

АВТОРСКОЕ ПРАВО В ИНТЕРНЕТЕ

февраль – май 2011

[сокращённый вариант]

Работа предлагает ряд системных усовершенствований российского и международного авторского права, призванных гармонизировать авторско-правовые отношения **с учётом интересов всех сторон отношений**: авторов, иных правообладателей, издателей и потребителей. Будучи реализованными, эти предложения дадут заметный **стимул к развитию образования, культуры и экономики**.

Проведя анализ авторского права и интернета, как независимых, и вместе с тем тесно пересекающихся явлений, **работа призывает отказаться от** сложившейся в настоящее время в российском праве и международных конвенциях **рецепции вещного права в авторском**, как неправомерной — что особенно заметно в наблюдаемых в течение многих лет с момента распространения интернета правовых коллизиях, вызванных несовершенством применяемого законодательного регулирования авторского права в интернете.

Ключевые места работы: глава 3, в особенности §2. «Система депонирования объектов авторского права» (остальные можно пропустить при чтении).

Основные юридические инициативы:

– создание, посредством принятия соответствующего нормативно-правового акта, **Единого государственного реестра** объектов авторского и смежных прав, который предоставит авторам удобный механизм мгновенного и бесплатного **депонирования произведений** и доведения до всех заинтересованных сторон **известия об их создании** (что позволит e.g. издателям самостоятельно отслеживать новинки интересующего их жанра и связываться с автором нового произведения, не дожидаясь, проявит ли он первый инициативу); а также возможность распорядиться их правовым статусом, зафиксировав **передачу в общественное пользование по** той или иной **модельной лицензии** — без необходимости заключать письменный договор с каждым из контрагентов, как того требует текущее законодательство, тем самым фактически парализуя все подобные правоотношения;

– **декриминализация потребителей объектов авторского права** с перенесением фокуса правоохранительной деятельности с конечных пользователей на коммерческих распространителей контрафакта;

– **пересмотр** оказывающей разрушительное действие на национальное образование и культуру **тенденции к постоянному увеличению срока посмертной охраны** исключительных авторских прав, приведшей к тому, что сейчас из общественного достояния выведены даже некоторые дореволюционные произведения, что отбрасывает Россию на уровень культурного и научного развития XIX века;

– предложения по реформированию библиотечного дела, **с предоставлением библиотекам большего объёма прав** в отношении сохранения объектов национальной культуры, введение в законодательство положений о **признании частных некоммерческих онлайн-библиотек**.

Содержание

Введение	3
Глава 1. Нормативные основы регулирования авторско-правовых отношений в интернете. .7	7
§1. Становление интернета как области действия авторского права.....	7
§2. Роль международных соглашений в регулировании использования произведений в современном информационном обществе.....	12
§3. Правовое регулирование авторских прав в интернете в зарубежных странах.....	20
§4. Нормативно-правовая база регулирования авторских прав в интернете в РФ.....	27
Глава 2. Особенности объектно-субъектного состава авторско-правовых отношений в интернете по законодательству Российской Федерации и их судебная защита.....	31
§1. Субъекты авторского права в применении к правоотношениям в интернете.....	31
§2. Классификация объектов авторского права в интернете.....	36
§3. Содержание авторских прав в интернете и основания их возникновения.....	46
§4. Особенности судебной защиты авторских прав в интернете.....	50
Глава 3. Предложения по совершенствованию законодательства в отношении авторского права в интернете.....	61
§1. Авторское право: генезис, цели и задачи. Сопоставление двух переломных моментов в развитии: распространения книгопечатания и появления интернета. Срок действия исключительных прав.....	61
§2. Система депонирования объектов авторского права с использованием технических и организационных преимуществ, предоставляемых интернетом.....	71
§3. Декриминализация потребителей объектов авторского права в интернете. Перенесение фокуса правоохранительной деятельности с конечных пользователей интеллектуальной собственности на коммерческих распространителей контрафакта.....	77
§4. Соавторство на современном этапе развития интернета.....	84
§5. Библиотечное дело в интернете. Сохранение объектов интеллектуального творчества.....	88
Заключение.....	94
Библиографический список.....	100
Приложение. Специальная терминология интернета в отношении субъектов и объектов авторского права	

Введение

NASCUNTUR AB HUMANO INGENIO
OMNIA ARTIS INVENTORUMQUE OPERA •
QUAE OPERA DIGNAM HOMINIBUS VITAM
SAEPIUNT • REIPUBLICAE STUDIO
PERSPICIENDUM EST ARTES
INVENTAQUE TUTARI¹

В XXI веке перед авторским правом возникают новые задачи, вызванные появлением новых информационных технологий и порождаемых ими новых объектов интеллектуальной деятельности — в первую очередь в области интернета. Эти задачи не могут быть урегулированы согласно прежней правовой модели традиционного авторского права индустриальной эпохи², зародившейся несколько веков назад, и требуют новых правовых концепций, отражённых в законодательстве с учётом изменившихся реалий. Настоящая работа посвящена рассмотрению этих новых реалий авторского права в интернете по состоянию на 2011 год. Временные рамки в настоящей области права представляют особое значение, поскольку в отличие от многих других правоотношений гражданского права, насчитывающих много веков и имеющих истоки в римском праве, правоотношения в постоянно развивающемся современном информационном пространстве могут видоизменяться всего за несколько лет, а изменения в законодательстве, призванные восполнить прежнее отставание в правовом регулировании и более полно отразить новации в фактическом положении дел — приниматься ещё чаще.

¹ «Все произведения искусства и изобретения рождены человеческим гением. В этих произведениях — гарантия жизни, достойной человека. Долг государства — обеспечить надежную охрану всех видов искусств и изобретений» — надпись по основанию купола штаб-квартиры Всемирной организации интеллектуальной собственности в Женеве. Автор изречения: доктор Арпад Богш, генеральный директор ВОИС с 1973 по 1997 годы.

² Bell, Daniel. *The Coming of Post-Industrial Society: Venture in Social Forecasting*. NY: Basic Books, '73.

В постиндустриальном обществе XXI века, в результате научно-технической революции XVIII–XX вв. перешедшего от преимущественного производства товаров к производству услуг и знаний³, производственный ресурс переходит из материальной области: сырья, оборудования, вещных объектов — к информации, знаниям, научным и культурным наработкам. В связи с этой общеонтологической тенденцией к усложнению информационных систем, значение авторского права, как института частного права продолжает возрастать. И именно такого авторского права, которое бы не стремилось искусственно закрепить в букве закона реалии прежней индустриальной эпохи, навязывая обществу устаревшие нормы и препятствовало инновациям — но авторского права, способствующего интересам наибольшего развития авторов и общества.

Как следует из вынесенного в эпиграф девиза Всемирной организации интеллектуальной собственности, цель закона в данном случае — служить развитию инноваций и культуры, искусств и изобретений, поощрять свободное творчество. Авторское право призвано благоприятствовать авторам, трудом которых создаются новые объекты культуры, науки и технологий, а также, в равной мере, обществу, потребляющему эти продукты, обеспечивать отсутствие препятствий к донесению создаваемого до аудитории. Единое информационное поле интернета служит тем же задачам. В их гармоничном соединении лежит основа будущего развития человечества.

Настоящая работа имеет принципиально новый, самостоятельный характер, опирается на устоявшиеся доктринальные положения авторского права и новейшие разработки зарубежных юристов в области интеллектуальной собственности, выступающих за модернизацию правовой доктрины в данной отрасли, не следует предыдущим отечественным исследованиям в данной узкоспециальной области

³ Там же.

авторского права в интернете, поскольку те из них, что доступны на настоящий момент в виде монографий или диссертационных работ, в большинстве своём оперируют устаревшим с момента принятия в 2006 году 4-й части ГК законодательством и зачастую выступают за ужесточение контроля над интернетом, принудительное приведение его в полное соответствие с наиболее консервативными положениями законодательства об авторском праве — вступая тем самым в противоречие с официальной позицией ВОИС и ветвей власти Российской Федерации, указывающих на крайнюю и срочную необходимость либерализации действующего законодательства с целью приведения его в соответствие с правовыми реалиями, *de facto* сложившимися в информационном обществе. В частности, президент России отметил на недавнем публичном обсуждении авторского права в интернете⁴:

Лицензия Creative Commons — это движение в правильном направлении. Я это инстинктивно чувствую. Потому что в противном случае мы можем просто столкнуться с такой ситуацией, когда через 5–7 лет не только в России, а вообще во всём мире все прежние установления придут в полный решительный диссонанс с тем, как осуществляется обмен информацией, осуществляется копирование и использование объектов авторского права. И тогда уже, может быть, Рубикон будет совсем далеко. А сейчас мы находимся где-то на такой развилке.

Данная работа рассматривает положение дел, сложившееся в авторском праве в интернете именно с этой позиции, предлагая ряд принципиально новых правовых решений, способных существенно продвинуть российское и мировое право в отношении наиболее эффективного использования интернета, и тем самым способствовать ускорению экономического и культурного развития Российской Федерации и тех стран, где также будут приняты новые принципы правового регулирования интернета, более не сдерживающие его развитие подобно некоторым излишне консервативным положениям законодательства в настоящее время. Задача привести авторское право в соответствие с

⁴ Видеоблог Президента РФ 13 мая 2011 «Настало время по-новому посмотреть на проблему авторских прав». <http://blog.kremlin.ru/post/163>, <http://blog.kremlin.ru/post/163/transcript>

интересами дальнейшего развития общества назрела уже давно, настоящая работа служит этой важнейшей цели.

Глава 1. Нормативные основы регулирования авторско-правовых отношений в интернете

§1. Становление интернета как области действия авторского права

Интернет — сокращённая форма технического термина *internetwork*⁵, обозначающего компьютерные сети, сопряжённые воедино посредством сетевых шлюзов⁶, обеспечивающих унификацию различных сетевых протоколов и функционирование этих сетей как единого целого. Так стали называть глобальное информационное пространство, выстроенное на принципе подобного объединения различных сетей с использованием общего набора сетевых протоколов TCP/IP⁷, модель которых изначально была разработана Министерством обороны США⁸. Также часто называется коротко *the Net*, сеть.

Как и космонавтика, и многие прочие технологические прорывы человечества, интернет в значительной мере обязан своим рождением оборонным интересам. После запуска 4-го октября 1957 года Советским Союзом первого искусственного спутника Земли, США с целью объединить вычислительные мощности страны и обеспечить систему национальной обороны информационной сетью, способной ввиду своей распределённой

⁵ Согласно Oxford English Dictionary, <http://www.oed.com/view/Entry/248411>. Термин впервые появился в 1974 году в спецификации TCP RFC 675: <http://tools.ietf.org/html/rfc675>

⁶ Аппаратных маршрутизаторов или соответствующего программного обеспечения.

⁷ Более точное название — Internet Protocol Suite. Назван так по первым протоколам в своём составе: Transmission Control Protocol (TCP), Internet Protocol (IP). Включает также все прочие протоколы, такие как: HTTP, SMTP, FTP, Telnet, SSH, etc.

⁸ Модель TCP/IP (TCP/IP Model) иначе называется DoD Model, от *Department of Defense* — Министерство обороны США.

архитектуры действовать даже после ядерных ударов, разрушивших основные коммуникации страны, учредили агентство ARPA⁹, учёные которого к 1968–71 годам разработали первую информационную сеть ARPANET. В 1973 году сеть стала международной и использовалась в основном для электронной почты. В 1983 году ARPANET перешла на современный протокол TCP/IP. В 1985 году Национальный научный фонд США (NSF) основал межуниверситетскую сеть NSFNET. К этому моменту обозначение *интернет* для этих распределённых сетей стало общеупотребительным. К 1989 году функционировало множество сетей, имеющих выход в единое информационное пространство интернета: Usenet, BITNET, Sprintnet, Tymnet, CompuServe, начали работу первые интернет-провайдеры. В том же году британский учёный Тимоти Дж. Бернерс-Ли из ЦЕРНа¹⁰, создав первые в мире веб-сервер, сайт и браузер, изобрёл World Wide Web — систему гипертекстовых документов, ставшую *killer app* — ключевым приложением интернета, настолько, что вскоре практически каждое упоминание интернета стало на самом деле подразумевать World Wide Web — глобальное информационное пространство, состоящее из сайтов. Эта синекдоха закрепилась к 1996 году, к моменту, когда интернет окончательно стал не технологией для особо посвящённых, но общественным явлением, доступным для всех заинтересованных в нём граждан во всём мире. В России в это время возникли первые провайдеры, предоставлявшие dial-up доступ на почасовой основе, персональные компьютеры и модемы стали доступны для всех как по наличию в розничной продаже, так и по цене¹¹. С тех пор в развитии интернета не было

⁹ С 1972 года DARPA — Defense Advanced Research Projects Agency. Учреждено в феврале 1958 года. <http://www.darpa.mil/>

¹⁰ CERN (Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire) — крупнейший центр изучения физики высоких энергий. Стал пионером в использовании интернета в Европе ещё в 80-х годах, до изобретения WWW (<http://ben.web.cern.ch/ben/TCPHIST.html>).

¹¹ Тогда как лишь несколькими годами ранее, в конце 80-х, стоимость персонального компьютера в СССР была выше, чем у легкового автомобиля.

принципиальных изменений: выросли скорости передачи, появился аудио- и видеоконтент, веб-дизайн весом более 50 килобайтов уже не считается слишком тяжёлым и недооптимизированным для комфортной загрузки, возникли новые бизнес-модели, существенно увеличилось количество и качество контента, число сайтов — но в общем и целом информационное пространство осталось тем же, каким оно предстало миру 15 лет назад.

