100 ff., и JIP and Technopolis Group, *Legal annex*, cit., 27–43, 69–96.

³ Директива 96/9/ЕС, ст. 5.

причинно-следственной связи¹ и существенности². Таким образом, нарушение авторского права на базу данных имеет место, когда кто-либо без разрешения владельца базы данных ИИ воспроизводит, изменяет, распространяет или сообщает для всеобщего сведения всю или существенную часть базы данных³, при условии, что новая база данных создана на основе той, права на которую были нарушены.

Существенность — единственный аспект, заслуживающий более пристального внимания. Действительно, это вопрос качества, а не количества, в том смысле, что «воспроизведение части, которая сама по себе не имеет оригинальности, как правило, не является существенной частью авторского права и потому не будет охраняться»⁴. Следовательно, поскольку оригинальность имеет ограниченную сферу применения в области баз данных, третьим лицам будет разрешено более обширное копирование содержания (по сравнению с традиционными авторскими произведениями) до тех пор, пока они не используют оригинальное выражение идей автора. Наконец, в случае выполнения указанных требований законный пользователь все же может полагаться на возражения или исключения, установленные Директивой 96/9/ЕС⁵, в частности, если он сможет доказать, что выполненное действие было необходимо для доступа к содержимому базы данных или находится в пределах ее обычного использования, что не требует разрешения владельца⁶. Это единственное обязательное исключение из авторского права на базу данных, которое не может быть отменено договором⁷. Кроме того, государства — члены ЕС имеют право по своему усмотрению расширять общие исключения из авторского права

¹ Если нет доказательств прямого копирования, то основное внимание будет уделено доказательству доступа и тому, что сходства между двумя базами данных достаточно многочисленны, близки или обширны, чтобы сделать вероятным предположение о том, что сходство связано с копированием, а не с совпадением. *Designers Guild v. Russell Williams* [2001] FSR 113. Доступ к базе данных должен быть легко доказан, если она может использоваться только зарегистрированными пользователями или если имеется какая-то система протоколирования.

² *Infopaq*, cit.

³ Исключительное право владельца базы данных поддерживается авторским правом ЕС. См.: Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2001/29/ЕС от 22.05.2001 «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе». Ст. 2—4.

⁴ *Ladbroke v. William Hill* [1964] 1 W.L.R. 273, 293.

⁵ Директива 96/9/ЕС, ст. 6 (1).

⁶ Там же, ст. 6 (2).

⁷ Там же, ст. 15.

и вводить исключения для воспроизведения в личных целях (но только для неэлектронных баз данных) в целях общественной безопасности, преподавания или научных исследований. Последнее исключение, которое применяется также к праву *sui generis*, заслуживает большего внимания, поскольку его могут использовать владельцы баз данных ИИ, которые создают свои базы данных, используя интеллектуальный анализ данных, ориентированный на содержание баз данных третьих лиц. Такой интеллектуальный анализ данных будет законным только в том случае, если его единственной целью является некоммерческое научное исследование и при должном указании источника¹. В отношении последнего положения следует иметь в виду необходимость «указания имен авторов и (или) источников, что не всегда имеет смысл для анализа данных»². Хотя это исключение является менее узким, чем предусмотренное проектом Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке» (как будет показано ниже), должное указание, возможность исключить его договором³ и его необязательность могут существенно снизить его практическую значимость⁴. Кроме того, оценивая сферу действия указанного исключения, необходимо помнить, что все исключения из прав на базу данных подвергаются так называемому трехступенчатому тесту и, следовательно, не могут необоснованно ущемлять законные интересы владельца базы данных ИИ или вступать в конфликт с нормальным использованием базы данных⁵.

Что касается средств правовой защиты, то Директива 96/9/ЕС лишь предписывает их введение, оставляя за государствами — членами ЕС

¹ Директива 96/9/ЕС, ст. 6 (2) (b).

² Triaille, De Meeûs D'argenteuil, and De Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, Publications Office, Luxembourg, 2014, 116.

³ Об использовании договоров для отмены исключений из авторского права см.: Aronsson-Storrier, *Submission to Australian Department of Communication and the Arts, Copyright Modernisation Consultation: Contracting out of Copyright Exceptions*, in SSRN, 3 July 2018 (URL: <https://ssrn.com/abstract=3211946>).

⁴ Dutilh, *op. cit.*, 545 указывает, что, по мнению некоторых заинтересованных сторон, «исключения (в целях образования и науки) должны быть обязательными. Поскольку это исключение не является обязательным, Франция, Италия и Ирландия не применяют его». Следует отметить, что в Италии существует исключение для баз данных, связанное с исследованиями (см.: Article 64 *sexies*, para. 1, lett. a, l.a.).

⁵ Ст. 6 (3) Директивы 96/9/ЕС предусматривает трехступенчатый тест, применяемый к авторскому праву на базы данных. Статья 8 (2) Директивы 96/9/ЕС содержит аналогичное положение в сфере применения права *sui generis*. Это может показаться двухступенчатым тестом, хотя ссылка на Бернскую конвенцию об охране литературных и художественных произведений, вероятно, будет означать, что перечень исключений является исчерпывающим (Бернская конвенция, ст. 9 (2)).

право решать, как их регулировать¹. Почти десять лет спустя Европейская комиссия пояснила, что Директива 2004/48/ЕС² применяется к авторскому праву, смежным правам и праву *sui generis*³. Таким образом, владелец базы данных, созданной ИИ, сможет реагировать на нарушения со стороны третьих лиц, используя корректирующие меры⁴, судебные запреты⁵, компенсационные действия⁶ или иные средства правовой защиты, предусмотренные применимым национальным законодательством⁷.

Хотя средства правовой защиты одни и те же, остальная часть режима нарушения авторского права и права *sui generis* отличается. Нарушение последнего имеет место в случае несанкционированного извлечения или повторного использования содержимого базы данных или ее значительной части, оцененное качественно или количественно⁸. Правонарушитель извлекает содержимое, если он постоянно или временно переносит данные на другой носитель информации любым способом и в любой форме⁹. В свою очередь, повторным использованием содержимого базы данных считается ее доведение до всеобщего сведения в любой форме, за исключением ее использования публичными библиотеками¹⁰. В то время как ознакомление с базой данных само по себе не является нарушением авторских прав, передача или доведение до всеобщего сведения содержимого базы данных для последующего просмотра на экране представляет собой потенциальное нарушение авторских прав¹¹. С точки зрения искусственного интеллекта также важно помнить, что извлечение

¹ Директива 96/9/ЕС, ст. 12.

² *Statement by the Commission concerning Article 2 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights* (2005/295/EC) [2005] OJ L 94/37.

³ Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2004/48/ЕС от 29.04.2004 «Об обеспечении прав интеллектуальной собственности».

⁴ Там же, ст. 10.

⁵ Там же, ст. 11.

⁶ Там же, ст. 13.

⁷ Там же, ст. 16.

⁸ Директива 96/9/ЕС, ст. 7 (1).

⁹ Там же, ст. 7 (2) (а).

¹⁰ Там же, ст. 7 (2) (b), которая включает распространение копий, прокат, онлайн и иные формы передачи.

¹¹ *Directmedia Publishing*, cit., paras. 34–36.

и повторное использование толкуются широко и включают в себя полностью автоматизированное извлечение и повторное использование¹. Количественная оценка существенности подразумевает объем данных, извлеченных или повторно использованных, «и должна оцениваться по отношению к объему содержимого всей этой базы данных»². Качественная оценка существенности, в свою очередь, означает рассмотрение масштаба инвестиций в получение, проверку или представление, независимо от объема извлеченных или повторно использованных данных³. Хотя эти понятия кажутся достаточно широкими, чтобы охватить большинство правонарушений, важно помнить, что тот факт, что извлечение или повторное использование содержимого влияет на ценность содержимого базы данных, не имеет значения при оценке нарушения права *sui generis*⁴. С точки зрения данной статьи важно отметить, что, учитывая общую, хотя и открытую для критики тенденцию к отрицанию возможности защиты баз данных ИИ правом *sui generis*, можно предположить, что только базы данных ИИ, в отношении которых будут доказаны очень существенные инвестиции, будут признаны охраноспособными указанным правом. Таким образом, по сравнению с традиционными базами данных более вероятно, что нарушение будет связано с извлечением или повторным использованием существенной части содержимого, оцененного с качественной точки зрения.

Суд ЕС дал некоторые указания относительно того, охватывает ли термин «извлечение» также материалы, полученные косвенным путем из базы данных в случае отсутствия прямого доступа к ней⁵. Ответ на этот вопрос имеет решающее значение в свете того, что после решения по делу *Ryanair* стало ясно, что договоры в сочетании с техническими средствами защиты могут предоставить сильнейшую форму защиты владельцам баз данных, за единственным исключением в виде защиты от третьих лиц, не являющихся стороной договора. В силу частного характера договорной связи использование и распространение данных,

¹ *Innoweb*, cit., 28, and 33, отсылающее к *British Horseracing*, cit., para. 51, и *Football Dataco*, cit., para. 20.

² *British Horseracing*, cit., para. 70.

³ *Ivi*, para. 71, где суд добавляет, что «количественно незначительная часть содержимого базы данных может на самом деле представлять собой, с точки зрения получения, проверки или представления, значительные человеческие, технические или финансовые инвестиции».

⁴ Пункт 46 Преамбулы Директивы 96/9/ЕС и *British Horseracing*, cit., para. 72.

⁵ *British Horseracing*, cit., paras. 51 ff.

полученных только косвенным путем из базы данных, не является противозаконным, если последняя выходит за рамки действия Директивы 96/9/ЕС, например, потому что значительные инвестиции были сделаны в создание данных, а не в их получение, проверку или представление. По этому вопросу Суд ЕС указал, что «извлечение» также распространяется на материалы, которые хотя и были первоначально получены из защищенной базы данных, но были получены из нее только косвенным образом. Действительно, другое решение оставило бы «изготовителя базы данных без защиты от несанкционированного копирования с копии базы данных»¹ и «нанесло бы ущерб инвестициям изготовителя базы данных»². Наглядным свидетельством тому служит тот факт, что принцип исчерпания применяется в этой области только в отношении контроля над перепродажей базы данных, в то время как первоначальный владелец все еще может контролировать извлечение и повторное использование³.

С точки зрения ИИ крайне важно понимать положение⁴, согласно которому новая база данных и, соответственно, новый срок охраны возникают в случае «любого существенного изменения, оцененного качественно или количественно, содержимого базы данных, включая любые существенные изменения в результате накопления последовательных добавлений, исключений или изменений, которые привели бы к тому, что база данных рассматривалась бы в качестве новой существенной инвестиции, оцененной качественно или количественно»⁵. Таким образом, учитывая, что ИИ может облегчить внесение изменений в содержимое базы данных, можно утверждать, что ИИ может легко инициировать это положение, что потенциально может привести к вечной охране базы данных, охватывая также и те части содержимого, которые не были изменены⁶.

Итак, нарушение права на базы данных ИИ может быть вызвано неоднократным и систематическим извлечением или повторным использованием несущественных частей содержимого в противоречии с нормальным использованием этой базы данных или необоснованно

¹ Ivi, para. 52.

² Ivi, para. 53.

³ Директива 96/9/ЕС, ст. 7 (2) (b).

⁴ Там же, ст. 10 (3).

⁵ Директива 96/9/ЕС, ст. 10 (3).

⁶ Pila and Torremans, *op. loc. cit.* критически оценивают вечную охрану, охватывающую старое содержание.

ущемляющим законные интересы изготовителя¹. Цель данного положения заключается в том, чтобы избежать извлечения или повторного использования значительной части содержимого «с черного хода»². Указанные неоднократные и систематические действия становятся нарушением только в том случае, если кумулятивный эффект наносит серьезный ущерб инвестициям³, приводя к несанкционированному «восстановлению базы данных в целом или, по крайней мере, ее существенной части»⁴. Кроме того, следует иметь в виду, что правонарушение не обязательно должно осуществляться с целью создания другой базы данных⁵. Таким образом, например, было бы противозаконно, если бы путем интеллектуального анализа данных извлекались несущественные части базы данных ИИ, из которых в дальнейшем восстанавливалась существенная часть базы данных.

В настоящее время в отсутствие требований о повторном извлечении договорные положения, ограничивающие право законного пользователя на извлечение или повторное использование несущественных частей базы данных, охраняемой правом *sui generis*, являются недействительными⁶. Таким образом, например, договорное положение компании *Amazon*, направленное на предотвращение извлечения или повторного использования какого-либо содержимого ее сервисов, не имеет исковой силы⁷. Аналогичным образом можно утверждать, что положение, запрещающее «интеллектуальный анализ данных, роботов или аналогичные инструменты для сбора и извлечения данных (однократно или многократно)»⁸, не имеет юридической силы. В настоящей статье утверждается, что если указанные действия подпадают под право на несущественное извлечение или любое обязательное исключение, то такие договорные положения будут считаться недействительными. С точки зрения настоящей статьи все акты неоднократного несущественного извлечения или повторного использования являются законными, а не только акты, осуществляемые в некоммерческих целях;

¹ Директива 96/9/ЕС, ст. 7 (5).

² Common Position (EC) № 20/95 adopted by the Council on 10 July 1995, OJ 1995 C 288, 14.

³ *British Horseracing*, cit., para. 86.

⁴ Ivi, para. 87.

