



МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

Кафедра гражданского права

ДИПЛОМНАЯ РАБОТА

**Доведение до всеобщего сведения как способ использования объектов
авторского и смежных прав в цифровой среде**

Подготовила: студентка 4 курса, группы № 402

Глоница Вера Николаевна

Научный руководитель: кандидат юридических
наук, доцент кафедры гражданского права,

Щербак Наталия Валериевна

Рецензент: доктор юридических наук,
профессор кафедры гражданского права,

Шерстобитов Андрей Евгеньевич

Дата сдачи: _____

Дата защиты: _____

Оценка: _____

Москва – 2018 год

Оглавление

Введение.....	2
Глава I. Понятие права на доведение до всеобщего сведения	6
§ 1. Определение права на доведение до всеобщего сведения: от истории к современности.....	6
§ 2. Доведение до всеобщего сведения в системе способов использования произведения	17
Глава II. Проблемы, возникающие в судебной практике в связи с применением права на доведение до всеобщего сведения	27
§ 1. Феномен файлообменных сетей сквозь призму правоприменения.....	27
§ 2. Проблема использования гиперссылок и ответственности информационных посредников	30
Глава III. Обеспечение баланса интересов в цифровой среде.....	49
§ 1. Доктрина баланса интересов в цифровой среде	49
§ 2. Концепция баланса интересов в цифровой среде и некоторые иные предложения по совершенствованию законодательства.....	58
Заключение	73
Библиографический список	76
Приложение	88

Введение

Актуальность темы исследования. В современном мире роль авторского права, без сомнения, велика, и с каждым годом она только возрастает. Ведь развитие информационных технологий, «цифровизация» экономики - все это причины необходимого развития и повышения эффективного функционирования системы авторского права как в России, так и за рубежом. Все ведущие державы, так или иначе, ставят перед собой цель обеспечения охраны прав авторов, создания слаженного регулятивного механизма и достижения баланса интересов всех вовлечённых сторон - как авторов, правообладателей, так и рядовых пользователей. В частности, для реализации названных задач ещё в 1996 г. на международном уровне¹ было закреплено право на доведение произведения до всеобщего сведения как способ использования произведения в сети Интернет. И хотя данное правомочие было вскоре закреплено в законодательстве большинства современных государств, единой дефиниции «доведения до всеобщего сведения», определённости в содержании и общих критериев не выработано и по сей день. Кроме того, в силу быстрого развития информационного общества защита авторских прав в цифровой среде стала центральным вопросом, вызывающий дискуссии на государственном уровне. Такое положение дел привело к принятию в большинстве стран-членов ВОИС специального «антипиратского» законодательства, направленного на борьбу с цифровым пиратством. Тем не менее, представляется, что радикальные «антипиратские» меры не привели к достижению баланса интересов между пользователями и правообладателями в цифровой среде, а во многом, напротив, усилили имеющуюся конфронтацию.

Иными словами, актуальность исследования подтверждается не только быстрым инновационным развитием общества, становлением цифровой эконо-

¹ Ст. 8 Договора ВОИС 1996г. по авторскому праву и Согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по авторскому праву (Женева, 20 декабря 1996 г.) (далее – ДАП) // URL: <http://www.consultant.ru/>

мики, но и активной законодательной деятельностью в данной сфере, непоследовательным характером текущей судебной практики, а также имеющимися доктринальными дискуссиями по проблеме использования произведений в сети Интернет, по вопросу относительно определения места и роли такого способа использования произведений, свойственного цифровой среде, как доведение до всеобщего сведения.

Степень разработанности темы исследования. Вопросы использования объектов авторского и смежных прав в целом и права на доведения до всеобщего сведения, в частности, рассматривались в работах таких видных отечественных ученых как: Антимонов Б.С., Белов В.А., Братусь Д.А., Войниканис Е.А., Гаврилов Э.П., Дилленц В., Дозорцев В.А., Ионас В.Я., Иоффе О.С., Зенин И.А., Калятин В.О., Маковский А.Л., Рожкова М. А., Рузакова О. А., Сергеев А.П., Серебровский В.И., Савельев А.И., Судариков С.А., Флейшиц Е.А. В зарубежной литературе можно выделить труды следующих специалистов: Ансар Охли, Кристоф Гейгер, Эдуардо де ла Парра Трухильо, Дэвид Кайе, Дж. К. Гинзбург, Фиона МакГуган, Лоуренс Хелфер, Паул Торреманс, Северин Дюссолье, Якси Ванг.

Проблема использования произведения достаточно глубоко изучена по некоторым локальным вопросам, касающимся отдельных способов использования. Несмотря на это, вопрос доведения произведения до всеобщего сведения как способа использования произведений не получил своего должного освещения в российской доктрине. Имеющиеся научные работы по указанной тематике носят обзорный характер, затрагивают лишь некоторые аспекты анализируемого вопроса.

В то же время быстрое развитие глобальной сети Интернет, возникающие проблемы судебной практики и отсутствие единства в законодательных подходах наглядно демонстрируют необходимость проведения комплексного исследования, основательного и содержательного изучения проблемы доведения до всеобщего сведения как способа использования произведений в цифровом обществе.

Цели и задачи работы. В рамках данной работы ставятся **цели** комплексного рассмотрения анализа современного состояния национального, зарубежного и международно-правового регулирования общественных отношений, возникающих в связи с доведением до всеобщего сведения произведений в цифровой среде, а также выявление основных проблем и противоречий в этой сфере, выработка соответствующих правовых форм для решения возникающих на практике проблем и достижения баланса интересов между пользователями и правообладателями.

Цели исследования предопределили постановку следующих основных **задач**: - историко-правовой анализ возникновения и развития права на доведение до всеобщего сведения; - анализ действующих в настоящее время правовых норм, регулирующих использование произведения в цифровой среде как в России, так и в ряде зарубежных государств (США, Канада, страны ЕС, страны СНГ); - выявление положительных сторон, а также пробелов и прочих недостатков действующих правовых норм по рассматриваемому вопросу; - анализ судебной практики и выявление наиболее прогрессивных подходов к пониманию права на доведение до всеобщего сведения сквозь призму правоприменения; - установление особенностей, следующих из судебной практики, а также доктрины по рассматриваемому вопросу; - выработка путей совершенствования и гармонизации законодательства в области использования произведений в сети Интернет; - предложение конкретных мер, направленных на достижение баланса интересов между пользователями и правообладателями в цифровой среде.

Структура работы. Работа состоит из трёх глав, каждый из которых содержит по 2 параграфа. *В первой главе* анализируется определение, роль и место права на доведение до всеобщего сведения. *Вторая глава* посвящена проблемам, возникающим в судебной практике в связи с применением права на доведение до всеобщего сведения. В частности, рассматривается феномен функционирования файлообменных сетей в сети Интернет, анализируются проблемы размещения гиперссылок и ответственности информационных посредников.

В третьей главе повествуется о понятии и роли достижения баланса интересов в цифровой среде, а также приводятся некоторые конкретные предложения по совершенствованию законодательства. В *заключении* подводятся итоги проведённого исследования, формируются основные выводы автора. *Библиографический список* включает перечень нормативных правовых актов и литературу, в том числе на иностранных языках, по теме данного исследования. В *приложении* представлено процентное соотношение моделей имплементации права на доведение до всеобщего сведения в государствах-участниках ДАП.

Глава I. Понятие права на доведение до всеобщего сведения

§ 1. Определение права на доведение до всеобщего сведения: от истории к современности

Первые «зачатки» права на доведение до всеобщего сведения можно проследить в Бернской конвенция по охране литературных и художественных произведений в редакции 1928 г. (далее – Бернская Конвенция), в которой в связи с распространение радиовещания и телевидения было включено и исключительное право исполнителей сообщать их публике². Однако данное право вряд ли можно считать аналогом современного сообщения до всеобщего сведения, включающим в себя доведения до всеобщего сведения, ведь, во-первых, сообщение до всеобщего сведения исполнений посредством радио и телевидения во многих государствах (в том числе, и в России) существует в качестве самостоятельного правомочия в области смежных прав наравне с правом на доведение до всеобщего сведения, а, во-вторых, первоначальная формулировка сообщения до всеобщего сведения не охватывала все виды произведений и интерактивные способы предоставления доступа к ним. Тем не менее, в области критики использованных законодателем формулировок (в частности, критерии «сообщения», «публики») сообщение исполнения до всеобщего сведения - несомненный прародитель³.

С развитием интернет-технологий в 1990-ых закрепление особого правомочия для использования произведений в Интернете стало очевидным для всех. Как справедливо отмечалось, ни одно авторское правомочие, закреплённое в авторском законодательстве в тот период не было способно отразить специфику использования произведений в Интернете, так как существующие правомочия были ориентированы на определенные виды объектов и определенные

² Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971). Published by WIPO. 1978 // URL: <http://www.wipo.int/> (дата обращения: 16.01.2018).

³ Fiona McGugan. Making Available, Communication To The Public And User Interactivity. University of Westminster. 2015 // URL: <http://www.musicTank.co.uk/> (дата обращения: 16.01.2018).

формы их использования, которые не подразумевали информационно-телекоммуникационные сети⁴. Некоторые специалисты справедливо предвосхитили «всеобщность, «глобальность» Интернета и проблем, связанных с использованием произведений в бесконечных сетях всемирной паутины. Так, Э. Родриго ещё в 1997 г. писал, что «в долгосрочной перспективе пользователи чаще предпочтут более простой доступ к произведениям, содержащимся в базе данных, через сети и спутники вместо приобретения копий издания на материальных носителях»⁵. Примечательно и замечание А. Керевеу, что под конец XX века «авторское право истрепалось с обоих концов, так как с одной стороны оно имеет дело с потребителем, индивидуальным пользователем произведения, с другой включает в понятие аудитории целые нации, все человечество»⁶.

Необходимо вдохнуть в авторское право новую жизнь, сделать его реально работающей системой, способной остановить массовое распространение охраняемых авторскими правом произведений в Интернете и обеспечивать защиту прав авторов. На решение этой непростой задачи мирового уровня и был направлен ДАП, ст. 8 «Право на сообщение для всеобщего сведения». Во время переговоров, на которых обсуждалось принятие данной нормы, делегаты пришли к общему согласию, что за правообладателями следует закрепить исключительное право *контролировать интерактивную передачу* («the interactive transmission») объектов авторского права в сети Интернет⁷. Большинство делегатов выразило позицию, согласно которой новое правомочие должно расширить уже имеющиеся положения Бернской Конвенции. Но мнения разошлись

⁴ Калятин В. О. Право использования произведения: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 95; Калятин В.О. Право на доступ к объекту исключительных прав через компьютерную сеть как часть права интеллектуальной собственности. Доклад на IV Научно-практической конференции «Право и Интернет: теория и практика (17 декабря 2002 г.) // URL: <http://trov.ru/article.php?article=664> (дата обращения: 16.01.2018).

⁵ Родриго Э. Авторское право и права издателей в электронных изданиях // Бюллетень по авторскому праву, 1997, т. XXX, 3, с. 10.

⁶ Дилленц В. Авторское право: прошлое и настоящее. Что дальше? М. 1988, с. 18

⁷ Copyright in the Digital Environment. WIPO/CR/KRT/05/7. WIPO National Seminar on Copyright and Related Rights and Collective Management of Khartoum, February 28 to March 2, 2005. // URL: <http://www.wipo.int/> (дата обращения: 16.01.2018).

относительно того, какое же именно правомочие должно включить в себя новое право на доведение до всеобщего сведения. В результате дискуссий было получено достаточно гибкое и в целом удовлетворяющее позиции каждого государства решение, получившее название «зонтичное». Новое правомочие, однозначно направленное на регулирование использования произведений в цифровой форме, было закреплено на основе права на сообщение для всеобщего сведения, но при этом было описано максимально нейтральным образом⁸. В результате была согласована имеющаяся версия ст. 8 ДАП, согласно которой «авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать любое *сообщение своих произведений (communication to the public)* для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи, *включая доведение своих произведений до всеобщего сведения (making available*⁹) таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору»¹⁰. Указанная статья расширила понятие «сообщение произведения для всеобщего сведения» путём добавления права на «доведения до всеобщего сведения», тем самым не только распространив уже имеющееся правомочие в Бернской Конвенции на все виды произведений и на все технологические способы доступа к ним, но и позволив установить реальный контроль за использованием произведения в интерактивном режиме, то есть в информационно-телекоммуникационных сетях. Как отмечается, в докладе Международной ассоциация авторов литературных и художественных произведений (ALAI) ст. 8 ДАП охватывает не только и не столько передачу произведения публике, а

⁸ Yaxi Wang. Filling the Gap: How Should ESA vs. SOCAN Interact with the New Making Available Right. Graduate Department of the Faculty of Law University of Toronto. 2013. // URL: <https://tspace.library.utoronto.ca>

⁹ Важно отметить, что буквальный перевод “making available” - это не «доведение до всеобщего сведения» (как значится в русско-язычной версии ДАП), а «предоставление доступа».

¹⁰ Договор ВОИС по авторскому праву и Согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по авторскому праву. Женева, 20 декабря 1996 г. // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

само предложение публике скачать или получить доступ¹¹. Таким образом, данный способ использования, безусловно, направлен на обеспечение охраны исключительных прав в цифровой среде, где основное русло информационных потоков, в том числе содержащим охраняемые авторским правом объекты, - это сеть Интернет.

Тем не менее, формулировка ст. 8 ДАП широкая, а содержащиеся в ней критерии («представители публики», «из любого места», «в любое время») вызывают многочисленные сложности в судебной практике и подвергаются активной критике в доктрине. Так, В.А. Дозорцев писал, что «уровень и качество принятых решений не могут быть признаны юридически удовлетворительными», приходя в своих рассуждениях к неутешительному выводу: «Гора родила мышь»¹². Действительно, терминологический аппарат на конвенционном уровне не раскрывается, каждое государство вынуждено самостоятельно формировать определённые критерии доведения до всеобщего сведения. Особенно проблема усугубляется, когда переводчики зачастую смешивают понятия «доведение» и «сообщение» и изменяют формулировки на свой лад и превращают «представителей публики» в «любое лицо» (например, в России)¹³. В совокупности с критериями «из любого места» и «в любое время» при формальном толковании данной нормы под нее не подпадёт ни одно произведение, размещённое в Интернете. О глубине проблеме ярко свидетельствуют возможные вопросы, возникающие при ознакомлении с формулировкой права на доведение до всеобщего сведения. Так, В. О. Калятин задаёт ироничный, но важный вопрос: «Достаточно ли общей возможности и нужно ли считать, что потенци-

¹¹ ALAI. REPORT and OPINION on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet. ADOPTED UNANIMOUSLY BY THE EXECUTIVE COMMITTEE 16 SEPTEMBER 2013 // URL: <http://www.alai.org/> (дата обращения: 16.01.2018).

¹² Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сб. ст. - М.: Статут, 2003. - С. 136.

¹³ Пункт 11 статьи 1270 ГК РФ: доведение произведения до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения).

альная возможность доступа есть у каждого, живи он в джунглях Амазонки или на островах Тихого океана?»), приходя к выводу, что акценты в формулировке права на доведение до всеобщего сведения расставлены неверно как в ДАП (хотя и в меньшей степени), так и в российском законодательстве (с неточным переводом и собственной системой авторских правомочий, где право на доведение до всеобщего сведения является инородным элементом и выбивается из имеющегося перечня)¹⁴. Подобные взгляды содержатся и в работе А. Г. Дейнеко¹⁵, который пишет, что «любое лицо» может быть не только физическим лицом, но и юридическим, публично-правовым образованием. Кроме того, формулировка «в любое время» не соотносится с тем, что созданное произведение в большинстве случаев не сразу размещается в информационно-телекоммуникационной сети, а понятие «из любого места» приводит к возможной ошибочной трактовки как «из любой точки земного шара».

Кроме того, Д. А. Братусь обращает внимание на тенденцию обозначать в авторском праве одним и тем же термином действие и связанный с ним объект (результат творчества): сообщение, исполнение, передача, постановка и т.д.¹⁶. В. О. Калятин также указывает, что доведение до всеобщего сведения - это не столько способ использования произведения, сколько результат, достижение которого возможно различными способами¹⁷. В целом автор придерживается точки зрения, что любое использование произведения в авторском праве осуществляется путём создания условий для восприятия произведения иными лицами и в конечном счёте должно быть направлено на доведение его до сведения

¹⁴ Калятин В.О. Правовые проблемы использования произведения в Интернете («Информационное право», 2005, N 1) // URL: <http://www.center-bereg.ru/> (дата обращения: 28.08.2016)

¹⁵ Дейнеко, А. Г. Гражданско-правовое регулирование доведения произведений до всеобщего сведения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 61-79

¹⁶ Братусь Д. А. Сообщение и доведение до всеобщего сведения: общее и особенное. 2 июля 2014 // URL: <https://www.zakon.kz/>

¹⁷ Калятин В.О. Правовые проблемы... // URL: <http://www.center-bereg.ru/> (дата обращения: 28.08.2016)

других людей¹⁸. Основывается указанная позиция на том, что именно в доведении до сведения других лиц (открытии доступа) заключается практическое применение произведения в авторском праве, которое, как пишет В.А. Дозорцев, и лежит в основе права использования произведения¹⁹. Подробнее концепция В. О. Калятина относительно право на доведение до всеобщего сведения в системе авторских правомочий будет рассмотрено в следующем параграфе.

А пока отметим, что о ключевой роли широкого понимания доведения до всеобщего сведения пишет и В. А. Белов, указывая, что доведение до всеобщего сведения в Интернете - «быстрое, дешёвое и технологически элементарное»²⁰. Автор также обращает внимание читателей на особенности сети Интернет, возникновение в цифровой среде нового субъекта частного права - неопределённого круга лиц или всякого и каждого, а также отмечает необходимость формирования интернет-права, которое сможет предложить адекватные решения новых жизненных ситуаций.

Схожие идеи, в особенности относительно роли интернет-правомочия, встречаются и в ряде зарубежных работ по авторскому праву в цифровом обществе. Взять, например, статью английских специалистов с вызывающим названием «Сообщение для всеобщего сведения: единственное правомочие о котором стоит говорить?», в которой отмечается, что центральная роль права на сообщение до всеобщего сведения («сообщение до всеобщего сведения» в странах ЕС аналогично ДАП включает в себя «доведение до всеобщего сведения», является более широким понятием) объясняется как постоянным ростом числа новых файлообменных технологий и увеличением количества контента, создаваемого непосредственно пользователями, так и явной проблематичностью в получении представителями творческих индустрий справедливого воз-

¹⁸ Калятин, В. О. Право использования произведения: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 9-11

¹⁹ Дозорцев В.А. Указ.соч. С. 125.

²⁰ Белов В. А. Digital Private Law & Rights: размышления о преобразованиях, уже произведенных в частном праве развитием глобальной компьютерной сети Интернет, и о реформах, его скоро и неминуемо по той же причине ожидающих. Сборник статей «Право в сфере Интернета» / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М. А. Рожкова - М.: Статут, 2018. С. 256-277.