* * *

Всё это время никакого специального правового регулирования интернета не существовало и не требовалось — как не требуется особое законодательное регулирование телепередач и личной переписки. Был сформирован и развит общепринятый, ставший обычайным, принцип *сетевого нейтралитета*¹² — концепция общепризнанной необходимости защитить мировое высокотехнологическое информационное пространство от любых запретов и попыток принудительного регулирования со стороны провайдеров, ведомств и государств; оградить контент, сайты, свободу выбора доменных имён, свободу получать доступ в интернет и пользоваться им по своему усмотрению от произвола чиновников и корпораций. С апреля 1993 года, когда CERN объявил, что World Wide Web, всемирная сеть, будет свободной для всех пользователей, это стало устоявшимся правовым обычаем. Однако, уже к 2006 году стало ясно, что этим принципам угрожает опасность, настолько серьёзная, что сам сэр Бернерс-Ли высказался в защиту своего детища, призывая законодательно защитить свободу интернета:¹³

¹² Network neutrality. Автором термина считается доктор У Сюмин (吳修銘, американиз. Tim Wu), профессор, преподающий во многих американских университетах, в частности, на факультете права Колумбийского университета. Network Neutrality FAQ. http://timwu.org/network_neutrality.html

¹³ Berners-Lee, Tim (21 June 2006). Net Neutrality: This is serious. <http://dig.csail.mit.edu/breadcrumbs/node/144>

Когда я изобрёл всемирную сеть, мне не было нужды спрашивать на это ни у кого разрешения. И теперь сотни миллионов людей используют её свободно. Но я опасаясь, что в США это подходит к концу. [...]

В США угроза в том, что юридические лица могут начать определять, какая информация будет доступна для граждан. В Китае так поступает государство по политическим мотивам. Соблазн заполучить власть над распространением в интернете телевизионного контента слишком велик, даже несмотря на то, что в долгосрочной перспективе это противоречит интересам отрасли.

Ограничения, призванные сохранить для интернета свободу — это всё же ограничения. Тогда как интернет процветает в отсутствии ограничений. Но некоторые базовые ценности должны соблюдаться. [...] Свобода коммуникаций — фундаментальная основа интернета, а теперь и всего общества. [...]

Надеюсь, что Конгресс сможет защитить сетевой нейтралитет. Я хочу видеть, как взрыв инноваций, происходящий в нём, таких многообразных и таких удивительных, будет продолжаться, не утихая.

В этом памфлете выражена правовая философия интернета: законы нужны ему, но лишь чтобы оградить от неправомерных посягательств его свободу, способствующую его прогрессу на благо человечества.

Эти принципы перекликаются с 29 статьёй Конституции Российской Федерации¹⁴.

4. Каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом.

5. Гарантируется свобода массовой информации. Цензура запрещается.

— учитывая, что интернет — это информация в чистом виде. А также 44 статьёй¹⁵, определяющей культурную составляющую объектов интеллектуальной собственности в интернете и права и обязанности граждан в их отношении: «каждый имеет право на участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры, на доступ к культурным ценностям», «каждый обязан заботиться о сохранении исторического и культурного наследия, беречь памятники истории и культуры».

И всё же, *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*¹⁶.

¹⁴ Ст. 29 Конституции РФ // Российская газета, №7, 2009. 21 января.

¹⁵ Ст. 44 Конституции РФ.

Свободы, благоприятствующие развитию всемирного информационного пространства, не должны вступать в противоречие с прочими конституционными свободами граждан. И одним из основных конституционных прав, которые могут нарушаться в интернете, является право интеллектуальной собственности (там же, Ст. 44 Конституции РФ): «Каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания. Интеллектуальная собственность охраняется законом».

Оно особенно уязвимо для злоупотреблений в пространстве интернета, учитывая высокую степень анонимности, простоты распространения информации, значительную аудиторию, наличие платёжных систем, позволяющих контрафакторам выстраивать схемы по получению прибыли с объектов чужой интеллектуальной собственности.

Следует отдать должное правоприменительной практике, она не ждёт отдельных законов, и защищает авторские права в интернете так же, как и вне его, применяя национальные законодательства и, в случае международного характера правоотношений — международное частное право.

§2. Роль международных соглашений в регулировании использования произведений в современном информационном обществе

Интернет представляет собой универсальное информационное пространство, в котором объекты интеллектуальной собственности,

¹⁶ «Свобода состоит в возможности делать все, что не наносит вреда другому». Ст. 4 Декларации прав человека и гражданина 1789 года. // Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Или, в переложении Виктора Гюго: «La Liberté du citoyen finit où la Liberté d'un autre citoyen commence», «Свобода гражданина кончается там, где начинается свобода другого». Также эту мысль возводят к Канту и Платону. В Конституции РФ отражено в п.3 ст. 17: «Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц».

выраженные в цифровом представлении, могут не только в отдельных случаях пересекать границы государств, подобно материальным объектам в традиционных отношениях — но в котором они делают это постоянно. Даже в процессе просмотра автором собственного сайта информационные потоки могут идти через несколько национальных границ.

Благодаря глобализации мировой экономики, упрощению финансовых транзакций и порядка заключения трансграничных договоров, широкому распространению английского языка в качестве универсального языка международного общения¹⁷, автор может в течение одного дня зарегистрировать себе доменное имя, относящееся к национальной доменной зоне другой страны, и, более того, у иностранного регистратора доменных имён, проведя ему платёж, заказать, оплатить и получить хостинг для сайта в третьей стране, связаться с веб-разработчиком в четвёртой, и с его помощью опубликовать на своём новом сайте свои произведения; затем оплатить рекламу в транснациональной компании, владеющей глобальной поисковой системой с тем, чтобы уже к концу дня зарегистрировать при помощи системы сбора статистики посещений на своём сайте посетителей со всего земного шара, в том числе и заключая с ними сделки в отношении коммерческого использования объектов его интеллектуальной собственности посредством программного комплекса продаж через сайт, разработанного интернациональным коллективом специалистов в формате аутсорсинга и распространяемого по одной из публичных интернет-лицензий. На этом примере мы видим насколько правоотношения в интернете имеют не просто трансграничный характер, но универсальный, охватывающий весь мир. Границы теперь не требуется преодолевать, они стали незаметны, в интернете их нет. В этом его огромное преимущество и польза для человечества: участники правоотношений больше не несут существенные

¹⁷ Всё это, в свою очередь, стало возможным именно ввиду двух технологических революций: сначала широкого распространения персональных компьютеров в 80-е годы XX века, а затем, в 90-е — и интернета.

накладные расходы на удалённую связь, транспортировку, преодоление бюрократических формальностей при пересечении границ, не испытывают трудности из-за ранее непреодолимого языкового барьера.

Учитывая это, роль международного частного права в регуляции авторского права в интернете имеет первостепенное значение.

Национальным законодательствам приходится разрабатывать своё авторское право в соответствии с международными соглашениями, иначе они поместят себя в изоляцию, что в мире, объединяемом общим информационным полем интернета, немислимо. Тенденция к унификации права, и так существенно ускорившаяся в XX веке, с развитием интернета получила ещё больший стимул к развитию.

Рассмотрим наиболее существенные международные соглашения, регулирующие использование произведений в современном информационном обществе.

2.1. Положения Бернской конвенции 1886 года в редакции 1979 года

Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений (англ. *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*)¹⁸ стала первым и наиболее значимым международным соглашением в области авторского права. Продолжает действовать свыше ста лет и в настоящее время администрируется ВОИС¹⁹.

¹⁸ Полный текст Бернской конвенции в официальном переводе на русский в текущей редакции: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/index.html>

¹⁹ Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС, фр. Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, OMPI; англ. World Intellectual Property Organization, WIPO) — международная организация, занимающаяся администрированием ряда ключевых международных конвенций в области интеллектуальной собственности, в первую очередь Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений и Парижской Конвенции об охране промышленной собственности. С 1974 года также выполняет функции специализированного учреждения ООН по вопросам творчества и интеллектуальной собственности.

Была принята 9 сентября 1886 года в Берне, Швейцария. Первыми её участниками стали Франция, Великобритания, Германия, Испания, Бельгия, Швейцария и Тунис. Неоднократно пересматривалась, с тем, чтобы соответствовать меняющимся реалиям международно-правового регулирования авторского права: была дополнена в Париже в 1896 г., пересмотрена в Берлине в 1908 г., дополнена в Берне в 1914 г., пересмотрена в Риме в 1928 г., Брюсселе в 1948 г., Стокгольме в 1967 г., в Париже в 1971 г., в последний раз изменена в 1979 г.

Характерно, что такое значимое в XX–XXI вв. в области коммерческого производства и лицензирования объектов интеллектуальной деятельности государство, как США, присоединилось к конвенции лишь относительно недавно, в 1989 году. Китай стал её участником в 1992 году. Россия присоединилась 13 марта 1995 года с оговоркой: «действие Бернской конвенции не распространяется на произведения, которые на дату вступления её в силу для РФ уже являются на её территории общественным достоянием».²⁰ К Бернской конвенции присоединились также бывшие республики СССР²¹. В 2011 году участниками конвенции являются 164 государства.²²

Бернская конвенция устанавливает ряд принципов международного авторского права для своих участников²³:

Принцип национального режима — в соответствии с которым каждая страна-участница конвенции предоставляет гражданам других стран-

²⁰ Berne Notification No. 162 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Официальный сайт ВОИС (WIPO): http://wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty_berne_162.html

²¹ Богуславский М. М. Международное частное право. // Издание 5-е, переработанное и дополненное. 2005 г.

²² Согласно официальной статистике на сайте ВОИС: http://wipo.int/treaties/en/statistics/StatsResults.jsp?treaty_id=15&lang=en

²³ Липчик Д. Авторское право и смежные права // *Droit d'auteur et droit voisins*. — Пер. с фр.; Предисл. Федотова М.А. — М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. — С. 526-643. — 788 с. — 2000 экз. — ISBN 5-86218-395-7 UNESCO 92-3-202837-9

Минков А.М. Международная охрана интеллектуальной собственности. — СПб: Питер, 2001. — С.123-132.

участниц по меньшей мере те же авторские права, что и собственным гражданам. Любые судебные разбирательства по поводу подпадающих под конвенцию произведений происходят по законам страны, на территории которой они используются (издаются, публично исполняются, передаются в эфир и т.д.). В отличие от, к примеру, договорного права, действие иностранного законодательства внутри страны не допускается.

Принцип независимости охраны — охрана произведения в каждой стране не зависит от охраны произведений в других странах, в том числе в стране происхождения произведения. Из этого есть исключение — закон может предусматривать прекращение охраны произведения, срок охраны которого уже истёк в стране происхождения произведения.

Принцип автоматической охраны — авторское право не требует для использования каких-либо предварительных формальностей (типа регистрации, особого заявления о претензиях, разрешения властей и т.д.) и возникает автоматически в момент фиксации произведения в материальной форме (для граждан стран-членов конвенции) или первой публикации (для опубликованных в этих странах произведений иностранных авторов).

Презумпция авторства — в отсутствие доказательств обратного автором считается тот, чьё имя или псевдоним указаны на обложке книги. Конвенция не содержит определение авторства, поэтому в разных странах понятия об авторстве некоторых произведений могут отличаться.

Бернская конвенция устанавливает минимальный уровень авторских прав, которые должны предоставлять страны-члены конвенции в течение всей жизни автора с момента создания произведения и 50 лет после его смерти.

Конвенция определяет круг объектов авторского права предельно широко, и вместе с тем оставляет национальным законодательствам определять окончательный перечень таких объектов:

Статья 2. Охраняемые произведения

(1) Термин «литературные и художественные произведения» охватывает *любую*

продукцию в области литературы, науки и искусства, вне зависимости от способа и формы ее выражения [...]

(2) Однако законодательством стран Союза может быть предписано, что литературные и художественные произведения или какие-либо определенные их категории не подлежат охране, если они не закреплены в той или иной материальной форме.

Дух этого положения Конвенция подразумевает, что объекты, специфичные для информационной революции конца XX века и интернета, также подпадают под её действие, но буква его прямо отсылает за окончательным решением к национальным законодательствам.

В Конвенции наблюдаются отдельные положения, предусматривающие защиту авторских прав в техническом формате интернета. В частности, в статье 10bis: «Законодательством стран Союза может разрешаться воспроизведение в прессе, передача в эфир или сообщение для всеобщего сведения по проводам». Все три описания могут быть отнесены к интернет-публикациям, в том числе и первое, учитывая, что средства массовой информации уже признаны формой деятельности, возможной не только в печатном виде, но также в виде электронных изданий. В статье 11bis: «Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать передачу своих произведений в эфир или сообщение для всеобщего сведения этих произведений любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений».

Здесь мы наблюдаем указание на аудиовизуальные трансляции, которые, по всей видимости, относятся к телевидению, однако в той же степени применимы и к интернету с его мультимедийной природой.

2.2. Положения Всемирной (Женевской) конвенции об авторском праве 1952 года

Всемирная конвенция об авторском праве (ВКАП, Женевская конвенция 1952 года, англ. *Universal Copyright Convention*) — второе из основных международных соглашений по охране авторского права, действует под патронажем ЮНЕСКО. Принята на Межправительственной конференции по авторскому праву в Женеве 6 сентября 1952 года. Задачей этой конвенции, учитывая слишком высокие стандарты Бернской конвенции и, следовательно, неохотное вступление в неё государств на период середины XX века, стало включение по возможности всех государств мира в международную систему охраны авторского права, пусть и на менее строгих, обязывающих условиях. В том числе и тех, что не могли на тот момент обеспечить должный уровень охраны авторских прав в соответствии с Бернской конвенцией²⁴.