⁵ Ivi, para. 86.

⁶ Директива 96/9/ЕС, ст. 15.

⁷ *Amazon Conditions of Use and Sale*, clause 3.

⁸ Ibid.

при этом указание источника не требуется¹. В сочетании с широким распространением договоров это делает данное право более привлекательным для исследователей данных, чем исключение в целях научных исследований – при условии, что они разрабатывают модель таким образом, чтобы она была нацелена на ряд различных баз данных и извлекала или повторно использовала содержимое каждой из них, не выходя за порог существенности. Главная проблема, по всей видимости, заключается в том, как кодировать «существенность», поскольку это довольно расплывчатое понятие. Поэтому в этой связи было бы весьма желательно получить дальнейшие указания от Суда ЕС².

Второй важнейший исследовательский вопрос заключается в том, является ли законным интеллектуальный анализ данных, используемый для создания базы данных. Основные препятствия представляются договорными (например, если условия использования сайта препятствуют этому)³, а также обусловленными тем фактом, что по крайней мере часть текста и извлекаемых данных может охраняться правами интеллектуальной собственности⁴.

В проекте Директивы об авторском праве на цифровом едином рынке интеллектуальный анализ данных определяется как «любой автоматизированный аналитический метод, направленный на анализ текстов и данных в цифровой форме с целью получения такой информации, как закономерности, тенденции и корреляции»⁵. Для понимания того, как работает интеллектуальный анализ данных, соответствующий процесс можно разделить на четыре этапа⁶. Первый

¹ Директива 96/9/ЕС, ст. 8 (1).

² О проблеме кодирования юридических понятий, которая стала безотлагательной в связи с обязательством проектируемой конфиденциальности в соответствии с Общим регламентом о защите персональных данных см.: Noto La Diega, *Against the dehumanisation*, cit., 3 and passim.

³ См., например: Facebook's Automated Data Collection Terms, last updated on 15 April 2010, и Amazon's Conditions of Use and Sale, clause 3. Об этом аспекте см.: Ducato and Strowel, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to "Machine Legibility"* in *IIC* 50, 649–684 (2019) в контексте умных систем раскрытия информации и, в частности, автоматизированного анализа договоров и политики конфиденциальности в целях повышения осведомленности потребителей.

⁴ См.: скрупулезную работу Montagnani and Aime, *Il text and data mining e il diritto d'autore*, in this *Journal* 2017, 376 ff., к которой можно найти глубокий анализ и библиографические ссылки.

⁵ Проект Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», Article 2 (2).

⁶ Caspers and Guibault, *Baseline Report of Policies and Barriers of TDM in Europe*, Future TDM, Wien, 2016, 9.

этап (не всегда присутствующий) включает в себя скрейпинг¹ и краулинг², используемые разработчиком для поиска соответствующего содержания и извлечения информации, например, путем сохранения ее на собственном устройстве или в облаке. Вторым этапом является создание целевого набора данных. Это может включать преобразование содержимого в целях стандартизации, его обогащение метаданными, а также выбор только части содержимого, которая считается необходимой для анализа. Разработчик извлекает указанное содержание в новый набор данных, который он будет использовать для третьего этапа процесса, т.е. анализа, который осуществляется с помощью программного обеспечения для интеллектуального анализа, алгоритм которого может быть разработан разработчиком специально (но это необязательно). Последним этапом является публикация результатов интеллектуального анализа, которая может принимать различные формы, от академической работы до собственной базы данных³.

Можно предположить, что поскольку разработчики делают свободный и творческий выбор при подборе содержания базы данных, как это видно на третьем этапе процесса, то они оставляют свои характерные черты на базе данных, которая, таким образом, была бы оригинальной, а значит, охранялась бы авторским правом⁴. Однако оригинальность должна учитывать выбор уже существующего содержания, а не создание нового, что составляет суть процесса интеллектуального анализа данных.

Специалисты по компьютерным наукам жалуются на то, что на вопрос о законности интеллектуального анализа данных не было дано

¹ Скрейпинг — это «процесс создания полуструктурированного документа из интернета... и анализа документа для получения определенных данных со страницы, которые будут использоваться для других целей» (Kurnjwati and Triawan, *Increased information retrieval capabilities on e-commerce websites using scraping techniques*, in *2017 International Conference on Sustainable Information Engineering and Technology*, IEEE, Piscataway, 2018, 226). Иными словами, это «метод извлечения данных из Всемирной паутины... и сохранения их в файловой системе или базе данных для поиска или последующего анализа» (там же).

² Скрейпинг и краулинг пересекаются, но скрейпинг может быть осуществлен «вручную пользователем или автоматически — ботом или веб-краулером» (Kurnjwati и Triawan, *op. loc. cit.*). Кроме того, веб-скрейпер можно рассматривать как сочетание веб-краулера для сканирования ссылок и экстрактора данных для отсканированных ссылок. Mahto and Singh, *A dive into Web Scraper world*, in *2016 3rd International Conference on Com-puting for Sustainable Global Development*, IEEE, Piscataway, 2016, 689, 690.

³ Ibid.

⁴ *Football Dataco*, *cit.*, para 38.

адекватного ответа¹. В США некоторая определенность могла быть достигнута в деле *eBay v. Bidder's Edge*², где судья инновационным образом применил к онлайн-деятельности норму о нарушении границ движимого имущества и, соответственно, выдал знаменитому portalу электронной коммерции судебный запрет, запрещающий краулинг веб-сайта в целях агрегирования данных на аукционах. С точки зрения данной работы важно подчеркнуть, что суд счел существенным тот факт, что *Bidder's Edge* должен был принять условия обслуживания *eBay*. Данное дело, однако, не может считаться достоверным прецедентом, поскольку спор был урегулирован во внесудебном порядке³, а также потому, что последующие дела вызывали определенные сомнения в его обоснованности⁴. Другие дела в США подтверждают законность (или, по крайней мере, отсутствие неправомерности) краулинга, поскольку эта деятельность не нарушает законы о борьбе со взломами, хотя другие авторы считают это нарушением авторских прав⁵.

В Европе в настоящее время не существует исключений в отношении интеллектуального анализа данных⁶, однако можно предположить, что они могут подпадать под действие существующих исключений⁷. Основные положения относятся к исключениям в отношении временного воспроизведения⁸, воспроизведения в личных целях⁹, использования в целях преподавания и научных исследований¹⁰.

¹ Mahto and Singh, *op. cit.*, 689, статья посвящена веб-краулингу, но рассуждения применимы ко всем видам интеллектуального анализа данных.

² 100 F.Supp.2d 1058 (N.D. Cal. 2000).

³ Mahto and Singh, *op. loc. ult. cit.*

⁴ *Intel Corp. v. Hamidi*, 30 Cal. 4th 1342 (2003), и *White Buffalo Ventures, LLC v. Univ. of Tex. at Austin*, 420 F.3d 366, 370–374 (5th. Cir. 2005).

⁵ Mahto and Singh, *op. cit.*, 689–690. See inter alia *Linkedin v. Doe Defendants*, case № 5:16-cv-4463 (US District Court, Aug. 8, 2016), *Linkedin v. Robocog*, Case № C14-00068 (WHA) (US District Court, January 6, 2014), and *Southwest Airlines Co. v. Boardfirst LLC*, Civ. Act. № 3:06-CV-0891-B (N.D. Texas, 12 September 2007).

⁶ Однако отдельные государства — члены ЕС ввели такое исключение. См., например: в Великобритании Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 29A as inserted by The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014 (S.I. 2014/1372).

⁷ Сфера действия исключения в исследовательских целях и законные права пользователя в соответствии с Директивой 96/9/ЕС были проанализированы выше.

⁸ Директива 2001/29/ЕС, ст. 5 (1).

⁹ Там же, ст. 5 (2) (b).

¹⁰ Там же, ст. 5 (3) (a).

Во-первых, следует задаться вопросом, можно ли рассматривать интеллектуальный анализ данных на всех его этапах как простое проходящее или случайное воспроизведение, направленное исключительно на передачу по сети посредником между третьими сторонами, или правомерное использование произведения, которое не имеет независимого экономического значения. С другой стороны, это исключение является обязательным, поэтому оно присутствует в законодательстве всех государств — членов ЕС, хотя в некоторых из них от него можно отказаться в договорном порядке¹. Основная проблема здесь заключается в том, что данное исключение предназначено для кэширования и просмотра интернет-страниц² и Суд ЕС истолковал соответствующие требования узко³.

Как видно из описанного выше четырехэтапного процесса, интеллектуальный поиск данных может привести к созданию копий, которые не являются временными или вспомогательными⁴. Более того, в то время как результаты интеллектуального анализа данных заранее не определены, указанное исключение применяется только для определенных целей, таких как передача по сети между третьими сторонами. Такое временное воспроизведение не может «вести к модификации данного произведения»⁵. Это требование исключает возможность использования данного исключения в нашем контексте, поскольку интеллектуальный анализ данных в большинстве случаев приводит к указанной модификации, например если на этапе анализа произведение трансформируется таким образом, чтобы машина могла его обработать⁶.

¹ Более подробную информацию см., например: Kretschmer, Derclaye, Favale, and Watt, *The relationship between copyright and contract law*, *Intellectual Property Office Research Paper* № 2010/4, а также Aronsson-Storrier, *op. loc. ult. cit.*

² Директива 2001/29/ЕС, п. 33 Преамбулы.

³ Court of Justice 5 June 2014, *Public Relations Consultants Association v. Newspaper Licensing Agency*, case C-360/13, in this *Journal* 2014, 1591, *Infopaq*, *cit.*, и Court of Justice 4 October 2011, *Football Association Premier League v. QC Leisure*, case C-403/08, in *ECR* 2011, I, 9083. См.: Alberti, *Radiodiffusione via satellite e clausole di esclusiva territoriale: note a margine di CEG*, 4 ottobre 2011, in *Europa e diritto privato* 2012, 256; Bonadio and Santo, *Communication to the Public*, in *FAPL v. QC Leisure and Murphy v. Media Protection Services (C-403/08 and C-429/08)*, in *EIPR* 2012, 277 ff.; Gietzelt and Ungerer, *Die urheberrechtliche Dimension des Internetbrowsers und Caching*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2014, 278 ff.

⁴ Triaille, De Meeûs D'argenteuil, and De Francquen, *op. loc. ult. cit.*

⁵ *Infopaq*, *cit.*, para. 54.

⁶ Triaille, De Meeûs D'argenteuil, and De Francquen, *op. loc. ult. cit.*, 31–32.

Что касается исключения в целях научных исследований, то, в отличие от аналогичного исключения в отношении прав на базу данных, в данном случае указание источника необходимо только тогда, когда это возможно, чего, как правило, не происходит, если речь идет об интеллектуальном анализе данных. Однако, возможно, это исключение еще меньше подходит для интеллектуального анализа данных, поскольку оно ограничено единственной целью — быть иллюстрацией для обучения или некоммерческих научных исследований¹. Кроме того, государства — члены ЕС могут имплементировать его по своему усмотрению. Первое препятствие заключается в том, что в национальном законодательстве данное исключение было истолковано узко — как охватывающее главным образом «воспроизведение в личных целях, использование в целях обучения или маломасштабного исследования»². Кроме того, его применение в онлайн-среде ограничено³. Аналогичные проблемы характеризуют исключение в отношении воспроизведения произведений в личных целях, которое истолковывается как создание копий физическими лицами в семейном кругу в целях, которые не являются даже косвенно коммерческими, и подразумевает компенсацию правообладателям⁴. Более того, оно является необязательным, о чем свидетельствует тот факт, что в Великобритании больше не действует исключение в отношении воспроизведения произведений в личных целях⁵. Эти исключения вряд ли применимы к большинству видов деятельности, связанных с интеллектуальным анализом данных.

В целом такие исключения способны не наделять потребителей эффективными правами: они являются узкими, обычно необязательными, преодолеваются с помощью договоров или технических средств защиты, непоследовательно имплементированы и, что более важно,

¹ Более глубокий анализ см.: Guibault, Westkamp, and Rieber-Mohn, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, European Commission, Brussels, 2007, 49 ff.

² Caspers and Guibault, *op. cit.*, 34.

³ Geiger, Griffiths, Hilty, and Suthersanen, *op. loc. ult. cit.*

⁴ Valenti, *sub art. 12 l. a.*, in Marchetti e Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1514.

⁵ В Соединенном Королевстве исключение в отношении воспроизведения в личных целях было отменено в 2015 году, и нет никаких признаков возможного восстановления. См.: Noto La Diega, *In light of the ends. Copyright hysteresis and private copy exception after the British Academy of Songwriters, Composers and Authors (BASCA) and others v Secretary of State for Business, Innovation and Skills case*, in *Diritto Mercato tecnologia* 2015, II, 1 ff.

не охватывают большинство этапов и видов деятельности, связанных с интеллектуальным анализом данных¹.