награждения²¹. Кроме того, в уже упомянутом ранее докладе ALAI говорится, что доведение до всеобщего сведения (или иные совпадающие по значению словосочетания, содержащиеся в законодательстве различных государств) - это фразы, которые использовались в течение гораздо более длительного времени в качестве средств авторского права, позволяющих использовать любой метод, посредством которого охраняемые произведения становятся доступными для публики²². Наиболее же значимым представляется акцентировать, что доведение до всеобщего сведения - это в любом случае именно интернет-правомочие. Так, охарактеризовал его Э.П. Гаврилов, отмечая, что включение интернет-правомочия рассматривается как «толкование уже существующих имущественных прав, как закрепление законом того, что и так содержится в действующем законодательстве, хотя и в неявной форме»²³. О сложности и «глобальности» понятия «доведение до всеобщего сведения» пишет и С. А. Судариков, определяя его как «распространение объектов авторского права и смежных прав с помощью глобальных компьютерных сетей, прежде всего Интернета», состоящий из двух стадий: 1) размещение объектов в цифровой форме в цифровой среде и 2) доступ к размещенным в компьютерной сети объектам любым пользователем компьютерной сети. Как отмечает сам автор, первый этап приравнивается к воспроизведению объектов в электронной среде, а второй - это непосредственно предоставление индивидуального доступа к таким объектам. Однако многие авторы также включают в понятие доведение до всеобщего сведения иные аспекты. Например, Антонова А.В. добавляет ещё один этап - «скачивание (загрузка) охраняемого авторским правом объекта и его воспроизведение на компьютере конечного потребителя»²⁴. Также иногда выделяется отдельно «про-

²¹ Phil Sherrell, Will Smith, Rebecca O'Kelly Gillard. Communication to the Public: the Only Right Worth Talking About? 05 October 2017 // URL: <https://iclg.com/> (дата обращения: 16.01.2018).

²² ALAI. Указ.соч. // URL: <http://www.alai.org/> (дата обращения: 16.01.2018).

²³ Гаврилов Э.П. Некоторые актуальные вопросы авторского права и смежных прав // *Хозяйство и право*. 2005. N 1. С. 27.

²⁴ Антонова А. В. К вопросу о понятии права на «доведение произведения до всеобщего сведения». *Юрист*. 2014. № 18. // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

никновение на сайт, содержащий произведение, путем обхода или взлома кода»²⁵. Тем не менее, видится, что такое проникновение - это частный случай получения доступа. Скачивание - тоже весьма спорный критерий, ведь данное действие осуществляется самим пользователем при наличии в Интернете уже размещённого и доступного произведения.

В этом контексте стоит уделить внимание позиции Бюро авторского права США относительно определения права на доведение до всеобщего сведения. Данное понятие рассматривается как предложение доступа к объектам авторского права (offers of copyrighted works), но также включает такую характеристику, как передача от пользователя к пользователю (one-to-one transmissions). Так, в Докладе «Право на доведение до всеобщего сведения в США»²⁶ анализируется как правовое регулирование права на доведение до всеобщего сведения в США, так и проводится подробный анализ зарубежного законодательства, судебной практики и доктрины. В результате авторы приходят к выводу, что имплементация права на доведение до всеобщего сведения в формулировке ДАП в национальное законодательство не только не гарантирует ясности и определённости, но и, напротив, зачастую приводит к противоречиям в правоприменительной практике. Причём подчёркивается, что многие из этих противоречий объясняются новыми фактическими обстоятельствами и технологическими возможностями, которые не были полностью осмыслены или же попросту были неизвестны в 1996 г., когда был заключён ДАП. Действительно, за последние два десятилетия уровень развития информационных технологий изменился коренным образом, с каждым годом появляется огромное количество технических новшеств, в том числе направленных на свободное распространение информации в Интернете.

²⁵ Авторское право и смежные права / Автор аналитического текста и составитель И.В. Попова; Под ред. В.Ф. Чигира. Мн.: Амалфея, 1999. С. 282

²⁶ The making available right in the United States. A report of the register of copyrights. February 2016 // URL: https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf (дата обращения: 16.01.2018).

Таким образом, понимание права использования в авторском праве, без сомнения, подвергается определённому переосмыслению с появлением новых технологий. И на первый план здесь выходит именно использование произведений в информационно-телекоммуникационных сетях, выражающееся в предоставлении право доступа и дальнейшем контроле за передачей произведения (до определённой границы, которая должна вырабатываться на основе стремления к достижению баланса интересов между правообладателями и пользователями). А в отсутствии лучшей альтернативы данное правомочие в современном законодательстве большинства государств, ратифицировавших ДАП, выражается через правомочие «доведение до всеобщего сведения». Тем не менее, далеко не все государства идут по единой модели в закреплении данного правомочия (см. Приложение 1). Если говорить конкретнее, то лишь 49 из 96 государств использовали формулировку права на доведение до всеобщего сведения «под копирку» или же с несущественными изменениями, скорее объясняющимися сложностями перевода, чем осознанными модификациями (модель ДАП). Другие же страны пошли иными путями: 31 страна (среди которых Австралия, Канада, Китай, Япония, Швейцария), так или иначе, включила в своё законодательство идею права на доведение до всеобщего сведения, но закрепила его в иных формулировках нежели, чем предложено в ДАП (альтернативная модель); а оставшиеся 14 государств (в том числе, Аргентина, Бельгия, Нидерланды, США) в принципе специально не закрепляли в законодательстве подобное правомочие, в основном объясняя это тем, что уже имеющиеся правомочия автора охватывают концепт права на доведения до всеобщего сведения (модель «молчания закона»).

Кроме того, все государства, ратифицировавшие ДАП, вне зависимости от выбранной модели можно также разделить на две группы по критерию закрепления права на доведение до всеобщего сведения: как самостоятельное правомочие или как часть права на сообщение для всеобщего сведения. Что интересно неопределённость здесь даже на международном уровне. Первый вариант предусматривается в Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам

(ст. 8(1), ст. 12), второй - собственно в ДАП (ст.8). Согласно Докладу, подготовленного Бюро авторского права США, 34 государства (в том числе страны ЕС²⁷), законодательство которых построено по модели ДАП, закрепляют право на доведение до всеобщего сведения как часть более общего права на сообщение до всеобщего сведения, 15 государств же (в том числе и Россия) выделяют право на доведение до всеобщего сведения в качестве самостоятельного правомочия. Страны, придерживающиеся «альтернативной модели» разделились в соотношении 21 (в составе сообщения до всеобщего сведения или его альтернативы) против 10 (в качестве отдельного правомочия). Итого - государств, закрепивших доведение до всеобщего сведения обособленно от иных правомочий, в два раза меньше (55 против 25). Однако есть ли какая-то принципиальная разница в этих двух подходах? Видится, что основное преимущество формулировка, закрепленной в ДАП, это отсутствие смешения понятий «сообщение для всеобщего сведения», «доведение до всеобщего сведения» и «предоставления доступа», которое наблюдается в государствах, которые, так или иначе, выделили доведение до всеобщего сведения в самостоятельное правомочие. Но стоит отметить, что и закрепление правомочия доведения до всеобщего сведения в рамках сообщения для всеобщего сведения имеет свои недостатки, так как доведение до всеобщего сведения как интернет-правомочие оказывается шире традиционного правомочия «сообщения», что приводит к тому, что само правомочие «сообщение для всеобщего сведения» становится тем самым интернет-правомочием, которое при этом включает и сообщение по кабелю, сообщение в эфир. Тем не менее, расширение правомочия сообщения для всеобщего сведения, позволяет однозначно охватить интернет-вещание, которое осуществляется не по кабелю, не в эфире и не является ретрансляцией. При формальном толковании норм, которые разделяет сообщение и доведение до всеобщего сведе-

²⁷ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society. // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0029> (дата обращения: 16.01.2018).

ния, потоковое вещание в Интернете (стриминг) не подпадает ни под один перечисленный способ использования и становится крайне проблемным вопросом для правоприменителя.

Важно отметить, что приверженность единой модели - далеко не залог гармонизации и единства судебной практики. Ведь даже если рассматривать исключительно государства, относящиеся к модели ДАП, по целому ряду проблем, связанных с реализацией права на доведение до всеобщего сведения, какого-либо единого подхода не выработано, а судебная практика вынуждена самостоятельно формировать критерии.

Например, проблемой в квалификации доведения до всеобщего сведения зачастую является определение субъектного состава, феномен «множественности» лиц, участвующих в процессе предоставления доступа к произведениям в сети Интернет. Кроме того, стоит отметить такую проблему как анонимность в сети Интернет. Ведь, с одной стороны, анонимность пользователей в сети Интернет признаётся на уровне ООН и является ключевым аспектом охраны таких фундаментальных прав человека как свободы самовыражения и права на неприкосновенность частной жизни²⁸. Но, с другой стороны, анонимность - это весомое подспорье для совершения правонарушений в Интернете, избегания ответственности. Не менее актуальны и вопросы, связанные с трансграничностью Интернета. В основе данной проблемы две противоречащие тенденции: с одной стороны, прослеживаются попытки отдельных государств структурировать Интернет, выделить национальные сегменты и установить границы юрисдикции, а в отдельных случаях (КНДР, Куба) ограничить доступ к гражданам к всемирной сети Интернет²⁹, а с другой - бесспорна глобализация и интернетизация сети Интернет, что на практике зачастую приводит к юрисдикционным спорам.

²⁸ David Kaye. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. A/HRC/29/32. 22 May 2015 // URL: <http://www.ohchr.org> (дата обращения: 16.01.2018).

²⁹ Дейнеко, А. Г. Указ. соч. С. 68-70.

Таким образом, очевидно, что проблема использования произведения в цифровой среде носит глобальный характер. Глобальный характер связан с теми вызовами, которые порождаются постоянным развитием и совершенствованием информационных технологий, а также объясняется тем, что единства в правовом регулировании использования объектов авторского и смежных прав в сети Интернет не имеется. Более того, как отмечает Болдырев С.И., главными свойствами сети Интернет являются трансграничность, анонимность, саморазвитие, единство и интерактивность, - их наличие обуславливает необходимость разработки новой юридической модели регулирования авторских прав в цифровой среде³⁰.

Следовательно, нельзя недооценивать значимость закрепления на международном уровне права на доведение до всеобщего сведения, которое, прежде всего, призвано обеспечить охрану прав авторов при использовании произведений в сети Интернет. Тем не менее, зафиксированное в ДАП определение права на доведение до всеобщего сведения далеко не безупречное, оно справедливо критикуется за терминологические неточности и неясность содержания. Ещё больше ситуация усугубляется на уровне отдельных государств-членов ВОИС: возникают различные модели, несовпадающей трактовки, и, как следствие, по одному и тому же вопросу появляются диаметрально противоположные позиции.

§ 2. Доведение до всеобщего сведения в системе способов использования произведения

Что касается непосредственно России, то право на доведение до всеобщего сведения в формулировке ДАП закреплено в ГК РФ. Согласно п. 11 ст. 1270 ГК РФ доведение произведения до всеобщего сведения - это способ его исполь-

³⁰ Болдырев С. И. Авторские права в современном информационно-телекоммуникационном пространстве Российской Федерации: гражданско-правовое регулирование и защита. дис. ... канд. юрид. наук. Курск - 2017. С. 4

зования таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения). При анализе национального законодательства важно обратить внимание на п. 1 и абз. 1 п. 2 указ. статьи, согласно которым правообладателям принадлежит исключительное право использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом. Иными словами, перечень способов использования произведений в ГК РФ неисчерпывающий, а закрепляет лишь основные способы использования. М. А. Рожковой также обращает внимание на то, что содержание правомочия использования в законодательстве РФ не проработано, а разработчики «применили стандартный прием «перечневого» изложения вариантов возможного использования, включая в него как подходящие, так и не слишком подходящие случаи»³¹. Тем не менее, несмотря на свою явную упречность, такой подход свойственен многим странам, в особенности, придерживающимся открытой системы. Все системы, регулирующие способы использования объектов авторских прав, в доктрине принято делить на открытые (основывающиеся на неисчерпающем перечне) и закрытые (основывающиеся на исчерпывающем перечне)³². В целом каждая из систем имеет свои недостатки и свои преимущества, но главное в каждой из них - достижение баланса интересов между правообладателями и обществом.

Говоря об использовании произведения, стоит отметить, что под «использованием», как верно пишет Маковский А.Л., понимается «не только и даже не столько «пользование» соответствующим нематериальным объектом – результатом интеллектуальной деятельности или средством индивидуализации, сколько всю совокупность правомочий обладателя исключительного права, составляющих содержание этого права»³³. Сергеев А. П. характеризует право использования как возможность авторов самим решать все вопросы, связанные с предоставлением третьим лицам доступа к произведению и с их использовани-

³¹ Рожкова М. А. Указ. соч. С. 120.

³² Дилленц В. Указ. соч. С. 15.

³³ Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922-2006). М.: Статут, 2010. С. 617.

ем³⁴. Тем не менее, необходимо помнить, что усмотрение правообладателя в рамках его исключительного права, хотя и является крайне широким, все-таки не безгранично. Как верно отмечает В. О. Калятин, существование исключительного права «оправданно только в той мере и постольку, поскольку оно выполняет важные общественные функции»³⁵. Под общественными функциями же понимается обеспечение контроля за общественным использованием произведения, которое выражается в доведении его до сведения других лиц. Таким образом, по мнению В. О. Калятина, действия, которые не влекут доведение произведения до сведения других лиц и не создают угрозу этому, не контролируются правообладателем. Такой подход интересен не только тем, что он учитывает существо авторского права, но и тем, что в качестве основного критерия ставит именно доведение произведения до всеобщего сведения, обеспечение восприятия произведения аудиторией. Однако все-таки можно ли на основании вышесказанного сделать вывод, что доведение до всеобщего сведения - это вообще не способ использования произведения? Представляется, что такая позиция несколько радикальна, справедлива для узкого понимания права на доведение до всеобщего сведения как часть иного правомочия, а не тогда, когда интернет-правомочием рассматривается как самостоятельное, глобальное. Другой вопрос, что данное правомочие как некое универсальное интернет-правомочие имеет совершенно отличный от большинства других правомочий характер. П. 2 ст. 1270 ГК РФ приводит перечень (пусть и открытый), но в целом направленный на максимальный охват регулируемых способов использования не имеет в основе какой-то четкой структуры. Однако, в большей степени, все перечисленные в ГК РФ способы использования произведений основаны на особенностях технических средств, которые по мере своего появления требовали закрепления соответствующего правомочия. Но в глобальном цифровом пространстве границы между режимами различных объектов фактически стираются, появ-

³⁴ Сергеев А.П. Авторское право России. СПб. 1994. С. 151.

³⁵ Калятин В.О. Хранение произведения в цифровой форме как способ его использования. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 1. С. 70 -81.

ляется возможность представить произведение в универсальной форме. На основании этого, В. О. Калятин предлагает отказаться от пообъектного выделения правомочий, основанном на технологическом различии, в пользу классификации, построенной на основе различий в способе доступа к произведению: путём непосредственного восприятия, через вещественные и через не вещественные носители (к последним относится открытие доступа к произведению в компьютерной сети, что по мнению автора, является более совершенным аналогом правомочия доведения до всеобщего сведения)³⁶. Действительно, способ доступа к произведению - вполне обоснованный критерий, позволяющий учитывать взаимосвязь открытия доступа к произведению или его расширения для новой публики с непосредственно возможностью восприятия. Тем не менее, является ли «открытие доступа к произведению» универсальной конструкцией, полностью отражающей специфику интернет-правомочия? Видится, что открытие (предоставление) доступа - это лишь один (пусть и ключевой) аспект того, что вкладывается в понятие «доведение до всеобщего сведения» как в историческом контексте, так и в современных реалиях; как на национальном, так и на международном уровнях. Не стоит игнорировать такие важные характеристики как размещение произведения и его передачу в цифровой среде. Конечно, при широком подходе, который и избрали для себя многие государства, понятие «предоставление доступа» можно трактовать как включающее в себя и размещение произведения, и дальнейшую передачу, расширяющую аудиторию. Тем не менее, в перспективе необходимо более конкретное и детальное закрепление характеристик анализируемого интернет-правомочия, унификации данного понятия на основе определения его конкретных элементов.

Помимо рассматриваемого правомочия, включённого в законодательство РФ только в 2004 г., пункт 2 статьи 1270 ГК РФ также закрепляет ещё 11 способов использования: воспроизведение; распространение, публичный показ, импорт, прокат, публичное исполнение, сообщение в эфир, сообщение по кабе-

³⁶ Калятин. В. О. Право использования...С. 93-98.

лю, ретрансляция, перевод или другая переработка, практическая реализация архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта. Во-первых, *воспроизведение*. Согласно легальному определению воспроизведение - это «изготовление одного и более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме», или как метко выразился О. С. Иоффе, - право размножать произведения³⁷. Интересно, что воспроизведение также как и доведение до всеобщего сведения не вписывается в имеющуюся структуру правомочий. Ведь данное правомочие не связано с какой-то технологией, само по себе не подразумевает «сообщения» произведения публике, а создаёт лишь возможность его дальнейшего использования. Важно, что законом прямо предусмотрено, что запись (кроме краткосрочной записи) произведения на электронном носителе тоже считается воспроизведением. Следовательно, в процессе доведения до всеобщего сведения произведения, воспроизведение будет иметь место, если создаётся его копия. Однако современные технологии, в частности пиринговые системы, позволяют размещать файлы без создания копии.

Что касается права на *распространение*, то здесь стоит подчеркнуть, что национальное законодательство понимает под распространением «пуск в оборот» произведения путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров. При этом и отечественная доктрина, и судебная практика однозначно определяют, что оригинал произведения или его экземпляр - это всегда произведение на материальном носителе. Например, Судариков С. А. определяет право на распространение как «право на введение в гражданский оборот товара, в котором воплощены объекты авторского права или смежных прав»³⁸. Основным аргументом против «цифровизации» права на распространение выступает принцип исчерпания, согласно которому правомерно введенный в оборот экземпляр произведения выходит из под контроля правообладателя, в отношении этого конкретного экземпляра право на распространение перестает существовать, «исчерпывается». Действительно, доктрина исчерпания плохо соотносит-

³⁷ Иоффе О. С. Советское гражданское право (курс лекций). Л., 1965. С. 41.

³⁸ Судариков С.А. Указ.соч. С. 31.

ся с тем, что произведения в цифровой форме не является в принципе не имеет экземпляров, вещественной формы, а создание копий максимально упрощено и не приводит к ухудшению их качества, и что особо важно, передача произведения в сети Интернет не приводит к тому, что первоначальный обладатель лишается произведения. Но, например, в США, в отсутствие закреплённого в законодательстве права на доведение до всеобщего сведения, оно реализуется преимущественно на основе права на распространение, а принцип исчерпания (доктрина «первой продажи») просто не применяется³⁹. Дело в том, что под доктрину «первой продажи» подпадает только конкретная копия или звукозапись произведения, а в случае с электронной передачей возникает новая копия, права на которую не подлежат исчерпанию. В России также высказывались идеи о праве на доведение до всеобщего сведения как на «одну из форм распространения объектов авторского права и смежных прав не в форме вещественных товаров, а в виде цифровых объектов⁴⁰». Хотя сложно согласиться с тем, что доведение до всеобщего сведения - это форма распространения, идея, что доведение до всеобщего сведения также основывается на контроле правообладателя за распространением (передачей) произведения в сети Интернет заслуживает внимание. Но здесь встаёт вопрос, а до какой степени должен осуществляться такой контроль, ведь, как уже отмечалось, в настоящее время говорить об исчерпании в отношении права на доведение до всеобщего сведения стоит с крайней осторожностью.

Что касается *публичного исполнения*, то здесь предполагается не только непосредственное восприятие произведения публикой и определённый круг произведений, но и активные действия обладателя в отсутствие каких-то промежуточных форм предоставления произведения⁴¹. Основная проблема заключается в том, что даже в случае со стримингом (потокowym вещанием) для «сообщения» произведения публике используются информационно-

³⁹ The making available right in the United States... P. 21-22.