Как указывает один из крупнейших специалистов России по международному частному праву М. М. Богуславский:

«Всемирная конвенция, как и Бернская, исходит из принципа национального режима, но в отличие от нее этот принцип играет здесь большую роль, поскольку Всемирная конвенция содержит немного материально-правовых норм, отсылая к внутреннему законодательству. Тем самым присоединение к Всемирной конвенции в меньшей степени требует внесения изменений во внутреннее законодательство. По своему содержанию она носит более универсальный характер, что делает возможным участие в ней стран с различным законодательством в области авторского права. Во Всемирной конвенции более широко представлены государства с различными системами авторского права, хотя большинство участников

²⁴ Фон Левински, Силке. Роль и будущее Всемирной конвенции об авторском праве = The Role and future of the Universal Copyright Convention // UNESCO e-Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. — UNESCO, 2006. — № 4 октябрь–декабрь. — С. 4-21. — ISSN 1817-4167.

Бернской и Всемирной конвенций совпадает»²⁵.

В отличие от Бернской конвенции, находящей сам факт опубликования произведения достаточным основанием для охраны авторских прав, Женевская конвенция требует для этого соблюдения определенных формальностей, вызванных тем, что по национальным законодательствам некоторых стран для охраны произведения необходим ряд формальных процедур²⁶, таких, как депонирование, регистрация и т.п.

Минимальный срок охраны авторских прав, установленный Женевской конвенцией ниже, чем у Бернской и равен 25 годам после смерти автора.

Женевская конвенция об авторском праве установила специальные правила в отношении стран-участниц Бернской конвенции, выражающееся не в отказе от защиты стран Бернского союза, но отказе от подмены Бернской конвенции там, где она может применяться непосредственно.

24 июля 1971 года в Париже на конференции по пересмотру Женевской конвенции была принята её новая действующая редакция.

3.3. Положения Договора ВОИС по авторскому праву (ДАП) 1996 года

Договор ВОИС по авторскому праву²⁷ (ДАП, WCT, WIPO Copyright Treaty) был принят в 1996 году. Дополняет традиционные международные соглашения в области охраны авторского права в соответствии с современными требованиями. Для России вступил в силу с 5 февраля 2009 года.

Основываются на Бернской конвенции. Устанавливают охрану на такие объекты авторского права, как компьютерные программы и компиляции

²⁵ Богуславский М. М. Международное частное право. // Издание 5-е, переработанное и дополненное. 2005 г.

²⁶ Ст. III Всемирной конвенции об авторском праве (пересмотренную в Париже 24 июля 1971 года) <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=56081> (по сост. на 8 мая 2011).

²⁷ Текст договора на официальном сайте ВОИС: <http://wipo.int/treaties/ru/ip/wct/wct.html>.

данных (базы данных);

Ст. 4. Компьютерные программы охраняются как литературные произведения независимо от способа или формы их выражения.

Устанавливают право на распространение, прокат, сообщение для всеобщего сведения, право сделать фонограммы доступными (что является передовым опытом и способствует либерализации авторского и смежных прав).

Статья 14 ДИФ. Право сделать фонограммы доступными

Производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать доведение до всеобщего сведения своих фонограмм по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору.

Обязуют страны-участницы обеспечивать правовую охрану от обхода технических средств защиты исполнений и фонограмм (Ст. 18 ДИФ), самовольного устранения или изменения электронной информации об управлении правами без санкции правообладателя, и последующее распространение таких объектов либо доведение до всеобщего сведения (Ст. 19 ДИФ).

§3. Правовое регулирование авторских прав в интернете в зарубежных странах

3.1. Авторское право США

Основным нормативно-правовым актом США в отношении авторского права в интернете является Закон об авторском праве в цифровую эпоху (DMCA, Digital Millennium Copyright Act)²⁸. Он повышает ответственность за нарушение авторских прав в интернете, но в то же время защищает провайдеров, хостеров и прочих субъектов данных правоотношений от ответственности за действия пользователей.

За время своего существования DMCA неоднократно подвергался критике²⁹ со стороны американских и международных юристов, преподавателей и теоретиков права, как служащий корпоративным интересам в ущерб общегражданским правам. В недавнем интервью главный советник Google по авторскому праву Ф. фон Ломанн³⁰ высказал в целом положительную оценку DMCA, особо отметив роль *Takedown Notice* — процедуры досудебного урегулирования правовых споров посредством уведомления, хотя несколькими годами ранее, в 2006 году, занимая должность старшего юриста EFF, он оценивал эту процедуру, напротив, негативно, указывая на существенную опасность злоупотребления правом со стороны субъектов, не имеющих правовых оснований прибегать к такому инструменту урегулирования споров, причём по DMCA у противоположной

²⁸ Утверждён Президентом США 28 октября 1998 года. Текст в оригинале: http://en.wikisource.org/wiki/Digital_Millennium_Copyright_Act

²⁹ См. многочисленные материалы Фонда электронных рубежей (Electronic Frontier Foundation, EFF) — некоммерческой правозащитной организации, основанной в 1990 году в США с целью защиты заложенных в Конституции США и Декларации независимости гражданских прав в сфере действия новых информационных технологий. // <http://eff.org/issues/dmca> (по сост. на 8 мая 2011).

³⁰ «Пиратство и свободная конкуренция». Интервью с главным советником Google по авторскому праву. 6 мая 2011 // <http://www.lenta.ru/articles/2011/05/06/lohmann/>

стороны нет предоставленной законом возможности удостовериться в законности этих притязаний.³¹

Одним из практических предложений настоящей работы является рекомендация включить в российское законодательство подобный механизм досудебного урегулирования споров относительно размещённого в онлайн-контента, причём, не повторять ошибки американских законодателей и предусмотреть способ подтверждения при этом прав на объекты, использование которых оспаривается. Такой способ в работе также предложен, в параграфе «Система депонирования объектов авторского права...».

3.2. Авторское право Европейского союза

В Европейском союзе в настоящее время действует во многом аналогичная американскому Закону об авторском праве в цифровую эпоху (DMCA) Директива ЕС об авторском праве (EUCD, European Union Copyright Directive).

Среди особенностей Директивы, относящихся к области рассмотрения настоящей работы — признание различия между *"reproduction right"* — актом воспроизведения (ст. 2) и *right of "communication to the public"* — «правом сообщения для всеобщего сведения», а также *"making available to the public"* (ст. 3) — «доведения до всеобщего сведения». Два последних термина унаследованы Директивой из Договора ВОИС по авторскому праву (ДАП) и Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ) 1996 года (из статей 8 и 10 соответственно).

³¹ «Fox commits copyright fraud» (См. комментарий от EFF). BoingBoing. 2006-01-12. // http://www.boingboing.net/2006/12/01/fox_commits_copyrigh.html

3.3. Авторское право Великобритании

В связи с принятием в 2010 году противоречивого Билля³² о Цифровой экономике (Digital Economy Bill, DE Bill), в Великобритании существенно ужесточилась государственная политика регулирования авторских правоотношений в интернете. После принятия, законопроект стал именоваться Digital Economy Act 2010. Этот нормативно-правовой акт был принят британским Парламентом и вступил в силу 8 апреля 2010 года.

Он направлен на упрощение процедуры выявления и наказания нарушителей авторского права в интернете (в первую очередь, посредством пиринговых сетей), и также подачи с их стороны апелляций.

Digital Economy Act 2010 обязует провайдеров участвовать в правоприменении, определяя процедуру таким образом: правообладатель, подключаясь к пиринговому файлообмену, самостоятельно устанавливает IP-адреса пользователей, скачивающих и распространяющих объекты его авторского права, отправляет полученный список соответствующим провайдерам, которые предупреждают конечных пользователей, чьи IP-адреса в списке, о недопустимости нарушения авторских прав. И, в случае, если эти пользователи не прекращают подобные деяния, правообладатель подаёт иск в суд.

Этот акт вызвал настолько значительную негативную общественную реакцию среди британских граждан³³, что уже к 10 ноября 2010 года Комитет по культуре нижней палаты британского парламента объявил о начале парламентского расследования в отношении законности Digital Economy Act.

Британские толкователи права сходятся во мнении, что этот закон был принят серьёзно недоработанным и его применение может серьёзно навредить обществу³⁴.

³² Законопроект — в англо-саксонской правовой семье. Принятый Билль становится Актом либо Статутом.

³³ «By 24 November, the petition had gathered more than 16,000 signatures». Protests grow over digital bill. BBC News. 24 Nov 2009 // <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/8374732.stm>

* * *

Следует также отметить, что 29 апреля 2011 года было вынесено судебное решение, непосредственно относящееся к этому и подобным вопросам, знаковое для англо-саксонской правовой семьи, признающей прецеденты в качестве источника права: в деле *VPR Internationale v. Does 1-1017*³⁵ судья отказал в иске, постановив, что IP-адрес не может быть приравнен к персоне, либо служить доказательством её виновности, опираясь на прецедент, изложенный в источнике:

http://msnbc.msn.com/id/42740201/ns/technology_and_science-wireless/³⁶

— когда федеральные агенты проникли в дом подозреваемых в противоправных действиях, идентифицированных по IP-адресу, конфисковали обнаруженные компьютеры и убедились, что произошла ошибка и те невиновны, а их IP-адрес был использован злоумышленником.

3.4. Авторское право КНР

В Китае существует свой, несколько отличный от других развитых стран, взгляд на государственный контроль над интернетом. Западные аналитики не раз упрекали Китай, что он действует в противоречии с либеральной моделью возникновения и становления мирового информационного

³⁴ Cammaerts, Bart; Meng, Bingchun (March 2011) London School of Economics and Political Science, Department of Media and Communications. *Destruction and Copyright Protection: Regulatory Responses to File-sharing*.

³⁵ *VPR INTERNATIONALE, Plaintiff, v. DOES 1-1017, individually and as representatives of a class, Defendants.* // *VPR Internationale против ответчиков 1-1017* // http://scholar.google.com/scholar_case?case=7067176521786518150&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar, <http://dockets.justia.com/docket/illinois/ilcdce/2:2011cv02068/51489/>, <http://torrentfreak.com/ip-address-not-a-person-bittorrent-case-judge-says-110503/>

³⁶ В корпусе судебного постановления ссылка на адрес материала в интернете. Материал датируется 24 апреля 2011 года

пространства, осуществляя жёсткое государственное регулирование интернета. На деле, по изучению китайского законодательства в отношении регулирования интернета, его подход оказывается вполне взвешенным и разумным. И, что наиболее важно: зачастую даже более либеральным, чем позиция англо-саксонского права, декларирующая либерализм, но защищающая узкокорпоративные интересы монопольных участников рынка в ущерб либеральным ценностям и интересам общества. Что до строгого государственного контроля над китайским сегментом сети — это имеет свой смысл в нашу эпоху революций, подготавливаемых из-за рубежа с активным использованием интернета и направленных на разрушение территориальной целостности, экономики и суверенитета государств.

Более того, весомый государственный контроль является особенностью китайской государственно-правовой модели. Ещё до периода «Вёсны и осени»³⁷ и становления национальной китайской морали легальные представления в Поднебесной строились на отношениях полного подчинения граждан воле законной власти (*вану*, государю, 王), в свою очередь подчинённой принципам государственного управления (воле неба, 天命, *тяньмин*): народ имел право восстать и свергнуть власть в случае, если она очевидным образом шла против национальных интересов и интересов законности и правопорядка³⁸.

В 2000 году в КНР было принято Постановление об обеспечении безопасности в интернете³⁹, среди прочего предусматривающее наступление уголовной ответственности за взлом информационных систем, кражу

³⁷ Период «Вёсны и осени», (тж. Период Чуньцю, кит. 春秋時代 *чуньцю шидай*) — период китайской истории, охватывающий 722–481 гг. до н. э. Известен по одноимённой летописи «Чуньцю», приписываемой Конфуцию, комментариев к ней «Цзочжуань», «Го юй» («Речи царств») и «Ши цзи» Сыма Цяня.

³⁸ Малявин В. В. Конфуций // Серия ЖЗЛ. М., Молодая гвардия. 1992. 335 стр.

³⁹ Постановление об обеспечении безопасности в сети Интернет. Принято 28 декабря 2000 г. 19-м заседанием 9-го созыва ПК ВСНП (Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей) // Сборник законодательных актов КНР (*Чжунхуа жэньминь гунхэго фагуй хуйбянь*), январь-декабрь 2000 г. Пекин, 2001, с. 1131-1133.)

информации, распространение клеветы, вирусов, подрыв государственной власти, распространение ложных сведений о товарах или услугах, перехват цифровых материалов, нарушение тайны переписки граждан, использование интернета для нарушения прав интеллектуальной собственности. Суть данного нормативно-правового акта выражена в следующей его формулировке:

Органы власти должны жёстко бороться с использованием интернета для любых видов преступных деяний. Нужно мобилизовать силы всего общества, и опираясь на объединенные усилия, обеспечить безопасность трафика в интернете и информационную безопасность, способствовать строительству социалистической духовной и материальной культуры.

Собственно, что и выражается в правоприменительной практике КНР, жёстко пресекающей деятельность в интернете религиозных сект, диссидентов, сепаратистов, любых структур, направленных на ослабление государственного строя КНР, злоупотребление и нарушение китайских законов.

Закон КНР «Об авторском праве»⁴⁰ был принят в 1990 году, и, в целом, ожидаемо соответствует положениям международных конвенций по авторскому праву (и, в частности, весьма сходно с российским авторским правом), с такими отдельными нюансами.

Ст. 11 § 2 «Принадлежность авторских прав» признаёт автором произведения не только граждан, но и юридические лица.

Ст. 23 § 3 «Срок охраны авторских прав» устанавливает, что срок охраны прав заканчивается 31 декабря на 50-й год после смерти автора.