В свете методологического решения, предусматривающего сведение к минимуму политических соображений и сосредоточение внимания на действующих нормах, необходимо сказать пару слов о предлагаемом исключении в отношении интеллектуального анализа текстов и данных, предусмотренном проектом Директивы об авторском праве на цифровом едином рынке². Наиболее позитивная и актуальная инновация заключается в том, что это исключение является обязательным³ и не может быть отменено договором⁴. Второй аспект, который следует отметить с точки зрения данной статьи, заключается в том, что оно прямо применяется к общему авторскому праву, авторскому праву на базы данных, праву *sui generis* и предлагаемому праву издателей⁵. Основное ограничение заключается в том, что только исследовательские организации могут воспользоваться этим исключением и только в целях научных исследований — при условии, что у них был законный доступ к произведениям. Это исключение распространяется на повторное использование содержимого базы данных⁶. Если это положение не изменится, оно будет столь

¹ Strowel and Ducato, op. cit., 10, и Helberger et al., *Digital Content Contracts for Consumers*, in *J Consum Policy* 2013, I, 37.

² Проект Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», ст. 3.

³ Там же, ст. 3 (1).

⁴ Там же, ст. 3 (2).

⁵ Там же, ст. 3 (1). Предложенное новое право издателей в отношении цифрового использования публикаций в прессе (ст. 11) вызвало горячие дебаты и критику, которые весьма хорошо представлены в работах Ricolfi, Xalabarder, and Van Eechoud, *Academics against Press Publishers' Right, Statement from 169 EU academics*, 24 April 2018 (URL: <https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/> (дата обращения: 30.10.2018)); Stalla-Bourdillon et al., *Open Letter to the European Commission — On the Importance of Preserving the Consistency and Integrity of the EU Acquis Relating to Content Monitoring within the Information Society*, in *SSRN*, 19 October 2016 (URL: <https://ssrn.com/abstract=2850483> (дата обращения: 30.10.2018)); Bently and Kretschmer, *Strengthening the position of press publishers and authors and performers in the Copyright Directive*, European Parliament, Strasbourg, 2017; Hilty and Moscon (eds), *Modernisation of the EU Copyright Rules — Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 28 September 2017 (URL: <https://www.ip.mpg.de/de/projekte/details/modernisierung-des-eu-urheberrechts.html> (дата обращения: 30.10.2018)); и Senftleben et al., *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *EIPR* 2018, III, 149 ff. Более оптимистичный взгляд см.: Melzi D'eril and Vigevani, *La buona informazione garantisce diritti*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 September 2018.

⁶ Проект Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», ст. 3 (1).

же малозначительным с точки зрения интеллектуального анализа данных, как и старое исключение¹ для целей научных исследований, но с единственным преимуществом: оно не будет прямо ограничено некоммерческими целями² и будет императивным и обязательным для имплементации государствами – членами ЕС. Европейский парламент еще более ослабил это положение, предложив, чтобы не только интеллектуальный анализ данных, но и исследования, подготовительным этапом которых он является, проводились упомянутыми научно-исследовательскими организациями. Вероятно, это означает, что университеты и исследовательские центры не смогут полагаться на исключение в отношении интеллектуального анализа текста и данных в случае, если они решат коммерциализировать свои данные. Нечто подобное относится также к образовательным учреждениям и учреждениям культурного наследия. Совет и Парламент допустили возможность того, что эти лица, а не только исследовательские организации, могли воспользоваться указанным исключением, но только в том случае, если предприятие, контролирующее их, не получит выгоды от данного исключения³. Таким образом, последняя версия текста предписывает некие формы технических средств защиты или мер безопасности, в соответствии с которыми воспроизведение и извлечения, сделанные в целях интеллектуального анализа текстов и данных, должны храниться в надежном месте. Это можно рассматривать как часть более широкой тенденции к технологическо-

¹ Интересно, что версия, принятая Европейским парламентом 12.09.2018, позволяет государствам – членам ЕС «продолжать предоставлять исключения в отношении интеллектуального анализа текстов и данных в соответствии с пунктом (а) статьи 5 (3) Директивы 2001/29/ЕС» (ст. 3 (4)). Следует, однако, сказать, что это положение следует толковать как означающее, что новое исключение не заменяет исключение в целях научных исследований, а дополняет его. И наоборот, его не следует толковать как означающее, что если государства-члены имплементировали исключение в целях научных исследований, то им нет необходимости имплементировать исключение, касающееся интеллектуального анализа данных.

² Поскольку исключение в целях научных исследований охватывает только использование «с единственной целью... научного исследования» (Директива 2001/29/ЕС, ст. 5 (3) (а)), указание только на исследования в исключении, касающемся интеллектуального анализа текстов и данных, должно интерпретироваться как означающее, что это исключение может использоваться в смешанных проектах, где исследования сочетаются с иными целями. См.: Triaille, De Meeus D'argenteuil, and De Francquen, *op. cit.*, 116.

³ Именно это значение автор придает заключительному предложению ст. 3 (1) проекта Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», одобренной Парламентом 12.09.2018. Однако формулировка положения настолько туманна, что предложенная интерпретация может быть совершенно ошибочна.

му обеспечению прав интеллектуальной собственности, и ее смысл может заключаться в предотвращении повторного использования или дальнейшего распространения данных таким образом, чтобы это необоснованно ущемляло права правообладателя. Более интересно то, что реформа направлена на предотвращение злоупотреблений техническими средствами защиты, предусматривая, что правообладатели могут принимать меры для обеспечения безопасности и целостности баз данных и сети, но это не может выходить за рамки того, что необходимо для достижения указанной цели¹. Учитывая, что чрезмерная защита баз данных вытекает главным образом из договоров и технических средств защиты, обязательный характер этого исключения и его ограничение в отношении технических средств защиты, вероятно, сыграют положительную роль в восстановлении равновесия между пользователями и правообладателями.

В целом предлагаемое исключение в отношении интеллектуального анализа текстов и данных является слишком робкой попыткой решить проблему, связанную с таким видом деятельности, как интеллектуальный анализ данных, получающий все большее распространение и от которого может зависеть будущее исследований². Напротив, исключение из права *sui generis*, разрешающее извлечение или повторное использование несущественных частей базы данных, может лучше подходить для интеллектуального анализа данных, поскольку наряду с тем, что оно является обязательным и не требует указания источника, оно не ограничивается исследовательскими целями и исследовательскими организациями. Даже исключение из права *sui generis* для целей исследований лучше, чем общее исключение из авторского права, поскольку оно охватывает также те виды деятельности, в которых «исследования» не являются единственными целями. Это дополнительные причины для возрождения права *sui generis*³. Наконец, следует помнить, что даже в том случае,

¹ Статья 3 (3) проекта Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке» осталась без изменений.

² Triaille, De Meeus D'argentueil, and De Francquen, op. cit., 114.

³ Однако это не означает, что изменение предлагаемого исключения в отношении интеллектуального анализа текстов и данных не имеет первостепенного значения. Есть надежда, что трехсторонние консультации приведут к изменению упомянутого исключения, что избавит его от проблемных аспектов, упомянутых выше. Это связано с тем, что интеллектуальный анализ данных может привести к нарушению не только права *sui generis*, но и иных прав интеллектуальной собственности на содержимое базы данных.

если интеллектуальный анализ данных будет рассматриваться как правонарушение, получившаяся база данных ИИ все же может быть охраноспособной, по меньшей мере, в трех¹ сценариях. Во-первых, существует отдельная инвестиция в получение, создание, представление содержимого. Во-вторых, интеллектуальный анализ данных сам по себе рассматривается как «получение» данных. В-третьих, последующая судебная практика отказывается от противопоставления создания и получения данных.

7. Арсенал владельца базы данных ИИ за рамками действия Директивы «О правовой охране баз данных»: технические средства защиты, договоры и недобросовестная конкуренция

Существование специального правового акта, такого как Директива 96/9/ЕС, не должно вводить в заблуждение относительно того, что базы данных защищались и защищаются широким набором правовых инструментов². В частности, в данном разделе будут проанализированы технические средства защиты, договоры и нормы о недобросовестной конкуренции, совместное использование которых может привести к чрезмерной защите баз данных. Эмпирические доказательства и доктринальные исследования³ подтверждают точку зрения, согласно которой указанные правовые режимы имеют большее значение, чем авторское право и право *sui generis* в эпоху больших машинных данных (рис. 1). Иные правовые режимы, которые могут применяться и которые не будут анализироваться в настоящей работе, включают патенты, товарные знаки, права на промышленные образцы, охрану национального достояния, законы о безопасности, конфиденциальности, защите данных, неприкосновенности част-

¹ В соответствии с предпосылками данной статьи мы не рассматриваем защиту авторским правом в качестве возможного сценария, хотя в будущем это может потребовать дальнейших размышлений, если человеческий фактор будет считаться необходимым, чтобы удовлетворять требованию оригинальности, или если от этого требования будет решено отказаться.

² Всеобъемлющий, хотя и частично устаревший обзор см.: Derclaye, *The Legal Protection of Databases*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, passim. Более свежий, но менее полный обзор см.: Drexl, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, in *Jipitec* 2017, VIII, 257. Более общие вопросы см.: JIIP and Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Annex 1: In-depth analysis of the Database Directive, article by article*, European Commission, Brussels, 2018 (далее – *Legal annex*).

³ Drexl, op. cit., para. 42 and passim, и *Legal annex*, cit., 134.

ной жизни и доступе к общественной информации¹. Несмотря на то что Директива 96/9/ЕС упоминает конфиденциальность как один из режимов, которые ей не затрагиваются², автор настоящей статьи убежден, что режим секрета производства не является подходящим инструментом для защиты баз данных, которые предназначены для доведения до всеобщего сведения³.

Do you consider that the databases that gather vast amount of data with the help of emerging/advanced technologies (e.g. sensor technologies) should benefit from the following means of protection against unauthorised use?

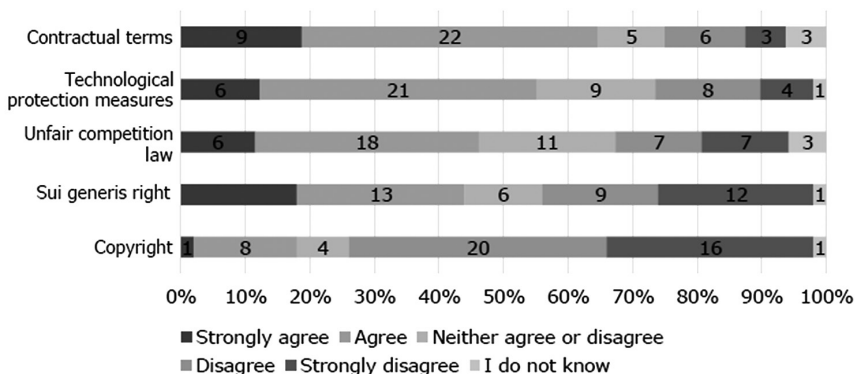


Рис. 1. Экспертные мнения о средствах защиты базы данных, созданных новыми передовыми технологиями⁴

¹ Эти правовые режимы не затрагиваются Директивой 96/9/ЕС, которая предусматривает их дальнейшее применение согласно ст. 13.

² Директива 96/9/ЕС, ст. 13.

³ Drexl, *op. cit.*, об охране посредством секретов производства. Тем не менее, *Drexl* сосредоточен на машинных данных и необработанных данных в более общем смысле, а не на соответствующих базах данных. Действительно, база данных предназначена для того, чтобы ее содержимое было доступным и извлекаемым, в то время как секрет производства касается информации, которая не является легкодоступной и требует принятия мер по ее сохранению в тайне. О несовместимости между базами данных и секретами производства см.: Trib. Bologna sez. Impresa civ 4 July 2017 n. 1371, unpublished. Понимание такой несовместимости отсутствует у Chalton, *The legal protection of databases, Thorogood*, London, 2001, 86–87. Определение секрета производства см.: Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2016/943 от 08.06.2016 «Об охране конфиденциальных ноу-хау и деловой информации (секретов производства) от незаконного приобретения, использования и раскрытия» [2016] OJ L 157/1, ст. 2(1).

⁴ *Legal annex, cit.*, 134.

Начиная с технических средств защиты¹, полезно иметь в виду, что Директива 2001/29/ЕС, по общему признанию, не затрагивает и ни в коей мере не влияет на правовую охрану баз данных². Тем не менее она добавляет два уровня защиты — цифровое управление правами и технические средства защиты³. Они имеют большое значение, поскольку производители данных могут использовать эти меры для чрезмерной защиты своих баз данных «сверх защиты, предоставляемой правом *sui generis*»⁴. Во-первых, государства — члены ЕС должны обеспечить защиту от любого лица, которое сознательно⁵ распространяет, импортирует для распространения, передает в эфир, сообщает или доводит до всеобщего сведения любые материалы, охраняемые авторским правом, и базы данных, охраняемые правом *sui generis*, и из которых цифровая информации об авторском праве «была удалена или изменена без разрешения»⁶. Во-вторых, государства — члены ЕС

¹ Технические средства защиты заслуживают особого внимания, поскольку они могут быть использованы для ограничения доступа, в том числе к содержимому, не охраняемому правом интеллектуальной собственности. См., например: Hugenholtz, *Abuse*, cit., 219, и Derclaye, *The legal protection*, cit., 191.

² Директива 2001/29/ЕС, ст. 1 (2), п. 20 Преамбулы.

³ Международно-правовым основанием подобных мер является ст. 11 Договора ВОИС по авторскому праву. Многие правовые системы содержат сходные положения. См., например: US Digital Millennium Copyright Act (17 U.S. Code § 1201) и the Swiss Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Article 39a. См. также: Bechtold, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, in *American Journal of Comparative Law* 2004, 323 ff.; Gasser, *Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model*, Berkman Center Research Publication № 2006-04; Kerr, *Digital Locks and the Automation of Virtue*, in Geist (ed), *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Irwin Law, Toronto, 2010, 247, и Iwahashi, *How to Circumvent Technological Protection Measures Without Violating the DMCA: An Examination of Technological Protection Measures Under Current Legal Standards*, in *Berkeley Technology Law Journal* 2011, 491 ff.