⁴⁰ Судариков С.А. Указ.соч. С. 127.

⁴¹ В. О. Калятин. Право использования...С. 83.

телекоммуникационные сети, теряется непосредственность исполнения произведения. В данном случае опыт США по признанию исполнением в ряде случаев доведение до всеобщего сведения произведений путём стриминга видится не применимым, так как дефиниция «публичного исполнения» в США значительно отличается и основывается на широком понимании термина «передача», который содержится в законе⁴². Так, отмечается, что понятие публичного исполнения в США включает в себя правомочие сообщения для всеобщего сведения, которое в РФ состоит из правомочий сообщения по кабелю, в эфир и ретрансляции.

Исходя из широкого легального определения *публичного показа*, можно задаваться вопросом о возможности осуществления публичного показа произведения в Интернете. Опять-таки в государствах, придерживающиеся модели «молчания закона» (в частности, США), ответ однозначно положительный, но для государств «модели ДАП» доминирующая позиция - публичный показ в Интернете не подпадает под правомочие доведения до всеобщего сведения. Тем не менее, нельзя не отметить особую позицию Минкультуры России⁴³ по этому вопросу, которое заявляет, что «деятельность онлайн-кинотеатров по доведению фильмов до всеобщего сведения путем онлайн-просмотра (VOD streaming) является показом фильма в понимании Закона⁴⁴ и относится к такому способу использования фильма как показ фильма другими техническими способами». Такой подход к проблеме стриминга весьма спорен. Так, отмечается, что доведение фильма до всеобщего сведения в сети Интернет не является публичным

⁴² The making available right in the United States... P. 48-50.

⁴³ Пояснения Минкультуры России по вопросу правоприменения Правил выдачи, отказа в выдаче и отзыва прокатного удостоверения на фильм, утверждённых постановлением Правительства Российской Федерации от 27 февраля 2016 г. № 143 //URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁴⁴ Речь идёт о ФЗ «О государственной поддержке кинематографии Российской Федерации», в котором представлена следующая дефиниция показа фильма - «публичная демонстрация фильма, осуществляемая в кинозале, по эфирному, кабельному, спутниковому телевидению и другими техническими способами» (ст.3) // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

показом, правда объясняя свою позицию не столько особой спецификой интернет-вещания, сколько возможным отсутствием «публичности» такого показа⁴⁵.

Нельзя обойти стороной и такие правомочия как *сообщение в эфир, по кабелю и ретрансляция*. Большинство государств «модели ДАП» избрало вариант закрепления доведения до всеобщего сведения в составе сообщения для всеобщего сведения (как и предложено в ДАП). Однако Россия пошла другим путем и обособила правомочия доведения и сообщения до всеобщего сведения. Здесь один из наиболее дискуссионных вопросов - это вопрос соотношения этих правомочий, а также смежных прав сообщения передач эфирного или кабельного вещания. С одной стороны, согласно легальному понятию сообщение - это любое действие, впоследствии которого произведение становится доступным для слухового или зрительского восприятия (пп. 7. п. 2. ст. 1270 ГК РФ), то есть определение широкое и в принципе не исключающее, что доведение до всеобщего сведения - это тоже сообщение. Тем не менее, указанное определение обособлено от доведения до всеобщего сведения, и приводится в рамках трактовки правомочия сообщения в эфир. Более того, правомочие доведения до всеобщего сведения отличается от правомочий сообщения в эфир и по кабелю тем, что в первом случае активная роль отводится именно самому пользователю, ищущему произведение доступное в сети Интернет, а во втором случае - обладателю произведения, который «сообщает» произведение в эфир или кабелю. Как отмечает А. И. Маковский, «если речь идёт о вещании, которое впервые осуществлено через Интернет, то такое вещание использованием вещания, как объекта интеллектуальной собственности не является. Если же вещание осуществлено в эфире, а уже затем в качестве записи доводится до всеобщего сведения, то здесь имеет место использование»⁴⁶. Но всегда ли возможно однозначно разграничиться эти две ситуации? Американское дело *Peti-*

⁴⁵ Минкультуры обязало онлайн-кинотеатры получать прокатные удостоверения. 28.02.2017 // URL: https://www.rbc.ru/technology_and_media/ (дата обращения: 16.01.2018).

⁴⁶ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, под ред. А.И. Маковского. Статут. 2008 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

tionersvs. Aereo⁴⁷ - наглядный пример тому, как быстро стирается такая граница в мире постоянного совершенствования новых технологий. Компания Aereo использовала хитроумную технологическую схему, направленную на преодоление существующих запретов (предоставляла клиентам специальное оборудование, с помощью которого они могли получать доступ к телевидению и смотреть эфирные телеканалы через Интернет в потоковом режиме, только лишь с задержкой в несколько секунд). Верховный Суд США пришёл к выводу, что компания Aereo осуществляет публичное исполнение охраняемых произведений и, следовательно, было установлено нарушение исключительных прав вещательных организаций. При этом Суд использовал телеологическое толкование, прибегнул к некоторой аналогии, сравнив деятельность компании с деятельностью кабельных операторов. В целом, позиция, согласно которой в случае стриминга будет происходить использование произведения, вполне обоснованная и позволяющая охранять авторские права в цифровой среде, но наибольший вопрос вывязывает именно подведение стриминга под имеющиеся поименованные авторские правомочия. Видится, что сущность стриминга не отражает ни «публичный показ», ни «сообщение по кабелю/ в эфире», ни даже «доведение до всеобщего сведения» в имеющейся в законодательстве РФ трактовке. Более того, правомочие ретрансляции также не соответствует феномену стриминга. Как отмечается в доктрине⁴⁸, ретрансляция имеет место только в однородной среде (из эфира в эфир, из кабеля - в кабель). Помимо этого, Дейнеко А.Г. указывает, что «квалификация интернет-телевидения в качестве ретрансляции противоречит самой логике интернет-телевидения, так как в данном случае имеет место не передача Интернета посредством телевидения, а наоборот, передача телевизионного контента посредством сети Интернет»⁴⁹. Автор также отмечает, что интернет-вещание нельзя относить к ретрансляции, так

⁴⁷ American Broadcasting Companies v. Aereo, Inc., 573 U.S. (2014) // URL: <https://www.supremecourt.gov/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁴⁸ Абова Т. Е., Богуславский М.М., Светланова А.Г. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: в 2 т. М.: Юрайт, 2011. Т. 2. С. 383-384.

⁴⁹ Дейнеко А. Г. Указ.соч. С. 98.

как в этом случае владельцы соответствующих сайтов в Интернете должны приравниваться по статусу к вещательным организациям.

Таким образом, доведение до всеобщего сведения в системе способов использования в РФ действительно несколько не вписывается в имеющуюся классификацию. Кроме того, сама классификация зачастую справедливо критикуется за несоответствие потребностям цифровой среды, игнорирование быстрого развития информационных технологий и фактического стирания границы между объектами, способствующим использованию произведения. Стоит согласиться с тем, что право доведение до всеобщего сведения стоит рассматривать в широком смысле, как некое сложное, глобальное правомочие, расширяющие сферу действия некоторых иных правомочий для обеспечения адекватной охраны авторских прав в Интернете. Право на доведение до всеобщего сведения как способ использования следует рассматриваться на некоем ином, последующем уровне по сравнению с остальными правомочиями, как их логичное продолжение и отражение, существующее в цифровой среде. Равно как право на воспроизведение также должно рассматриваться на другом уровне, но предшествующем, закладывающем основы для всех последующих правомочий. В целом систематизация действующих способов использования видится важным и перспективным направлением для анализа и практической реализации, но в рамках данной работы представляется излишней.

Глава II. Проблемы, возникающие в судебной практике в связи с применением права на доведение до всеобщего сведения

§ 1. Феномен файлообменных сетей сквозь призму правоприменения

Традиционно с правом на доведение до всеобщего сведения связывается проблема файлообмена в сети Интернет, использования пиринговых систем (p2p). Как отмечает Е. А. Войниканис, в основе пиринговой сети заложены три принципа: 1) взаимного использования ресурсов пользователями сети, 2) децентрализации, 3) самоорганизации⁵⁰. В самом общем виде принцип работы пиринговой системы можно описать как распределённую базу данных, предоставляющую пользователям дисковое пространство и содержащую ссылки на конкретных пользователей, хранящих на собственных компьютерах определённые файлы. Благодаря этому каждый пользователь может выступать как в роли клиента, так и в роли сервера (предоставлять информацию). При этом, как правило, передача информации в пиринговых сетях осуществляется частями. Такая технологическая система стала настоящим вызовом для авторского права, так как формально при вышеописанной передаче информации, не происходит ни одного способа использования произведений. Аргументы, которые обычно обосновывают такой «формальный» подход: передача произведения частями, взаимодействие пользователей лишь друг с другом в рамках закрытой сети с ограниченным доступом, отсутствие каких-либо копий произведения на сервере⁵¹. Таким образом, «исключаются» и воспроизведение, и доведение до всеобщего сведения, под которые традиционно пытаются подвести деятельность пользователей в пиринговых сетях. Тем не менее, очевидно, что при использо-

⁵⁰ Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. «Юриспруденция», 2013 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁵¹ Diana Sterk, P2P File-Sharing and the Making Available War, 9 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 495 (2011). // URL: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol9/iss7/7> (дата обращения: 16.01.2018).

вании пиринговых сетей, так или иначе, происходит файлообмен, произведение передаётся от одного пользователя к другому, доводится до всеобщего сведения в широком смысле этого слова.

На основе телеологического толкования имеющегося в ГК РФ понятия суды в большинстве случаев приходят к верным выводам относительно передачи произведений в файлообменных сетях, квалифицируя действия «передающего» пользователя как доведение до всеобщего сведения. Тем не менее, судебные решения не отличаются единством терминологии. Вот, например, в решениях Арбитражного суда г. Москвы доведение до всеобщего сведения иногда приравнивается к размещению произведения в сети Интернет («доведением до всеобщего сведения в сети Интернет является размещение соответствующего объекта или информации на компьютере, имеющем постоянное подключение к интернету и открытому для запросов третьих лиц»)⁵². В других же решениях рассматриваемый способ использования приравнивается к распространению («Факт распространения (доведения до всеобщего сведения) названной выше статьи...»⁵³), а в ряде дел появляется новый способ использования - доведение до всеобщего пользования («...выявлен факт распространения (доведения до всеобщего пользования)...»⁵⁴). Кроме того, терминологическую проблему в рамках использования объектов авторского права в сети Интернет представляет и то, что как такового произведения при предоставлении доступа к нему не существует, существует некая информация, позволяющая в конечном итоге получить то самое произведение. Как указывает Савельев, появляется понятие «контент», которое распространяется «в равной мере как на опубликованное произведение в цифровой форме, так и на всю информацию, которая

⁵² Решение Арбитражного суда г. Москвы от 24.12.2010 по делу N А40-94778/10-27-833 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁵³ Решение Арбитражного суда Свердловской области от 11.09.2017 по делу N А60-13353/2016 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁵⁴ Решение Московского городского суда от 15 мая 2017 г. по делу N 3-33/2017 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

наполняет интернет-пространство»⁵⁵. Также сложно не согласиться с Е. А. Войниканис, которая пишет, что «подлинным предметом права интеллектуальной собственности в цифровую эпоху становится поток информации»⁵⁶, ведь, на самом деле, разграничить охраняемые произведения от информации, которой они одновременно являются, практически не представляется возможным.

Не менее сложной задачей является и разграничение субъектов, непосредственно использующих произведение, содействующих их использованию и вообще не причастными к процессу использования. Действительно, пользователи загружают произведения на файлообменный сайт, но в силу анонимности и трансграничности Интернета, на современном этапе идентификация конкретных пользователей и привлечение их к ответственности практически неосуществимо. Однако без существования специальных файлообменных сайтов, пользователи не смогли бы незаконно использовать охраняемые авторским правом произведения, следовательно, и субъекты, способствующие нарушению, должны привлекаться к ответственности⁵⁷. А потому в настоящее время в мире наблюдается одна общая тенденция - сведение борьбы за легальность использования произведений в сети Интернет к борьбе против файлообменных систем и иных посредников: хостинг-провайдеров, социальных сетей и даже новостных агрегаторов⁵⁸.

Таким образом, ситуация с пиринговыми сетями в полной мере отражает одну из основных проблем авторского права в Интернете, а именно проблему квалификации с правовой точки зрения пассивных действий/бездействий со

⁵⁵ Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование». «Статут», 2014. // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁵⁶ Войниканис Е.А. Указ. соч. // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁵⁷ Впервые, руководствуясь подобной логикой, был привлечён к ответственности (вторичной, «vicariously liability») файлообменный сервис Napster в 1999 году в США. Суд пришел к выводу, что сервис имел прямой финансовый интерес в деятельности своих пользователей и сохранял возможность контролировать свою систему на предмет незаконной деятельности, благодаря чему осознанно поддерживал и помогал пользователям нарушать авторские права. A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (2001). // URL: https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm (дата обращения: 16.01.2018).

⁵⁸ Егелев К.М., Калашников С.С. Поисковые системы и информационные посредники. «Журнал Суда по интеллектуальным правам», № 16, июнь 2017 г., с 30-35.

стороны третьих лиц. В частности, затрагивается проблема определения понятия информационного посредника и привлечения его к ответственности за нарушение авторских прав в сети Интернет. Тесно связана с данными вопросами и проблема, состоящая в необходимости определения правового режима использования гиперссылок в сети Интернет на нелегальный контент (в том числе, на произведения, размещённые в нарушение авторских прав). Ведь существование файлообменных сетей порождает сложность удаления нелегального контента, а блокирование конкретной передачи файла фактически «сводится на нет», так как сам пользователь все также обладает возможностью начать новую передачу, а ссылки (гиперссылки) всегда приведут других пользователей к нужным файлам.

§ 2. Проблема использования гиперссылок и ответственности информационных посредников

Использование ссылок (гиперссылок) для связи между электронными документами - явление, широко распространённое на просторах Интернета, но помимо этого данное явление ещё и крайне неоднозначное с точки зрения права. Гиперссылка может представлять собой не только слово-адрес, но также текст веб-страницы, картинку или ее часть. В доктрине выделяют «глубокие ссылки», позволяющие переадресовать пользователя прямо к внутренним страницам другого сайта; фреймы, являющиеся специальным окном браузера для представления внешнего сайта и встроенные ссылки, отображающие содержание другой веб-страницы⁵⁹. Применительно к авторскому праву были выделены три различных подхода применительно к термину «гиперссылка» в авторско-правовом контексте: 1) как местоположение ресурса в сети Интернет, не затрагивающего сферу авторского права в принципе; 2) как способ использования

⁵⁹ Connecting to Other Websites. Stanford University Library. // URL: <https://fairuse.stanford.edu/overview/website-permissions/linking/> (дата обращения: 16.01.2018).

объекта интеллектуальной собственности 3) как особый институт, который может рассматриваться как способ использования объекта интеллектуальной собственности при соблюдении чёткого ряда критериев⁶⁰.

Первая позиция в основном основывается на анализе обычных текстовых гиперссылок, отсылающих пользователя к правомерно размещённому правообладателем в сети Интернет контенту и сводится к тому, что гиперссылка - это лишь «местоположение» ресурса, которое уже доведено до всеобщего сведения. Так, В. О. Калятин пишет, что «создание ссылки не расширяет аудиторию, которой доступно произведение, поскольку оно и так открыто для всех пользователей Интернета уже в силу нахождения в этой сети»⁶¹. Существует точка зрения⁶², что в ряде случаев признание гиперссылки лишь «местоположением» ресурса, изолированным от регулирования авторского права, не будет соответствовать обеспечению адекватной защиты правообладателей в сети Интернет. Кроме того, именно с помощью гиперссылок происходит передача произведения в сети Интернет, которая должна охватываться правомочием доведения до всеобщего сведения, а ряд случаев такого использования (например, в случае с прямыми текстовыми ссылками) должны включаться в перечень исключений из общего правила)⁶³.

Доведение до всеобщего сведения в его существующем закреплении нуждается в переосмыслении, ведь данное правомочие носит глобальный характер и по сравнению с уже имеющимися находится на некоем ином уровне - уровне всемирной сети Интернет. И здесь определение содержания правомочия доведение до всеобщего сведения становится краеугольным камнем: размеще-

⁶⁰ Глонина В. Н. Проблема правового регулирования размещения гиперссылок в сети Интернет. Сборник статей «Право в сфере Интернета» / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М. А. Рожкова - М.: Статут, 2018. С. 397-414.

⁶¹ В.О. Калятин. Гиперссылки в сети интернет как правовая проблема («Законодательство», N 10, октябрь 2001 г.) // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁶² Arezzo 'Hyperlinks and Making Available Right in the European Union' 531

⁶³ Pierre SIRINELLI, Josée-Anne BENAZERAF, Alexandra BENSAMOUN. MISSION: RIGHT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC. Report and Proposals. 2016. // URL: <http://www.culturecommunication.gouv.fr> (дата обращения: 16.01.2018).

ние произведения в сети Интернет и предоставление публики доступа к нему, или же ещё и последующая передача, как минимум, которая предоставляет доступ к произведению новой публике? По поводу перспектив включения последующей передачи произведения можно предложить два варианта развития событий, два подхода. Первый заключается в более узком подходе к доведению до всеобщего сведения, возможности его исчерпания. Данный подход строится на постулате, что вся информация, которая попала в сеть Интернет, далее может свободно передаваться без каких-либо ограничений, а ответственность за нарушение авторских прав целиком и полностью ложится на плечи лица, размещающего нелегальный контент в сети Интернет. Концепция ответственности информационных посредников за нарушение авторских прав фактически сводится на нет. Казалось бы, такой подход является весьма логичным, индивидуализирующим ответственность за возможные нарушения в сети Интернет, но стоит учитывать, что для его реализации необходимо создание всех условий для идентификации пользователей и установления конкретной юрисдикции. Иными словами, его реализация становится фактически невозможна в рамках существующей ныне анонимности и трансграничности Интернета. А потому - появляется второй подход, более прагматичный, и основывающийся на широком понимании права на доведение до всеобщего сведения. В рамках данного подхода передача произведений, охраняемых авторским правом в сети Интернет сполна охватывается данным правомочием, исчерпания права на доведения до всеобщего сведения не происходит и возможно привлечение к ответственности лиц, доводящих до всеобщего сведения уже размещённые в Интернете произведения (на основе определённого ряда критериев). Ответственность несут как лица, размещающие произведение, нарушающее авторские права, в сети Интернет, так и лица, передающие его. Акцент делается на выработке чёткого перечня критериев, определяющих правомерность передачи произведений в Интернете. Предусматриваются и возможности по привлечению к ответственности лиц, содействующих нарушению авторских прав в сети Интернет, создающих технические условия для этих действий (в рамках ответственности ин-

формационных посредников). Сложно сказать, что какой-то из этих двух подходов является принципиально более верным, но в современном обществе второй видится более прагматичным и обоснованным, а потому большинство современных государств склоняются именно к нему, но все-таки не в чистом виде. На практике возникают некоторые промежуточные варианты, вырабатываются собственные уникальные пути.