Ст. 22 и 23 § 4 «Ограничение прав» применяется для ограничения прав издателей, исполнителей, создателей (продюсеров) аудио- и видеозаписей, радио- и телестанций и разрешают свободное использование произведений без разрешения правообладателя и без выплаты вознаграждения, однако с указанием имени автора во многих случаях, в том числе при использовании

⁴⁰ Закон КНР «Об авторском праве». Принят 7 сентября 1990 г. на 15-м заседании 7-го созыва ПК ВСНП (Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей) последнее изменение внесено на 13-м заседании ПК ВСНП 11-го созыва 26 февраля 2010 г.

«в целях развлечения»⁴¹.

Закон КНР «Об авторском праве» прямо определяет терминологическое соответствие современного континентального обозначения *авторское право* и исторического англо-саксонского *копирайт*:

Статья 57. Авторское право и копирайт.

Используемый в настоящем Законе термин «авторское право» (著作权, *чжуцзоцзюань*) является синонимом (широко употребляемого) слова «копирайт» (版权, *баньцюань*).

Также для авторского права в интернете особо ценно примечание о сути публикации, определяющее, что закон подразумевает под ней не только устаревшее локальное значение: «публикация в СМИ, печатных изданиях» — но трактует её в широком смысле:

Статья 58. Публикация и воспроизведение, распространение. Под термином «публикация», используемом в статье 2 настоящего Закона, понимается воспроизведение и распространение произведения.

Китайский закон «Об авторском праве» более лаконичен, чем соответствующий российский раздел Гражданского кодекса, предусматривает такие аспекты применения авторского права на благо народа и государства, развития его культуры и благосостояния, какие российские законы не отражают. Что, среди прочего, сказывается и на различиях в росте благосостояния экономик России и Китая. Одной из практических рекомендаций настоящей работы является предложение о рецепции российским правом отдельных прогрессивных положений китайского законодательства в области авторского права.

⁴¹ Отсутствие подобной формулировки в 4-части ГК РФ действует негативно.

§4. Нормативно-правовая база регулирования авторских прав в интернете в РФ

Российское авторское право следует сложившимся в течение XX века единым общемировым принципам его определения и защиты. В этом отношении континентальное право максимально подобно англо-саксонскому, более того, все новейшие инициативы оно прямо заимствует у крупнейшей постиндустриальной — а следовательно, непосредственно основанной на праве интеллектуальной собственности — экономике США. Относясь к континентальной правовой семье и, более того, отчасти взяв в 90-х годах западноевропейскую и американскую модель общественного развития за образец, Россия приняла западную теорию авторского права без каких-либо существенных отличий. Участие РФ в международных конвенциях по авторскому праву, рассмотренных в начале данной работы, объективно ограничивает свободу самостоятельного творческого определения в этой области.

Как и в других странах, авторское право в России неохотно выделяет интернет в качестве обособленной области применения, тяготея либо вовсе к игнорированию его специфики, либо к уравниванию с прочими техническими средствами распространения информации. Отчасти это справедливо, поскольку право немислимо существенно дифференцировать по областям технического применения, однако информационное пространство интернета настолько отличается от всего, что человечество знало до сих пор, что вовсе не учитывать его специфику неверно. Следует не игнорировать интернет и не уравнивать его с прежними формами распространения информации, но определить новые правила, которые не задерживали бы прогресс искусственно.

В настоящее время регулирование авторских прав в интернете в РФ сопоставлено и полностью подчинено нормативно-правовой базе,

регулирующей авторские права в целом, и описанной в 4-й части ГК. Специфических законов в отношении авторского права в интернете, подобных DMCA, в России не принято, вероятно к лучшему, поскольку, как видим на примере американского опыта, на современном этапе становления общемирового авторского права подобные спецификации носят не эмансипативный, способствующий развитию отношений и прогрессу, но рестриктивный характер.

4-я часть ГК, регулирующая авторское право в том числе и в интернете, не имеет специальных определений для него, помимо заимствованных из международных конвенций положений о *сообщении в эфир или по кабелю* и общетехнологических объектов, относящихся к интернету опосредованно, таких, как *программы для ЭВМ*⁴², *базы данных* и *топологии интегральных микросхем*. Учитывая это, рассмотрим основы отечественного авторского права, как имеющие отношение к регулированию его в интернете не прямым, но общеподчинённым образом.

Таких базовых для интернета понятий, как *сайт*, *домен*, *веб-разработчик* ГК не содержит, ergo все они должны приводиться в более общем, родительским категориям гражданского права.

Основные положения в российском праве следующие: существует простая (лицензиар сохраняет за собой право) и исключительная (полностью отчуждает его в пользу лицензиата) лицензии, сублицензионный договор⁴³; в ст. 1240 определена такая разновидность *сложного объекта*, как *мультимедийный продукт* — что прямо применимо к сайтам; возможна государственная регистрация программ, баз данных, товарных знаков и знаков обслуживания (относится к логотипам и доменам сайтов)⁴⁴; запись произведения на электронном носителе, в том числе в память ЭВМ, считается воспроизведением, но содержит существенную оговорку: «кроме

⁴² Которые согласно статье 1259 ГК, «охраняются как литературные произведения».

⁴³ Статьи 1233–1238 ГК РФ.

⁴⁴ Ст. 1246, 1262. Государственная регистрация программ для ЭВМ и баз данных.

случая, когда такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение произведения до всеобщего сведения»⁴⁵ — таким образом, запись на диск, хостинг и т.п. этим исключается; определение базы данных из статьи 1260: «БД — совокупность материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ» крайне неточно и позволяет отнести любой сайт к БД, что технически неверно — однако, в отсутствии специального нормативно-правового регулирования сайтов, как сложного объекта АП, закрывает эту лакуну; также в отношении сайтов правомерно данное в статье 1261 ГК определение *программ для ЭВМ*, что также неточно с технологической точки зрения: здесь необходимо чётко отделять код от языка разметки и контента, и в букве закона в том числе — это важно для должного правоприменения.

Основой либерализации авторского права в отношении может послужить тезис, выраженный в статье 1274 ГК «Свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях»:

1. Допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования:

1) цитирование в оригинале и в переводе в научных, полемических, критических или информационных целях правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования, включая воспроизведение отрывков из газетных и журнальных статей в форме обзоров печати;

Статья 1288 «Договор авторского заказа» определяет основной для веб-разработчика формат правового обеспечения выполнения творческой работы по созданию сайтов и иных объектов авторского права в интернете.

Статьи 1295–1298 не учитывают специфику создания сайтов, при которой объективно невозможно отделить созданное локально для конкретного

⁴⁵ Ст 1270 ГК РФ.

заказчика от наработок, которые программист, дизайнер интерфейса, верстальщик, специалист по поисковой оптимизации и прочие веб-разработчики оттачивали в течение всей своей профессиональной карьеры, что не может быть отчуждено от них. Как невозможно требовать от живописца, чтобы он, продав картину, не имел больше права использовать применённую в ней изобразительную технику и манеру — это дисквалифицировало бы его, неправомерно лишило неотъемлемого права на профессиональные навыки, сформированные в течение всей жизни и не подлежащие отчуждению.

Глава 2. Особенности объектного и субъектного состава авторско-правовых отношений в интернете по законодательству РФ и судебная практика

§1. Субъекты авторского права в применении к правоотношениям в интернете

Субъектный состав авторского права в интернете в узком понимании этого термина — как объём лиц, могущих быть наделёнными авторскими правами, практически схож с его обычным субъектным составом во всех прочих сферах человеческой деятельности. Поскольку творческий акт, порождающий авторство, присущ человеку изначально, как его неотъемлемое качество, и не может видоизменяться, порождая возможности для возникновения неких новых специфических форм, меняющих субъектный состав. Это сами авторы, физические лица, порождающие своим творчеством новые объекты интеллектуальной собственности. А также приравненные к ним обладатели смежных прав, результаты творческой деятельности которых также служат возникновению объектов интеллектуальной собственности: исполнители, изготовители фонограмм и т. п. В появлении интернета тут, впрочем, тоже возникли некоторые изменения. Так, ещё лет 30-40 назад профессия «дизайнер» вызывала устойчивые ассоциации «промышленный дизайнер», художник, отвечающий за разработку внешнего вида промышленных товаров и техники. В наши дни эта профессия отошла на второй план, став не такой распространённой, уступив место ассоциации «веб-дизайнер». В авторское право пришли новые объекты интеллектуального творчества, а вместе с ними и новые виды творцов, с несколько другой спецификой в том числе и правоотношений. Там, где советский промышленный дизайнер выполнял служебное произведение в рамках своих служебных обязанностей по трудовому

договору, современный веб-дизайнер-фрилансер, заключает авторские договоры заказа на создание сайтов.

В широком же понимании возможно рассматривать совокупность субъектов авторского права, как объём лиц, наделённых специфическими функциями и так или иначе, в соответствии с ними, участвующих в отношениях, возникающих касательно распоряжения авторскими правами. Здесь уже возникает разделение: стандартный, традиционный круг таких лиц, существовавший в авторском праве и до появления интернета, и принципиально новый, специфичный для этой новой сферы человеческой деятельности.

В традиционный круг входят наследники авторов — лица, не вовлечённые в упомянутый акт творчества, но наделяемые законом исключительными правами на произведение по праву наследования после смерти автора,⁴⁶ прочие лица, к которым авторские права перешли на законных основаниях,⁴⁷ агенты, выступающие в интересах авторов, как принципалов (например, литературные агенты), организации коллективного управления⁴⁸, коллективы соавторов, а также те физические и юридические лица, с которыми они вступают в правоотношения относительно традиционной реализации своих авторских прав: публикации, экранизации, аранжировки и прочего; распоряжения правами с целью извлечения выгоды.

Принципиально новый же круг лиц, вовлечённый в авторские отношения в интернете состоит из, фактически, ролей, которые эти лица играют в функционировании всей системы отношений, возникающей вокруг авторов,

⁴⁶ Ст. 1283 ГК РФ «Переход исключительного права на произведение по наследству».

⁴⁷ Ст. 1241 ГК РФ «Переход исключительного права к другим лицам без договора».

Переход исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации к другому лицу без заключения договора с правообладателем допускается в случаях и по основаниям, которые установлены законом, в том числе в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица) и при обращении взыскания на имущество правообладателя.

⁴⁸ Ст. 1242 ГК РФ «Организации, осуществляющие коллективное управление авторскими и смежными правами».

их произведений и прав в глобальном информационном поле интернета. Это: провайдеры, хостеры, регистраторы, администраторы сети (ICANN), посетители (пользователи, потребители), владельцы доменов, разработчики сайтов, сотрудники сайтов (команды), администраторы и модераторы сайтов (веб-мастера), соавторы произведений на многопользовательских сайтах, предоставляющих возможности для такого соавторства. Все эти субъекты становятся вовлечены в процесс реализации авторских прав в интернете зачастую от самого первого этапа: формирования идеи создания произведения интеллектуальной собственности — до финального распоряжения результатами интеллектуальной деятельности: передач авторских прав по договору, продаж конечного продукта потребителям.

Подобные же схемы субъектного взаимодействия возникают и в случае злоупотребления свободой рыночных отношений: спамеры, спамдексеры (среди них такой относительно новый для интернета феномен, как владельцы ресурсов с мусорным контентом, рассчитанных на позиционирование больших объёмов рекламы — аналог жёлтой прессы, нуждающийся в определённом законодательном регулировании, если будут изысканы такие его правовые методы, которые бы одновременно не означали бы введение цензуры), манипуляторы общественным мнением. А также, что для авторского права представляет большую значимость, и в случае нарушения прав на интеллектуальную собственность: киберсквоттеры и контрафакторы, получающие прибыль из присвоения и перепродажи умышленно захваченных для этой цели результатов чужого интеллектуального труда, так же задействуют в своей деятельности те же отношения: провайдеров, хостеров, регистраторов, и т.п. Важно понимать, что с легальной точки зрения нет ни необходимости, ни даже возможности рассматривать деятельность всех вовлечённых в возможные нарушения авторских прав лиц, как злонамеренную, способствующую совершению правонарушений. И всё же, в случае, когда факт нарушения права доказан в судебном порядке, у правоохранительных органов возникает возможность требовать от хостеров

(в основном, поскольку здесь вступает в силу привязка к субъекту, на чьём оборудовании физически размещены контрафактные объекты авторского права) прекращения противоправной деятельности их клиентов. Заметим, что санкции к добросовестным субъектам здесь неприменимы и могут наступать лишь в случае, когда они прямо оказывают неповиновение вынесенным судебным решениям относительно прекращения деятельности нарушающей авторские права. В большинстве же подобных случаев, когда факт нарушения очевиден и может быть подтверждён частным образом, без привлечения экспертов и судебных доказательств, оказывается достаточно официального запроса от правообладателя к подобным аффилированным субъектам, чтобы разрешить конфликт в досудебном порядке.

Субъекты, участвующие в реализации авторского права в интернете можно классифицировать по следующим группам:

1. авторы и исполнители — лица, создающие объекты интеллектуального творчества: как офлайн-ового, традиционных форм: литературы, живописи и т.п., так и онлайн-ового, характерного для интернета: сайтов, цифровой живописи и графики, прикладных программ, игр, скриптов, предназначенных для функционирования на серверах, и тому подобного; как создающие самостоятельные, автономные произведения, так и те, что предназначены для использования в чужих интересах: иллюстрации, сайты, программы, среды для сотрудничества множества пользователей в целях создания результатов совместной интеллектуальной деятельности, и т.п.;
2. правообладатели — круг граждан или юридических лиц, обладающих исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации;
3. издатели — владельцы сайтов, редакторы, публицисты (в качестве которых выступает каждый, кто публикует в интернете не свой авторский материал, а производную работу: осмысление чужого творчества или рассказ о событии; а также — что немаловажно и с развитием интернета

приобретает всё большую значимость — публикующие в парадигме коллективного сотворчества Web 2.0 свои комментарии и материалы посетители);

4. технические специалисты интернета — провайдеры, регистраторы, хостеры, администраторы, веб-мастера, поддерживающие созданные ранее веб-разработчиками сайты;
5. потребители — лица, основной функцией которых является не участие в создании, обработке и доведении до всеобщего сведения результатов интеллектуальной деятельности, а потребление их. Как показывает статистика и практика, в интернете доля пассивных потребителей, сознательно отказывающихся вносить какой-либо личный вклад в совместное творчество — даже когда создателями сетевого проекта специально предусмотрена, разработана и разрекламирована система свободного сотрудничества в общих творческих интересах — составляет свыше 95 процентов⁴⁹.