⁴ Derclaye, *The legal protection*, cit., 191.

⁵ Лицо знает или имеет разумные основания полагать, что, совершая эти действия, оно побуждает, позволяет, способствует или скрывает нарушение авторского права или права *sui generis*. Директива 2001/29/ЕС, ст. 7 (1).

⁶ Директива 2001/29/ЕС, ст. 7 (1) (b). Статья 7 (2) Директивы 2001/29/ЕС определяет информацию об управлении правами как «любую информацию, предоставленную правообладателями, которая идентифицирует произведение или иной охраняемый объект, упомянутый в настоящей Директиве или охваченный правом *sui generis*, предусмотренным в Главе III Директивы 96/9/ЕС, автора или любого другого правообладателя, или информацию относительно сроков и условий использования произведения или иного охраняемого объекта, и любые числа или коды, которые представляют такую информацию».

должны предотвращать обход любых технических средств защиты, «об осуществлении которого соответствующее лицо знает или должно знать, что оно преследует эту цель»¹.

ИИ очень важен, когда речь идет о технических средствах защиты и цифровом управлении правами, по двум причинам. С одной стороны, субъективный элемент в действиях в отношении удаления цифровой информации об авторском праве и обхода технических средств защиты может сделать применение этого положения проблематичным, когда меры обхода полностью автоматизированы, особенно при сильном ИИ, поскольку будет трудно доказать, что нарушение было совершенно сознательно. Кроме того, важно помнить, что, как указано в деле *Nintendo v. PC Box*², при оценке цели устройств, продуктов или компонентов, потенциально предназначенных для обхода технических средств защиты, национальные суды могут изучить, как часто они «фактически используются для нарушения авторских прав и как часто они используются в целях, которые не нарушают авторских прав»³. Хотя ИИ в целом является универсальным инструментом, пригодным для разнообразного использования, нельзя исключать того, что конкретные приложения ИИ могут рассматриваться как незаконно обходящие технические средства защиты. Более того, Директива 2001/29/ЕС⁴ исключает производство, импорт и т.д. продуктов, которые рекламируются как обходящие технические средства защиты, имеют только ограниченную коммерчески значимую цель или использование, иную, нежели обход технических средств защиты, или в первую очередь предназначены для того, чтобы способствовать или облегчать такой обход. Чем больше мы продвигаемся в направлении сильного и общего ИИ, многоцелевого по своей сути, тем более маловероятным будет применение этого режима к ИИ, обходящему технические средства защиты.

¹ Директива 2001/29/ЕС, ст. 6 (1). Ст. 6 (3) Директивы 2001/29/ЕС определяет технические средства защиты как любую технологию, устройство или компонент, которые в процессе нормального функционирования разработаны для предотвращения или ограничения действий в отношении произведений или иных охраняемых объектов, которые не разрешены обладателем любого авторского или любого смежного права, как это предусмотрено законом или специальным правом, установленным Главой III Директивы 96/9/ЕС».

² Court of Justice 23 January 2014, *Nintendo v. PC Box*, case C-355/12, in *EIPR* 2014, 335, с комментарием Minero, *Videogames, consoles and technological measures: the Nintendo v PC Box and 9Net Case*. См. также: Rendas, *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures*, in *EU Copyright Law*, ivi, 2015, 39.

³ *Nintendo v. PC Box*, cit., para. 39.

⁴ Директива 2001/29/ЕС, ст. 6 (2).

ИИ все шире используется для предотвращения нарушений таким образом, который плохо справляется с исключениями и ограничениями авторского права¹, а также с принципом исчерпания², ведущим к чрезмерной защите³ и препятствующим культурному разнообразию⁴. Искусственный интеллект и другие технологии, такие как блокчейн, усугубляют проблемы с техническими средствами защиты и исключениями, но последние предшествуют первым⁵. Технические средства защиты и цифровое управление правами, основанные на ИИ, являются лишь подтверждением того, что двоичный код можно рассматривать как форму закона⁶, но закон нельзя сводить к коду⁷, поскольку он отражает сложность своего языка и политики, которая его порождает⁸.

Примечательно, что хотя все общие положения, касающиеся технических средств защиты и цифрового управления правами, применяются к базам данных *sic et simpliciter*⁹, в отношении обязатель-

¹ Именно национальный суд должен определить, был ли достигнут справедливый баланс и могут ли другие меры «привести к меньшему вмешательству в деятельность третьих сторон или ограничению этой деятельности, обеспечивая при этом сопоставимую защиту прав правообладателя» (там же). Проблема технических средств защиты и исключений частично решена в проекте Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», которая делает определенные исключения обязательными и неотъемлемыми договором.

² О возможности преодоления принципа исчерпания посредством технических средств защиты см.: Derclaye, *The legal protection*, cit., 211.

³ Karaganis and Urban, op. loc. ult. cit., и Perel and Elkin-Koren, op. loc. ult. cit.

⁴ Jacques, Garstka, Hviid, and Street, *Automated anti-piracy systems as copyright enforcement mechanism: a need to consider cultural diversity*, in *EIPR* 2018, IV, 218.

⁵ Braun, *The interface between the protection of technological measures and the exercise of exceptions to copyright and related rights: comparing the situation in the United States and the European Community*, in *EIPR* 2003, XI, 496 ff. О блокчейне, ТСЗ и цифровом управлении правами см.: De Filippi, and Hassan, *Blockchain Technology as a Regulatory Technology: From Code is Law to Law is Code*, in *First Monday* 2016, XII, где подчеркивается, как цифровое управление правами может «препятствовать законному доступу пользователей к копиям произведения или их воспроизведению, поскольку код редко различается между разными типами пользователей».

⁶ Очевидная ссылка на Lessig, *Code v2*, Basic Books, N.Y., 2006. Идея кода как закона получила ряд четко выраженных возражений, некоторые из которых очень хорошо сформулированы в O'HARA, *Smart Contracts – Dumb idea*, in *IEEE Internet Computing* 2017, II, 97 ff.

⁷ Пример такого редукционистского подхода см.: Casey and Niblett, *The death of rules and standards*, in *Ind. LJ* 2016, 1401. Прекрасный критический ответ был дан Michaels, *Abstract Innovation, Virtual Ideas, and Artificial Legal Thought*, in *14 J. Bus. & Tech. L.* 1 (2019).

⁸ Подробнее об этих аспектах см.: Noto La Diega, *Against the dehumanisation*, cit., 3 ff.

⁹ Лат.: так, и именно так. — *Прим. nep.*

ства государств — членов ЕС предпринять соответствующие меры для того, чтобы правообладатели обеспечили доступность исключения или ограничения для лиц, пользующихся таким исключением или ограничением, предусмотренными в национальном законе¹, указано, что средства получения выгоды от этого исключения или ограничения должны применяться только в контексте Директивы 96/9/ЕС «с внесением соответствующих изменений»². Не совсем ясно, какая часть соответствующего режима нуждается в доработке. По мнению автора, нормативный фрагмент, который неприменим к базам данных, это тот, который обеспечивает неприменение указанного режима к исключениям, если произведение «доводится до всеобщего сведения на согласованных договорных условиях таким образом, что представители публики могут получить к нему доступ из места и в такое время, которые они выберут по собственному усмотрению»³. Действительно, применение этого положения к базам данных могло бы привести к тому, что большинство из них не подпадало бы под его действие.

Хотя утверждается⁴, что технические средства защиты необязательно приводят к чрезмерной защите, этого нельзя сказать о базах данных с единственным источником⁵ и иных ситуациях, когда на рынке отсутствует или практически отсутствует конкуренция, что делает цифровую блокировку весьма вероятной⁶. На высококонкурентных рынках конкурент может использовать злоупотребление техническими средствами защиты со своей стороны для продажи более «открытой» базы данных, которая может привлечь часть рынка⁷. Нет никаких доказательств того,

¹ Директива 2001/29/ЕС, ст. 5 (2) (a)–(e), (3) (b) и (3) (e).

² Там же, ст. 6 (4).

³ Там же, ст. 6 (4).

⁴ Derclaye, *The legal protection*, cit., 193, которая, как представляется, сводит указанную точку зрения к базам данных, созданным на основе многих источников.

⁵ Базой данных с единственным источником (*sole-source database*) признается база данных, которая является единственным доступным источником определенных данных. Антонимом служит понятие «база данных, созданная на основе многих источников» (*multiple source database*).

⁶ Strowel, *La protection des mesures techniques: une couche en trop? Quelques remarques à propos du texte de Kamiel Koelman*, in *Auteurs & Média* 2001, 90; Strowel, *L'émergence d'un droit d'accès en droit d'auteur? Quelques réflexions sur le devenir du droit d'auteur*, in Doutrelepon and Dubuisson (eds), *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique*, Bruylant, Brussels, 2008, 61; Rothchild, *Economic analysis of technological protection measures*, in *Oregon Law Review* 2005, 489, 561; Samuelson, *Intellectual Property and the digital economy: Why the anti-circumvention provisions need to be revisited*, in *Berkeley Technology Law Journal* 1999, 519.

⁷ Samuelson, op. ult. cit., 566.

является ли рынок баз данных ИИ олигополистическим, поскольку, учитывая отсутствие требования о регистрации, вряд ли можно с точностью описать соответствующий рынок¹. Однако большинство источников по антимонопольному праву указывает на то, насколько ИИ сокращает конкуренцию — вплоть до того, что он «положит конец конкуренции в том виде, в каком мы ее знаем»². Поэтому разумно предположить, что невидимая рука рынка не исправит злоупотребление властью, ставшее возможным благодаря цифровой блокировке, что приводит нас к разговору об инструментах антимонопольного законодательства, способных защитить базы данных. Законодательство о конкуренции играет ключевую роль, поскольку в информационном обществе большинство услуг опирается на данные и, соответственно, суть дела сводится к тому, чтобы «контролировать данные, т.е. информацию, как источник “доминирующих положений”»³.

Сама Директива 96/9/ЕС признает, что (в то время не гармонизированное⁴) законодательство о недобросовестной конкуренции охватывает базы данных и может предотвращать несанкционированное извлечение и (или) повторное использование содержимого баз данных⁵.

¹ Таким образом, последний эмпирический анализ индустрии баз данных в Европе опирается на Справочник баз данных *GALE (GALE Directory of Databases)*. JIP и Technopolis Group, *Economic analysis*, cit., 3. Однако важно отметить, что на семинаре, организованном для сбора доказательств в контексте упомянутого исследования, было отмечено, что данные «находятся в руках немногих игроков, которые будут осуществлять излишнюю монопольную власть в отношении информации, которая должна быть открытыми данными» (ivi, 27), и это мнение разделяют два из опрошенных экспертов.

² Ezechri and Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 2016, 218. В том же ключе см.: Mehra, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in *Minn. L. Rev.* 2016, 1323 ff.; Surblyte, *Data-Driven Economy and Artificial Intelligence: Emerging Competition Law Issues*, in *WuW* 2017, 120 ff.; Calo, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review* 2014, 995 ff.; Contra and Petit, *Antitrust and Artificial Intelligence: A research Agenda*, in *Journal of European Competition Law & Practice* 2017, VI, 361 ff.

³ Ghidini, *Rethinking*, cit., 244.

⁴ См. действующую Директиву Европейского парламента и Совета Европейского союза 2005/29/ЕС от 11.05.2005 «О недобросовестной коммерческой практике по отношению к потребителям на внутреннем рынке и о внесении изменений в Директиву Совета ЕС 84/450/ЕЭС, Директивы 97/7/ЕС, 98/27/ЕС и 2002/65/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС, а также в Регламент 2006/2004/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС» (Директива «О недобросовестной коммерческой практике»).

⁵ Директива 96/9/ЕС, п. 6 Препамбулы. О правах на базу данных как барьерах для входа на рынок см.: Pezzoli, *Big Data e Antitrust: un' comparione per tornare ad occuparci di struttura?*, in Falce, Ghidini, Olivieri, op. cit., ch. 12, и Falce, *Copyrights on data and competition policy in the digital single market strategy*, in *Italian Antitrust Review* 2018, I, 32.

Более того, подтверждается, что право запрещать извлечение и (или) повторное использование «относится не только к производству паразитирующего конкурирующего продукта, но и к любому пользователю, который своими действиями наносит инвестиции значительный ущерб, оцениваемый качественно или количественно»¹. Аналогичным образом указанная Директива прямо признает, что право *sui generis* само по себе приводит к злоупотреблениям в ущерб конкуренции, в частности когда правообладатель является доминирующим предприятием. Таким образом, положения Директивы 96/9/ЕС применяются «без ущерба применению норм Сообщества или национальных норм в области конкуренции»². Весьма примечательно, что Проект³ Директивы 96/9/ЕС содержал положения об обязательном лицензировании на справедливых и недискриминационных условиях⁴, которые были вычеркнуты в процессе ее принятия. Осталась лишь обязанность Европейской комиссии каждые три года представлять доклад для проверки «в особенности того, привело ли применение права *sui generis* к злоупотреблению доминирующим положением или к иному вмешательству в свободную конкуренцию»⁵. Учитывая, что за десятилетия, прошедшие после принятия Директивы, доклад был опубликован только один раз⁶, можно сделать вывод о том, что рассмотрение анти-монопольных аспектов прав на базу данных не является для Комиссии одним из главных приоритетов⁷.