Итак, в РФ понятие гиперссылки на законодательном уровне нигде не закрепляется, а исходя из 1270, 1484, 1519 ГК РФ вытекает, что гиперссылка, если рассматривается как способ адресации, может подразумевать использование результата интеллектуальной деятельности. Более того, ст. 1229, 1270 ГК РФ оставляют список авторских правомочий открытым. При этом защита правообладателей в анализируемом аспекте реализуется не столько механизмами авторского права, сколько нормами информационного права (15.2 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее - ФЗ «Об информации...»)⁶⁴) и положениями об ответственности информационного посредника (1253.1 ГК РФ), которые хоть и содержится в ГК РФ по содержанию охватывают не только гражданско-правовые, но и информационно-правовые отношения, грань между которыми в анализируемом аспекте фактически сводится на нет. Без сомнения, регламентация ответственности информационных посредников в российском законодательстве направлена именно на регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности. В пояснительной записке к «антипиратскому»⁶⁵ закону специально отмечается, что указанный закон «разработан в целях совершенствования механизмов защиты авторских прав от нарушений, связанных с размещением информации, содержа-

⁶⁴ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁶⁵ Федеральный закон от 02.07.2013 N 187-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях" // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

щей объекты авторских и смежных прав, в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет».

Законодательство как США, так и стран ЕС, несмотря на различные концепции в основе идеи ответственности информационных посредников, содержат схожие формулировки в определении понятия и статуса информационного посредника, условий его ответственности. Тем не менее, акценты в регулировании отношений с информационными посредниками представляются несколько иными. Ведь в зарубежном законодательстве ответственность информационного посредника не только прямо поставлена в зависимость от нарушения авторских прав (концепция «secondary liability»), но и привлечение к ней зачастую рассматривается как признание невозможности привлечения информационного посредника в силу специфики его деятельности к прямой ответственности за нарушение авторских прав («direct infringement»). Наличие «безопасной гавани» - это, прежде всего, дополнительная гарантия для самих информационных посредников⁶⁶. Кроме того, зарубежное законодательство в сфере регулирования деятельности информационных посредников активно расширяют перечень ситуаций, в которых ответственность провайдеров ограничивается, и в том числе, в отношении размещения гиперссылок. Так, Закон США «Об авторском праве в цифровом тысячелетии» (17 U.S.C 512 d.) также предусматривает особые условия освобождения от ответственности при использовании гиперссылок в сети Интернет. Кроме того, в законодательстве США закреплён претензионный порядок разрешения споров на основе «takedown notifications» (17 U.S.C 508). Говоря о странах ЕС, стоит отметить, что Директива 2000/31/ЕС «Об электронной торговле» хотя не содержит в тексте императивных норм относительно освобождения от ответственности при использовании гиперссылок и обязательного претензионного порядка, перечень ограничений, содержащихся в Директиве не является исчерпывающим, а в заключительных положениях предписывается, чтобы указанные вопросы были рассмотрены на уровне от-

⁶⁶ Evan Brown. Website operator not liable for copyright infringement despite lack of DMCA safe harbor protection. 2016. // URL: <http://blog.internetcases.com/> (дата обращения: 16.01.2018).

дельных государств⁶⁷. Так, Испания, Португалия, Австрия, Лихтенштейн предусмотрели ограничение ответственности для поисковых систем и гиперссылок. Согласно Докладу Европейской Комиссии 2003 г. такие положения способствуют развитию «правовой безопасности» Интернет-посредников⁶⁸. В то же время среди европейских специалистов все вообще звучат предложения⁶⁹ о необходимости изменения условий ответственности информационных посредников: установить чёткие категории информационных посредников, необходимость установить специальную обязанность отслеживать определённые категории запрещённого контента, а также иногда выдвигаются предложения относительно реформирования условий «безопасной гавани», в частности относительно ужесточения условий для хостинг-провайдеров, предоставляющих доступ к произведениям, размещенным с нарушением авторских прав. Но последнее является весьма спорным предложением, вызывающим активную критику в европейской доктрине. В частности, отмечается, что пересмотр статьи 14 Директивы (собственно предусматривающей ограничения ответственности) не способствовать достижению баланса интересов, а также обеспечивать лучшую защиту авторских прав в цифровой среде, так как европейское законодательство уже позволяет привлекать к ответственности «ложных» информационных посредников (то есть, тех кто выходит за рамки понятия «информационный посредник» и непосредственно участвует в нарушении авторских прав, преимущественно путём сообщения для всеобщего сведения) на основе норм авторского права («directinfringement»). Что касается перспектив гармонизации вторичной

⁶⁷ Directive No. 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) (GR236) // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=6393> (дата обращения: 16.01.2018).

⁶⁸ First Report on the Application of Directive 2000/31/EC (Directive on Electronic Commerce). COM (2003) 702 final. 21.11.2003. P. 13

⁶⁹ European Commission, Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy, 24 September 2015. // URL: <http://ec.europa.eu/> (дата обращения: 16.01.2018).

ответственности («secondaryliability»), то высказываются опасения, что такое вмешательство излишне и подрвёт всю действующую систему⁷⁰.

Основные положения об ответственности информационных посредников в российском законе кардинально не отличаются от зарубежного опыта (ведь именно на его основе и составлялся «антипиратский» законопроект). Идея виновной ответственности, характеристика самого понятия, условия «безопасной гавани» - все это соответствует зарубежным аналогам условий ответственности информационных посредников, но акцент в нашем «антипиратском» сделан на законодательном закреплении возможности и условий привлечения к ответственности интернет-посредников с учётом неоднозначного ряда исключений, составляющих «безопасную гавань». При этом обязательный претензионный порядок разрешения споров не предусмотрен, исключений для гиперссылок не приводится. Кроме того, спорным решением представляется возможность предъявления открытого перечня требований о защите интеллектуальных прав, не связанные с применением мер гражданско-правовой ответственности (п. 4 ст. 1253.1 ГК РФ).

Также интересно отметить, что ФЗ «Об информации...» прямо говорит, что интеллектуальная собственность не входит в предмет регулирования. Как мы видим, введённые поправки составляют исключения из этого правила. С одной стороны, видится крайне привлекательной позиция Е. А. Войниканис, что такое решение - это стратегический шаг, основывающийся на информационной природе интеллектуальной собственности, проявлением подхода к интеллектуальной собственности как к «информационному общественному достоянию» (information commons). Но, с другой стороны, сложно не согласиться с тем, что появление «антипиратского» закона вызвано не столько стремлением переосмыслить понятие интеллектуальной собственности, сколько чисто практическими соображениями, необходимостью любой ценой бороться с «Интер-

⁷⁰ Eleonora Rosati. Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law. CREATE Working Paper 2016/11 (August 2016). // URL: <https://papers.ssrn.com/abstract=2830440> (дата обращения: 16.01.2018).

нет-пиратством» и закрепить уже выработанные в судебной практике критерии, а также активным лоббированием правообладателей своих интересов.

Но установил ли «антипиратский» закон баланс интересов между правообладателями, пользователями и информационными посредниками или внёс ещё больше противоречий? Конечно, нельзя игнорировать то, что определение условий ответственности для сайтов-посредников - важный и во многом положительный шаг, который не только отвечает зарубежным тенденциям, но и действительно позволяет более эффективно пресекать нарушения авторских прав в Интернете. Тем не менее, определение «информационного посредника»⁷¹ и само содержание условий ответственности оставляет много вопросов. Так, установленные в ст. 1253.1 ГК РФ критерии подвергаются критике в доктрине в связи с неоднозначностью их трактовки, чрезмерно широкими возможностями правообладателей, жесткостью условий по отношению к информационным посредникам, и, что представляется особенно интересным, в связи с возложением ответственности за размещение гиперссылок на неправомерно используемые результаты интеллектуальной деятельности⁷². Кроме того, ст. 15.2, регламентирующая ограничения доступа к информации, распространяемой с нарушением авторских и смежных прав, определяет гиперссылки как информацию, необходимую для получения указанных объектов с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, рассматриваются наравне с самой информацией, нарушающей авторские права. Иными словами, ФЗ «Об информации...» негласно признаёт гиперссылки использованием произведения, неправомерность которого влечёт ответственность. Подобная позиция прослеживается и в ст. 1253.1 ГК РФ, устанавливающую ответственность информационного посредника. В то же время Калятин В.О. пишет, что «ответственность за размещение

⁷¹ Например, активные дискуссии ведутся относительно возможности признания информационным посредником новостных агрегаторов; поисковых систем; лиц, предоставляющих возможность воспроизведения объектов интеллектуальной собственности, размещённой другими лицами в сети «Интернет».

⁷² Савельев А.И. Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. N 11. С. 48 - 60.

гиперссылки - весьма спорное решение, применение которого возможно лишь в исключительных случаях»⁷³. Это же следует из зарубежного опыта, кропотливо вырабатывающего критерии, при соблюдении которых размещение гиперссылок может считаться использованием произведения, доведением его до всеобщего сведения. И на основе этого определяются возможности дальнейшего привлечения к ответственности за размещение гиперссылок. В РФ также видится необходимым более детально регламентировать данные исключительные случаи, а также в целом рассмотреть гиперссылки в рамках использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Ведь пока действующее законодательство РФ уклоняется от правового регулирования размещения гиперссылок в контексте права на доведение до всеобщего сведения, при этом однозначно обозначая возможность в ряде случаев привлечения к такой ответственности информационных посредников. Более того, Закон о внесудебной блокировке копий («зеркал») пиратских сайтов⁷⁴ вводит обязанность для операторов поисковых систем удалять по требованию Роскомнадзора из поисковой выдачи сведения о заблокированных «навечно» сайтах с контентом, к которому помимо самих объектов авторских и смежных прав также отнесена «информация, необходимая для их получения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей» (то есть, гиперссылки). Стоит отметить, что согласно заключению Правового управления Аппарата Совета Федерации данный закон «направлен на усиление мер по пресечению нелегального распространения и использования объектов авторских прав и(или) смежных в сети Интернет»⁷⁵. Тем не менее, право на доведение до всеобщего

⁷³ Калятин В. О. Подводные камни нового «антипиратского» закона // Патенты и лицензии. 2013. № 10. С. 2-7.

⁷⁴ Федеральный закон от 01.07.2017 № 156-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁷⁵ ЗАКЛЮЧЕНИЕ по Федеральному закону «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», принятому Государственной Думой 23 июня 2017 года. АППАРАТ СОВЕТА ФЕДЕРАЦИИ ФЕДЕРАЛЬНОГО СОБРАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ. ПРАВОВОЕ УПРАВЛЕНИЕ. 26 июня 2017

сведения, которое и предполагает использование произведения в Интернете, даже не упоминается. Кроме того, вызывает вопросы и соотношение права на доведение до всеобщего сведения с «презумпцией открытости информации», которая установлена в ч. 4. ст. 7 ФЗ «Об информации...». Как пишет И.А. Савельев, «общедоступной является любая информация, кроме той, к которой ограничен доступ»⁷⁶. Вышесказанное является причиной появления и широкого распространения точки зрения, что любая общедоступная информация (в том числе, произведения) - это «информация, находящаяся в открытом доступе» или же информация, лишенная авторско-правовой охраны, вследствие чего ее можно свободно использовать⁷⁷. Тем не менее, как верно отмечает М. А. Рожкова, в данном контексте «получение и использование информации нельзя отождествлять с использованием произведений»⁷⁸. Размещение произведений в сети Интернет вовсе не лишает их авторско-правовой охраны. Но здесь опять-таки встаёт вопрос о доведении до всеобщего сведения и его границах, который российским законодателем не разрешается.

Таким образом, сложившаяся ситуация не является удовлетворительной, возникает дисбаланс между правами пользователей и правообладателей в сети Интернет. Судебная практика также не отличается единообразием и не всегда соответствует критерию правовой определённости. Например, опять-таки говоря про гиперссылки, если до принятия «антипиратского» закона в большинстве своём суды исходили, что гиперссылка - это не способ использования⁷⁹, то по-

г. // URL: <http://sozd.parlament.gov.ru/download/0B5C511C-F649-4214-BAA4-D2E5DAAF5A39> (дата обращения: 16.01.2018).

⁷⁶ Савельев А. И. Комментарий к Федеральному закону от 27 июля 2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (постатейный). М.: Статут, 2015. С. 73.

⁷⁷ Подобные дела доходили до Президиума ВС РФ. Обзор судебной практики, утвержденный 23.09.2015 Президиумом Верховного Суда РФ (пункт 13 Обзора) прямо указал: «Сеть Интернет не является местом, открытым для свободного посещения, по смыслу ст. 1276 ГК РФ».

⁷⁸ Рожкова М. О «цитировании» фотографий, открытом доступе и подмене понятий // Хозяйство и право. – 2017. - №1. – С. 31-41.

⁷⁹ Например, Арбитражный суд г. Москвы в решении от 30 марта 2011 г. по делу № А40-139835/10 установил, что «на сайте размещены не сами произведения, а только ссылки на

сле его принятия судебная практика стала квалифицировать размещение гиперссылок в сети Интернет совершенно по-разному. Например, ограничение доступа к информационному ресурсу, содержащему гиперссылку на информацию, подлежащую ограничению в связи с требованиями ФЗ «Об информации...» имеет место в апелляционном определении Московского городского суда. Суд установил, что в данном случае такое ограничение было «единственной возможностью выполнения требований законодательства»⁸⁰. В ином контексте способом использования гиперссылку, запретив использования товарного знака и сходных с ними до степени смешения обозначений, в том числе «в гиперссылках и при других способах адресации»⁸¹. Но есть и ровно противоположные мнения по поводу гиперссылки как способа использования произведения. Например, указывается, что «гиперссылка не создает какую-либо связь между сайтом, на котором она размещена, и самим объектом. Данный способ указания на размещение объекта не является способом использования произведений»⁸². Судебная практика за последний год (2017 г.) в принципе отошла от использования в решениях понятий «ссылка» или «гиперссылка» в рассматриваемом контексте, указывается лишь наличие «информации, распространяемой с нарушением авторских и смежных прав и информации, необходимой для получения указанных объектов с использованием информационно-телекоммуникационных сетей» или же в принципе говорит о «создании техни-

сайты, где можно их скачать», придя к выводу, что «гиперссылка не означает использования объекта, так как она является по своей сути отсылкой к определенному адресу в сети Интернет, где может находиться произведение в конкретный момент времени» // URL:

<http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 31.08.2016).

⁸⁰ Апелляционное определение Московского городского суда от 28 апреля 2015 г. по делу N 33-15614 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁸¹ Постановление Девятого Арбитражного апелляционного суда от 23 ноября 2015 г. N 09АП-44727/2015 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁸² Апелляционное определение Московского городского суда от 20 июля 2015 г. по делу N 33-18402 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

ческих условий, обеспечивающих размещение, распространение доступ и любое иное использование произведения»⁸³.

В этом контексте видится обоснованным проведение небольшого сравнительного анализа по вопросу. Например, в США основная роль в поиске баланса отводится доктрине добросовестного использования («fair use»). Важно, что само по себе размещение гиперссылки не нарушает авторские права. Так, судебная практика сравнивает ссылку с адресом здания, открытым для публики и позволяющим найти информацию⁸⁴. Также гиперссылка не представляет собой нарушение прав правообладателей, так как не содержит самого контента, охраняемого авторским правом (в отличие от, например, файлов zip-формата)⁸⁵. В тоже время использование гиперссылки может признаваться нарушением в случае размещения таковой на заведомо нелегальный контент. В таких случаях возможно привлечение информационного посредника к ответственности на основе доктрины вторичного нарушения («secondary liability»). Как отмечает Калятин В. О, обычно выделяют три вида вторичных нарушений: vicarious infringement (действия лица, контролирующего нарушителя), contributory infringement (соучастие в нарушении) и inducing infringement (склонение к совершению нарушения)⁸⁶. Так, для привлечения к контрибуционной («contributory»), «соучастие в правонарушении») ответственности достаточно двух факторов: ответчик знает или должен знать о нарушении авторских прав и вносит

⁸³ Решение Московского городского суда от от от 2 мая 2017 г. по делу N 3-180/2017; Решение Московского городского суда от от 28 сентября 2017 г. по делу N 3-447/2017 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁸⁴ Ticketmaster Corp., Et Al. V. Tickets.Com, Inc Case No. 99-Cv-07654, United States District Court For The Northern District Of California, 2000. // URL: <http://www.internetlibrary.com/pdf/Ticketmaster-Tickets.com-SJ-Motion.pdf> (дата обращения: 16.01.2018).

⁸⁵ Pearson Education, Inc., et al v. Ishayev et al, No. 1:2011cv05052 - Document 99 (S.D.N.Y. 2014) // URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2011cv05052/382350/99> (дата обращения: 02.09.2017).

⁸⁶ Калятин В. О. О некоторых вопросах установления нарушений авторских прав в праве Великобритании и США // <http://ipcmagazine.ru/asp/> (дата обращения: 02.03.2018)

существенный вклад в такое нарушение⁸⁷. Имеются и примеры из судебной практики США по применению данной доктрины к размещению гиперссылок⁸⁸. Однако стоит отметить, что условие заведомого знания о нарушении не удовлетворяет, по большей части, в случае с поисковиками, информационными интернет-ресурсами. Например, в деле *Flava Works, Inc v. Gunter*⁸⁹ вторичное нарушение сайтами-поисковиками норм авторского права при размещении гиперссылки на нелегальный контент не было установлено. Более того, в США возможно привлечение к ответственности за создание гиперссылки на контент, полученный в обход регистрационных и иных систем сайта, направленных на охрану авторских прав. Такие действия запрещаются Законом об авторском праве в цифровую эпоху США⁹⁰. Однако судебная практика по вопросу применения данной статьи к вопросу гиперссылок непоследовательна, зависит от обстоятельств рассматриваемого дела. Например, в деле *Universal City Studios, Inc. v. Corley*⁹¹ соответствующее нарушение было установлено, а в деле *Comcast v. High-tech Elecs., Inc*⁹² - нет.

В этом смысле более последовательной представляется практика Суда ЕС, которая вырабатывает критерии привлечения лиц к ответственности при размещении гиперссылки в сети Интернет. Так, в деле «*NilsSvenssonandother-*

⁸⁷ Contributory Infringement. Cornell University Law School // URL: <https://www.law.cornell.edu/> (дата обращения: 02.09.2017).

⁸⁸ *Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc., Jerald Tanner, Sandra Tanner, et al.*, U.S. District Court, Utah, Case No. 2:99-CV-808C // URL: <http://www.law.uh.edu/> (дата обращения: 02.09.2016)

⁸⁹ *FLAVA WORKS, INC. v. MARQUES RONDALE GUNTER, doing business as myVidster.com; and SALSAINDY, LLC* // URL: <https://www.eff.org/> (дата обращения: 02.09.2017)

⁹⁰ 17 U.S. Code § 1201(a)(2), (b) - Circumvention of copyright protection systems // URL: <https://www.law.cornell.edu/> (дата обращения: 02.09.2017)

⁹¹ *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001) // URL: <http://cyber.law.harvard.edu/> (дата обращения: 02.09.2016)

⁹² *Comcast v. Hightech Elecs., Inc.*, 2004 WL 1718522 (N.D.Ill. July 29, 2004) // URL: <http://www.linksandlaw.com/> (дата обращения: 02.09.2016)

svRetrieverSverigeAB»⁹³ установлено, что гиперссылки на контент, первоначально не нарушающий авторские права и свободно размещённый в Интернете, не удовлетворяют критериям использования произведения путём «сообщения для всеобщего сведения» (по законодательству стран ЕС «сообщение для всеобщего сведения» («communicationtothepublic») является более широкой категорией, чем доведение до всеобщего сведения и охватывает данное понятие⁹⁴). С одной стороны, решение Суда по этому делу зачастую называют «спасением Интернета», так как нарушения норм авторского права сайтом-поисковиком установлено не было, однако данное решение не столь однозначно. Ведь постановка гиперссылки признаётся «актом сообщения для сведения». В то же время размещение гиперссылки в рассматриваемом деле не соответствует критерию «новой публики», выделенной судом в рамках «всеобщности», «публичности». Другими словами, в рассматриваемом случае контент уже был размещён в сети Интернет правообладателями, чем «сообщен для всеобщего сведения», а значит, при постановке гиперссылки нарушения авторских прав не происходит, так как новая публика (помимо той что получила доступ первоначально) не вовлекается, новые технические средства не используются. Крайне любопытной представляется позиция генерального адвоката Европейского суда по данному делу⁹⁵. По его словам, гиперссылки не составляют «акт сообщение для сведения» в принципе. Исключением может являться только гиперссылка, по которой контент впервые попадает в сеть Интернет. А критерий «новой публики» применим только, если правообладатель первоначально выразил согласие на доведение до всеобщего сведения. То есть, мнение генерального адвоката рас-

⁹³ Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB. Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 13 February 2014. Case C-466/12 // URL: <http://curia.europa.eu/> (дата обращения: 16.01.2018).