В этой классификации важно учитывать, что одно и то же лицо может одновременно выступать в нескольких ролях, в зависимости от задач, которые оно в конкретный момент решает, его профессиональных и личных качеств. С правовой точки зрения необходимо рассматривать субъект, опираясь именно на те его функции, которые были задействованы в момент юридически-значимого акта, анализ которого ведётся.

⁴⁹ Данная статистическая константа, которую следует учитывать при разработке всех подобных систем совместного создания объектов интеллектуальной деятельности в интернете, неоднократно подтверждалась различными независимыми исследователями. // <http://lurkmore.ru/95>

§2. Классификация объектов авторского права в интернете

Поскольку интернет является не только новым технологическим прорывом человечества, создающим принципиально иные, невиданные ранее реалии, подобные описанным в предыдущем параграфе — но, в первую очередь, глобальным информационным пространством, которое объединяет в себе объекты интеллектуальной собственности прежних, классических типов, наполняется ими и не перечёркивает их значимости, но напротив, служит донесению до общества ранее незаслуженно малоизвестных по причине естественных затруднений в прежних средствах коммуникации объектов — он сочетает в себе объекты как новых, так и традиционных типов.

Объекты авторского права в интернете классических типов

За описанием последних целесообразно обратиться к их легальному толкованию в 4-й части Гражданского кодекса РФ — ничто лучше и достовернее не опишет определённые законом объекты, чем сам закон.

Согласно статье 1259 4-й части ГК РФ, объектами авторского права являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения: литературные, драматические, музыкальные, аудиовизуальные, произведения изобразительного искусства, декоративно-прикладного и сценографического искусства, архитектуры, градостроительства, фотографические произведения, географические и другие произведения.

К объектам авторских прав также относятся программы для ЭВМ, которые

охраняются как литературные произведения⁵⁰, а также:

- производные произведения, то есть произведения, представляющие собой переработку другого произведения;
- составные произведения, то есть произведения, представляющие собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда.

Согласно пп. 5–6 статьи 1259, авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования. Не являются объектами авторских прав официальные документы, государственные символы и знаки, фольклор, сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер (новости, программы телепередач, расписания движения транспортных средств и тому подобное).

Рассмотрим объекты интеллектуальной собственности в более масштабной перспективе, с целью убедиться, не вводит ли новое информационное поле интернета каких-либо иных объектов интеллектуальной собственности, использование которых тесно переплетается с авторскими правами. Согласно Статье 1225 4-й части ГК РФ⁵¹, на территории Российской Федерации в настоящее время различаются и охраняются законом следующие результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации:

- 1) произведения науки, литературы и искусства;
- 2) программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ);
- 3) базы данных;
- 4) исполнения;
- 5) фонограммы;
- 6) сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания);
- 7) изобретения;
- 8) полезные модели;
- 9) промышленные образцы;

⁵⁰ Что, надо отметить, является весьма точной аналогией, поскольку при написании сложной программы автор выполняет такие же структурные, стилистические и синтаксические задачи, постоянно сверяя отдельные участки кода (имеющего точно так же текстовую природу) с общей концепцией произведения, уже выполненными либо намеченными к выполнению иными элементами — как и при работе над литературным произведением.

⁵¹ Ст. 1225 ГК РФ «Охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации».

- 10) селекционные достижения;
- 11) топологии интегральных микросхем;
- 12) секреты производства (ноу-хау);
- 13) фирменные наименования;
- 14) товарные знаки и знаки обслуживания;
- 15) наименования мест происхождения товаров;
- 16) коммерческие обозначения.

Как видим, в этом, установленном законом перечне можно чётко различить три составляющие: α — произведения искусства и культуры [1–6], включающие объекты авторского права и смежных прав; β — технологические инновации [7–12], относящиеся к объектам патентного права; γ — средства коммерческой индивидуализации [13–16].

Именно средства коммерческой индивидуализации и являются таковым новым объектом, тесно взаимодействующим с объектами авторского права в интернете. Согласно сложившейся практике, в интернете авторы зачастую намеренно отказываются от идентификации произведения посредством своего имени и выступают под псевдонимами, либо ассоциируют свои произведения с сайтами — их доменными именами, адресами и средствами индивидуализации, сходными со средствами коммерческой индивидуализации, перечисленными в главе 76 ГК РФ⁵²: фирменным наименованием, товарным знаком и знаком обслуживания, коммерческим обозначением — но имеющим существенное от этих перечисленных в законе объектов отличие в том, что они все выступают не как коммерческие обозначения, но именно как авторские, идентифицирующие совокупность авторского коллектива, посвятившего свой труд созданию данного конкретного составного произведения в интернете, и, собственно, этого произведения. Это принципиально новый юридический феномен, схожий с уже известным авторскому праву псевдонимом, но также имеющий от него очевидные отличия.

Возвращаясь к тексту упомянутой выше статьи 1225, следует отметить в нём шестой пункт — «сообщение в эфир или по кабелю радио- или

⁵² Глава 76 ГК РФ «Права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий».

телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания)», указывающий на то, что законодатель не рассматривает этот перечень объектов в строгом смысле, включив в него не собственно объект, но формат представления. Если продолжать эту логику, следует включить в этот или новый пункт статьи 1225 также и сайты, как «сообщение мультимедийной информации в рамках интернета»; а также домены — наряду с фирменными наименованиями, товарными знаками и коммерческими обозначениями.

ПРОИЗВЕДЕНИЯ ИСКУССТВА И КУЛЬТУРЫ	ТЕХНОЛОГИЧЕСКИЕ ИННОВАЦИИ	СРЕДСТВА КОММЕРЧЕСКОЙ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ
<ul style="list-style-type: none"> 1) произведения науки, литературы и искусства 2) программы для ЭВМ 3) базы данных 4) исполнения 5) фонограммы 6) сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач а) сообщение мультимедийной информации в рамках интернета 	<ul style="list-style-type: none"> 7) изобретения 8) полезные модели 9) промышленные образцы 10) селекционные достижения 11) топологии интегральных микросхем 12) секреты производства (ноу-хау) 	<ul style="list-style-type: none"> 13) фирменные наименования 14) товарные знаки и знаки обслуживания 15) наименования мест происхождения товаров 16) коммерческие обозначения β) доменные имена

Fig.1 Охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации

Учитывая природу интернета, как универсального информационного поля, предполагается, что он способен содержать все эти объекты в равной мере. Однако, в силу естественных причин, в нём особо выражена лишь часть из них, наиболее востребованных обществом посредством его формата. Так, практически полностью из контентного наполнения ресурсов интернета исключена часть, относящаяся к технологическим инновациям, патентному праву, а именно: изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем, секреты производства (ноу-хау). Их незачем сообщать широкой публике, их ценность — не в распространённости их *ubi et orbi*, но в доведении их до узкого круга специалистов, который и без интернета знают, где их искать⁵³.

Тогда как первая составляющая охраняемых законом объектов авторского права и смежных прав: произведения искусства и культуры, представлена

⁵³ Традиционное патентное право и обычай публикаций в научных изданиях превосходно справляются с задачей определения научного и технического приоритета и сообщения учёным и инженерам, работающих в смежных областях, что конкретная задача решена тем или иным образом.

максимально — на ней и строится информационное поле интернета, весь контент которого, по сути, и состоит из объектов текстового⁵⁴ (преимущественно: литературного, журналистского, эпистолярного: личная и, в большей мере, публичная переписка на формах и блогах), изобразительного (графического, живописного, фотографического, шрифтового, композиционного — относящегося к искусству вёрстки и подачи материала), аудио (мелодии, тексты, партии вокала и инструментов, аранжировки; начитки: аудиокниги, радиоспектакли, лекции, etc.; звуковые эффекты, звукозаписи), видео, и программистского искусства (в которое входят подотрасли дизайна, эргономики интерфейса, архитектуры и логики программы, написания легко читаемого, деконструируемого и развиваемого кода, архитектуры и наполнения БД).

⁵⁴ И, в значительной мере — не просто текстового, но гипертекстового: насыщенного перекрёстными ссылками на внутренние и внешние источники. Собственно, организация удобного гипертекста была первой и основной задачей ставшего базисом современного интернета языка разметки HTML — HyperText Markup Language. Сам термин «гипертекст» был предложен Т. Нельсоном в 1965 году для обозначения «текста ветвящегося или выполняющего действия по запросу».

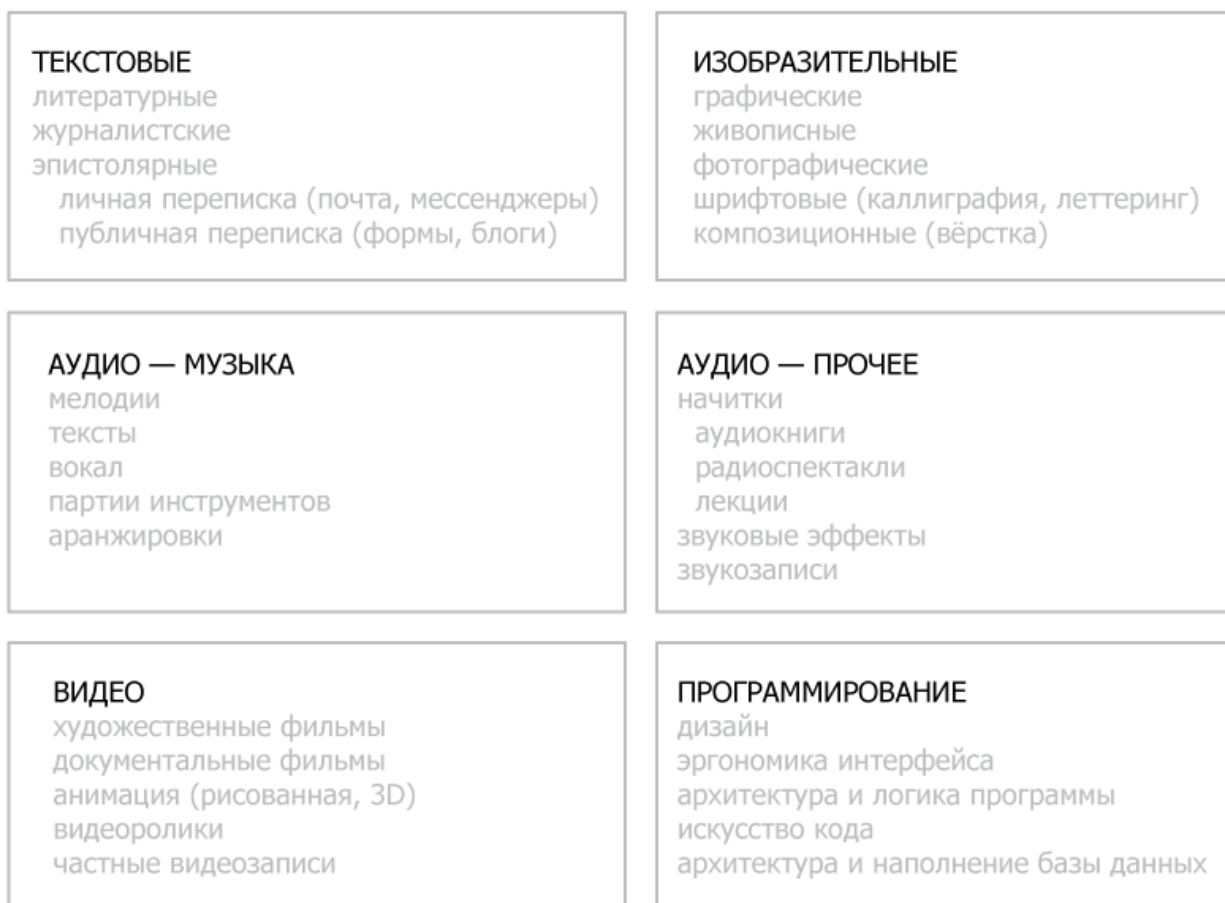


Fig.2 Классификация объектов контента информационного поля интернета

Объекты авторского права в интернете новых типов

Самый важный, и наиболее распространённый объект авторского права в интернете нового типа — это основной объект интернета, из множества которых он, собственно, и состоит: сайт, совокупность гипертекстовых документов, объединённых одной целью (факультативно: авторами, доменом, хостингом, дизайном, сайтовыми скриптами и базой данных).

Природа сайта, как объекта авторского права в интернете, дуалистична. По сути своей сайт является сложным, составным объектом авторского права, сочетающим в себе такие обособленные произведения интеллектуального творчества, как графический товарный знак и фирменный стиль, веб-дизайн,

вёрстку, серверные программы (движок сайта, site engine), контент и прочее — то есть результаты интеллектуального труда самых разных областей: графического дизайна, фотографии, программирования, литературного творчества, маркетинговых исследований и прочих. Таким образом возможно рассматривать его как набор этих отдельных произведений. Но также важно учитывать, что все они сочетаются в едином объекте, имеющим ценность зачастую лишь в совокупности, неделимом на элементы без потери своих потребительских качеств. Так, графический товарный знак, используемый на сайте, от него не зависит, его полезность сохраняется и при автономном применении, однако такие составляющие, как скрипты сайта уже самым тесным образом связаны с веб-дизайном и вёрсткой, а все объекты вместе нельзя отделить от результатов усилий по привлечению на сайт достаточного для его целей количества посетителей (приблизительный аналог тиража в бумажных изданиях, но имеющий другие механизмы формирования, стоимостные модели и иную ценность).

