

ПРЕДИСЛОВИЕ

Сегодня с глиняными табличками, испещренными загадочными значками, работают только археологи. Знаки на табличках, как и изображения на папирусе, пергаменте, каменных стелах, воспринимаются как артефакты и музейные экспонаты. Они перестали быть носителями информации для наших современников. Такая же судьба в недалеком будущем уготована и нынешним носителям информации. Современные информационно-коммуникационные технологии развиваются стремительно. О бесконечно рвущихся магнитофонных лентах на бобинах, кассетах, дискетах и переписанных от руки или напечатанных на пишущей машинке книгах сегодня знают, но ими пользуется все меньше людей. Постепенно произведения, в отношении которых срок охраны имущественных прав еще действует, оказываются заложниками морально устаревших носителей.

Сегодня оцифровка — это единственный способ обеспечить физическую сохранность произведения. В романе М. Булгакова «Мастер и Маргарита» дьявол самонадеянно утверждал, что рукописи не горят. Но если их своевременно не оцифровать, они могут исчезнуть для поколения, которое использует только электронные устройства. Сохранить произведения для будущего — это задача общества. Публичный интерес заключается в обеспечении сохранности всех духовных ценностей.

Между тем ГК РФ, говоря об исключительном праве авторов использовать или разрешать использование произведений, не решает проблем, связанных с общественным интересом по обеспечению сохранности и участия в гражданском обороте уже созданных произведений, как простых, так и сложных. При этом общественная потребность обеспечить сохранность и участие всех произведений в гражданском обороте с использованием современных средств хранения и распространения информации пока не находит адекватного отражения в законодательстве России и других развитых стран¹. Издательства, диссертационные советы сегодня требуют наряду с предоставлением экземпляра рукописи в бумажном виде предоставления его также и в электронной форме.

¹ В большинстве случаев имеющегося регулирования оказывается недостаточно. Так, в России в соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 1994 г. № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов» производители электронных изданий должны доставлять обязательные экземпляры своей продукции в ФГУП Научно-технический центр «Информрегистр» (п. 2 ст. 13). Вопрос об электронных копиях иных изданий остается открытым.

В виртуальной среде произведение приобретает другую жизнь. Жизнь в цифровом формате требует переформатирования традиционных представлений о функционировании авторского права. Многие естественные законы претерпевают изменения в зависимости от среды, в которой они действуют. Даже физическое время и пространство меняют свои характеристики в зависимости от свойств процессов, где они остаются релевантными. В виртуальное пространство, мультимедийные устройства сложно, а во многих случаях и некорректно механически переносить трафареты и алгоритмы действий по защите прав на объекты интеллектуальной собственности, которые были созданы с ориентацией на аналоговые способы использования и обеспечения доступа к произведениям.

Не следует забывать, что охраняемый авторским правом контент, освободившись от вещной оболочки, приобретает дополнительную коммерческую ценность в силу возможности его доставки в любую точку Земного шара с минимальными издержками и дополнительными потребительскими свойствами. Данное свойство обусловило глобализацию использования произведений. Оно повысило инвестиционную ценность культуры, науки, образования, бизнеса и развлечений.

Глобализация использования произведений увеличивает зависимость авторского права от изменений, происходящих в конфигурации международных отношений. 23 июня 2016 г. британские избиратели проголосовали за выход из Европейского Союза большинством в 51,9 % голосов. По заявлению британского премьер-министра официальная процедура выхода, предусмотренного ст. 50 Договора о Европейском Союзе, будет запущена в марте 2017 г. Данный тектонический сдвиг в конфигурации международных отношений не останется без последствий для функционирования авторского права в виртуальной реальности.

Английский язык доминирует в Интернете, а также широко используется в сделках с иностранным элементом. Между тем отделение Великобритании от ЕС будет тормозить развитие глобальной тенденции к унификации норм материального авторского права. Авторитет и применимость толкования норм ЕС в сфере авторского права, данные Судом общей юрисдикции и Судом справедливости ЕС могут быть оспорены или поставлены под вопрос. На уровне интеграционных объединений и в рамках национального правотворчества все большее развитие приобретает практика создания автономных правил использования произведений в Интернете, нарушающих монополию правообладателей и ведущих к появлению авторского права онлайн.

К таковому можно отнести решение Суда справедливости ЕС по делу *BestWater International GmbH v. Michael Mebes and Stefan Potsch*

(С-348/13), суть которого состоит в том, что помещение видеоконтента в рамку для обмена в социальных сетях не нарушает авторских прав, несмотря на отсутствие разрешения правообладателя на такое использование, если сам контент имеет легальное происхождение. В более раннем деле *Svennson v. Retriever Sverige AB* (С-466/12) исследовался вопрос о том, происходит ли нарушение авторского права всякий раз, когда используется гиперссылка на сайты, где охраняемый авторским правом контент находится в свободном доступе. В данном деле при оценке правомерности размещения гиперссылок использовался критерий появления новой аудитории, которая не принималась в расчет правообладателем, давшим разрешение на размещение на сайте своего контента.