⁹⁴ Далее применительно к решениям Суда ЕС везде используется формулировка «сообщение для всеобщего сведения», однако основные вопросы, возникающие в правоприменительной практике, затрагивают именно интернет-правомочие, в российском законодательстве выражаемое через правомочие доведения до всеобщего сведения.

⁹⁵ OPINION OF ADVOCATE GENERAL. WATHELET delivered on 7 April 2016. Case C-160/15 // URL: <http://curia.europa.eu/> (дата обращения: 30.08.2016)

ходится с позицией, высказанной Судом по делу Svensson и схожим последующим (BestWater, CMore). Генеральный адвокат придерживался позиции, что гиперссылки не нарушают авторское право, так как сами по себе они не предоставляют нелегальный контент, не являются единственной возможностью доступа к нему. Между тем, позиция генерального адвоката не является обязательным для Суда ЕС, и само решение по делу полностью отличается от вышеприведенных рассуждений, зато отражает сложившуюся правоприменительную практику. Решение по делу Svensson породило как ответы, так и последующие вопросы, которые во многом нашли отражение в последующих решениях Суда ЕС. В частности, проблема размещения гиперссылки на контент, размещённый в нарушение авторских прав. Ключевым делом здесь является дело GS Media vs. Sanoma⁹⁶, основанное на размещении информационным ресурсом GeenStijl гиперссылки на фотографии из журнала PlayBoy, загруженные в Интернет в нарушение авторских прав, по которому Суд пришёл к выводу, что размещение гиперссылки на нелегальный контент не является сообщением для всеобщего сведения, если такое размещение не преследовало извлечение выгоды («financial gain») и публикатор не знал/не должен был знать, что материалы на другом веб-сайте размещены с нарушением авторских прав. В рассматриваемом споре коммерческая цель GeenStijl была установлена, решение было вынесено в пользу правообладателя. Иными словами, Суд признал, что в определённых случаях (которые, по словам самого Суда, должны определяться на основании разработанных критериев для каждого конкретного дела индивидуально) размещение гиперссылки является использованием произведения, составляющим нарушение авторских прав. Но далеко не все согласны с такой «расстановкой сил». Решение уже критикуется со стороны представителей сообщества пользователей, поисковых систем как необоснованно расширяющее права правообладателей. Также критику вызывают сами критерии, которые, по мнению многих, не

⁹⁶ GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker (Case C-160/15) // URL: <http://curia.europa.eu/> (дата обращения: 16.01.2018).

отличаются должной правовой определенностью и оставляют широкий простор для дальнейшего толкования⁹⁷. Высказываются опасения, что решение затронет и некоммерческие сайты, приведёт к излишнему увеличению судебных споров по данной проблематике⁹⁸.

Кроме того, практика суда ЕС столкнётся со следующими вопросами: как быть, если контент сайта доступен только зарегистрированным пользователям или предоставляется за плату, пользователь должным образом получает доступ к нему, а далее устанавливается гиперссылка, по которой осуществляется открытый доступ к контенту, охраняемому авторским правом? Или если это даже не сайт, а специальное устройство со встроенными предложениями, содержащими гиперссылки на сайты, где размещены произведения, охраняемые авторским правом и размещённые без согласия правообладателя? Так, в решении по делу о мультимедийных плеерах, которые и обладали подобной технической возможностью (дело *Filmspeler*)⁹⁹ Суд ЕС пришёл к выводу, что продажа таких плееров является сообщением для всеобщего сведения, так как именно с помощью таких мультимедийных плееров с доступным для пользователей интерфейсом и функциями поиска нелегального контента привлекалась «новая публика». Остальные критерии, выработанные в деле *GS Media vs. Sanoma*, также были установлены. Схожая аргументация имелась и в решении Суда ЕС по делу торрент-трекера «*ThePrivateBay*», который был признан прямым нарушителем авторских прав в сети Интернет¹⁰⁰. Суд отметил, что «акт сообщения для сведения» имел место, так как операторы сайта, отдавая себе отчёт в последствиях своих действий, вмешивались в процесс файлообмена и предоставления доступа в охраняемым произведениям, а именно они составляли специальные

⁹⁷ GLYN MOODY. Links to pirated content OK if non-commercial and unwitting, top EU court rules. 8/9/2016 // URL: <http://arstechnica.co.uk/> (дата обращения: 12.09.2016)

⁹⁸ Emma Woollacott. Playboy Hyperlink Victory Affects Non-Profit Websites Too // URL: <http://www.forbes.com> (дата обращения: 12.09.2016)

⁹⁹ *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems* (Case C-527/15) // URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-527/15> (дата обращения: 16.01.2018).

¹⁰⁰ *Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV* (Case C-610/15) // URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-610/15> (дата обращения: 16.01.2018).

указатели для размещения произведений и последующего их обмена между пользователями. То есть, деятельность самого торрент-трекера играла необходимую роль в предоставлении доступа к нелегальным произведениям. Кроме того, такая деятельность носила коммерческий характер, была направлена на извлечение выгоды. А все пользователи торрента-трекера были признаны «новой публикой».

Таким образом, Суд ЕС в указанных делах расширил понятие «сообщение для всеобщего сведения», охватывая и предоставление доступа к произведениям в самом широком смысле и последующую передачу (в том числе, с помощью гиперссылок, покуда соблюдается критерий «новой публики»). Кроме того, эти решения явно имеют тенденцию к привлечению крупных сайтов-посредников к прямой ответственности за нарушение авторских прав. И здесь стоит отметить, что несмотря на положительный отклик специалистов в связи с выработкой Судом критериев использования произведения в Интернете, в последние годы обостряется критика рассматриваемых решений. В частности, указывается, что подход Суда ЕС колеблется между формальным и содержательным подходами, понятие «новой публики» является неправомерным аналогом исчерпания права, национальный опыт отдельных государств-членов ЕС не учитывается, возникает вероятность правовой неопределённости и превращения правоприминителей в правотворцев, происходит размывание границы между прямой и вторичной («secondary») ответственностью за нарушение авторских прав (иными словами, нивелирование доктрины ответственности информационных посредников), баланс интересов в цифровой среде не достигается¹⁰¹. В то же время представляется бесспорным, что выработанный подход, безусловно, позволил усилить защиту авторских прав в сети Интернет, определил чёткие

¹⁰¹ Ansgar Ohly. The right of communication to the public: a critical analysis in eight steps. GRUR meets Brussels Workshop 2017 // URL: http://www.grur.org/uploads/tx_meeting/Ansgar_Ohly_Communication_to_public_Brussels-Slides_without_pics.pdf; P.S. Radosavljev. New era for hyperlinking in EU How GS Media case influenced the Internet landscape in Europe. Master thesis, University of Oslo, 2016 // URL: <https://www.duo.uio.no/handle/10852/54797?show=full> (дата обращения: 16.01.2018).

критерии и до некоторой степени как раз обеспечил правовую определённость. Кроме того, в целях достижения баланса интересов и снижения выявленных негативных аспектов в Европе направлена ведущаяся с 2015 г. реформа авторского права, ведётся разработка «Директивы по авторскому праву в рамках Цифрового Единого Рынка» (Directive on Copyright in the Digital Single Market), в которой, в том числе, планируется реформировать систему способов использования произведений в соответствии с правоприменительной практикой, потребностями цифрового общества и идеи баланса интересов.

Следовательно, очевидно, что проблемы размещения гиперссылок и привлечения к ответственности информационных посредников в контексте права доведения до всеобщего сведения актуальны во всем мире. О значимости их разрешения, гармонизации законодательства, в частности, свидетельствует исследование Международной ассоциации по охране промышленной собственности (AIPPI) 2016 г.¹⁰². Согласно общему докладу составленному на основе опроса 41 государства по вопросу права доведения до всеобщего сведения и размещения гиперссылок. Важно отметить, что 45 процентов стран считают размещение гиперссылки на правомерно и свободно размещённый правообладателем контент может охватываться правомочием доведения до всеобщего сведения. Многие из данных государств ссылаются на решение по делу Svensson. 65 процентов опрошенных групп придерживаются позиции, что размещение гиперссылок на неправомерный контент является нарушением авторских прав. Еще большую разрозненность во мнениях вызывает вопрос о влиянии видов гиперссылок на их рассмотрение в рамках авторского права. Наверное, наиболее единогласное мнение всех государств заключается в необходимости гармонизации законодательства по вопросу размещения гиперссылок в сети Интернет. Следовательно, международное сообщество должно действовать сообща и, используя наиболее прогрессивный опыт, стремиться к достижению баланса интересов между пользователями и правообладателями в цифровом обществе.

¹⁰² AIPPI Study Report 2016 – Study Question (Copyright) - Linking and making available on the Internet // URL: <http://aippi.org/> (дата обращения: 02.09.2016).

Глава III. Обеспечение баланса интересов в цифровой среде

§ 1. Доктрина баланса интересов в цифровой среде

Баланс интересов - широко распространённое словосочетание на страницах правовых исследований. Однако его понимание у различных авторов разнится. Тем не менее, все дефиниции сходятся на том, что баланс предполагает достижение желаемого равновесия, как минимум, между двумя силами, имеющими несовпадающий интересы. Так, даже в основных международных договорах в сфере авторского права отражается идея баланса интересов (например, в преамбуле Договора ВОИС прямо признаётся необходимость сохранения «баланса прав авторов и интересов широкой публики, в частности, в области образования, научных исследований и доступа к информации»). И действительно, баланс интересов - основа авторского права и его движущая сила, порождающая необходимость постоянного совершенствования и реформирования. Наумов В. пишет, что «современные условия развития цифровых технологий и Интернете поставили перед обществом, государством, законодателем непростой вопрос: как найти компромисс между интересами авторов и оборотом информации в глобальном Интернет пространстве»¹⁰³. А как отмечает в зарубежной доктрине, поиск баланса интересов в свете авторского права отражает множество аспектов системы интеллектуальной собственности, и это не только непосредственно система исключительных прав, но и цели законодательства об авторском праве, философские и экономические аспекты¹⁰⁴. Когда в обществе возникают новые возможности, праву приходится адаптироваться, иначе справедливый баланс будет утрачен.

В рамках авторского права в цифровой среде наиболее обоснованной представляется позиция Е.А. Войниканис, заключающаяся в том, что совре-

¹⁰³ Наумов В. Монополия на результаты интеллектуальной деятельности и глобальное информационное пространство — поиск компромисса. URL :// <http://www.russianlaw.net/law/variuos/e-learning/a240/> (дата обращения: 08.01.2018).

¹⁰⁴ Jerry Jie Hua. *Toward A More Balanced Approach: Rethinking and Readjusting Copyright Systems in the Digital Network Era*. Springer; 2014 edition (July 15, 2014). P. 41.

менное регулирование интеллектуальной собственности должно строиться в рамках парадигмы баланса интересов, где понятие баланса в рамках правовой действительности выражается в принципе равенства, который обеспечивает соразмерность конкурирующих интересов¹⁰⁵. Автор поясняет, что баланс интересов в цифровой среде - проблема, которая выходит за рамки права интеллектуальной собственности, непосредственно затрагивая всю информационную сферу. Иными словами, предмет баланса интереса здесь рассматривается как «доступ к информации в широком смысле слова, включая охраняемые правом результаты интеллектуальной деятельности». На самом деле, установление баланса разнонаправленных интересов пользователей и правообладателей или информационных посредников и правообладателей предполагает обеспечение свободного обмена информацией с учётом прав авторов. Видится, что такое возможно только на основесистемы компромиссов, направленных на обеспечение сосуществования исключительных прав и права на доступ к информации как основного права человека.

Здесь справедливым будет отметить работу Лоренца Хелфера «Права человека и интеллектуальная собственность: конфликт или сосуществование?»¹⁰⁶. В данной работе приводятся две модели взаимодействия: 1) права человека и интеллектуальные права – принципиально конфликтующие, а сильная защита интеллектуальных прав приводит к ущемлению прав человека, 2) оба института сочетаемы и отвечают на один общий вопрос - определяют границы частной монополии, которая дает авторам стимул творить, в то же время, обеспечивая обществу возможность доступа к результатам интеллектуальной деятельности. Второй вариант видится более перспективным в условиях развитой правовой системы, уважения прав человека. Пока же, как было наглядно показано в пре-

¹⁰⁵ Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. «Юриспруденция», 2013 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

¹⁰⁶ Laurence R. Helfer. Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence? Duke University School of Law; iCourts: Center of Excellence for International Courts // URL: <http://papers.ssrn.com/> (дата обращения: 16.01.2018).

дыдущих главах данной работы, на практике зачастую выстраиваются конфликтные отношения. Баланс, на котором держалась система авторского права в доцифровую эпоху, подвергся серьезному сдвигу, в отсутствие конкретных действенных мер находился под угрозой полного слома. Тем не менее, нельзя не признать, что, так или иначе, законодатели всех стран-членов ВОИС прореагировали на новые вызовы общества, в частности, закрепив право на доведение до всеобщего сведения в своём законодательстве, приняв «антипиратские» законы. Но, как демонстрирует практика, этого оказывается недостаточно для достижения баланса интересов, и помимо уже выявленных проблем в правоприменение на национальном уровне, здесь нельзя не отметить, что дела, в которых «сталкиваются» исключительные права и право на доступ к информации, все чаще выходят за внутригосударственные рамки и рассматриваются ЕСПЧ. Суд максимально избегает вмешиваться в авторское право в гражданско-правовом контексте, неоднократно подчёркивая, что вопросы в сфере ИС для него нетипичны и основы баланса должны в первую очередь закладываться на национальном уровне, в рамках самой системы ИС¹⁰⁷. ЕСПЧ разрешает конкретный конфликт, который возник вследствие неспособности отраслевой системы к поддержанию баланса с правами человека собственными средствами. Это не в коей мере не уменьшает значимость конституционного и конвенционного контроля, а лишь подчёркивает важность построения сбалансированной системы в рамках самого института ИС.

Прежде всего, стоит отметить, что все меры можно разделить на 2 группы: 1) непосредственно, связанные с определением места и содержания правомочия доведения до всеобщего сведения и 2) направленные на его эффективную реализацию, призванные обеспечить баланс интересов в целом в системе авторского права в цифровой среде. Также можно выделить уровни, на которых необходимо регулировать правомочие «доведение до всеобщего сведения». Во-

¹⁰⁷ Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, App No 73049/01, Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH v Netherlands, Merits, App No 15375/89 // URL: <http://www.echr.coe.int/>(дата обращения: 16.01.2018).

первых, это международный уровень, предполагающий переосмысление формулировки и содержания права на доведение до всеобщего сведения на основе принятия специального конвенционного соглашения по вопросам, возникающим в авторском праве в цифровой среде. На международном уровне следует конкретизировать имеющееся определение права на доведения до всеобщего сведения, обозначить его пределы и возможность или невозможность исчерпания такого права. Представляется, что при выработке конкретного содержания нормы необходимо учитывать законодательный и правоприменительный опыт различных государств, а также выработанные доктринальные подходы и исследования разнообразных международных, региональных и национальных организаций. Кроме того, видится перспективным принятие международно-правового регулирования статуса и условий привлечения к ответственности информационных посредников. Но при этом на международном уровне стоит приветствовать имеющийся «зонтичный» подход, оставляющий широкий простор для усмотрения отдельных государств.

Создание специального регулирования по данным вопросам необходимо и на региональном уровне. В особенности, подобные предложения широко обсуждаются на уровне ЕС, где в настоящее время ведётся реформа авторского права и разрабатывается специальная Директива по авторскому праву в рамках Цифрового единого рынка¹⁰⁸. Вокруг права на доведение до всеобщего сведения при разработке этого документа ведутся жаркие дискуссии, которые в основном касаются проблемы гиперссылок и сложившегося подхода Суда ЕС по выработке критериев. Например, в проекте Директивы предлагалось прямо закрепить, что использование фрагментов чужих произведений в ссылках требует согласие автора (право на новости)¹⁰⁹. Однако данное предложение вызвало бурную критику у экспертов - отмечается, что такая идея не способствует достижению баланса интересов и несоразмерно ограничивает право на доступ к

¹⁰⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market. LAWS, 14.09.2016 // <https://ec.europa.eu/> (дата обращения: 16.01.2018).

¹⁰⁹ Julia Reda. EU copyright reform // URL: <https://juliareda.eu/> (дата обращения: 16.01.2018).

информации и свободу самовыражения. Следовательно, вряд ли имеются основания говорить о том, что данная инициатива воплотится в законе. Более обоснованным и перспективным видится подход, представленный в Докладе французского Высокого Совета по правам на литературные и художественные произведения¹¹⁰. Авторы Доклада пишут о двух возможных подходах по реформированию содержания интернет-правомочия: комплексный (comprehensive) и целенаправленный (targeted). Комплексный подход предполагает не столько введение каких-то новых поправок в законодательство, сколько обращение к действующему законодательству, чёткое определение правомочия сообщения для всеобщего сведения и его границ. Говоря более детально, предлагается уточнить саму дефиницию интернет-правомочия, а также закрепить ряд ограничений и исключений в целях обеспечения основных прав человека, прямо обозначив, какие требования должны быть соблюдены, чтобы размещение гиперссылки не являлось использованием произведения в авторско-правом понимании. Так, предложены следующие критерии: 1) не знал и не должен был знать о том, что контент, на который ведёт ссылка, размещён в нарушение авторских прав; 2) произведение доступно без ограничения доступа с сервиса, на который ведёт ссылка; 3) постанова гиперссылки совершена не для извлечения выгоды; 4) гиперссылка не позволяет прямо показывать или транслировать контент сайта, на который поставлена гиперссылка. То есть, частично повторяются критерии предложенные Судом ЕС, но некоторые критерии разработаны авторами Доклада самостоятельно и, как они заявляют, должны в большей степени способствовать достижению баланса интересов. Однако авторы учитывают, что могут возникнуть затруднения в реализации комплексный подхода, а потому предлагается альтернативный подход, который имеет более узкий и прагматичный характер. Согласно данному подходу в разные законодательные акты необходимо внести изменения, способствующие эффективной и сбалансированной реализа-

¹¹⁰ Pierre SIRINELLI и др. Указ. соч. // URL: <http://www.culturecommunication.gouv.fr> (дата обращения: 16.01.2018).

ции интернет-правомочия. Особую роль предлагается уделить реформированию положений об интернет-вещании и гиперссылкам.