Итак, сайт возможно рассматривать, как набор отдельных, и отдельно защищаемых объектов авторского права, особенно, если каждый из них создавался отдельным автором, но в аспекте вещных прав на сайт: владения, пользования и распоряжения, он уже представляется единым комплексом со следующей структурой:

- посещаемость (аудитория, тираж) → домен (URI, адрес сайта) → сайт :
- средства индивидуализации⁵⁵ (совокупность доменного имени-названия-логотипа⁵⁶)
 - контент (текстовые, графические, фото-, видео-, аудио- объекты авторского права)
 - вёрстка (HTML/XML, CSS)
 - оформление и интерфейс (эргономика, интерактивность, функциональность фронт-энда)
 - скриптовая основа сайта (основной + вспомогательные скрипты): Perl, PHP, JS, AJAX...
 - база данных
 - творческие усилия, вложенные в привлечение на сайт посещаемости: SEO, рекламные кампании, etc.

⁵⁵ Ст. 1538 ГК РФ «Коммерческое обозначение»

⁵⁶ Здесь умышленно используется не юридический термин *товарный знак*, а профессиональный термин коммерческого дизайна и рекламы, идентифицирующий данный объект не по правовому статусу, а по утилитарному — поскольку в применении к сайтам лишь малая доля правообладателей регистрирует данные текстово-графические средства индивидуализации в качестве товарного знака, что вызвано объективными сложностями данной процедуры защиты их прав, создаваемыми существующей правоприменительной практикой.

Здесь домен привязан к сайту, как его атрибут, который можно сменить, но при этом будет утрачена достигнутая посещаемость. Посещаемость же важна, и должна быть включена в комплекс, поскольку сколь бы ни был развит сайт, как много в него ни было бы вложено интеллектуального труда, без неё он не имеет объективной ценности, как не имеет ценности такой объект, как периодическое издание, изданное тиражом в один экземпляр.

Необходимо отметить, что в случае установления неправомерного использования в данной структуре сайта объектов чужого авторского права, данное соображение о его единстве несущественно, и нарушение права должно быть устранено в любом случае: путём изъятия конкретного контрафактного объекта и замены на другой, легальный, либо заключения сделки на приобретение прав на использование авторского объекта.

* * *

Сайты, как комплексные объекты авторского права, можно также классифицировать по их формату и задачам, подобно тому, как закон разделяет печатные издания на книги, СМИ, рекламные издания, и т.д. При этом следует учитывать, что у этой классификации уже есть своя история, указывающая на её динамику и, следовательно, неизбежное эволюционное изменение состава и вида объектов авторского права в интернете. В настоящий момент мы выступаем свидетелями второго этапа интернета, начавшегося около 2000 года и развившегося в должной мере лишь пару лет назад: этапа, получившего наименование Web 2.0. В первый этап интернет преимущественно состоял из личных проектов, в него только начали приходить коммерческие отношения, и было крайне мало проектов, основанных на сотрудничестве и социальном взаимодействии. Сайты, наполнявшие его (а следовательно и саму информацию), можно было классифицировать следующим образом:

- частные проекты, создаваемые в качестве хобби, посвящённые личным

увлечениям (основной объём общественно-полезной информации) с такими зачаточными средствами социальной интеракции, как гостевые книги;

- сайты-визитки коммерческих юридических лиц, в основном без каталогов товаров и систем интернет-продаж;

- официальные сайты учреждений и организаций (так, в США для этого были отведены специальные доменные зоны: .org, .gov, .mil...);

- первые площадки для общения: общие и тематические форумы, чаты;

- первые СМИ и развлекательные издания, контент для которых преимущественно создавался штатными редакторами.

К настоящему же времени фокусы сместились, сайты стали более интерактивными, их разработчики и владельцы осознали, что накладные расходы на создание и наполнение сайтов востребованным контентом силами штатных команд (редакционных коллегий) зачастую несопоставимы с приносимым сайтами доходом, и переориентировали модель создания на то, что изобретатель интернета профессор Т. Дж. Бернерс-Ли охарактеризовал, как «пользователи для пользователей». В итоге, состав сайтов и, соответственно, объектов авторского права в их контентной части стал иным:

- проекты физических и юридических лиц, создаваемые на государственные гранты, либо для извлечения коммерческой выгоды от рекламы; доля альтруистических образовательных проектов значительно снизилась ввиду отсутствия поддержки от государств и введению прямых запретов и санкций со стороны реформированного авторского права;

- сайты коммерческих юридических лиц, с каталогами товаров и системами интернет-продаж — интернет-магазины, как феномен чистой онлайн-коммерции;

- социальные сети, крупные тематические форумы;

- сетевые многопользовательские игры;

- сайты, совместно наполняемые контентом и информацией о происходящем в мире и информационном поле интернета в рамках

задаваемого владельцами формата, агрегаторы ссылок и контента;

- официальные сайты учреждений и организаций в значительно большем охвате с механизмами интерактивности;

- крупные новостные агентства, сетевые СМИ, развлекательные издания, контент для которых преимущественно создаётся посетителями;

- ресурсы, специально посвящённые созданию объектов совместного творчества: в первую очередь программистского, энциклопедического;

- ресурсы, посвящённые демонстрации объектов авторского права (преимущественно изобразительных: фото, графика, живопись), заливаемых на сервер самими авторами.

Произошёл перенос субъектного состава авторского права в интернете от индивидуального творчества, либо чётко определённой группы соавторов к неопределённому числу соавторов, открытому для ежедневного вступления в него новых участников, и выходу старых. В традиционном авторском праве подобные модели немыслимы, и тем не менее, они — именно то, что продвигает вперёд авторские отношения в интернете. Соответственно сменился и объектный состав: если раньше каждый объект имел определённого автора и был наделён признаками произведения индивидуального труда (и, в первую очередь, ограничен ими — в данном применении роль временных затрат, кругозора автора и его профессиональных навыков неизбежно сказывается на объекте) — то теперь объекты всё чаще выступают результатом совместного интеллектуального творчества множества различных авторов, при котором в них сочетаются различные специализации, редко сочетающиеся в одном авторе (труд программистов, верстальщиков, арт-директоров, специалистов по эргономке интерфейсов, копирайтеров, иллюстраторов, фотографов, специалистов по повышению посещаемости; и любых прочих профессий, объём которых ограничен лишь тематикой данного совместного проекта) и, следовательно, невозможные прежде, когда не существовало технической возможности подобного открытого множественного соавторства.

При совершенствовании законодательства, регулирующего авторское право в интернете, необходимо учитывать появление подобных новых объектов авторского права самых различных — полиморфных, ввиду открытости объёма участвующих в них субъектов, о котором было указано ранее — типов.

§3. Содержание авторских прав в интернете и основания их возникновения

Авторские права (в современном российском законодательстве им посвящена глава 70 ГК РФ) входят в более общую группу интеллектуальных прав наряду со смежными правами (глава 71), патентными правами (глава 72), правами на селекционные достижения (глава 73), правами на топологии интегральных микросхем (глава 74), правами на секрет производства (ноу-хау) (глава 75), правами на средства индивидуализации (глава 76), правами на технологию (глава 77). Авторскими правами являются интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства.

Авторские права принято делить на следующие составляющие⁵⁷:

1. личные неимущественные права:
 - 1.1. право на обнародование произведения.
 - 1.2. право авторства;
 - 1.3. право автора на имя;
 - 1.4. право на неприкосновенность произведения;
2. имущественные права (исключительное право на произведение);
3. иные права
 - 3.1. право на вознаграждение за использование служебного произведения,
 - 3.2. право на отзыв
 - 3.3. право следования
 - 3.4. право доступа, и другие.

Важной особенностью авторских прав является то, что по общему правилу они не зависят от права собственности на материальный носитель (вещь), в

⁵⁷ Статья 1226 ГК РФ «Интеллектуальные права», статья 1255 ГК РФ «Авторские права».

котором выражен соответствующий результат интеллектуальной деятельности⁵⁸, и переход права собственности на вещь не влечет переход или предоставление прав на результат интеллектуальной деятельности, выраженный в этой вещи. Исключение составляют случаи отчуждения оригинала произведения его собственником, обладающим исключительным правом на произведение, но не являющимся автором произведения. В этих случаях презюмируется, что исключительное право на произведение переходит к приобретателю оригинала произведения, если иное не указано в договоре.⁵⁹

Личные неимущественные права неразрывно связаны с личностью автора и являются неотчуждаемыми. Они принадлежат автору независимо от имущественных прав, которые он, в свою очередь, может уступить иным лицам. Первый пункт статьи 6bis Бернской конвенции гласит⁶⁰:

Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав он имеет право требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора.

Следует, однако, отметить, что неимущественные права тем не менее могут быть связаны и с имущественными интересами автора, e.g. в случае, когда имя автора становится известно общественности и выступает залогом качества и стиля его произведений. В этом случае публикация с нарушением *права автора на имя* ведёт к прямому репутационному и имущественному ущербу. Здесь неимущественное авторское право на имя выступает аналогом прав на средства индивидуализации⁶¹.

⁵⁸ Статья 1227 ГК РФ «Интеллектуальные права и право собственности».

⁵⁹ Статья 1291 ГК РФ «Отчуждение оригинала произведения и исключительное право на произведение».

⁶⁰ Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений. (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works). 9 сентября 1886 // <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/index.html>

⁶¹ Глава 76 4-й части ГК РФ «Права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий».

Исключительное право на произведение состоит в свою очередь из следующих правомочий по его использованию⁶²:

- 1) воспроизведение произведения, то есть изготовление экземпляров произведения в любой материальной форме;
- 2) распространение произведения путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров;
- 3) публичный показ произведения, то есть любая демонстрация;
- 4) импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения;
- 5) прокат оригинала или экземпляра произведения;
- 6) публичное исполнение произведения;
- 7) сообщение в эфир;
- 8) сообщение по кабелю;
- 9) перевод или другая переработка произведения;
- 10) практическая реализация дизайнерского проекта;
- 11) доведение произведения до всеобщего сведения.

В применении к теме настоящей работы мы видим, что публикация в интернете, технически реализуемом посредством группировок орбитальных спутников, волоконно-оптической, проводной, телефонной и эфирной связи, относится к пунктам *сообщение в эфир* и *сообщение по кабелю*. Следует однако отметить, что в интересах совершенствования законодательства имеет смысл выразить подобные реалии менее иносказательно.

* * *

Авторские права, согласно статье 1259 ГК РФ⁶³, распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения выраженные в какой-либо объективной форме, в том числе в письменной, устной (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и иной подобной), в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме. Таким образом, чтобы заявить о начале охраны, удостоверив идентичность произведения как охраняемого объекта и

⁶² Статья 1270 ГК РФ «Исключительное право на произведение».

⁶³ Статья 1259 ГК РФ «Объекты авторских прав».

соответствие его автору, не требуется доведение произведения до общественности путём публикации — охрана начинается автоматически по созданию произведения. Основанием возникновения авторских прав является сам факт наличия произведения в объективной форме — который, тем не менее, имеет смысл зафиксировать на какую-либо дату, чтобы в случае кражи неопубликованного оригинала либо его копии и последующего судебного оспаривания наличия авторских прав, автор имел доказательства своего авторства. В настоящее время закон не обеспечивает должной охраны авторских прав в подобных ситуациях. В третьей главе данной работы предлагается универсальный правовой механизм обеспечения такой охраны.

Для осуществления и защиты авторских прав не требуется регистрация произведения или соблюдение каких-либо иных формальностей. В отношении программ для ЭВМ и баз данных возможна регистрация, осуществляемая по желанию правообладателя в соответствии с правилами статьи 1262 ГК⁶⁴. По ним, правообладатель в течение срока действия исключительного права на программу для ЭВМ или на базу данных может по своему желанию зарегистрировать такую программу или такую базу данных в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Автору результата интеллектуальной деятельности принадлежит право авторства⁶⁵, право на имя и иные личные неимущественные права. Право авторства, право на имя и иные личные неимущественные права автора неотчуждаемы и непередаваемы. Отказ от этих прав ничтожен. Авторство и имя автора охраняются бессрочно.

Исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у его автора. Это право может быть передано автором другому лицу по договору, а также может перейти к другим лицам по иным основаниям, установленным

⁶⁴ Статья 1262 ГК РФ «Государственная регистрация программ для ЭВМ и баз данных»

⁶⁵ Статья 1228 ГК РФ «Автор результата интеллектуальной деятельности».

законом.

Права на результат интеллектуальной деятельности, созданный совместным творческим трудом двух и более граждан (соавторство), принадлежат соавторам совместно.