Когда разрабатывалась Директива 96/9/ЕС, связь между правами на базу данных и конкуренцией была значительно сильнее. Действительно, право *sui generis* было «очень близко к иску о недобросовест-

¹ Директива 96/9/ЕС, п. 42 Преамбулы.

² Там же, п. 47 Преамбулы. См. также ст. 13.

³ *Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases* (92/C 156 /03) COM (92) 24 final (Draft Database Directive).

⁴ Статья 8 (2) проекта Директивы «О правовой охране баз данных» предусматривала, что «право на извлечение и повторное использование содержимого базы данных также должно быть лицензировано на справедливых и недискриминационных условиях, если база данных доведена до всеобщего сведения государственным органом, который либо создан для сбора или раскрытия информации в соответствии с законодательством, либо обязан сделать это в соответствии с общей обязанностью». См. также: первоначальную редакцию п. 31–35 Преамбулы.

⁵ Директива 96/9/ЕС, ст. 16 (3).

⁶ Dutilh, *The implementation and application of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, European Commission, Brussels, 2001.

⁷ Hugenholtz, *Abuse*, cit., 219 высказал предположение, что доклад «бесконечно откладывается».

ной конкуренции, о слепом подражании или паразитировании»¹. Это соответствует тому обстоятельству, что законы о недобросовестной конкуренции выступают в качестве «инкубатора для возникновения новых видов прав, которые впоследствии интегрируются в корпус традиционных законов об интеллектуальной собственности или трансформируются в права *sui generis*»². Тот факт, что в окончательной редакции Директивы 96/9/ЕС указанный подход был отменен в пользу проприетарного, не означает, однако, что законодательство о защите конкуренции становится неактуальным. Действительно, его можно использовать как для защиты пользователей от злоупотреблений правами на базы данных³, так и для защиты правообладателей от недобросовестной практики, которая не квалифицируется как нарушение.

Единственным случаем, когда Суд ЕС рассматривал базы данных с точки зрения законодательства о защите конкуренции, было дело *Compass-Datenbank*⁴, где рассматривался вопрос о предполагаемом злоупотреблении правом *sui generis*. В этом контексте Суд ЕС постановил, что государственный орган не осуществляет хозяйственную деятель-

¹ JIP and Technopolis Group, *Legal annex*, cit., 120.

² Kur, *What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*, in Lee, Westkamp, Kur, and Ohly (eds), *Intellectual property, unfair competition and publicity: convergences and development*, Elgar, Cheltenham, 2014, 11.

³ О злоупотреблении правами на базу данных см.: Falce, *Copyrights*, cit., 41, и Hugenholtz, *Abuse*, cit., 219. О злоупотреблении авторским правом как о концептуализации защиты от претензий правообладателя, апеллирующей к общественным интересам, см.: Burrell and Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 287. О злоупотреблении правом применительно к правам интеллектуальной собственности см.: Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998; MOYSE, *Abus et propriété intellectuelle ou du bon usage des droits*, in Scassa, Goudreau, Saginur, Doagoo (eds), *Intellectual Property for the 21st Century: Multidisciplinary Perspectives on Intellectual Property Law*, Irwin Law, Toronto, 2014, 114; Zenker, *Kartellrecht und Rechtsmissbrauch*, Nomos, Baden-Baden, 2018, и, кроме того: Ricolfi, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, in *Dir. aut.* 2002, II, 215, который ссылается на Marzano, *Diritto d'autore ed antitrust tra mercati concorrenziali e network economies*, in *Dir. aut.* 1998, 430, и Patterson, *Copyright Misuse and Modified Copyleft: New Solutions to the Challenges of Internet Standardization*, in *Michigan Law Review*, 2000, 1351. О злоупотреблении правом в общем см.: недавние работы Furgiuele, *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2017, и Capotorti, *L'abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Doctor thesis – University of Milan, 2017.

⁴ Court of Justice 12 July 2012, *Compass-Datenbank*, case C-138/11, in *Europe* 2012, X, 40 с комментарием IDOT, *Champ d'application materiel*. См.: Lundqvist, "Turning Government Data Into Gold": *The Interface Between EU Competition Law and the Public Sector Information Directive*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2013, 79 ff., и Robin, *Prérogative de puissance publique n'est pas activité économique en droit de la concurrence*, in *Revue Lamy de la Concurrence* 2013, 28 ff.

ность, если он хранит в базе данных сведения, которые предприятия обязаны сообщать в установленном законом порядке, позволяет заинтересованным сторонам осуществлять поиск этих данных и предоставляет им распечатки. При этом указанный государственный орган не должен «рассматриваться в ходе этой деятельности как предприятие по смыслу ст. 102 TFEU»¹ о злоупотреблении доминирующим положением. Более того, запрет любого использования, основанный на праве *sui generis* или на осуществлении любого иного права интеллектуальной собственности, еще недостаточен для квалификации этой деятельности как экономической². Хотя это решение имеет определенное значение с точки зрения законодательства о защите конкуренции, то же самое нельзя сказать с точки зрения охраны баз данных³. С этой точки зрения данное решение не имеет большого значения. Действительно, частные предприятия, полагающиеся на права в отношении баз данных, скорее всего, подпадут под действие ст. 102 TFEU, если все требования будут соблюдены.

Примером может служить дело *Nuovoimaie*⁴, в котором итальянский антимонопольный орган установил, что компания, являющаяся доминирующим оператором на рынке управления смежными правами и посредничества, злоупотребляла своим положением, в частности лишая новых участников доступа к общему архиву произведений и исполнителей. В последующем антимонопольный орган одобрил обязательства *Nuovoimaie* по лицензированию доступа либо бесплатно к базе данных по состоянию на середину марта 2014 г., либо к полной базе данных за ежегодную лицензионную плату в размере 4,5% от общей суммы управляемых роялти⁵. Это соответствует судебной

¹ *Compass-Datenbank*, cit., para. 53.

² *Ivi*, para. 51.

³ В отсутствие специальных указаний рекомендуется иметь в виду, что основная цель права *sui generis* состоит в стимулировании инвестиций, а не только в их поощрении. Следовательно, любое злоупотребление, которое «явно противоречит заявленной цели права на базу данных, было бы подвержено риску квалификации как нарушающее законодательство о защите конкуренции» (Hugenholtz, *Abuse*, cit., 218).

⁴ *Italian Competition Authority (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)* 22 March 2017 n. A489.

⁵ Более свежим примером является расследование, начатое итальянским антимонопольным органом в отношении основных операторов распределения и продажи электроэнергии, стратегия которых предусматривала возможное коммерческое использование базы данных и биллинговых данных клиентов. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* 4 May 2017 nn. A511, A512, A513 (URL: <http://www.agcm.it/stampa/comunicati/8752-istruttoria-nei-confronti-di-enel,-a2a-e-acea-per-condotte-anticoncor>

практике¹, согласно которой в случае если обладатели прав интеллектуальной собственности при осуществлении своих исключительных прав угрожают конкуренции и потребительскому выбору, то они могут быть привлечены к ответственности за злоупотребление доминирующим положением².

Даже те, кто выступает против права *sui generis* на данные, генерируемые машинами, соглашаются с тем, что его последствия для конкуренции могут быть смягчены путем использования антимонопольных средств защиты и, в частности, злоупотребления доминирующим положением³. Положительным моментом является то, что органы по вопросам конкуренции начинают изучать персональные и неперсональные данные⁴, а потому антимонопольные категории, такие как доктрина основных средств, могут играть ключевую роль в недопущении злоупотребления имущественными правами⁵. Кроме того, поскольку суд признал, что злоупотребление правом является общим принципом права ЕС⁶, злоупотреблению правами владельцами

renziali-nel-mercato-della-vendita-di-energia-elettrica.html (дата обращения: 06.09.2018)). На момент написания статьи орган еще не вынес решение.

¹ Court of Justice 8 September 2016, *Lundbeck*, case T-472/13, in *Competition Law Insight* 2016, X, 12, с комментарием Cole and Robert, *A landmark judgment: The General Court has affirmed the Lundbeck pay-for-delay decision*; Court of Justice 16 July 2015, *Huawei v. ZTE*, case C-170/13, in *GRUR Int* 2015, 781, с комментарием Hilty and Slowinski, *Standardessentielle Patente – Perspektiven außerhalb des Kartellrechts*; Final report of the Hearing Officer in Case COMP/38.636 – *Rambus* [2010] OJ C 30/15; Court of Justice 1 July 2010, *AstraZeneca*, case T-321/05, in *World Competition* 2011, II, 245, с комментарием Maggiolino and Montagnani, *Astrazeneca's Abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Anti-Trust Offence, Abuse of Rights, and IPR Misuse*; Court of Justice 17 September 2007, *Microsoft*, case T-201/04, in *ECR* 2007, II, 3601; Commission Decision of 21 December 1988 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/31.851 – *Magill*) [1989] OJ L 78/43.

² О проблеме в общем см.: Ricolfi, cit., и Capuano, *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Naples, 2012. Cf.; Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in Falce, Ghidini, Olivieri, op. cit., ch. 1.

³ Falce, *Copyright*, cit. 41, выступает против защиты *sui generis* для данных, генерируемых машинами, но с оговоркой, что «в случае сохранения системы защиты *sui generis* можно было бы предложить полагаться на ту роль, которую антимонопольные нормы могут играть в качестве антиконкурентных антидел». Согласно Ghidini, *Rethinking*, cit. 243, недобросовестная конкуренция была бы лучшей формой защиты неперсональных данных по сравнению с правом *sui generis*.

⁴ Ghidini, *Rethinking*, cit., 243.

⁵ Ivi, 244. Идея больших данных как основного средства была разработана GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms*, Wolters Kluwer, 2016.

⁶ *Halifax* et. al., C-255/02, EU: C:2006:121, 68; *SICES* e a., C-155/13, EU:C:2014:145, 29, quoted in Falce, op. ult. cit., 41, fn 43.

баз данных можно противостоять и при отсутствии доминирующего положения¹.

С противоположной точки зрения (конкуренция как способ защиты правообладателей) основным указанием является слепое подражание как форма недобросовестной конкуренции, которая устраняет риск введения в заблуждение потребителей отдельно² от простого воспроизведения. Слепое подражание имеет место в том случае, если база данных несущественно скопирована или иным образом использована в отличительных элементах³, когда нет технических причин для ее копирования или использования с целью иной, нежели получение выгоды от исследований, разработок и маркетинга конкурента⁴. В деле *Football Dataco*⁵ перед Судом ЕС был поставлен вопрос о том, препятствует ли Директива 96/9/ЕС применению национальных норм авторского права в отношении баз данных, отличных от тех, которые предусмотрены самой Директивой. Адекватный ответ мог бы прояснить связь между правами на базы данных и законодательством о недобросовестной конкуренции. Однако, к сожалению, Суд ЕС истолковал вопрос узко, как если бы он касался только вопроса о том, могут ли национальные законы подчинять авторское право на базы данных критериям, отличным от критерия оригинальности (на что был дан отрицательный ответ)⁶. Тем не менее решение по делу *Football Dataco* было истолковано широко — как означающее, что «невозможно использовать одновременно с правом *sui generis* слепое подражание или

¹ *Halifax et. al.*, C-255/02, EU: C:2006:121, 68; *SICES e a.*, C-155/13, EU:C:2014:145, 29, quoted in Falce, op. ult. cit., 41, fn 43.

² JIP and Technopolis Group, *Legal annex*, cit., 120.

³ Следовательно, если в базе данных нет элементов, которые выступают в качестве идентификатора ее происхождения, или если новая база данных содержит такие изменения, которые исключают введение в заблуждение потребителей, то соответствующее средство правовой защиты не должно быть доступно. См., например: Tribunale di Napoli 4 March 2014, in *Redazione Giuffre'* и Trib. Milan, sez. Impresa 24 December 2013, in *Riv. dir. ind.* 2014, II, 41 with a comment by Capra.

⁴ Данное определение является адаптированной версией определения Steckler, *Unfair trade practices under German law: "slavish imitation" of commercial and industrial activities*, in *EIPR* 1996, VII, 390. Более свежие работы см.: Sujecki, *Slavish imitation and trade mark protection: a Dutch perspective*, in *EIPR* 2011, XII, 743 ff. Более общие работы см.: La Villa, *Imitazione servile e forme di mercato*, Giuffre', Milan, 1976; Di Cataldo, *L'imitazione servile*, Giuffre', Milan, 1979, и Arcidiacono, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, Giappichelli, Turin, 2017.

⁵ *Football Dataco*, cit., para. 24 (2).

⁶ Ivi, paras. 47 and 52.