В свете предложений по реформированию законодательства об авторском праве в странах ЕС нельзя не отметить концепцию немецкого профессора, который предлагает ввести в Директиву по авторскому праву в рамках Цифрового единого рынка трёхуровневый подход, заключающийся, во-первых, в составлении «чёрного списка» нарушений интернет-правомочия (например, неправомерное размещение чужого охраняемого произведения в Интернете), во-вторых, в более общих положениях относительно аспектов, имеющих особое значение на рынке (*categories of market-sensitive provisions*), и, в-третьих, в общем положении, закрепляющем право на сообщение для всеобщего сведения как интернет-правомочия¹¹¹. Кроме того, автор говорит о значимости однозначного законодательного разграничения между прямой ответственностью за нарушение авторских прав в сети Интернет от вторичной обязанности невиновных лиц содействовать устранению нарушения. Однако сам автор признает, что претворение в жизнь такого законодательства - сложнейшая задача, настоящий вызов для европейских государств. Да и, очевидно, что не только для европейских. Ведь все эти предложения хоть и разрабатываются в рамках реформы авторского права ЕС и на основе европейского права, но имеют значимость для всех государств-членов ВОИС, которые закрепляют в своём законодательстве, в том или ином виде, интернет-правомочие (право на доведение до всеобщего сведения). Проблемы правоприменения рассматриваемого правомочия встречаются во всех юрисдикциях, а единство мнений достигнуто лишь по вопросу необходимости гармонизации подходов. И здесь предложения, имеющиеся на уровне ЕС, могут быть применимы и за пределами данных государств как наиболее практически применимые, конкретные и проработанные. Ведь если рассмотреть на региональном уровне законодательство стран СНГ (членом которого является Россия), то проблема доведения до всеобщего сведения в част-

¹¹¹ Ansgar Ohly. Указ.соч. // URL: <http://www.grur.org/uploads/> (дата обращения: 16.01.2018).

ности и системы авторского права в целом разработана на весьма невысоком уровне. Достаточно сказать, что все правовые акты на уровне СНГ в сфере авторского права принятые не позднее 2010 года. Так, многообещающий, на первый взгляд, документ - Модельный Кодекс интеллектуальной собственности¹¹² не содержит понятие «доведение до всеобщего сведения» или иного аналога интернет-правомочия. Модельный Закон «Об авторском праве и смежных правах»¹¹³ в свою очередь содержит понятие «доведение до всеобщего сведения для интерактивного использования», содержание которого основывается на формулировке статьи 8 ДАП и отражает все те же проблемы, что описывались применительно к российской трактовки правомочия доведения до всеобщего сведения, за исключением того, что российский законодатель уже отказался от широко критикуемого критерия интерактивности, который сохраняется в модельном законодательстве СНГ. Ещё большую путаницу на уровне СНГ вносит Модельный закон «О праве на доступ к информации»¹¹⁴, который предусматривает, что «доступ к информации обеспечивается: обязательным доведением информации до всеобщего сведения; сообщением информации для всеобщего сведения...». Очевидно, что и доведение до всеобщего сведения здесь в принципе не связано с интернет-правомочием, способом использования произведений. Таким образом, правовые акты, принятые на региональном уровне в странах СНГ, никак не способствуют разрешению проблем, возникающих в связи с использованием произведений в информационно-телекоммуникационных сетях. Конечно, автор понимает, что во многом это связано с рекомендательным

¹¹² Модельный кодекс интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ: рек. законодат. акт Содружества Независимых Государств: принят на 34-ом пленар. заседании Межпарламент. Ассамблеи государств-участников СНГ, 7 апр. 2010 г., № 34-6 // Информ. бюл. Межпарламент. Ассамблеи государств – участников СНГ. 2010. № 47.

¹¹³ Модельный закон об авторском праве и смежных правах: принят на 26-ом пленар. заседании Межпарламент. Ассамблеи государств-участников СНГ, 18 нояб. 2005 г., № 26-13 // Информ. бюл. Межпарламент. Ассамблеи государств – участников СНГ. 2006. № 37.

¹¹⁴ Модельный закон о праве на доступ к информации. Принят в г. Санкт-Петербурге 17.04.2004 Постановлением 23-14 на 23-ем пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ. // Информ. бюл. Межпарламент. Ассамблеи государств – участников СНГ, 2004, № 34.

характером этих норм, но все-таки совершенствование и гармонизация правовых актов на уровне СНГ видится крайне желательным и, в частности, одним из важнейших аспектов здесь должно быть создание должного правового регулирования авторско-правовых отношений в цифровой среде. И здесь необходимо учитывать как зарубежный опыт, так и основываться на уже имеющемся опыте стран СНГ.

На этом этапе вполне уместным будет перейти к уровню отдельных государств, формированию и анализу предложений по усовершенствованию российского законодательства в рассматриваемой сфере. Как было установлено ранее, имеющееся определение «доведения до всеобщего сведения» и его место в системе способов использования объектов авторских и смежных прав в ГК РФ далеки от совершенства и нуждаются в реформировании. Во-первых, необходимо определить конкретное содержание права на доведение до всеобщего сведения и его места в системе авторских правомочий. На основе проведенного анализа автор приходит к выводу, что использовать формулировку «доведение до всеобщего сведения» можно только как условную конструкцию, а содержание данного правомочия должно раскрываться через ряд категорий: размещение, предоставление доступа и передача. При этом использование произведения в Интернете должно соответствовать определенным критериям (1 вариант: только в случаях, когда вовлекается «новая публика», круг лиц, имеющих доступ к произведению расширяется; 2 вариант: во всех случаях, когда иное не предусмотрено законом; в свою очередь в законе обязательно должна содержаться норма, определяющая исключения из этого правила; 3 вариант: смешенная система, помимо открытого перечня исключений, закрепляется общая норма). На наш взгляд, второй вариант является более приемлемым для российского законодательства, так как критерий «новый публики» в отсутствии уже сложившегося подобного подхода (в отличие от стран ЕС) может вызвать больше сложностей в правоприменении. В то же время перечень исключений позволяет конкретно обозначить случаи свободного использования произведений в сети Интернет. Кроме того, возможно создание некоего смещённого под-

хода, где помимо перечня исключений, который носит открытый характер, выработана общая норма, содержащая критерии отнесения тех или иных действий в сети Интернет к доведению до всеобщего сведения.

Помимо этого, нуждается в переосмыслении место интернет-правомочия в системе способов использования. Как отмечалось, данный способ использования носит сложный, глобальный характер и должен рассматриваться не столько как правомочие, стоящее наравне с иными правомочиями, сколько правомочие последующего уровня, которое расширяет сферу действия авторских прав, позволяя охватывать использование произведений в информационно-телекоммуникационных сетях. Здесь справедливо предложить и пересмотреть в целом всю, имеющуюся в российском законодательстве, систему способов использования произведений, так как она лишена логического единства и по большей мере основывается на пообъектном делении, что не соответствует потребностям цифровой среды. Видится перспективным построение системы способов использования по уровням, где на первом уровне находится воспроизведение, на втором - некоторые пообъектные способы, а на третьем - доведение до всеобщего сведения.

Конечно же, говоря о совершенствовании законодательства применительно к цифровому обществу нельзя обойти стороной нормы об информационных посредниках и положения информационного законодательства, на основе которых на сегодняшний день охраняются авторские права. Прежде всего, необходимо уточнить само определение информационного посредника, однозначно определить критерии, позволяющие наделять то или иное лицо статусом информационного посредника (например, в доктрине предлагается учитывать извлечения прибыли и наличия модерации¹¹⁵), а также детализировать критерии привлечения информационных посредников к ответственности. В частности,

¹¹⁵ Протокол № 10 Заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам 22 апреля 2015 г. «Журнал Суда по интеллектуальным правам», № 9, сентябрь 2015 г., с. 12-13.

представляется недопустимым прямое приравнивание размещения гиперссылок непосредственно доведению до всеобщего сведения такого контента.

Таким образом, баланс интересов - это не просто некая иллюзорная категория, это реальный механизм, который выражается в принципе равенства и обеспечивает соразмерность конкурирующих интересов. В цифровом обществе обеспечение баланса интересов непосредственно строится на должном законодательном регулировании общественных отношений в сфере использования произведений в Интернете, закрепления права на доведение до всеобщего сведения как особого интернет-правомочия. Соответствующее регулирование должно быть выработано и на международном, и на региональном, и на национальном уровне. При этом сама формулировка «доведение до всеобщего сведения» носит условную конструкцию, а содержание интернет-правомочия должно раскрываться через ряд категорий: размещение, предоставление доступа и передача. Кроме того, представляется важным пересмотреть всю систему способов использования произведений: систематизировать имеющиеся способы использования и разделить их на несколько уровней. На первом уровне будет находиться воспроизведение, на втором - некоторые пообъектные способы, а на третьем - собственно доведение до всеобщего сведения.

§ 2. Концепция баланса интересов в цифровой среде и некоторые иные предложения по совершенствованию законодательства

Достижение баланса интересов не может ограничиваться законодательным закреплением права на доведение до всеобщего сведения как особого авторского правомочия в цифровой среде. Необходима одновременная реализация широкого перечня иных мер, направленных на достижение баланса интересов всех вовлечённых сторон, ведь как справедливо отмечает В. Л. Энтин,

«жизнь в цифровом формате требует переформатирования традиционных представлений о функционировании авторского права¹¹⁶».

Начнём это «переформатирование» с системы ограничений исключительных прав, которой отводится особая роль при поиске баланса интересов в наш век высоких технологий. Ведь такие ограничения - это «необходимое условие для стимулирования творческого процесса»¹¹⁷. О значимости системы ограничений свидетельствует и постоянное внимание к ней в международно-правовых актах (Бернская Конвенция, Договор ВОИС по авторскому праву, Соглашение ТРИПС). В основе же системы ограничений исключительных права лежит трёхступенчатый тест. С одной стороны, трёхступенчатый тест - реально действующий, гибкий инструмент, способствующий гармонизации законодательства как в странах романо-германской, так и англо-саксонской правовых семьях, а также позволяющий поддерживать баланс системы ограничений в соответствии с потребностями информационного общества. Но, с другой стороны, специалисты говорят о ряде проблем применения трехступенчатого теста в современном информационном обществе (например, доклад Кристофа Гейгера (ЮНЕСКО, 2007 г.)¹¹⁸). Так, автор доклада говорит, что трёхступенчатый тест в его сложившемся толковании ограничивает свободу национального законодателя и судебной власти при поиске новых решений, необходимых для достижения баланса интересов в цифровой среде. Делается вывод о необходимости переосмыслить тест, придать ему новое толкование с учётом как интересов правообладателей, так и общества. О справедливости подобных выводов в России свидетельствует сразу несколько аргументов. Во-первых, наличие закрытого перечня (противопоставляется открытым моделям - fair use) ограничений авторских прав(ст. 1274 ГК РФ) при открытости перечня правомочий правообладате-

¹¹⁶ Энтин В.Л. Авторское право в виртуальной реальности (новые возможности и вызовы цифровой эпохи). 2017. // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 18.08.2017).

¹¹⁷ Войниканис Е.А. Указ. соч. // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 16.01.2018).

¹¹⁸ Кристоф Гейгер. Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву январь–март 2007 г., Роль трехступенчатого теста в адаптации законодательства об авторском праве к информационному обществу // URL: <http://unesdoc.unesco.org/> (дата обращения: 18.12.2017).

ля (ст. 1229, 1270 ГК РФ). Во-вторых, необходимость постоянной и своевременной модификации этого закрытого перечня при появлении новых способов использования произведения в цифровой среде. И в-третьих, встречающиеся на практике проблемы, возникающие в связи невключением в список ограничений, конкретных способов использования, необходимого для достижения баланса интересов. Например, в качестве нарушения авторских прав было квалифицировано использование произведений при публичном показе в рамках учебной программы, осуществляемое без цели извлечения прибыли, в образовательной организации (постановка мюзикла студентами музыкальной школы при консерватории)¹¹⁹. Интересно, что сразу после этого законодатель включил указанный случай в список ограничений.

В Европе в рамках реформы авторского права и смежных прав в информационном обществе большое внимание отводится реформе системы ограничений, уже в 2001 г. у отдельных государств появилась возможность отказаться от исчерпывающего перечня ограничений в пользу примерного перечня, однако большинство государств по-прежнему закрепляют исчерпывающий перечень, а единого пути дальнейшего реформирования пока не найдено¹²⁰. В качестве возможного усовершенствования системы ограничений исключительных прав модели закрытого перечня любопытным является предложение, выработанное мексиканским специалистом Эдуардо Трухильо, который на основе детального анализа преимуществ и недостатков открытой и закрытой систем ограничений разрабатывает смешанную систему ограничений, в основе которой лежит система закрытого списка, но включаются также преимущества открытой системы, благодаря чему обеспечивается наибольшая степень соблюдения прав человека с наименьшими кардинальными изменениями системы, с возможностью прак-

¹¹⁹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 10 августа 2015 г. по делу № А76-13283/2012 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 19.12.2017)

¹²⁰ Christophe Geiger, Giancarlo Frosio, Oleksandr Bulayenko. Opinion of the CEIPI on the European Commission's Proposal to Reform Copyright Limitations and Exceptions in the European Union. Centre for International Intellectual Property Studies Research Paper N. 2017-09 // <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2017/10/> (дата обращения: 18.08.2017).

тической применимости¹²¹. Сама система состоит из двух частей: закрытый список ограничений и открытая норма. И хотя в основе именно максимально исчерпывающий перечень, установленный законодателем, вторая часть системы предполагает наличие открытого положения, которое используется только при наличии конкретной правовой коллизии, не поименованной в перечне. Другими словами, баланс интересов достигается благодаря включению открытой нормы, базирующейся на принципе пропорциональности. Применение такой системы видится перспективной как для стран ЕС, так и для России.

Помимо совершенствования системы ограничений исключительных прав в целом необходимо уделить внимание и *отдельным ограничениям и исключениям*, которые стоило бы закрепить в законодательстве. Кроме уже указанных исключений для использования гиперссылок, важно обеспечить должное правовое регулирование творчества в Интернете - создание ремиксов, мемов - все это должно учитываться в рамках системы ограничений авторских прав (на сегодняшний день такое интернет-творчество лишь с натяжкой можно отнести к пародиям, а грань между свободой использования и нарушением авторских прав здесь тонка и расплывчата). Нельзя забывать и об архивах и библиотеках, выработке специальных ограничений исключительных прав для обеспечения их деятельности в цифровой среде. Представляется очень важным однозначно распространить имеющиеся в законодательстве условия свободного использования (в РФ - ст. 1275 ГК РФ) произведений на электронные библиотеки¹²². Также видится перспективным предусмотреть в целом упрощение условий оцифровки произведений для библиотек, отказаться от конкретного перечня случаев в котором оцифровка возможна в пользу общей презумпции свободы оцифровки произведений для библиотек. Кроме того, необходимо создать над-

¹²¹ Eduardo V. de la Parra Trujillo. LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN: UN ESTUDIO DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Ciudad Universitaria, 2010. // URL: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/> (дата обращения: 18.08.2017).

¹²² К наиболее ярким примерам таких библиотек можно отнести Европейскую библиотеку, Всемирную цифровую библиотеку. Однако эти библиотеки в настоящее время в основном пополняются за счёт произведений, не охраняемых авторским правом.

лежащие условия и наделить библиотеки правом предоставления электронных экземпляров удаленно («e-lending»)¹²³, а также создать условия по взаимодействию между библиотеками через закрытые электронные сети. Без сомнения, для обеспечения всего этого не обойтись не только без выработки адекватных ограничений авторских правомочий (в том числе, права на доведения до всеобщего сведения), но и без создания специальных технологических условий, позволяющих достичь баланс между правом на доступ к информации и исключительными правами авторов.

Действительно, в современном мире создание специальных IT-решений, программ и приложений, способствующих защищённого просмотра контента или установления специальных ограничений относительно доступа или условий использования. Однако в отсутствии должного правового регулирования их применение в целях использования произведений, охраняемых авторским правом, весьма осложнено. Вот, например, всем известный проект «Googlebooks», который впервые пошел по пути массовой оцифровки книг встретился с многочисленными юридическими преградами на своём пути¹²⁴. Действительно, первоначально авторы проекта предполагали оцифровать все книги и сделать их доступными для каждого. Казалось бы, благая идея, но напрочь отрицающая авторское право, законные интересы авторов и правообладателей. А потому данная идея модифицировалась в библиотечный проект, который рассматривается как расширенный карточный каталог книг. Произведениям, охраняемые авторским правом, предоставляются не в полной версии, а только в виде кратких выдержек с указанием сайтов, предлагающих приобрести соответствующие произведения. Однако за право существование такого сервиса компания Google судилась более 10 лет¹²⁵. Интересно, что пока шли судебные процессы стороны

¹²³ Séverine Dusollier. A manifesto for an e-lending limitation in copyright. JIPITEC 5 (2014) 3 // URL: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-3-2014/4096> (дата обращения: 19.12.2017)

¹²⁴ Clarice Castro, Ruy de Queiroz. The Song of the Sirens: Google Book's Project and Copyright in a Digital Age. September 1, 2011. // URL: <https://papers.ssrn.com/sol3/>(дата обращения: 19.12.2017)

¹²⁵ Authors Guild v. Google, Inc., No. 13-4829 (2d Cir. 2015)

не раз пытались заключить соглашения, которые хотя и не могли полностью устроить стороны, помогли в результате установить основные «правила игры». Так, сервис Google Books смог предоставить пользователям грандиозный массив оцифрованных произведений, права на которые были приобретены Google. При этом отображается не более 15 книжных страниц подряд и не более чем с 20% от общего объема книги, а правообладатели могут изъять в установленном порядке принадлежащее им произведение из базы данных. Таким образом, несмотря на относительное достижение баланса интересов, выработка единообразного порядка и определённых условий оцифровки произведений и их использования видится крайне важной задачей для законодателей всех государств в современном обществе.

Кроме того, в последнее время со всех сторон все громче и громче звучат предложения по разрешению вопросов с сиротскими произведениями (*orphan works*). Как говорится в европейской Директиве «Об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений», к сиротским произведениям относятся «защищаемые законодательством об авторском праве произведения, обладатель прав на которой не может быть установлен и (или) локализован»¹²⁶. По оценке Британской библиотеки, около 40% охраняемых произведений в ее коллекции (то есть, около 150 млн произведений) являются сиротскими¹²⁷. В этой связи интересным видится предложение Google в обмен на приобретение прав на сиротские произведения сформировать специальный реестр и выплатить значительные суммы в пользу издателей, авторов и наследников, которые могут появиться, а для образовательных учреждений сделать бесплатные цифровые библиотеки¹²⁸. Тем не менее, такое предложение вызвало недовольство у других крупных компаний (Amazon, Microsoft) и некоторых

¹²⁶ Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works // URL: <http://eur-lex.europa.eu/> (дата обращения: 19.12.2017)

¹²⁷ Orphan works — Frequently asked questions. European Commission. // URL: <http://europa.eu/rapid/> (дата обращения: 19.12.2017)

¹²⁸ Beth Hutchens. The Google Book Settlement and Orphan Works. May 1, 2011. // URL: <http://www.ipwatchdog.com/> (дата обращения: 19.12.2017)

библиотек в связи с «монополизацией» корпорацией Google прав на произведения-сироты. В результате такое решение проблемы не было воплощено в жизнь. Тем не менее, в последние годы проблема доступа к сиротским произведениям активно обсуждается на международном уровне (EiFL, IFLA, ВОИС), а отдельные государства разрабатывают разнообразные системы использования произведения сирот в цифровой среде. В основном на основе коллективного лицензирования, уточнения случаев свободного использования, а также создание открытых реестров произведений-сирот¹²⁹. В российском же законодательстве отсутствует определение сиротских произведений, но не отсутствует сама проблема. Действительно, в 2015 г. Минкомсвязи РФ предлагал законопроект о реестре сиротских произведений и возможности использования схемы «опт-аут», однако он был отклонён¹³⁰. Экспертный совет при Правительстве РФ совместно с Ассоциацией интернет-издателей взялся доработать этот проект, но результатов все ещё не наблюдается, а сиротские произведения продолжают своё существование в серой зоне¹³¹. Представляется, что для обеспечения правовой определённости, достижения баланса интересов в цифровом обществе и принципиальной возможности доведения до всеобщего сведения сиротских произведений необходимо урегулировать статус таких произведений на законодательном уровне, предусмотреть как случаи их свободного использования, так и механизм охраны прав возможных авторов. Кроме того, необходимо создать специальный открытый реестр произведений-сирот, с помощью которого можно будет ознакомиться с информацией о заинтересовавшем произведении, всех известных сведениях об авторах и правообладателях.