Высокий суд Лондона, исходя из национальной специфики, дал несколько иное толкование юридической стороне дела, заявив, что предоставление платной услуги по использованию технических средств, обеспечивающих с помощью стриминга доступ к кинофильмам с картинкой более высокого качества, практически всегда является привлечением новой публики, а следовательно, нарушением авторских прав киностудий и эфирных вещателей. Суд со ссылкой на английское законодательство посчитал, что деятельность информационных посредников, предоставляющих самостоятельный доступ к охраняемому контенту, в том числе и тому, что находится в открытом доступе, нарушает права правообладателей и их лицензиатов. Из этой логики Суд исходил при вынесении решений по искам к *British Sky Broadcasting (Paramount Home Entertainment International Ltd v. British Sky Broadcasting Ltd.* [2013] EWHC 3479 (Ch).; *Dramatico Entertainment Limited v. British Sky Broadcasting Ltd.* [2012] EWHC 1152; *EMI Records Ltd. v. British Sky Broadcasting Ltd.* [2013] EWHC 379; *Football Association Premier League Ltd. v. British Sky Broadcasting Ltd.* [2013] EWHC 2058).

В какую сторону качнется маятник в условиях неопределенности, порожденной «брекзитом» сказать трудно. Одно несомненно: две противостоящие друг другу тенденции — расширять сферу исключений из авторского права в интересах интернет-пользователей и усиливать уязвимость компаний, предоставляющих информационные услуги, — становится все труднее примирить друг с другом.

Так, 2 июня 2016 г. Германия принимает поправку к закону о телевещании (2. *Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes*), ограничивающую пределы ответственности за действия пользователей любых операторов сетей *Wi-Fi*, как профессиональных, так и любительских. Их ответственность полностью исключается при наличии трех условий:

- если оператор сети не инициировал передачу информации;
- если он не выбирал самостоятельно получателей информации;

— если он не выбирал и не изменял содержание передаваемой информации.

У принятого решения есть экономическая подоплека. Отсутствие правовой определенности в отношении потенциальной ответственности заставляло магазины, кафе и рестораны отказываться от предоставления интернет-услуг своим посетителям и сдерживало расширение покрытия *Wi-Fi* территории Германии.

Напротив, Суд справедливости ЕС 8 сентября 2016 г. в деле *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV & Ors* (C-160/15) отказался от однозначной поддержки информационных посредников. Он заявил в своем преюдициальном решении, что появление гиперссылок на произведения, размещенные в Интернете без разрешения правообладателя, может повлечь нарушение авторских прав со стороны оператора. Такое размещение охраняемого произведения в Интернете означает предоставление к нему доступа новой аудитории интернет-пользователем, проставившим гиперссылку. Это влечет ответственность пользователя в случае, когда судом установлено одно из следующих обстоятельств: (1) проставивший гиперссылку знал или должен был знать, что им предоставляется ссылка на охраняемое произведение, выложенное в Интернет без разрешения правообладателя; (2) гиперссылка проставлена с целью извлечения прибыли или иной коммерческой выгоды; (3) когда существование такой ссылки позволяет широкой публике получить доступ к произведениям, размещенным на сайте с ограниченным или авторизованным доступом.

В связи с феноменом «брекзита» тяга к национальному своеобразие ответов на интернет-вызовы и неоднозначность подходов, вероятно, будут усиливаться.

Проблемам мутации авторского права на новом технологическом витке развития общества, российскому и международному опыту нового прочтения сочетания потребностей общества с охраной исключительного права в виртуальной среде посвящается данная книга.

ГЛАВА 1

ПРОБЛЕМА АДАПТАЦИИ АВТОРСКОГО ПРАВА К ЦИФРОВОЙ СРЕДЕ В ИНТЕРЕСАХ ПОЛЬЗОВАТЕЛЕЙ

Интернет сделал границы для распространения произведений прозрачными. Сами произведения после оцифровки оказались в своеобразном зазеркалье, где меняются приоритеты и условия их использования. Между тем авторское право не проводит различия между использованием произведений в цифровом и материальном мире. Для распространения правил и норм использования произведений, выработанных в XIX в. и закрепленных в Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений (г. Берн, 9 сентября 1886 г.) (с изменениями от 28 сентября 1979 г.) (далее — Бернская конвенция)¹, на новые объекты, порожденные научно-техническим прогрессом, использовались три приема: расширительное толкование, уподобление и юридическая фикция.

Широкое толкование понятия «искусство» (*arts*) позволило последовательно распространить правовую охрану на фотографии (с 1896 г.)², кинематографические произведения (с 1908 г.), которые после появления звукового кино стали именоваться аудиовизуальными произведениями. Соединение творческого и технического начал привело к поэтапному включению фильмов в перечень всемирно охраняемых произведений. Произведения, способы восприятия которых конечным потребителем множатся с каждым витком технологического развития общества, все реже используются только в материальной форме.

В доцифровую эпоху авторское право сравнительно легко адаптировалось к технологическим изменениям путем распространения действия его норм на новые способы использования. Вместе с тем к качественному скачку, порожденному дематериализацией объекта права, нужно приспособиться с позиций охраны не только интере-

¹ Бюллетень международных договоров. 2003. № 9. О присоединении России к Конвенции см.: Постановление Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1224 // СЗ РФ. 1994. № 29. Ст. 3046.