паразитирование»¹. Такое толкование, по-видимому, заходит слишком далеко, поскольку в пункте постановления, на который оно ссылается, просто говорится, что Директива 96/9/ЕС гармонизировала критерии защиты авторского права, «как очевидно из п. 60» Преамбулы², который указывает на то, каким образом эти критерии гармонизированы, не затрагивая при этом срока охраны. Эта интерпретация, наряду с тем, что она противоречит четкому пониманию дела *Football Dataco*, не учитывает того, что в Директиве 96/9/ЕС явным образом указано, что она применяется «без ущерба применению правил Сообщества или национального законодательства о защите конкуренции»³. Более весомым аргументом против совместного использования права *sui generis* и доктрины паразитирования является то, что Директива 96/9/ЕС рассматривала существовавшее в то время законодательство об охране баз данных как имевшее различные свойства⁴ и потому негативно влияющее на функционирование внутреннего рынка⁵. Однако, помимо того, что Директива 96/9/ЕС прямо заявляет о применении законодательства о защите конкуренции⁶, очевидно, что основным препятствием свободному перемещению баз данных является авторское право⁷. При этом явно предусмотрено, что различия в национальном законодательстве, «не влияющие отрицательно на функционирование внутреннего рынка или на развитие рынка информации внутри Сообщества, не требуют их устранения или предотвращения»⁸. Кроме того, различия в законодательстве о недобросовестной коммерческой практике были сокращены⁹ после принятия Директивы о недобросовестной коммерческой практике¹⁰. Таким образом, нельзя исключить сочетание

¹ JIP and Technopolis Group, *Legal annex*, cit., 120, *interpreting Football Dataco*, cit., para. 49.

² *Football Dataco*, cit., para. 49.

³ Директива 96/9/ЕС, п. 47 Преамбулы. См. также ст. 13.

⁴ Там же, п. 1 Преамбулы.

⁵ Там же, п. 2 Преамбулы.

⁶ Там же, ст. 13.

⁷ *Football Dataco*, cit., para. 48; Директива 96/9/ЕС, п. 1 Преамбулы.

⁸ Директива 96/9/ЕС, п. 3 Преамбулы.

⁹ Сокращены, но не устранены, поскольку Директива 2005/29/ЕС применяется только к отношениям между предпринимателями и потребителями, а также поскольку некоторые аспекты не были гармонизированы.

¹⁰ Эта Директива была имплементирована во всех государствах – членах ЕС. Например, в Италии см.: *decreto legislativo* 6 September 2005 n. 206 (*Codice del consumo*), Articles 18–27 quater.

паразитирования и права *sui generis*. И действительно, если взглянуть на национальные правовые системы, то многие государства – члены ЕС «все еще сочетают слепое подражание с правом *sui generis* и (или) авторским правом»¹, несмотря на то что большая часть соответствующей литературы выступает против этого. Ярким примером является Франция², где, несмотря на то что Кассационный суд не поддерживает пересечение права *sui generis* и паразитирования³, французские суды первой инстанции разделились по этому вопросу⁴, а недавние решения Кассационного суда допускают пересечение слепого подражания и иных прав интеллектуальной собственности⁵. В настоящее время, хотя окончательного заключения по этому вопросу достичь не удастся, представляется, что обращение к режиму недобросовестной коммерческой практики вряд ли приведет к чрезмерной защите баз данных, поскольку большинство разработчиков не знакомо с ней⁶ и аргументы о недобросовестной конкуренции редко используется в судебных разбирательствах, связанных с базами данных⁷, в отличие от договоров, которые являются важнейшим элементом во многих спорах, связанных с базами данных.

Даже когда база данных не охраняется авторским правом и правом *sui generis*, договоры и технические средства защиты используются для ограничения доступа к базам данных таким образом, что это вызывает вопросы, особенно когда речь идет о «фактической монополизации

¹ *Legal annex*, cit., 121.

² Аналогично в Испании: Tribunal Supremo 30 January 2008 n. 14, in Ortega Doménech, *El derecho de autor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Reus, Madrid, 2013, 27; в Германии: BGH Bundergerichtshof 6 May 1999, I ZR 199/96; в Италии, например: Trib. Milan sez. impresa 1 August 2016, in this *Journal* 2017, 1815; Corte app. Bologna 10 February 2017 n. 356, *Giurisprudenza delle Imprese*.

³ Court of Cassation 12 November 2015 n. 14-14501, *Pressimmo on Ligne v. Yakaz*, unpublished, but available at <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031478862> (дата обращения: 06.09.2018).

⁴ *Legal annex*, cit., 121.

⁵ Derclaye and Leistner, *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Hart, Oxford, 2011, 173.

⁶ Около 60 % изготовителей баз данных, опрошенных в ходе исследования JIP and Technopolis Group, *Legal annex*, cit., 123, ответили: «Я не знаю» на вопрос: «Как бы вы сравнили защиту ваших баз данных посредством законодательства о недобросовестной конкуренции с их защитой посредством права *sui generis*?»

⁷ 65 % респондентов подтвердили, что они никогда не встречали судебных процессов, где законодательство о недобросовестной конкуренции использовалось бы для защиты баз данных. Там же.

данных производителями баз данных с единственным источником»¹. Возможные решения включают в себя обязательное лицензирование и обязательство со стороны провайдера «фактически поставлять данные на справедливых и недискриминационных условиях»², как в области патентов, ставших стандартами отрасли³ и телекоммуникационного права⁴.

Действительно, пагубные последствия использования договоров при защите базы данных были наглядно продемонстрированы в деле *Ryanair v. PR Aviation*⁵, что особенно актуально с точки зрения ИИ, поскольку речь идет об автоматизированном мета-поисковом движке. Ответчик выступал в роли оператора сайта, предоставляющего возможность потребителям осуществлять поиск по рейсам бюджетных авиакомпаний, сравнивать условия и бронировать авиабилеты. Его мета-поисковая система получала данные в автоматическом режиме из набора данных, связанного с сайтом *Ryanair*. Осуществлявшийся ответчиком скрейпинг, т.е. автоматическое извлечение данных с сайта⁶, был признан нарушением условий использования сайта⁷, которые устанавливают эксклюзивную систему распространения и препятствуют продаже рейсов *Ryanair* неавторизованными сайтами. Использование сайта было ограничено частными некоммерческими целями.

Итак, аргументы ответчика, поддержанные национальным судом, сводились к тому, что имплементация Директивы 96/9/ЕС предусматривала некоторые ограничения договорной автономии. В частности, правообладатель не может препятствовать законному пользователю

¹ Hugenholtz, *Abuse*, cit., 219.

² Ibid.

³ См.: Bosworth, Mangum, and Matolo, *Franchise Commitments and Royalties for Standard Essential Patents*, in Bharadwaj Devaiah, and Gupta (eds), *Complications and Quandaries in the ICT Sector*, Springer, Singapore, 2018, 19 ff.

⁴ Court of Justice 25 November 2004, *KPN v. OPTA*, case C-109/03, in *ECR* 2004, I, 11273. См.: PACE, *Comunicazioni elettroniche, servizio di repertoriazione e superdominanza*, in *Europa e diritto privato* 2006, 851.

⁵ *Ryanair*, cit., 312.

⁶ Caspers and Guibault, op. cit., 9.

⁷ Действующая версия условий использования сайта от 05.09.2018 более не содержит таких положений. См.: *Ryanair General Terms & Conditions of Carriage* (URL: <https://www.ryanair.com/gb/en/useful-info/help-centre/terms-and-conditions> (дата обращения: 30.10.2018)).

в доступе к содержимому и его нормальному использованию¹, и это исключение не может быть отменено договором². Тем не менее национальный суд отметил, что указанная база данных не охранялась ввиду отсутствия оригинальности и существенных инвестиций. Следовательно, вопрос к Суду ЕС заключался в том, распространяется ли действие Директивы 96/9/ЕС на неохраняемые базы данных и, соответственно, применяются ли ограничения договорной свободы, вытекающие из исключений, не устранимых договором, и прав пользователей³, к таким базам данных⁴.

По мнению Суда ЕС, не имеет значения, что база данных *Ryanair* соответствует определению базы данных, данному в Директиве 96/9/ЕС. Последняя предусматривает два различных набора прав и обязанностей, которые применяются только при соблюдении соответствующих критериев (соответственно, оригинальность и существенные инвестиции). Таким образом, по мысли Суда ЕС, если изготовитель базы данных не имеет права согласно Директиве 96/9/ЕС, то против него нельзя сослаться на исключения. Вывод Суда ЕС⁵ заключается в том, что Директива 96/9/ЕС неприменима к базе данных, которая не охраняется ни авторским правом, ни правом *sui generis*, поэтому нет никаких ограничений для свободы правообладателя устанавливать договорные ограничения на ее использование третьими лицами, так как исключения, предусмотренные Директивой 96/9/ЕС, не будут применяться.

Эта мотивировка решения неубедительна по трем взаимосвязанным причинам. Во-первых, в ст. 1 Директивы 96/9/ЕС дается не просто определение баз данных, как указано в решении по делу *Ryanair*. Она прямо касается сферы действия Директивы. Любая база данных в любой форме подпадает под действие Директивы 96/9/ЕС при условии,

¹ Закон об авторском праве Нидерландов (*Auteurswet*), ст. 24а (1), который соответствует ст. 6 (1) Директивы 96/9/ЕС. Суд ЕС не ссылается на аналогичное положение, применимое к праву *sui generis*, признающее за законным пользователем право на несущественное извлечение и повторное использование содержимого базы данных (ст. 8 Директивы 96/9/ЕС).

² Закон об авторском праве Нидерландов (*Auteurswet*), ст. 24а (3), который соответствует ст. 15 Директивы 96/9/ЕС.

³ Формулировка немного отличается, хотя содержание одинаково. С одной стороны, имеются исключения из авторского права на базы данных (ст. 6). С другой стороны, права и обязанности законного пользователя охватываются правом *sui generis* (ст. 8).

⁴ *Ryanair*, cit., para. 28.

⁵ *Ibid.*, para. 49.

что материалы являются независимыми, организованы систематически или методически и доступны по отдельности. Таким образом, поскольку сайт компании *Ryanair* подпадает под действие Директивы, нет причин не признавать применимость положения об обязательном характере исключений. Сложность применения того или иного положения, будь то положение об авторском праве или положение о праве *sui generis*, является только практической, которую можно было бы преодолеть, например, найдя общий знаменатель между ст. 6 и ст. 8, что не представляется сложным, поскольку эти положения действительно весьма схожи. Иное решение действительно было бы неразумным, потому что оно привело бы к признанию более сильной охраны тех баз данных, в отношении которых автор не приложил никаких интеллектуальных усилий либо не произвел никаких значимых инвестиций. Более того, главным обоснованием Директивы 96/9/ЕС является стимулирование инвестиций в индустрию баз данных для преодоления разрыва между США и ЕС. Эта цель не может быть достигнута при применении логики дела *Ryanair*, поскольку в интересах разработчиков баз данных не создавать оригинальные базы данных и не инвестировать значительные средства в получение, проверку и представление контента. Таким образом, они окажутся за пределами действия Директивы 96/9/ЕС и смогут беспрепятственно ограничить права пользователей. В то время как, возможно, дело *Ryanair* делает договоры ключевым инструментом защиты баз данных, разработчики баз данных должны опасаться внутренних ограничений договорного права, главным из которых является принцип частного характера договорной связи¹. Как правило, обязательства не могут налагаться на тех, кто не является стороной договора, поэтому с момента извлечения невозможно препятствовать дальнейшему распространению информации от третьих лиц².

Важно помнить о решении по делу *Ryanair* при анализе решений *British Horseracing* и *Fixtures Marketing*. Достаточно сказать, что тенден-

¹ Принцип частного характера договорной связи (*privity*) является принципом общего права, но сходные концепты имеются во многих юрисдикциях как выражение принципа *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* (решение тяжбы между двумя лицами не может быть ни во вред, ни на пользу для третьего лица. — *Прим. пер.*). См.: Rădulescu, *The principle of relative effect of contracts. A historical view and aspects of comparative law*, in *Challenges of the Knowledge Society* 2018, XII, 292.

² Synodinou, *Ryanair Ltd. v. PR Aviation BV: contracts, rights and users in a low cost database law*, in *Kluwer Copyright Blog*, 26 January 2015 (URL: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2015/01/26/ryanair-ltd-v-pr-aviation-bv-contracts-rights-and-users-in-a-low-cost-database-law/> (дата обращения: 30.10.2018)).

ция к сужению сферы действия Директивы 96/9/ЕС может привести к непредвиденным результатам в виде обострения проблемы монополизации информации и необработанных данных, что может быть легко достигнуто, если договорная свобода ничем не ограничена¹. Указанную тенденцию можно рассматривать как замедленную решениями по делам *Verlag Esterbauer* и *Apis-Hristovich*, в которых широкое определение базы данных частично компенсирует проблемы, возникшие в результате совместного действия *Ryanair* и *Fixtures Marketing*. Таким образом, реформа Директивы 96/9/ЕС должна либо уточнить и расширить сферу ее применения, либо перенести положения об исключениях в гл. 4 об общих положениях². Более амбициозные планы могут включать гармонизацию договорного права, которое может быть сосредоточено на договорах в области интеллектуальной собственности или охватывать основные принципы договорного права, в особенности теперь, когда в результате выхода Великобритании из ЕС наблюдается большая однородность между традициями договорного права государств — членов ЕС.