Практика создания *специальных реестров* в целях достижения баланса интересов пользователей и правообладателей представляется в целом прогрес-

¹²⁹ Orphan Works and Mass Digitization: A Report of the Register of Copyrights. June 2015. // URL: <https://www.copyright.gov/orphan/reports/> (дата обращения: 19.12.2017).

¹³⁰ Проект Федерального закона "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 19.12.2017).

¹³¹ Эксперты предложили расширить доступ к объектам интеллектуальной собственности. 30 марта 2016. URL: <http://open.gov.ru/events/5515017/> (дата обращения: 19.12.2017).

сивной и необходимой. И она должна касаться не только сиротских произведений или охраняемых произведений, права на которые находятся в управлении организаций по коллективному управлению (речь идёт о реестрах РСП, РАО, ВОИС и др.). В последние годы в России широко обсуждаются перспективы создания реестра произведений, которые перешли в общественное достояние. Или реестра бесплатных произведений и других объектов авторского права и смежных прав, который предусмотрен пунктом 5 статьи 1233 ГК РФ. Тем не менее, до недавнего времени создание реестров было трудоемким и далеко не всегда эффективным способом охраны авторских прав. Однако в последние годы с развитием технологии *блокчейн (Blockchain)* ситуация изменилась кардинальным образом, везде и всюду говорят о применении данной технологии, и в том числе, для создания реестра результатов интеллектуальной деятельности¹³². Как отмечается в литературе, блокчейн по сравнению с другими моделями распределенных баз данных обеспечивает интеграцию обработки данных в единый протокол, реализуемый алгоритмически и минимизирующий человеческий фактор¹³³. И если относительно промышленной собственности и средств индивидуализации, возникновение прав на которые поставлено в зависимость от государственной регистрации и отдельный реестр на блокчейне здесь будет являться лишь вспомогательным инструментом, то для авторского права, надлежащего учета таких прав в цифровой среде, блокчейн-реестр может стать настоящей панацеей, способствующей достижения пресловутого баланса интересов. Основные преимущества применения блокчейна в сфере авторских прав - это возможность просто и легально использовать произведения в цифровой среде, при этом у правообладателей существует возможность контролировать использование своих произведений, и ни один из участников оборота прав не может произвольно внести информацию в реестр. Здесь нельзя не сказать и о

¹³² Савельев А.И. Договорное право 2.0: "умные" контракты как начало конца классического договорного права. Вестник гражданского права. 2016. N 3. С. 32 – 60.

¹³³ Рузакова О. А., Гринь Е. С. Применение технологии Blockchain к систематизации результатов интеллектуальной деятельности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 38. С. 508–520.

перспективах совершенно нового подхода к системе управления авторскими правами, без привлечения организаций по коллективному управлению правами, чья деятельность выведывает много критики в связи с непрозрачностью и излишнем бюрократизмом¹³⁴. Некоторые шаги на пути создания реестра авторских прав на основе технологии блокчейн уже предприняты. Так, ассоциация «Национальный координационный центр обработки транзакций с правами и объектами интеллектуальной собственности» создала специальную платформу IPChain, цель которой состоит в «формировании российской национальной сети транзакций прав и объектов интеллектуальной собственности и сетевой «инфраструктуры доверия» для отрасли¹³⁵». А в конце 2017 г. IPChain и агрегатор лицензионных электронных книг «ЛитРес» подписали соглашение, согласно которому «ЛитРес» станет базовым репозиторием IPChain для лицензионных электронных книг в России и странах СНГ¹³⁶. Стоит отметить, что практика создания блокчейн-реестров в области авторского права уже имеет воплощение в зарубежной практике. Так, известны следующие реестры, активно функционирующие и способствующие легальному использованию произведений в сети Интернет: Blockai/Binded, COPYTRACK, Mediachain, Proof of Existence и другие. Создатели Blockai поясняют, что блокчейн технологии позволяют создать уникальный отпечаток по аналогии с ContentID (используемом сервисом YouTube), но действовать этот отпечаток будет для всего Интернета, что и будет способствовать предотвращению нарушений авторского права в цифровой среде¹³⁷. В целом создание специальных реестров на основе блокчейн-технологии представляется крайне перспективным и прогрессивным нововществом, которое соответствует потребностям современного цифрового общества: реально

¹³⁴ Евгений Золотов. «Сколково» предлагает управлять копирайтом через блокчейн. 26.04.17. // URL: <http://gosvopros.ru/job/qualification/ipchain/> (дата обращения: 19.12.2017).

¹³⁵ Виталий Шустиков. Правами на интеллектуальную собственность займутся блокчейн-технологии. 09.11.17. // URL: <http://sk.ru/news/> (дата обращения: 19.12.2017).

¹³⁶ Соглашение о применении блокчейна для защиты авторских прав подписано на ПМКФ. 18.11.17. // URL: <http://tass.ru/ekonomika/4741029> (дата обращения: 19.12.2017).

¹³⁷ Francois Oustry. Blockchain based solutions for intellectual property management. May 21, 2017 // URL: <https://medium.com> (дата обращения: 19.12.2017).

способствуют обеспеченную надлежащей охране прав авторов, помогают пользователям всегда иметь доступ к интересующей информации и, что ещё важнее, ведёт к бесконфликтному прямому взаимодействию правообладателей и пользователей, закладывая основы их взаимовыгодного сотрудничества.

Помимо системы реестров и использования новых технологических разработок перспективным полем для сотрудничества между пользователями и правообладателями видится *применение свободных лицензий* типа Creative Commons и иных договорных инструментов, способствующих свободному использованию и распространению информации. Действительно, в 2014 г. был принят ряд поправок в ГК РФ, в частности направленных на адаптацию свободных лицензий. Так, стоит отметить появление ст. 1286.1 ГК РФ, которая ввела институт открытой лицензии в российское законодательство и закрепила его основные признаки, тем самым обеспечив правовую основу для применения свободных лицензий в РФ. Однако процесс адаптации лицензий Creative Commons сопряжён с рядом проблем и пробелов в законодательстве. В частности, такой проблемой является возможность применения «нулевой лицензии» (CC Zero License), представляющей собой добровольный отказ автора от всех прав (настолько насколько это возможно в действующей юрисдикции) с целью перехода произведения в сферу общественного достояния¹³⁸. В России речь идёт именно об отказе от исключительного авторского права, ведь отказ от личных неимущественных прав прямо запрещён законодательством. В то же время отказ от исключительных авторских прав нельзя признать неправомерным, но при этом и правовой основы для применения подобного механизма не существует. Для устранения такой правовой неопределенности кажется разумным включение института отказа от исключительного права на произведение в ГК РФ, опираясь на зарубежный опыт, а также имеющиеся институты отказа от исключительного права в области патентного права, права на товарный знак. Предлагается ввести в ГК РФ статью, закрепляющую механизм отказа от ис-

¹³⁸ CC0 1.0 Universal // URL: <https://creativecommons.org/> (дата обращения: 28.03.2017).

ключительного авторского права (например, ст. 1281.1 ГК РФ «досрочное прекращение исключительного права на произведение»)¹³⁹.

Кроме того, в рамках сотрудничества правообладателей и пользователей интересны перспективы развития такого механизма как «монетизация» (легализация произведений, неправомерно размещённых в Интернете). Суть этого института заключается в том, что правообладатель, обнаруживший нелегально размещённое произведение, сохраняет право требовать его удаления, но также может по своему выбору потребовать «монетизировать» такое произведение, что фактически выражается в добавлении рекламы, за просмотр которой пользователями правообладатель будет получать вознаграждение¹⁴⁰. Такое решение уже реализовано сервиса YouTube. Тем не менее, такая мера плохо сочетается с существующими способами защиты права, создаёт трудности для ее правовой квалификации. На основании вышесказанного Дейнеко А.Г. предлагает ввести в ГК РФ новый институт - институт легализации произведения, неправомерно доведённого до всеобщего сведения.

Переходя к анализу совершенствования *способов защиты* права в цифровой среде в целом и права на доведение до всеобщего сведения в частности стоит отметить такой популярный, но далеко не бесспорный способ защиты авторских прав как блокировка сайта в сети Интернет. Видится, что в нашем стремительно развивающемся мире сами по себе блокировки сайтов за нарушение интеллектуальных прав, в том числе, за нарушение права на доведение до всеобщего сведения, мера вполне оправданная и даже необходимая, на самом деле способствующая обеспечению надлежащей охране прав авторов в цифровой среде. Другой вопрос, что «огульное» применение блокировок без четких критериев, иногда и без какого-либо нарушения, да ещё и во внесудебном порядке - все это явно не способствует достижению баланса интересов. Кроме то-

¹³⁹ Глонина В. Н. Добровольное общественное достояние. Возможен ли отказ автора от исключительного права на произведение? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 7. С. 66 – 71.

¹⁴⁰ Дейнеко А. Г. Указ. соч. С. 140-141.

го, подходя к вопросу формально, на сегодняшний день в сети Интернет заблокировать можно все, что угодно. Кроме того, спорными видятся решения относительно исключительной юрисдикции Мосгорсуда, фактического сведения на нет потенциала претензионного порядка, отсутствия у информационных посредников помимо обязанности обеспечивать удаление контента, нарушающего авторские права (которая как раз, к счастью, имеется), обязанности по обеспечению возможности оспаривания такого решение.

Стоит отметить, что проблема применения блокировки сайтов, особенно пожизненной, выходит далеко за пределы РФ и свойственна почти всем юрисдикциям. Например, французский «антипиратский» закон HADOPI был признан в 2013 году неконституционным по решению Верховного Конституционного совета страны¹⁴¹. Согласно данному закону, после трёх предупреждений пользователя, уличённого в незаконном использовании контента, защищенного авторским правом, по решению суда отключали от доступа в Интернет. В этом контексте необходимо отметить, что ЕСПЧ также вынес ряд решений, в которых блокировка сайтов в связи с нарушениями авторских прав была признана нарушающей права владельцев сайтов (например, «Ахмет Йилдырым против Турции»¹⁴²). В особенности, в настоящее время остро стоит вопрос с блокировкой добросовестных сайтов, единственная причина блокировки которых - это нахождение такого сайта на одном IP-адресе с сайтом, заблокированным за нарушение авторских прав. Яркий пример - дело «Харитонов против Российской Федерации», которое сейчас рассматривается ЕСПЧ¹⁴³. Что касается США, то тут нельзя не вспомнить «войну» вокруг антипиратских законопроектов SOPA и PIPA, так и не принятых благодаря общественному давлению¹⁴⁴. Данные за-

¹⁴¹ Во Франции отменен неработающий антипиратский закон HADOPI. 11.07.2013.Я // URL: <http://www.copyright.ru/> (дата обращения: 16.12.2017).

¹⁴² Постановление ЕСПЧ от 18.12.2012 «Дело «Ахмет Йилдырым (Ahmet Yildirim) против Турции» (жалоба N 3111/10) // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 19.12.2017)

¹⁴³ Андрей Горбунов против России (Andrey Gorbunov v. Russia) жалоба N 43174/10 // URL: <http://european-court.ru/tag/andrey-gorbunov-protiv-rossii/> (дата обращения: 19.12.2017).

¹⁴⁴ Sopa and Pira anti-piracy bills controversy explained. 8.03.2012. BBC news. // URL: <http://www.bbc.com/news/technology-16596577> (дата обращения: 19.12.2017).

конопроекты предусматривали крайне жёсткие санкции как по отношению к информационным посредникам за размещение контента, нарушающего нормы авторского права (вплоть до полного исключения веб-сайта из Интернета), так и по отношению к лицам, непосредственно размещающим нелегальные произведения (уголовная ответственность, выражающаяся в реальных тюремных сроках).

Упомянув о привлечении к уголовной ответственности за нарушение авторских прав в Интернете, стоит сказать, что такая мера ответственности, хотя и распространена практически во всех современных государствах, в большинстве случаев имеет показательный характер и находится на грани законности ограничения конституционных прав граждан. Но данный вопрос выходит за пределы данного исследования. Отметим лишь, что многие специалисты приходят к выводу, что реальная угроза судебного (в том числе уголовного) преследования не меняет онлайн-поведения людей к лучшему¹⁴⁵. Так, С.В. Михайлов, делая указанный вывод, ссылается на негативный южнокорейский опыт по введению Закона о персональной верификации, который был призван минимизировать анонимность в Интернете¹⁴⁶.

На сегодняшний день в большинстве государств, в том числе и в России, наметилась тенденция достаточно жесткой *правовой борьбы с анонимностью в Интернете*. «Антипиратские» законы, законы о запрете анонимайзеров, законопроекты о социальных сетях и все усиливающиеся предложения использовать для доступа в Интернете паспорта - все это прямо направлено на искоренение анонимности в сети. Кроме того, в России в 2017 г. была принята Стратегия развития информационного общества на 2017-2030 годы, в которой прямо отмечается, что необходимо «выработать систему доверия в сети Интернет, гарантирующую конфиденциальность и личную безопасность пользователей,

¹⁴⁵ Shmitz Sandra. Facebook's Real Name Policy. Ву-Ву, Max Mustermann? // JIPITEC 3. 4 (2013). P. 199.

¹⁴⁶ Михайлов С. В. Анонимность в Интернете. Журнал "Журнал Суда по интеллектуальным правам", N 17, сентябрь 2017 г, с. 26-32.

конфиденциальность их информации и исключаящую анонимность, безответственность пользователей и безнаказанность правонарушителей в сети Интернет» (п.34). С одной стороны, такие кардинальные меры действительно могут помочь бороться с правонарушениями в Интернете, но, с другой стороны, не будет ли нивелирована ценность Интернета как глобальной сети и права на анонимность как неотъемлемой гарантии основных прав человека? Как уже отмечалось, на уровне ООН реакционные меры подвергаются резкой критике. Кроме того, ожидается, что при их введении только усилятся имеющиеся противоречия между пользователями и правообладателями, появятся новые пути обхода закона. Да и непосредственно говоря о нарушениях авторского права в сети Интернет, при введении идентификации всех пользователей и запрете анонимности, всю текущую систему привлечения к ответственности надо будет менять, исходя из подхода, при котором вся ответственность ложится на пользователей, а привлечении к ответственности информационных посредников не предусматривается. Но даже при построении такой системы говорить о достижении баланса интересов вряд ли будет возможно.

Наиболее более эффективным и обоснованным предложением в рамках регулирования Интернета в целом видится не столько борьба с анонимностью, сколько *закрепление на международном уровне универсальных правил об определении юрисдикции в информационно-телекоммуникационных сетях*, выработке критериев, применяемых при выборе юрисдикции. В основу таких правил возможно использовать критерий направленности деятельности интернет-сайта при осуществлении его деятельности. Кроме того, в доктрине встречаются следующие предложения разрешения данной проблемы: унификация материального законодательства с помощью международных соглашений, заключение международного соглашения, определяющего применимое право к различ-

ным ситуациям, возникающим в связи с использованием Интернета или даже создание специального международного правового режима для Интернета¹⁴⁷.

Таким образом, видится необходимым совершенствование как международного, так и национального законодательства всех государств для достижения баланса интересов в цифровой среде. При этом нельзя ограничиваться лишь реформированием системы способов использования, переосмыслением роли права на доведение до всеобщего сведения в цифровой среде, также необходима реализация широкого перечня иных мер, направленных на всестороннее совершенствование законодательства в соответствии с потребностями современного общества и, как результат, на достижение баланса интересов всех вовлечённых сторон. Сюда можно отнести и реформирование системы ограничений исключительных прав, и создание специальных реестров (в особенности, реестров, функционирующих на основе блокчейна), и обеспечение большей гибкости в способах распоряжения исключительными правами, и совершенствование способов защиты, и выработка общих правил регулирования Интернета. Конечно же, это не весь перечень мер, ведь для обеспечения эффективной реализации интернет-правомочия необходим комплексный подход, полноценного построения «инфраструктуры» интернет-права.

¹⁴⁷ Калятин В.О. Проблемы установления юрисдикции в Интернете // Законодательство. 2001. No 5. С. 33–41.

Заключение

В ходе написания данной работы были сделаны следующие выводы.

Во-первых, доказана актуальность и значимость должного понимания и нормативного закрепления права на доведение до всеобщего сведения в современном, быстро развивающемся мире, где на государственном уровне ставятся задачи развития цифровой экономики, грамотного и сбалансированного оформления правовых отношений в цифровой среде¹⁴⁸.

Во-вторых, проанализировав понятие права на доведение до всеобщего сведения в историческом, нормативном и доктринальном аспектах приходим к выводу, что право на доведение до всеобщего сведения не вписывается в имеющуюся классификацию авторских правомочий, его стоит рассматривать в широком смысле, как некое сложное, широкое правомочие, призванное обеспечивать адекватную охрану авторских прав в информационно-телекоммуникационных сетях. При этом логично расположить право на доведение до всеобщего сведения на некоем ином уровне по сравнению с остальными правомочиями, как их логичное продолжение и отражение, существующее в цифровой среде. Что же касается непосредственно формулировки права на доведение до всеобщего сведения, то, она является далеко не идеальной. Но в отсутствии иной более совершенной альтернативы, а также уже сложившейся практики и широкого признания, полагаем, что термин «доведение до всеобщего сведения» может оставаться вполне применимым, но условным.

В-третьих, на основе отечественной и зарубежной правоприменительной практике по вопросам функционирования файлообменных сетей в сети Интернет, размещения гиперссылок и ответственности информационных посредников делается вывод о необходимости всем государствам действовать сообща, используя наиболее прогрессивный опыт, стремиться к достижению баланса

¹⁴⁸ VI Петербургский международный юридический форум. 18 мая 2016. Санкт-Петербург. Сайт Правительства Российской Федерации. URL: <http://government.ru/news/23074/> (дата обращения: 19.12.2017).

интересов между пользователями и правообладателями в цифровом обществе. В частности, подчёркивается прогрессивный характер практики стран ЕС в связи с проведением реформы авторского права, разработкой Директивы по авторскому праву в рамках Цифрового единого рынка и, конечно же, выработкой чётких критериев в рамках практики Суда ЕС. В основе этих критериев лежат такие понятия, как «акт сообщения для сведения» и «новая публика», при разрешении дела учитывается был ли предоставлен свободный доступ к контенту, имелось ли согласие правообладателя на первичное размещение, извлекалась ли финансовая выгода публикатором, был ли он осведомлен о нелегальном характере контента.

В-четвёртых, баланс интересов в цифровой среде – это реальный механизм, который выражается в принципе равенства и обеспечивает соразмерность конкурирующих интересов. Так, предлагается на международном, региональном и национальном уровнях усовершенствовать понятие права на доведение до всеобщего сведения и определить его место в системе авторских правомочий. Представляется возможным использовать формулировку «доведение до всеобщего сведения» как условную конструкцию, а содержание данного правомочия раскрыть через ряд категорий: размещение, предоставление доступа и передача. При этом использование произведения в сети Интернет будет должно соответствовать определенным критериям, разработка которых должна вестись на основе межгосударственного взаимодействия, кропотливого анализа судебной практике и доктрины.