§4. Особенности судебной защиты авторских прав в интернете

Судебная практика в Российской Федерации в отношении защиты авторских прав в интернете в целом не развита на должном уровне, что вызвано многолетним игнорированием со стороны закона этой части общественных отношений. Закон традиционно оставлял без определения возникающие коллизии, относя их на область действия морали и обычаев. Которые, в свою очередь, тяготеют к примату права на получение и распространение информации над частно-правовыми, коммерческими интересами отдельных лиц. Право, собственно, и происходит из признания интересов развития общества превыше частных. Таким образом, интернет, созданный технически в качестве общечеловеческой области свободного интеллектуального сотрудничества, закрепляется в этом качестве и моралью. Любые правовые конфликты в этом поле традиционно урегулируются во внесудебном порядке, выстроенном на общем признании права автора на результаты своего труда и необходимости прекращения любого его использования третьими лицами по требованию правообладателя. Исключение составляют лишь такие споры, где участвуют хозяйствующие субъекты и предметом разбирательства является прибыль, полученная в результате использования чужой интеллектуальной собственности. Эти споры имеют примерно следующую классификацию: α — контрафакция; β — отзыв авторами охраняемых объектов из интернета (здесь мотив другой,

нет извлечения прибыли); γ — конфликты между правообладателями (в т.ч. за схожие объекты, попытки заявить права на общие идеи, общественное достояние, etc.) В ней, с точки зрения правоправедения, нет достаточного спектра представляющей академический интерес фактологии — однако ряд замечаний в её отношении имеет смысл сделать.

В качестве наиболее характерных примеров судебной практики по проблематике данного исследования рассмотрим относящиеся к авторскому праву в интернете постановления Федерального арбитражного суда Московского округа, как суда кассационной инстанции, осуществляющего проверку законности судебных актов, принятых арбитражными судами города Москвы и Московской области. Данный выбор связан с тем, что арбитраж наиболее соответствует описанной выше области правоприменения, инстанция ФАС МО является достаточно высокой для того, чтобы обобщать и более точно квалифицировать судебный опыт более низких инстанций⁶⁶, а его региональная прикреплённость наиболее соответствует задаче данного исследования, ввиду того, что с учётом характера российской экономики именно Москва и Московская область являются естественным технопарком РФ, в котором, ввиду неравномерного информационного и инновационного развития прочих регионов, столетнего государственного курса на концентрацию научно-технического и культурного потенциала всей страны в столичном регионе, собрана значительная часть субъектов, вступающих в отношения в области интеллектуального права в интернете.

* * *

Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 29 марта 2010 г. N КГ-А41/2292-10 (Дело N А41-14240/09).

⁶⁶ Ст. 24 Федерального конституционного закона от 28.04.1995 №1-ФКЗ (ред. от 30.04.2010) «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (одобрен СФ ФС РФ 12.04.1995) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. №18. Ст. 1589.

ООО "Витал-ПК" (<http://www.pkvital.ru>) обратилось с исковым заявлением к ООО "Богородск Мебель" (<http://www.bogorodskmebel.com>) о взыскании компенсации за 24 случая неправомерного использования фотографических произведений в размере 240.000 руб.

В соответствии со ст. 49 АПК РФ⁶⁸ истцом было заявлено ходатайство об увеличении исковых требований в части взыскания компенсации до 2 400 000 руб. (л.д. 127, том 1).

Первый комментарий по данному делу: размещение фотографий продукции в каталоге на сайте конкурентов не может нанести ущерб в размере 2 400 000 рублей. Даже 240 000 р. является более чем высокой компенсацией за неправомерное использование фотографий чужой продукции, и может быть отнесено разве что на счёт компенсации судебных издержек. Здесь нет ни репутационного ущерба, ни ущерба продажам правообладателя, ни необоснованного обогащения ответчика. Ответчик не в праве использовать фотоматериалы, снятые сотрудником конкурирующей компании, однако принуждение его к соблюдению закона путём заведомо более сурового ужесточения наказания аналогично введению смертной казни за выгул собак на детских площадках. Отметим, что претензии самого автора произведения здесь не фигурируют, спор имеет сугубо коммерческую природу.

В кассационной жалобе ответчик просит решение отменить, приводя следующие доводы: - протокол осмотра сайта нотариусом не может являться надлежащим доказательством по настоящему делу, как совершенный с нарушением норм закона.

Здесь отметим, что в качестве юридической фиксации фактов применяется нотариальное заверение увиденного нотариусом на экране, где нотариус выступает в качестве заведомо беспристрастного и пользующегося доверием

⁶⁷ Следует отметить, что домен третьего уровня www. с самого начала интернета не является ни обязательным, ни выполняющим сколько-нибудь полезную функцию, и использование его в обиходе, а тем более в официальных документах, в качестве идентификации принадлежности домена собственнику, является ошибочным и могущим ввести в заблуждение, в том числе по правовым вопросам — так фигурируя в договоре о передаче домена, www. подменяет объект договора с домена второго уровня, на домен третьего, что ведёт к умалению прав приобретателя. Будучи избыточным алиасом (альтернативным адресом основного ресурса) домена второго уровня, он имеет смысл лишь тогда, когда основной домен настроен неверно и не отдаёт файлы по запросу без www., что в свою очередь является грубой технической ошибкой. К слову, немногие знают, что основатель WWW Тим Бернерс-Ли также лично посоветовал не использовать двойной слэш после [http](http://)., как избыточный синтаксис.

⁶⁸ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 №95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. №30 (1 ч.). Ст. 3012.

суда свидетеля⁶⁹.

Довод заявителя кассационной жалобы о том, что протокол осмотра сайта нотариусом не может являться надлежащим доказательством по настоящему делу, как совершенный с нарушением норм закона, отклоняется судом кассационной инстанции, поскольку в соответствии с ч. 1 ст. 71 АПК РФ Арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению.

Защиту следовало строить на иных принципах, не на попытках опротестовать форму закрепления юридического факта. Либо, если нотариальное заверение было получено с искажением фактов — предоставить суду факты, подтверждающие обратное подтверждённому им.

Истец обратился к ответчику с требованием о прекращении незаконного использования фотографий школьной мебели и удалении их с сайта ответчика. Ответа на данную претензию со стороны ответчика не последовало.

Здесь мы видим нарушение уже рассмотренного выше порядка досудебного урегулирования споров подобного рода. Общей рекомендацией является немедленное рассмотрение подобных претензий стороной, разместившей чужие материалы и незамедлительное удовлетворение их. Неэтично загружать суды работой над настолько очевидными делами, в случае злоупотребление подобным это может вызвать паралич судебной системы. Одним из способов борьбы с этим может служить существенное повышение ставок государственной пошлины по данному типу дел. Другим, с учётом массовости — выделение подобных дел в отдельное производство, не требующее разносторонней судебской квалификации, но лишь отработанной процедуры технического доказывания наличия прав и их нарушения.

По результатам рассмотрения данного дела суд постановил:

Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 09 декабря 2009 г. по делу N А41-14240/09⁷⁰ оставить без изменения, кассационную жалобу ООО "Богородск Мебель" — без удовлетворения.

⁶⁹ Robert A. Heinlein. *Stranger in a Strange Land*. 1961. Putnam Publishing Group, ISBN 0-399-10772-X

⁷⁰ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 09 декабря 2009 г. по делу N А41-14240/09 // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=card;div=ARB>

* * *

Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 23 марта 2010 г. N КГ-А40/608-10 (Дело N А40-64083/07-133-440).

Важно отметить, что осмотр сайта на предмет выявления нарушений авторских прав является наиболее простым и общедоступным методом фиксации подобных юридических фактов — однако, не самым однозначным.

Обращаясь в суд, истец ссылается на то, что ответчик без законных оснований использует рисунок на афишах, буклетах при проведении фестивалей в 2002–2007 годах, упаковках кассет, что **подтверждено материалами дела, в том числе осмотром сайта**, проведенным судом первой инстанции.

Дело в том, что информация на сайте, в отличие от печатных носителей, имеет не вещественную природу, а информационную, i. e. может быть искажена на любом участке передачи посетителю в любое время. В случае подлога, намеренных искажений этой информации, следует строить защиту, опираясь на необходимость однозначного установления заявленных фактов с привлечением сторонних свидетелей и экспертов. Известны случаи, когда истец в доказывании опирается на информацию, единственным источником которого является его собственная база данных, внести выгодные ему изменения в которую он мог в любой момент времени без каких-либо временных, организационных и финансовых затрат. Опирается на подобные quasi-факты означает опираться на голословные заявления сторон.

* * *

Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 1 апреля 2010 г. N КГ-А40/2382-10 (Дело N А40-69677/09-27-553).

Нельзя не упомянуть о наиболее массовом, хоть и наименее опасном для общества нарушении авторских прав в современном интернете — заимствовании фрагментов чужих журналистских текстов. Здесь речь идёт не о новостных сообщениях, исключённых из перечня объектов авторских

прав⁷¹:

6. Не являются объектами авторских прав: [...]

4) сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер (сообщения о новостях дня, программы телепередач, и тому подобное).

— но об авторском тексте, который отличает литературный строй и выбор лексем.

ООО «Спорт сегодня» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к ЗАО «Спорт-Экспресс» об обязанности прекратить нарушение исключительного права и снять статьи, содержащие фрагменты из статей истца с размещения на сайте sport-express.ru, разместить на сайте судебный акт о допущенном нарушении и взыскать в порядке ст. ст. 1252 и 1301 ГК РФ компенсацию в размере 10 000 руб. Решением Арбитражного суда города Москвы от 20.11.2009 исковые требования удовлетворены.

Здесь мы наблюдаем изначально вполне справедливые, в отличие от многих иных схожих дел, исковые требования.

В кассационной жалобе ЗАО «Спорт-Экспресс» просит решение отменить, ссылаясь на то, что Егоров И.В. и Гончаренко В.М. не состоят с истцом в трудовых отношениях, а потому данные статьи не могут быть признаны произведением, созданным в порядке служебного задания. Основным доказательством является представленный истцом протокол осмотра информационных ресурсов от 08.06.2009 на сайтах sport-express.ru и sport.ru. В связи с этим, истец не доказал, что на предшествующую этому событию дату использования журналистами ответчика цитат из блогов И.В. Егорова и И.С. Гончаренко фамилия И.С. Калашникова, работника истца, была указана в данных блогах.

Обратим внимание на уже рассмотренную отсылку к недостаточно твёрдой временной фиксации доказательств размещения материала на сайте, а также на применение такого термина, как блог (blog от web-log, сетевой дневник, частный авторский публицистический проект). Как видим, суд успешно оперирует подобными терминами, несмотря на то, что они гораздо моложе интернета и прочих информационных отношений в нём, получили широкое распространение совсем недавно. Это верное отношение юридического к материальному, противоположное тенденции искусственно закреплять в нормативно-правовых актах давно отмершую терминологию, как в случае применения в ГК термина «ЭВМ», вышедшего из обихода ещё в СССР.

⁷¹ Ст. 1259 ГК РФ «Объекты авторских прав».

* * *

Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27 января 2011 г. N КГ-А40/16509-10-1,2 (Дело N А40-75669/08-110-609).

ООО «Ньюс медиа-Рус» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к ОАО «Телерадиокомпания Вооруженных Сил РФ „Звезда“» о взыскании 5 000 000 р. компенсации за нарушение исключительных авторских прав. Решением Арбитражного суда г. Москвы от 14.09.2010 исковые требования удовлетворены частично в размере 200 000 р.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 24 ноября 2011 года решением суда первой инстанции отменено. В удовлетворении иска отказано. Судебный акт мотивирован тем, что аудиовизуальное произведение было размещено истцом в свободном доступе, ответчик при использовании фрагмента произведения (видеосъемки) указал на источник заимствования, сохранив логотип истца, следовательно, ответчик выполнил все обязательные требования ст. 1274 ГК РФ и не может быть привлечен к ответственности за нарушение исключительных авторских прав истца.

В кассационной жалобе истец просит постановление суда апелляционной инстанции отменить, решение суда первой инстанции оставить в силе.

Характерный пример добросовестного использования чужой интеллектуальной собственности, наступившее по факту опубликования произведения правообладателем в свободном доступе.

При этом аудиовизуальное произведение было размещено истцом в свободном доступе на сайте lifenews.ru, и ответчик при его использовании указал на источник заимствования, сохранив логотип истца «LIFESHOWBIZ».

Это модельные отношения, которых следует придерживаться в интернете. Интернет создан для распространения информации, не для её сокрытия или намеренного создания провокаций путём опубликования произведений в целях последующего судебного преследования лиц, обративших на него внимание и затративших усилия на дальнейшее распространение на иных сайтах в целях донесения до общественности сведений о высоких полезных свойствах данного произведения. По данному делу ФАС МО постановил:

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.11.2010 года по делу N А40-91447/10-12-585 оставить без изменения, кассационную жалобу ООО «Ньюс Медиа-Рус» — без удовлетворения.

* * *

Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27 января 2011 г. N КГ-А40/16509-10-1,2 (Дело N А40-75669/08-110-609).

ООО «Топ 7» обратилось с иском к ЗАО «Софткей», ООО «Дигната Медиа», ООО «Агава-софт» о взыскании 210 000 руб. компенсации за нарушение исключительного имущественного права истца на 21 фотографическое произведение с каждого ответчика и запрете использования ООО «Дигната Медиа» спорных фотографических произведений.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 24.06.2010 г. исковые требования удовлетворены в части взыскания в пользу истца по 10 000 рублей компенсации. Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.09.2010 г. решение суда изменено. С каждого ответчика в пользу истца взыскано по 210 000 руб. компенсации.

В кассационных жалобах ЗАО «Софткей» и ООО «Агава-Софт» просят принять судебный акт об отказе в удовлетворении требований истца, ссылаясь на то, что судом не было произведено сличение фотографий, содержащихся в файле с наименованием Vietnam.zip, и фотографий, содержащихся в электронной книге «Путеводитель: Вьетнам».

Не вполне верное с технической точки зрения протоколирование фактов. Сличение не более важно, чем подтверждение собственно прав на произведение и удостоверение аутентичности представленных суду доказательств: формулировка «файл с наименованием...» является не более чем описанием обезличенного контейнера с неустановленным вложением. Здесь презюмируем, что сличение и подтверждение прав и аутентичности всё же было. К такому же выводу приходит далее и суд.