Все это имеет значение и с точки зрения искусственного интеллекта. Действительно, поскольку базы данных ИИ вряд ли будут считаться оригинальными и будут охраняться правом *sui generis*, это означает, что у владельцев баз данных есть стимул вкладывать средства в базы данных ИИ, а не в традиционные базы данных, поскольку первые будут более надежно защищены посредством договоров³ и технических средств защиты⁴. Европейская комиссия в своей оценке Директивы 96/9/ЕС отметила, что «право *sui generis*, как правило, игнорируется в договорных схемах»⁵. Однако это не следует трактовать как то, что договоры не играют ключевой роли в процессе присвоения данных, а лишь как

¹ Commission, Evaluation, cit., 25, где утверждается, что «сужение сферы действия может оказаться под давлением в будущем, что потенциально может привести к непредвиденным результатам в отношении больших данных, генерируемых машинами и датчиками».

² JIP and Technopolis Group, *Legal annex*, cit., 117. Как указывает Drexl, op. cit., para. 184, законодательный орган мог бы «содействовать доступу с помощью исключений и ограничений, которые не допускают возможности их отмены, в рамках всеобъемлющего законодательства о владении данными».

³ Drexl, op. cit., para. 42, подчеркивает, что «фактический контроль над данными может позволять держателю данных коммерциализировать эти данные без дополнительной правовой защиты, опираясь на договорное право».

⁴ Ivi, para. 183.

⁵ Commission, Evaluation, cit., 17.

то, что «право *sui generis*, как представляется, не широко используется в качестве инструмента лицензирования»¹.

В заключение стоит отметить, что могущественные игроки экономики данных присваивают наши данные, превращая в товар, с помощью многовекторной стратегии, основными элементами которой являются технические средства защиты, которые невозможно обойти², а также условия обслуживания и политики конфиденциальности, которые большинство людей не читает, не говоря уже о том, чтобы понимать или обсуждать³. Таким образом, ограничения свободы договора, предусмотренные Директивой 96/9/ЕС, могут играть жизненно важную роль в обеспечении более сбалансированного учета конкурирующих интересов индустрии баз данных и общественности.

8. Не конец пути

Настоящая работа приходит к следующим четырем выводам.

Во-первых, для того чтобы понять базы данных ИИ, важно осознать, что ИИ – это общий термин, охватывающий ряд различных технологий, где степень автономии и «интеллекта» сильно варьируется. Общий (или сильный) ИИ еще не достигнут, но приложения ИИ становятся все более изощренными и сложными, поэтому изучение надлежащих работ по искусственному интеллекту уже не является чем-то из области научной фантастики, а считается одним из наиболее актуальных вопросов, с которым юристам, занимающимся вопросами интеллектуальной собственности, настоятельно рекомендуется разобраться.

Во-вторых, ИИ является мощным инструментом для интеллектуального анализа текстов и данных, который, в свою очередь, играет решающую роль в развитии индустрии баз данных и исследований во всем мире. Существующие исключения из авторского права могут охватывать некоторые этапы этого процесса, но в целом они не соответствуют цели и могут быть отменены договором. Реформа авторского права ЕС на едином цифровом рынке предусматривает исключение из авторского права в отношении интеллектуального анализа текстов и данных, которое, к сожалению, является слишком слабой попыт-

¹ Commission, Evaluation, cit., 17.

² Colston, *Protecting Databases – A call for regulation*, 2007, IXX, 85.

³ См., например: Noto La Diega, *Uber law and awareness by design. An empirical study on online platforms and dehumanised negotiations*, in *Revue européenne de droit de la consommation* 2016, II, 383 ff., и Ducato, *House of Terms: Fixing the Information Paradigm with Legal Design*, in *Bileta* 2018, Aberdeen, 10–11 April 2018.

кой, в особенности потому, что оно ограничено исследовательскими организациями и исследовательскими целями. Тот факт, что интеллектуальный анализ данных не всегда имеет под собой правовую основу, не означает, однако, что получаемая в результате база данных не будет охраняться Директивой 96/9/ЕС, если будут соблюдены соответствующие требования.

В-третьих, действующее авторское право ЕС в интерпретации Суда ЕС не допускает авторского права на произведения ИИ, включая базы данных. Главным, хотя и не единственным препятствием является проблема оригинальности. Оригинальность означает, что произведение должно быть собственным интеллектуальным творением автора. В отношении произведений ИИ, если рассматривать человека как автора, нельзя сказать, что это его собственное интеллектуальное творение, потому что ИИ не может оставить свои характерные черты¹. Сам ИИ не может считаться автором, а тем более владельцем, главным образом из-за проблем, связанных с отсутствием правосубъектности, которые, как представляется, еще далеки от решения. Это, наряду с другими аргументами, лежит в основе твердой убежденности в том, что произведения ИИ должны получать низкую степень защиты, которая может принимать форму права *sui generis*.

Наконец, и что более важно, вопреки распространенному мнению, базы данных ИИ могут охраняться правом *sui generis*. Развитие ИИ, скорее всего, приведет к обновлению и, возможно, беспрецедентному значению права *sui generis* как предпочтительной формы защиты для произведений ИИ. Действительно, произведения ИИ, сами по себе не охраняемые авторским правом, могут получить защиту, если они организованы в базе данных. Спор о том, что право *sui generis* не подходит для ИИ, основан не на положениях Директивы 96/9/ЕС, а на ограничительном толковании, которое Суд ЕС дал сфере его применения в своих решениях 2004 г. Эти решения были основаны на ошибочном предположении о том, что существует противопоставление между созданием данных и получением данных, в то время как это различие больше не приводится в экономике данных, как это видно из того, как работает интеллектуальный анализ данных. Стерилизирующий эффект решения 2004 г. может быть уменьшен за счет преодоления распространенного заблуждения о том, что суд ввел теорию побочного продукта, интерпретируемую как означающую, что если создание баз

¹ Эта статья основана на убеждении, что произведения, созданные машиной, это не то же самое, что произведения ИИ.

данных не является основной деятельностью компании (побочные базы данных), то эта база данных не подпадает под действие права *sui generis*. Фактически базы данных могут охраняться и в том случае, если владелец докажет значительные инвестиции, оцененные количественно или качественно. ИИ является гибким инструментом и позволяет оптимизировать процессы получения, проверки и представления содержимого. Представляется особенно вероятным, что если имеются значительные инвестиции в приложение ИИ, разработанное для создания базы данных, то последняя будет охвачена правом *sui generis*.

В заключение следует отметить, что противодействие узкому толкованию сферы применения Директивы 96/9/ЕС, данному Судом ЕС, может иметь три позитивных последствия.

Во-первых, она обеспечила бы определенную форму охраны произведений ИИ, которые в ином случае оказались бы в общественном достоянии, тем самым установив равновесие между интересами коммерциализации произведений ИИ и доступом к знаниям. Во-вторых, это уменьшило бы негативные последствия решения по делу *Ryanair*, позволяющего злоупотреблять договорами для достижения чрезмерной защиты данных и баз данных. Те, кто опасался, что право *sui generis* приведет к катастрофической монополизации информации, не могут не заметить, что в области экономики данных присвоение данных является совокупным результатом договоров, технических средств защиты и секретов производства, которые приводят к чрезмерной защите данных. В-третьих, в зародыше исчезали бы неудачные предложения о новом праве производителя данных, в котором больше не было бы необходимости, поскольку право *sui generis* обеспечило бы достаточную защиту. Таким образом, вместо отмены Директивы 96/9/ЕС существуют сильные аргументы в пользу перезапуска права *sui generis*, которое благодаря ИИ в конце концов покинет периферию сферы интеллектуальной собственности.

Пристатейный библиографический список

1. Algardi, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Milano, Giuffrè, 1966.
2. Arcidiacono, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, Giapichelli, Turin, 2017.
3. Arezzo, *L'estrazione non autorizzata del contenuto di una banca dati*, in *Dir. ind.* 2009, 192.

4. Bacon et al., *Blockchain Demystified*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper № 268/2017.
5. Baroni et al., *CommAI: Evaluating the first steps towards a useful general AI*, in *ICLR 2017: 5th International Conference on Learning Representations – Workshop Track*, Toulon, 24–26 April 2017.
6. Bechtold, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 2004, 323.
7. Bently and Kretschmer, *Strengthening the position of press publishers and authors and performers in the Copyright Directive*, European Parliament, Strasbourg, 2017.
8. Bently, Sherman, Gangjee, and Johnson, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
9. Borghi and Karapapa, *Contractual Restrictions on Lawful Use of Information: Sole-source Databases Protected by the Back Door?*, in *EIPR* 2015, VIII, 505.
10. Breyer, *The uneasy case for copyright: A study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, in *Harvard Law Review* 1970, 281.
11. Bridy, *Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author*, in *Stan Tech L Rev* 2012, V, 1.
12. Burns, *Regulating machine data: less is more for global growth*, in *WIPO Magazine* 2017, VI.
13. Burrell and Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
14. Butler, *Can a Computer Be an Author-Copyright Aspects Of Artificial Intelligence*, in *Comm/Ent LS*. 1981, IV, 707.
15. Calo, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review* 2014, 995.
16. Capuano, *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Naples, 2012.
17. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998.
18. Casaburi, *Originalità, creatività, elaborazione creative, citazione e plagio: Profili evolutivi*, in *Foro it.* 2017, XII, 3779.
19. Caspers and Guibault, *Baseline Report of Policies and Barriers of TDM in Europe*, Future TDM, Wien, 2016.
20. Cellan-Jones R., Stephen Hawking warns artificial intelligence could end mankind, 2 December 2014 (URL: <http://www.bbc.co.uk/news/technology-30290540> (дата обращения: 30.10.2018)).
21. Cerka, Grigiene, and Sirbikyte, *Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?*, in *Computer Law & Security Review* 2017, V, 685.

22. Chalton, *The legal protection of databases*, Thorogood, London, 2001.
23. Chien, *Startups and patent trolls*, in *Stan. Tech. L. Rev.* 2014.
24. Ciani, *Property rights model v Contractual approach: How protecting non-personal data in cyberspace?*, in *Dir. Com. Internaz.* 2017, IV, 461.
25. Cohen, Gurun, and Kominers, *Patent Trolls: Evidence from Targeted Firms*, Harvard Business School Finance Working Paper No. 15-002, 8 June 2018.
26. Commission Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy – accompanying the document Communication Building a European data economy, COM (2017) 9 final, 10 January 2017.
27. Commission Staff Working Document, Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases {SWD (2018) 147 final}.
28. Contra and Petit, *Antitrust and Artificial Intelligence: A research Agenda*, in *Journal of European Competition Law & Practice* 2017, VI, 831.
29. Davis, Hoffert, and Vanlandingham, *A Taxonomy of Artificial Intelligence Approaches for Adaptive Distributed Real-Time Embedded Systems*, in *2016 IEEE International Conference on Electro Information Technology*, 2016.
30. Davidson, *The Legal Protection of Databases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
31. De Filippi, and Hassan, *Blockchain Technology as a Regulatory Technology: From Code is Law to Law is Code*, in *First Monday* 2016, XII.
32. Debriyn, *Shedding light on copyright trolls: An analysis of mass copyright litigation in the age of statutory damages*, in *UCLA Ent. L. Rev.* 2012, 79.
33. Derclaye and Leistner, *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Hart, Oxford, 2011.
34. Derclaye, *Databases Sui Generis Right: Should We Adopt the Spin-Off Theory?*, in *EIPR* 2004, 402.
35. Derclaye, *Databases Sui Generis Right: What is a Substantial Investment? A Tentative Definition*, in *IIC* 2005, 2.
36. Derclaye, Intellectual property rights on information and market power – comparing European and American protection of databases, in *IIC* 2007, III, 275.
37. Di Cataldo, *Banche-dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in this *Journal* 1997, 20.
38. Di Cataldo, *L'imitazione servile*, Giuffrè, Milan, 1979.
39. Dickenson, Morgan and Clark, *Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications*, in *EIPR* 2017, VIII.
40. Drexl, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Proportisation and Access*, in *JIPITEC* 2017, VIII, 257.

41. Ducato, *House of Terms: Fixing the Information Paradigm with Legal Design*, in *BILETA 2018*, Aberdeen, 10–11 April 2018.
42. Ducato and Strowel, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to “Machine Legibility”*, in *IIC* 50, 649.
43. Dutilh, *The implementation and application of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, European Commission, Brussels, 2001.
44. Ercolani, *Computer-generated works*, in *Dir. aut.* 1998, 604.
45. Ezrachi and Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 2016.
46. Falce, *Copyrights on data and competition policy in the digital single market strategy*, in *Italian Antitrust Review* 2018, 32.
47. Falce, Ghidini, Olivieri, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, 2018.
48. Farrand, *Bold and newly Independent, or Isolated and Cast Adrift? The Implications of Brexit for Intellectual Property Law and Policy*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, VI, 1306.
49. Floridi L. *Should we be afraid of AI?*, in *Aeon*, 9 May 2016 (URL: <https://aeon.co/essays/true-ai-is-both-logically-possible-and-utterly-implausible> (дата обращения: 30.10.2018)).
50. Fuegi and Francis, *Lovelace & Babbage and the Creation of the 1843 “Notes”*, in *IEEE Annals of the History of Computing* 2003, IV, 16.
51. Gasser, *Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model*, Berkman Center Research Publication № 2006-04.
52. Geiger, Griffiths, Hilty, and Suthersanen, *Declaration on a balanced interpretation of the “three-step test” in copyright law*, in *IIC* 2008, I, 707.
53. Ghidini, *Re-thinking Intellectual Property. Balancing Conflicts of Interest in the Constitutional Paradigm*, Edward Elgar, 2018.
54. Ginsburg, *No “Sweat”? Copyright and Other Protection of Works of Information After Feist v. Rural Telephone*, in *Columbia Law Review* 1992, II, 338.
55. Ginsburg, *People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention*, in *IIC* 2018, II, 131.
56. Goertzel, *The path to more general artificial intelligence*, in *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence* 2014, III, 343.
57. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms*, Wolters Kluwer, 2016.
58. Greenberg, *Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses*, in *University of Colorado Law Review* 2014, 53.