В-пятых, достижение баланса интересов должно предполагать не только должное законодательное закрепление права на доведения до всеобщего сведения как особого авторского правомочия в цифровой среде, но и широкий перечень иных мер, направленных на достижение баланса интересов всех вовлечённых сторон. Среди наиболее значимых: реформирование системы ограничений исключительных прав, создание специальных реестров (в особенности, реестров, функционирующих на основе блокчейна), обеспечение большей гибкости в способах распоряжения исключительными правами, совершенствование спосо-

бов защиты, выработка общих правил регулирования Интернета (разрешение проблемы анонимности и трансграничности).

Таким образом, проведённое исследование позволило выявить общность и различия в подходах по правовому регулированию права на доведение до всеобщего сведения, а также способствовало выработке конкретных предложений по реформированию законодательства. При реализации данных предложений право на доведение до всеобщего сведения будет надлежаще закреплено в законодательстве и сможет адекватно реализоваться в правоприменительной практике. Что приведет к должному функционированию всей системы авторского права, достижения баланса интересов между пользователями и правообладателями.

Библиографический список

Нормативные правовые акты:

1. Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений [принята 09.09.1886 г.: в редакции от 28.09.1979 г.] // Бюллетень международных договоров. - 2003. - N 9.
2. Всемирная конвенция об авторском праве [принята 06.09.1952г.: в редакции от 24.06.1971 г.] // Бюллетень международных договоров. – 2014. - N 1.
3. Договор Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву [принят Дипломатической конференцией 20 декабря 1996 г. в Женеве] // Труд и право. Авторское право и смежные права.-1999.- №5-6.- С. 89-107.
4. Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности [принята 14.06.1967 г.: в редакции от 02.10.1979 г.] // Бюллетень по авторскому праву. - 1986. т. XIX. N 4.
5. Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав [принято 24.03.2014 г.] // Бюллетень международных договоров. 2008. - N 3.
6. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. // Российская газета. -1993.- 25 дек.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) ФЗ РФ № 230 от 18 декабря 2006 года // Собрание законодательства Российской Федерации.- 2006.- № 52 (ч.1).- Ст. 5497.
8. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 года № 138-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации.- 2002.- № 46.- Ст. 4532.
9. Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24 июля 2002 г. N 95-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. - 2002.- N 30.- Ст. 3012.

10. Федеральный закон от 15 июля 1995 г. N 101-ФЗ "О международных договорах Российской Федерации" // Собрание законодательства Российской Федерации. –1995. - N 29.- Ст. 2757.
11. Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 52 (ч.1). Ст. 5497.
12. Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2006 г. No 149-ФЗ Об информации, информационных технологиях и о защите информации // Собрание законодательства РФ. – 2006. - No31. – Ст.3448; 2013. - No 14. – Ст.1658.
13. Федеральный закон от 2 июля 2013 N187-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях» // Собрание законодательства РФ. - 2013. - No 27. - Ст. 3479.
14. Федеральный закон от 01.07.2017 N 156-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон Об информации, информационных технологиях и о защите информации" // Собрание законодательства Российской Федерации от 2017 г., № 31, ст. 4790.
15. Copyright Act. Canada. (RSC, 1985, с. C-42)
16. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society
17. Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works
18. Directive No. 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) (GR236)

19. Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 HADOPI (Haute Autorité pour la Diffusion des œuvres et la Protection des droits d'auteur sur Internet)
20. United States of America. Digital Millennium Copyright Act (Public Law 105-304, 112 Stat.2860)

Проекты нормативных правовых актов:

1. ЗАКЛЮЧЕНИЕ по Федеральному закону «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», принятому Государственной Думой 23 июня 2017 года.
2. Законопроект №107145-7 О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»
3. Модельный кодекс интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ: рек. законодат. акт Содружества Независимых Государств: принят на 34-ом пленар. заседании Межпарламент. Ассамблеи государств-участников СНГ, 7 апр. 2010 г.,
4. Модельный закон об авторском праве и смежных правах: принят на 26-ом пленар. заседании Межпарламент. Ассамблеи государств-участников СНГ, 18 нояб. 2005 г.,
5. Модельный закон о праве на доступ к информации. Принят в г. Санкт-Петербурге 17.04.2004 Постановлением 23-14 на 23-ем пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ.
6. Пояснения Минкультуры России по вопросу правоприменения Правил выдачи, отказа в выдаче и отзыва прокатного удостоверения на фильм, утверждённых постановлением Правительства Российской Федерации от 27 февраля 2016 г. № 143
7. Проект Федерального закона "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" (подготовлен Минкомсвязью России).

8. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market. LAWS, 14 September 2016
9. Stop Online Piracy Act. H.R.3261 - 112th Congress (2011-2012)

Литература:

1. Абова Т. Е., Богуславский М.М., Светланова А.Г. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: в 2 т. М.: Юрайт, 2011. Т. 2.
2. Антонова А. В. К вопросу о понятии права на «доведение произведения до всеобщего сведения». Юрист. 2014. № 18.
3. Братусь Д. А. Сообщение и доведение до всеобщего сведения: общее и особенное. 2 июля 2014
4. Белов В. А. DigitalPrivateLaw&Rights: размышления о преобразованиях, уже произведенных в частном праве развитием глобальной компьютерной сети Интернет, и о реформах, его скоро и неминуемо по той же причине ожидающих. Сборник статей «Право в сфере Интернета» / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М. А. Рожкова - М.: Статут, 2018.
5. Болдырев С. И. Авторские права в современном информационно-телекоммуникационном пространстве Российской Федерации: гражданско-правовое регулирование и защита. дис. ... канд. юрид. наук. Курск – 2017
6. Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. «Юриспруденция», 2013
7. Дейнеко, А. Г. Гражданско-правовое регулирование доведения произведений до всеобщего сведения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.
8. Дилленц В. Авторское право: прошлое и настоящее. Что дальше? М. 1988
9. Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сб. ст. - М.: Статут, 2003

10. Гаврилов Э. П., Еременко В. И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (постатейный). М. 2009 г.
11. Гаврилов Э.П. Некоторые актуальные вопросы авторского права и смежных прав // Хозяйство и право. 2005. N 1.
12. Глонина В. Н. Добровольное общественное достояние. Возможен ли отказ автора от исключительного права на произведение? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 7.
13. Глонина В. Н. Проблема правового регулирования размещения гиперссылок в сети Интернет. Сборник статей «Право в сфере Интернета» / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М. А. Рожкова - М.: Статут, 2018.
14. Егелев К.М., Калашников С.С. Поисковые системы и информационные посредники. «Журнал Суда по интеллектуальным правам», № 16, июнь 2017 г.
15. Золотов Е. «Сколково» предлагает управлять копирайтом через блокчейн. 26.04.17.
16. Иоффе О. С. Советское гражданское право (курс лекций). Л., 1965.
17. Калятин В.О. Гиперссылки в сети интернет как правовая проблема («Законодательство», N 10, октябрь 2001 г.)
18. Калятин В. О. О некоторых вопросах установления нарушений авторских прав в праве Великобритании и США
19. Калятин В. О. Подводные камни нового «антипиратского» закона // Патенты и лицензии. 2013. № 10
20. Калятин В. О. Право использования произведения: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999.
21. Калятин В.О. Право на доступ к объекту исключительных прав через компьютерную сеть как часть права интеллектуальной собственности. Доклад на IV Научно-практической конференции «Право и Интернет: теория и практика (17.12.2002)
22. Калятин В.О. Правовые проблемы использования произведения в Интернете («Информационное право», 2005, N 1)

23. Калятин В.О. Проблемы установления юрисдикции в Интернете // Законодательство. 2001. № 5.
24. Калятин В.О. Хранение произведения в цифровой форме как способ его использования. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 1.
25. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (поглавный) (под ред. А.Л. Маковского) («Статут», 2008)
26. Кристоф Гейгер. Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву январь–март 2007 г., Роль трехступенчатого теста в адаптации законодательства об авторском праве к информационному обществу
27. Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922-2006). М.: Статут, 2010.
28. Малаховский А. "Россия бесспорно": как и почему блокируют контент. 2 марта 2017.
29. Михайлов С. В. Анонимность в Интернете. Журнал "Журнал Суда по интеллектуальным правам", N 17, сентябрь 2017 г
30. Моргунова Е. Статья: Информационный посредник в гражданских спорах о защите авторских прав. («ИС. Авторское право и смежные права», 2016, N 1)
31. Наумов В. Монополия на результаты интеллектуальной деятельности и глобальное информационное пространство — поиск компромисса.
32. Протокол № 10 Заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам 22 апреля 2015 г. «Журнал Суда по интеллектуальным правам», № 9, сентябрь 2015 г.,
33. Родриго Э. Авторское право и права издателей в электронных изданиях // Бюллетень по авторскому праву, 1997, т. XXX, 3
34. Рожкова М. А. Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права. Монография. Москва 2018.
35. Рожкова М. О «цитировании» фотографий, открытом доступе и подмене понятий // Хозяйство и право. – 2017. - №1.

36. Рузакова О. А., Гринь Е. С. Применение технологии Blockchain к систематизации результатов интеллектуальной деятельности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 38.
37. Савельев А.И. Договорное право 2.0: "умные" контракты как начало конца классического договорного права. Вестник гражданского права. 2016. N 3.
38. Савельев А. И. Комментарий к Федеральному закону от 27 июля 2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (постатейный). М.: Статут, 2015.
39. Савельев А.И. Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. N 11.
40. Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование». «Статут», 2014.
41. Сергеев А.П. Авторское право России. СПб. 1994.
42. Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности: учебник. - М.: Проспект, 2008.
43. Энтин В.Л. Авторское право в виртуальной реальности (новые возможности и вызовы цифровой эпохи). – М.: Статут, 2017.
44. AIPPI Study Report 2016 – Study Question (Copyright) - Linking and making available on the Internet. Canada. Responsible Reporter: Yusuke INUI
45. Ansgar Ohly. The right of communication to the public: a critical analysis in eight steps. GRUR meets Brussels Workshop 2017
46. ALAI. REPORT and OPINION on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet. ADOPTED UNANIMOUSLY BY THE EXECUTIVE COMMITTEE 16 SEPTEMBER 2013
47. Arezzo. Hyperlinks and Making Available Right in the European Union. 531
48. Beth Hutchens. The Google Book Settlement and Orphan Works. May 1, 2011.

49. Clarice Castro, Ruy de Queiroz. *The Song of the Sirens: Google Book's Project and Copyright in a Digital Age*. September 1, 2011.
50. *Communication to the public in copyright law - German struggle with the CJEU concept*. Jan Bernd Nordemann. April 28, 2016
51. *Copyright in the Digital Environment*. WIPO/CR/KRT/05/7. WIPO National Seminar on Copyright and Related Rights and Collective Management of Khartoum, February 28 to March 2, 2005.
52. Christophe Geiger, Giancarlo Frosio, Oleksandr Bulayenko. *Opinion of the CEIPI on the European Commission's Proposal to Reform Copyright Limitations and Exceptions in the European Union*. Centre for International Intellectual Property Studies Research Paper N. 2017-09
53. Eduardo V. de la Parra Trujillo. *LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN: UN ESTUDIO DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS FUNDAMENTALES*. Ciudad Universitaria, 2010.
54. David Kaye. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/29/32. 22 May 2015
55. Diana Sterk, *P2P File-Sharing and the Making Available War*, 9 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 495 (2011)
56. Eleonora Rosati. *Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law*. CREATE Working Paper 2016/11 (August 2016).
57. Emma Woollacott. *Playboy Hyperlink Victory Affects Non-Profit Websites Too*
58. European Commission, *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, 24 September 2015
59. Evan Brown. *Website operator not liable for copyright infringement despite lack of DMCA safe harbor protection*. 2016.
60. Ginsburg Initial Comments at 3; VON LEWINSKI, *supra* note 32, 17.73, at 456–57

61. GLYN MOODY. Links to pirated content OK if non-commercial and unwitting, top EU court rules. 8/9/2016
62. Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971). Published by WIPO. 1978
63. Fiona McGugan. Making Available, Communication To The Public And User Interactivity. University of Westminster. 2015
64. First Report on the Application of Directive 2000/31/EC (Directive on Electronic Commerce). COM (2003) 702 final. 21.11.2003
65. Francois Oustry. Blockchain based solutions for intellectual property management. May 21, 2017
66. OPINION OF ADVOCATE GENERAL. WATHELET delivered on 7 April 2016. Case C- 160/15
67. Orphan Works and Mass Digitization: A Report of the Register of Copyrights. June 2015.
68. Jerry Jie Hua. Toward A More Balanced Approach: Rethinking and Readjusting Copyright Systems in the Digital Network Era. Springer; 2014 edition (July 15, 2014).
69. Julia Reda. EU copyright reform/expansion
70. Laurence R. Helfer. Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence? Duke University School of Law; iCourts: Center of Excellence for International Courts
71. Paul Torremans. Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property, EE Elgar Publishing, 2014
72. Pierre SIRINELLI, Josée-Anne BENAZERAF, Alexandra BENSAMOUN. MISSION: RIGHT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC. Report and Proposals. 2016
73. Phil Sherrell, Will Smith, Rebecca O'Kelly Gillard. Communication to the Public: the Only Right Worth Talking About? 05 October 2017
74. Philipp Plog and Stephan Zimprich (Hamburg), Lucy Little and Beverley Potts (London), Bruno Ducoulombier and Nathalie Hadjadj-Cazier (Paris), Hakim

Haouideg and Hanne Snoeks (Brussels). AN OVERVIEW OF INTERNATIONAL JURISPRUDENCE ON EMBEDDED LINKING AND FRAMING
Edited by Fieldsher.

75. P.S. Radosavljev. New era for hyperlinking in EU How GS Media case influenced the Internet landscape in Europe. Master thesis, University of Oslo, 2016.
76. Séverine Dusollier. A manifesto for an e-lending limitation in copyright. JIPITEC 5 (2014) 3
77. Shmitz Sandra. Facebook`s Real Name Policy. Byu-Byu, Max Mustermann? // JIPITEC 3. 4 (2013).
78. The making available right in the United States. A report of the register of copyrights. February 2016
79. Yaxi Wang. Filling the Gap: How Should ESA vs. SOCAN Interact with the New Making Available Right. Graduate Department of the Faculty of Law University of Toronto. 2013.

Судебная практика:

1. Обзор судебной практики, утвержденный 23.09.2015 Президиумом Верховного Суда РФ
2. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 27 января 2015 г. № 5-КГ14-129
3. Апелляционное определение Московского городского суда от 28 апреля 2015 г. по делу N 33-15614
4. Апелляционное определение Московского городского суда от 20 июля 2015 г. по делу N 33-18402
5. Постановление Девятого Арбитражного апелляционного суда от 23 ноября 2015 г. N 09АП-44727/2015
6. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 10 августа 2015 г. по делу № А76-13283/2012

7. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 24.12.2010 по делу N А40-94778/10-27-833
8. Решение Арбитражного суда Свердловской области от 11.09.2017 по делу N А60-13353/2016
9. Решение Московского городского суда от 15 мая 2017 г. по делу N 3-33/2017
10. Решение Московского городского суда от 2 мая 2017 г. по делу N 3-180/2017
11. Решение Московского городского суда от от 28 сентября 2017 г. по делу N 3-447/2017
12. Ahmet Yildirim v. Turkey. No. 3111/10, December 18, 2012. ECHR.
13. American Broadcasting Companies v. Aereo, Inc., 573 U.S. (2014)
14. Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, App No 73049/01
15. Authors Guild v. Google, Inc., No. 13-4829 (2d Cir. 2015)
16. A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (2001)
17. BestWater International GmbH v Michael Mebes and Stefan Potsch. Order of the Court (Ninth Chamber) of 21 October 2014 (Case C-348/13)
18. Comcast v. Hightech Elecs., Inc., 2004 WL 1718522 (N.D.Ill. July 29, 2004)
19. Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v Netherlands, Merits, App No 15375/89
20. GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker (Case C- 160/15)
21. FLAVA WORKS, INC. v. MARQUES RONDALE GUNTER, doing business as myVidster.com; and SALSAINDY, LLC
22. Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc., Jerald Tanner, Sandra Tanner, et al., U.S. District Court, Utah, Case No. 2:99-CV-808C
23. ITV Studios Ltd v TVCatchup Ltd ECJ (C-607/11, Bailii, [2013] EUECJ C-607/11
24. London- Sire Records, Inc. v. Doe. No. 04cv12434-NG
25. National Post v. Fournier & Warman v. Fournier 2012 FC 803

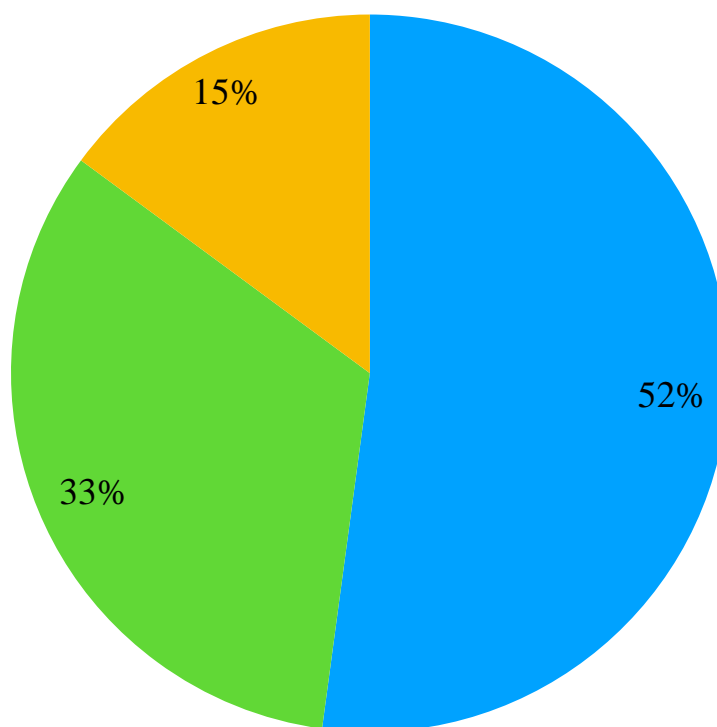
26. Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB. Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 13 February 2014. Case C- 466/12
27. Pearson Education, Inc., et al v. Ishayev et al, No. 1:2011cv05052 - Document 99 (S.D.N.Y. 2014)
28. Stichting Brein v Jack Frederik Wullems (Case C-527/15)
29. Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV (Case C-610/15)
30. Ticketmaster Corp., Et Al. V. Tickets.Com, Inc Case No. 99-Cv-07654, United States District Court For The Northern District Of California, 2000.
31. Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001)
32. UsedSoft v. Oracle C-128/11, 03.07.2012; Ranks, Vasilevics v Microsoft C-166/15, 12.10.2016.

Приложение

На диаграмме представлено процентное соотношение трёх выявленных моделей (модель ДАП, альтернативная модель, модель «молчания закона») имплементации права на доведение до всеобщего сведения в государствах-участниках ДАП.

Диаграмма составлена на основе данных, представленных в Докладе «Право на доведение до всеобщего сведения в США»¹⁴⁹.

■ Модель ДАП ■ Альтернативная модель ■ Модель «молчания закона»



¹⁴⁹ The making available right...// URL: https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf (дата обращения: 16.01.2018).