² Ранее (до пересмотра Бернской конвенции в 1896 г.) фотографии считались главным образом результатом технической деятельности. Во многих странах до сих пор их правовая охрана связана с соблюдением ряда дополнительных условий, свидетельствующих об их художественной или документальной ценности. См. подробнее: *Lipszyc D. Droit d'auteur et droits voisins*. UNESCO, 1997. P. 76–78.

сов правообладателей, но и интересов пользователей, настаивающих на устранении искусственных барьеров, повышающих стоимость транзакции при использовании произведений или препятствующих такому использованию. Самостоятельным фактором становится рост социальных ожиданий, порожденных возможностями Интернета и достижениями коммуникационных технологий.

Возникла ситуация, когда авторское право настолько отстает от современных технических возможностей, что нередко воспринимается не только как анахронизм, но и как препятствие для свободы творчества и деятельности средств массовой информации. Такое ошибочное восприятие используется различными протестными и популистскими движениями, стремящимися извлечь политическую выгоду из социального недовольства. Тем самым вопросы авторского права в условиях глобализации и вызовов XXI в. приобретают дополнительное политическое измерение.

Авторское право уходит корнями в глубь веков. Тем не менее закрепление в международном праве авторское право получило сравнительно недавно. Базовая международная конвенция в данной области была согласована в Берне в 1886 г. Россия присоединилась к Бернской конвенции в 1995 г. Подготовка и согласование международных договоров, дополняющих Бернскую конвенцию, заняли многие годы.

Несмотря на усилия Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), которая администрирует Бернскую конвенцию, из всех многочисленных проблем, возникающих в связи с образованием глобального рынка использования произведений и появлением многочисленных неизвестных ранее видов и устройств для такого использования, на уровне международного договора удалось согласовать малую толику. Загрузка произведения в память компьютера была приравнена к его воспроизведению. Размещение произведения в Интернете таким образом, чтобы доступ к нему был возможен в любое время и в любом месте по выбору пользователя, было квалифицировано как новое исключительное право автора и его правопреемников.

Соответствующий международный Договор ВОИС по авторскому праву был принят на дипломатической конференции 20 декабря 1996 г. Выполняя Распоряжение Правительства РФ от 21 июля 2008 г. № 1052-р, МИД России уведомило Генерального секретаря ВОИС о присоединении к Договору России, который вступил в силу на ее территории 5 февраля 2009 г.

Договор стал частью права Европейского Союза с 14 марта 2010 г. После ратификации Договора Канадой 13 мая 2014 г. число его участ-

ников составило 93. Причем Китайская Народная Республика отложила распространение действие договора на Гонконг до 1 октября 2008 г., а на Макао до 6 ноября 2013 г., а Индия и Бразилия по состоянию на 1 января 2015 г. воздержались от присоединения¹. Это показывает, что выработка международным сообществом унифицированного подхода к авторскому праву в Интернете идет очень медленно и непросто. Поэтому регулирование вопросов использования произведений в виртуальной среде смещается на национальный уровень.

Первоочередной заботой каждой страны становится борьба с действиями, подрывающими правовой режим охраны интеллектуальной собственности, исходя из того, насколько значимый сегмент национальной экономики может пострадать от нарушения авторских прав в Интернете. Обычно предлагаются меры по расширению полномочий регулирующих органов и ужесточению реакции на случаи нарушения со стороны органов правоохранительных.

Такое усиление нередко идет в ущерб свободам и гарантиям автономии личности, закрепленным в международных конвенциях по правам человека. В связи с этим встает вопрос о поисках критериев справедливого равновесия между защитой конституционных прав личности *на доступ к культурным ценностям* (п. 2 ст. 44 Конституции РФ), конституционной свободой *«искать, получать, передавать, производить и распространять информацию»* (п. 4 ст. 29 Конституции РФ), с одной стороны, и публичным интересом в укреплении режима охраны интеллектуальной собственности в новой среде, каковой является виртуальная реальность, — с другой.

Применительно к виртуальной реальности со всей остротой встала старая как мир проблема определения, что именно является специальным предметом охраны (*special subject matter of the protection*). Физическая возможность многократного повторения фактических сведений и материалов, использованных в произведениях, охраняемых авторским правом, требует дифференциации между тем новым, что привносит автор, и сведениями достаточно тривиальными. Сообщение исторических фактов и иной общедоступной информации фактического характера не ведет к приватизации информации путем распространения авторского права на сами такие сведения². Автор-

¹ http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16

² Показателен исход судебного иска двух из трех соавторов книги «Святая кровь и Святой Грааль» против Дэна Брауна, который использовал в своем остросюжетном романе «Код да Винчи» их утверждения, что Христос был женат на Марии Магдалине, которая родила ему ребенка, что якобы долгое время пыталась скрыть Римско-католическая церковь (Дэна Брауна обвиняют еще и в плагиате. Обобщение // <http://ria.ru/society/20060227/43809924.html#ixzz3v2cX3qPZ>). Судья отказал истцам на том основа-