59. Guadamuz, *Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works*, in *IPQ* 2017, II, 169.

60. Guadamuz, *The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction*, in *Internet Policy Review* 2016, I, 1.

61. Guibault, Westkamp, and Rieber-Mohn, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, European Commission, Brussels, 2007.

62. Gupta, *Footprints of Feist in European Database Directive: A legal analysis of IP Law-making in Europe*, Springer, Singapore, 2017.

63. Gutierrez, *La tutela del diritto di autore*, Milano, Giuffrè, 2008.

64. Helberger et al., *Digital Content Contracts for Consumers*, in *J Consum Policy* 2013, I, 37.

65. HILTY and MOSCON (eds), *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 28 September 2017 (URL: <https://www.ip.mpg.de/de/projekte/details/modernisierung-des-eu-urheberrechts.html> (дата обращения: 30.10.2018)).

66. Hoeren, *Big data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe*, in *EIPR* 2014, XII, 751.

67. Hugenholtz, *Abuse of Database Right Sole-source information banks under the EU Database Directive*, in LÉVÊQUE and SHELANSKI (eds), *Antitrust, patents and copyright: EU and US perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005.

68. Hugenholtz, *Against Data Property: Unwelcome Guest in the House of IP*, in Ulrich, Drahos, and Ghidini, *Kritika. Essays on Intellectual Property*, 3, Elgar, Cheltenham, 2018, 48.

69. Hugenholtz, *Something Completely Different: Europe's Sui Generis Database Right*, in FRANKEL and GERVAIS (eds), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016.

70. *Idc and Open Evidence, European data market. Final report*, European Commission, Brussels, 2017.

71. Ihalainen, *Computer Creativity: Artificial Intelligence and Copyright*, in *JiPLP* 2018, IX, 724.

72. Iwahashi, *How to Circumvent Technological Protection Measures Without Violating the DMCA: An Examination of Technological Protection Measures Under Current Legal Standards*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2011, 491.

73. Jacques, Garstka, Hviid, and Street, *Automated Anti-Piracy Systems as Copyright Enforcement Mechanism: A Need to Consider Cultural Diversity*, in *EIPR* 2018, 218.

74. Jehoram, *Critical reflections on the economic importance of copyright*, in *IIC* 1989, IV, 485.

75. JIIP and Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Final report*, European Commission, Brussels, 2018.

76. Karaganis and Urban, *The Rise of the Robo Notice*, in *Communications of the ACM* 2015, IX, 28.

77. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in FALCE, GHIDINI, OLIVIERI, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, 2018.

78. Kerr, *Digital Locks and the Automation of Virtue*, in GEIST (ed), *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Irwin Law, Toronto, 2010.

79. Kretschmer, Derclaye, Favale, and Watt, *The relationship between copyright and contract law*, Intellectual Property Office Research Paper № 2010/4.

80. Kur, *What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*, in LEE, WESTKAMP, KUR, and OHLY (eds), *Intellectual property, unfair competition and publicity: convergences and development*, Elgar, Cheltenham, 2014.

81. Kurzweil K. *The singularity is near: When Humans Transcend Biology*. N.Y.: Viking, 2006.

82. La Villa, *Imitazione servile e forme di mercato*, Giuffrè, Milan, 1976.

83. Landes and Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, in *The Journal of Legal Studies* 1989, II, 325.

84. Leistner, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in LOHSSE, SCHULZE, and STAUDEN-MAYER (eds), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

85. Lemley and Melamed, *Missing the forest for the trolls*, in *Columbia Law Review* 2013, VIII, 2117.

86. Levendowski, *How copyright law can fix artificial intelligence’s implicit bias problem*, in *Washington Law Review*, 2018, II, 579.

87. Liu, *Of originality: originality in English copyright law: past and present*, in *EIPR* 2014, VI, 376.

88. Locke, *Two Treaties of Government, II, Of Civil Government*, London, 1690, 5, § 25, now in *Two Treaties of Government, II, Of Civil Government*, London, 1821.

89. Lovelace, *Notes by the translator*, in TAYLOR (ed), *Scientific Memoirs*, 3, Taylor, London, 1843.

90. Lundqvist, “Turning Government Data Into Gold”: *The Interface Between EU Competition Law and the Public Sector Information Directive*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2013, 79.

91. Lupu, *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, in *World Patent Information*, 2018, LIII, A1.

92. Marchetti e Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016.

93. Margoni, *The harmonisation of EU copyright law: the originality standard*, in PERRY (ed), *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century*, Springer, Cham, 2016, 85.

94. Mccarthy, *What is artificial intelligence?* 12 November 2007 (URL: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai> (дата обращения: 30.10.2018)).

95. Mehra, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in *Minn. L. Rev.* 2016, 1323.

96. Melzi D’eril and Vigevani, *La buona informazioni che garantisce diritti*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 September 2018.

97. Montagnani and Aime, *Il text and data mining e il diritto d’autore*, in this *Journal* 2017, 376.

98. Morris, Schlenoff, and Srinivasan, *A Remarkable Resurgence of Artificial Intelligence and Its Impact on Automation and Autonomy*, in *IEEE Transactions on Automation Science and Engineering*, 2017, II, 407.

99. Moyses, *Abus et propriété intellectuelle ou du bon usage des droits*, in SCASSA, GOUDREAU, SAGINUR, DOAGOO (eds), *Intellectual Property for the 21st Century: Multidisciplinary Perspectives on Intellectual Property Law*, Irwin Law, Toronto, 2014.

100. Noto La Diega, *Against the dehumanisation of decision-making. Algorithmic decisions at the crossroads of intellectual property, data protection, and freedom of information*, in *JIPITEC* 2018, 3.

101. Noto La Diega, *In light of the ends. Copyright hysteresis and private copy exception after the British Academy of Songwriters, Composers and Authors (BASCA) and others v Secretary of State for Business, Innovation and Skills case*, in *Diritto Mercato tecnologia*, 2015, II, 1.

102. Noto La Diega, *Machine Rules. Of Drones, Robots, and the Info-Capitalist Society*, in *Italian LJ.* 2016, II, 367.

103. Noto La Diega, *Software patents and the Internet of Things in Europe, the United States, and India*, in *EIPR* 2017, III, 173.

104. Noto La Diega, *The European strategy on robotics and artificial intelligence: Too much ethics, too little security*, in *European Cybersecurity Journal* 2017, II, 6.

105. Noto La Diega, *Uber law and awareness by design. An empirical study on online platforms and dehumanised negotiations*, in *Revue européenne de droit de la consommation* 2016, II, 383.

106. Noto La Diega and Stacey, *Legal and regulatory issues in the block-chain: A focus on copyright law*, in RAGNEDDA and DESTAFANIS, *Block-chain and Web 3.0. Social, Economic, and Technological Challenges*, Routledge, 2019.

107. Olson, *Copyright originality*, in *Missouri Law Review* 1983, I, 29.

108. Ottolia, *Big data e innovazione computazionale*, in *I quaderni di AIDA*, n. 28, Giappichelli, Torino, 73.

109. Parchomovsky and STEIN, *Originality*, in *Virginia Law Review*, 2009, VI, 1505.

110. Patterson, *Copyright Misuse and Modified Copyleft: New Solutions to the Challenges of Internet Standardization*, in *Michigan Law Review*, 2000, 1351.

111. Perel and Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, in *Stan. Tech. L. Rev.* 2016, 473.

112. Perel and Elkin-Koren, *Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement*, in *Fla. L. Rev.* 2017, 181.

113. Pezzoli, *Big Data e Antitrust: un' comparione per tornare ad occuparci di struttura?*, in FALCE, GHIDINI, OLIVIERI, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, 2018.

114. Pila and Torremans, *European Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

115. Rădulescu, *The principle of relative effect of contracts. A historical view and aspects of comparative law*, in *Challenges of the Knowledge Society* 2018, XII, 292.

116. Ramalho, *Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems*, 13 June 2017 (URL: <https://ssrn.com/abstract=2987757> (дата обращения: 30.10.2018)).

117. Ramalho and GOMEZ GARCIA, *Copyright after Brexit*, in *JIPLP* 2017, VIII, 669.

118. Reichman, *Legal Hybrids between the patent and copyright paradigms*, in *Colum. L. Rev.* 1994, 2432.

119. Reilly, *Patent “trolls” and claim construction*, in *Notre Dame L. Rev.* 2016, 1045.

120. Ricolfi, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, in *Dir. aut.* 2002, II, 215.

121. Ricolfi, Xalabarder, and Van Eechoud, *Academics against Press Publishers' Right, Statement from 169 EU academics*, 24 April 2018 (URL: <https://>

www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/ (дата обращения: 30.10.2018)).

122. Robin, *Prérogative de puissance publique n'est pas activité économique en droit de la concurrence*, in *Revue Lamy de la Concurrence* 2013, 28.

123. Rosati, *Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the Infopaq Decision*, in *J. Copyright Soc'y USA* 2010, LVIII, 795.

124. Rosati, *Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2013.

125. Rosati, *The Monkey Selfie case and the concept of authorship: an EU perspective*, in *JiPLP* 2017, XII, 973.

126. Rosati, *Why originality in copyright is not and should not be a meaningless requirement*, in *JiPLP* 2018, VIII, 597.

127. Rothchild, *Economic analysis of technological protection measures*, in *Oregon Law Review* 2005, 489.

128. Russell and Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3rd ed, Prentice Hall, Upper Saddle River, 2009.

129. Sag and Haskell, *Defense Against the Dark Arts of Copyright Trolling*, in *Iowa Law Review* 2018, 571.

130. Sammarco, *Sull'ampiezza del diritto sui generis in relazione all'attività di estrazione del contenuto di una banca di dati non avente carattere creativo*, in *Dir. inf.* 2008, 780.

131. Samuelson, *Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works*, in *University of Pittsburgh Law Review* 1985, 1185.

132. Samuelson, *Intellectual Property and the digital economy: why the anti-circumvention provisions need to be revisited*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 1999, 519.

133. Schafer, *Editorial: The future of IP law in an age of artificial intelligence*, in *Scripted* 2016, III, 283.

134. Senftleben et al., *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *EIPR* 2018, III, 149.

135. Shalev-Shwartz and Ben-David, *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

136. Spada, *Banche dati e diritto d'autore (il "genere" del diritto d'autore sulle banche dati)*, in this *Journal* 1997, 5.

137. Stalla-Bourdillon et al., *Building the European data economy. Position paper on the proposal for a new right in non-personal data* (URL: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-30/consultation_data_eco-knight_65284C58-BC45-BD3E-6F27AD94A35F71EC_46162.pdf (дата обращения: 30.10.2018)).

138. Stalla-Bourdillon et al., *Open Letter to the European Commission – On the Importance of Preserving the Consistency and Integrity of the EU Acquis Relating to Content Monitoring within the Information Society*, in SSRN, 19 October 2016 (URL: <https://ssrn.com/abstract=2850483> (дата обращения: 30.10.2018)).
139. Steckler, *Unfair trade practices under German law: “slavish imitation” of commercial and industrial activities*, in *EIPR* 1996, VII, 390.
140. Strowel, *L'émergence d'un droit d'accès en droit d'auteur? Quelques réflexions sur le devenir du droit d'auteur*, in DOUTRELEPONT and DUBUISSON (eds), *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique*, Bruylant, Brussels, 2008.
141. Strowel, *La protection des mesures techniques: une couche en trop? Quelques remarques à propos du texte de Kamiel Koelman*, in *Auteurs & Média*, 90.
142. Sujecki, *Slavish imitation and trade mark protection: a Dutch perspective*, in *EIPR* 2011, XII, 743.
143. Surblyte, *Data-Driven Economy and Artificial Intelligence: Emerging Competition Law Issues*, in *WuW* 2017, 120.
144. Tabrez and Sourav, *Comparative Analysis of Copyright Protection of Databases: The Path to Follow*, in *Journal of Intellectual Property Rights* 2011, II.
145. Traub and Dennis, *Brexit – What Could Happen to My IP Rights?*, in *Intellectual Property & Technology Law Journal* 2017, XI, 20.
146. Triaille, De Meeûs D'argenteuil, and De Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, Publications Office, Luxembourg, 2014.
147. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind* 1950, CCXXXVI, 433, 441.
148. Ubertazzi L.C. *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore: prime riflessioni*, in ALPA (ed), *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1984.
149. UK Government Chief Scientific Adviser, *Distributed Ledger Technology: Beyond block chain*, Government Office for Science, London, 2016.
150. Yanisky-Ravid and Moorhead, *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Accountability and Copyright – The Human-Like Workers Are Already Here – A New Model*, in *2017 Michigan State Law Review*. 659.
151. Zech, *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data*, in *JiPLP* 2016, VI, 460.
152. Zenker, *Kartellrecht und Rechtsmissbrauch*, Nomos, Baden-Baden, 2018.
153. Zimmerman, *Authorship without Ownership: Reconsidering Incentives in the Digital Age*, in *DePaul L. Rev.* 2002–2003, 1121.