ООО «Агава-Софт» приводит доводы о том, что является организацией-провайдером и не может нести ответственность за передаваемую информацию, если она не инициирует передачу такой информации, не выбирает получателя информации и не влияет на целостность информации.

Налицо иск к ненадлежащему ответчику. Характерная особенность подобных дел, вызванная недостаточной технической и правовой осведомлённостью сторон, что, в свою очередь, вызвано недостаточной разработанностью, неопределённостью норм права в отношении интернета. К ответственности за контрафакцию третьими лицами неверно привлекать такие стороны, как хостеров или провайдеров. Суть их профессиональной

деятельности состоит в предоставлении всем желающим доступа в сеть и хостинга сайтов. Это так же неправомерно, как привлекать в качестве ответчика энергетическую компанию, предоставившую электроэнергию, на которой работали компьютеры в момент доказываемого злоупотребления правом. Хостеры и провайдеры не вправе ограничивать права своих клиентов иначе как имея на то судебное предписание. Однако, после получение подобного предписания они уже должны отвечать за его неисполнение, и лишь в этом случае.

Согласно пунктам 43.2-43.3 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 26.03.2009 г. N 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой ГК РФ» компенсация подлежит взысканию при доказанности факта нарушения, при этом правообладатель не обязан доказывать размер понесенных убытков. Рассматривая дела о взыскании компенсации в размере от десяти тысяч до пяти миллионов рублей, суд определяет сумму компенсации в указанных законом пределах по своему усмотрению, но не выше заявленного истцом требования. При этом суд не лишен права взыскать сумму компенсации в меньшем размере по сравнению с заявленным требованием, но не ниже низшего предела, установленного соответствующей статьей ГК РФ.

Норма, закрепляющая возможность для злоупотребления правом, при котором правообладатель любого из миллиардов объектов авторского права, из которых и состоит интернет, зафиксировав в интернете использование своего объекта, может подать иск к владельцу сайта и его хостеру и получить с них гарантированную законом сумму в размере до пяти миллионов рублей — это при том, что ни владелец сайта, ни хостер могут либо вовсе не иметь отношения к размещению материала на их технологической площадке, либо добросовестно заблуждаться в отношении его несвободного правового статуса. Здесь даже не вполне уместно использование термина «заблуждаться», поскольку само существование интернета презюмирует, что все выкладываемые в него материалы изначально передаются правообладателями в общественное достояние, что их свободную публикацию инициируют сами авторы и правообладатели. Именно это — общее правило, иски об отзыве авторских материалов являются крайне редким исключением.

В целях скорейшего устранения этой опасной лакуны в современном российском праве, позволяющей в результате злоупотребления законом присваивать у любого выбранного ответчика, имеющего современный сайт с возможностью интерактивных публикаций со стороны анонимных посетителей, произвольные суммы в пределах до пяти миллионов рублей⁷² — предлагается закрепить такой порядок судебной защиты, при котором с ответчика снимается мотив умышленного нарушения чужих прав на интеллектуальную собственность в случае, если судом доказано, что помимо его сайта спорные материалы были также размещены на других, не аффилированных с ним ресурсах интернета в свободном доступе ранее. И, таким образом, деликт отсутствует, выбранный истцом ответчик не вводил объект в оборот противозаконно, а использовал его добросовестно, как уже введённый (по презумпции, законно) в свободный оборот. Чтобы при этом встречно защитить права истца, рекомендуется закрепить порядок досудебных претензий, например введя рецепцию из англо-саксонского права, при которых обязать истца приводить доказательства своего права на отзыв опубликованного произведения; лишь отказ удовлетворить подобную претензию может правомерно рассматриваться судом, как деликт, умышленное нарушение законных интересов иного лица.

* * *

На примере подобных дел мы видим, как часты попытки злоупотребления правом, при которых правообладатель стремится извлечь выгоду из дела, при котором ему не был нанесен значимый материальный и репутационный вред.

⁷² Существует тенденция к существенному снижению исковых требований судами, более справедливой судебной оценке. Так, к примеру, постановлением Десятого арбитражного апелляционного суда от 25 мая 2011 г. по делу N А41-24963/10 исковое требование о выплате компенсации незаконное использование товарного знака в доменном имени «pekkaniska.ru» с 1 000 000 рублей в пользу каждого из истцов снижено до 5 000, что является справедливой оценкой для данного рода нанесённого вреда.

С учётом подобной практики, а также наличие в интернете миллиардов таких материалов, как отдельные фотографии, графические элементы и фрагменты текстов, и тому факту, что интернет, собственно, и собран из них, и если человечество будет продолжать попытки подчинить интернет устаревшей букве закона, а не её — духу закона и новым реалиям, то оно таким образом запретит себе интернет.

Рекомендация настоящей работы: заменить в нормах права положения, позволяющие правообладателям требовать от разместивших в интернете материалы (α — небольшие по объёму, разработка которых стоила незначительно; β — не продающиеся, что существенно; за распространение которых разместивший не пытается получить с пользователей плату) материальные компенсации, несоизмерные нанесённому таким размещением вреду (как правило, вовсе отсутствующему в указанных случаях) на предписания о прекращении правонарушения в случае инициирования правообладателем процесса защиты своих прав, и вводить санкции лишь в случае невыполнения подобных предписаний.

Глава 3. Предложения по совершенствованию законодательства в отношении авторского права в интернете

§1. Авторское право: генезис, цели и задачи. Сопоставление двух переломных моментов в развитии: распространения книгопечатания и появления интернета. Срок действия исключительных прав

Историю авторского права, как юридической отрасли принято исчислять с 1709 года⁷³, когда в Великобритании вступил в действие первый нормативно-правовой акт, вводящий защиту прав авторов и потребителей в отношении результатов интеллектуальной деятельности: «An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned» (Акт о поощрении учёности путём наделения авторов и покупателей правами на копирование печатных книг на нижеуказанный период времени). Его общепринятое сокращённое название: The Statute of Anne, Copyright Act 1709 (Статут королевы Анны)⁷⁴. Отсюда и пошёл английский термин «copyright» — право создавать печатные копии. Ключевых новшеств в Статуте королевы Анны было два: он делегировал авторам существенную часть объёма прав, ранее считавшихся правами издателей и книготорговцев — и таким образом служил расцвету классической британской литературы; также он устанавливал ограниченный срок действия прав на опубликованные произведения, по окончании которого они переходили в общественное достояние — и таким образом возвращал в общественное достояние

⁷³ Sherman Brad, Lionel Bently — The making of modern intellectual property law: the British experience, 1760-1911. Cambridge University Press. pp. 207. ISBN 9780521563635.

⁷⁴ Факсимиле и расшифровка Copyright Act 1709 на языке оригинала: <http://copyrighthistory.com/anne.html>

произведения, ранее находившиеся в бессрочной собственности издательств.

Основные положения Статута королевы Анны⁷⁵: правом на текст обладает автор. Он может продать своё право издателю на 14 лет, по истечении которых может оформить и продать права на второй срок (ещё на 14 лет), иначе произведение переходит в общественное достояние⁷⁶; перед публикацией произведение нужно зарегистрировать в специальном списке; требование передавать экземпляры произведения в некоторые библиотеки.

До вступления Статута королевы Анны в действие в 1710 году, общепринятая практика заключалась в том, что автор, продавая своё произведение в целях публикации, терял на него права, полностью и окончательно передавая их издателю. Мы видим здесь рецепцию вещного права, которая изначально была неправомерной⁷⁷, порождая монополию издателей и отчуждение прибыли стороне правоотношений, которая не создаёт общественное благо, однако, следуя букве закона, распоряжается прибылью от него, диктуя свои условия авторам и потребителям. Злоупотребление монопольным положением со стороны издателей здесь очевидно, поскольку, как и в наше время, материальные активы, достаточные для выпуска печатного тиража, недоступны каждому, кто даже пусть и желал бы издавать книги — и сосредоточены в руках ограниченного круга предпринимателей, располагающих соответственным оборудованием, финансами и производственными площадями, создавая объективные предпосылки для картельного сговора. Немаловажно отметить, что и спустя триста лет, в наше время, точно так же в издательском деле фактически не установилось свободного рынка, где автор может свободно выбирать

⁷⁵ Статьи: http://en.wikipedia.org/wiki/Statute_of_Anne,
http://ru.wikipedia.org/wiki/Статут_королевы_Анны

⁷⁶ Bainbridge, David I (2006). Intellectual Property. Pearson Education. pp. 30. ISBN 9781405801591

⁷⁷ Рецепция вещного права в данном случае представляется неправомерной ввиду того, что здесь мы имеем дело не с конечной вещью, которую приобретатель может лишь единожды потребить в собственных интересах, а с объектом, предназначенным для тиражирования и последующей перепродажи неопределённому кругу потребителей, да ещё имеющим по сути нематериальную, информационную природу — что было вновь для отношений того времени.

издательство, которому конкуренция диктует предоставлять автору максимально выгодные условия, делить прибыль от изданной книги по-партнёрски, как взаимозаменяемых для успешного выполнения общей задачи сторон. По-прежнему над автором довлеют стандартно навязываемые ему типовые договоры с фиксированной по отрасли низкой процентной ставкой. И всё же разница огромна: теперь автор не наёмный работник, результаты интеллектуального труда которого издатель легально присваивает себе — но правообладатель: субъект, самим фактом создания произведения наделённый исключительным правом на него, и могущий владеть и распоряжаться им с максимальной для себя выгодой.

И тут возникает правотворческий вопрос: в чём была мотивировка этого закона; а по сути, шире: в чём вообще смысл всего авторского права, в том числе в той форме, в котором оно дошло до нашего времени и должно развиваться в будущем с учётом таких новых областей существования, как всемирное информационное пространство интернета, отчего государство озаботилось переносом прав от издателей к авторам? Сработало два фактора: дух закона, когда любая правовая несправедливость рано или поздно порождает возмущение общественности; и экономически-культурные требования, при которых государство и общество были заинтересованы в развитии литературы, однако при прежнем законодательстве поощрялась деятельность лишь издателей, но не авторов — и в результате избытку издателей всё равно нечего издавать при нехватке недостаточно мотивированных материально и морально авторов.

Интернет, приобретший в конце XX века масштабы глобального явления и породивший новые, не существовавшие прежде задачи для права, имеет историческую параллель в XV–XVI вв., когда после широкого распространения книгопечатания правительства различных прогрессивных государств Европы предстали перед задачей облечь его в правовые рамки. Суть инновации была именно та же, что и в наши дни: не новые технологии per se, но внезапно оказавшиеся легкодоступными неограниченные тиражи

объектов интеллектуальной собственности⁷⁸. Если до этого каллиграфические списки требовали огромного объёма высококвалифицированного труда, и каждая новая копия книги становилась редким артефактом, имевшим ограниченное распространение и высокую самостоятельную ценность⁷⁹, — то изобретение и внедрение печатных станков вдруг резко ускорили не просто оборот книг в обществе, но скорость распространения в нём информации, что, как мы знаем из кибернетики, одно выводит систему на новый уровень эффективности и новую архитектуру.

После вступления Статута королевы Анны в силу борьба книготорговцев с ним вошла в активную фазу около 1731 года, когда стали истекать первые сроки перехода книг в общественное достояние, и продолжалась в британских судах весь XVIII век, получив название «Battle of the booksellers». Характерными её процессами стали «Мидуинтер против Гамильтона» (1743-1748), «Миллар против Кинкейда» (1749-1751) и «Тонсон против Коллинза» (1761-1762).⁸⁰

На стороне защитников правовой теории о необходимости сохранения за издательствами вечных прав на авторские произведения существовали весомые законные соображения в пользу вечного действия копирайта с точки зрения английского общего права. Однако, в 1774 году издатели потерпели поражение в своих притязаниях: при голосовании в Палате лордов по делу Дональдсона против Беккета идея вечных копирайтов была отвергнута с двукратным перевесом. С тех пор, после почти столетнего сражения

⁷⁸ MacQueen, Hector L; Charlotte Waelde and Graeme T Laurie (2007). Contemporary Intellectual Property: Law and Policy. Oxford University Press. pp. 34. ISBN 9780199263394.

⁷⁹ «При необходимости затратить труд и время на изготовление, путем переписки, каждого отдельного экземпляра сочинения представлялось вполне естественным, что всякий пользовался полной свободой переписывать какую угодно рукопись... В римском правосознании существовала собственность на каждый отдельный экземпляр литературного произведения». Канторович Я. А. — Авторское право. 1916, с.4-5

«Мог ли возникнуть вопрос о праве авторском, когда труд переписчика ценился более, нежели труд автора?» Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Санкт-Петербург, 1905, с.148-149

⁸⁰ Ronan, Deazley. 2006. Rethinking copyright: history, theory, language. Edward Elgar Publishing. pp. 14. ISBN 9781845422820

правовых доктрин, исключительно авторскому праву был установлен определённый срок, по истечении которого произведение переходило в общественное достояние. Фактически решение Палаты лордов определяло, что издатели больше не смогут сдерживать рост и развитие культуры и инноваций в Англии.

Срок действия исключительных прав

Приведённый здесь опыт исторического становления права интеллектуальной собственности ценен для понимания его современной проблематики — коллизии правовых интересов нашего времени имеют в нём параллели. Так, в 1735 году один из участников общественных прений по данному правовому вопросу, протестуя против лоббирования книготорговцами продления срока действия авторских прав, писал: «Не вижу причин, которые, если мы продлим срок действия авторских прав сейчас, могли бы удержать нас в будущем от продления его вновь и вновь... вот так и возникнет вечная монополия, и будет помехой торговле, образованию, убытком авторам и финансовым бременем обществу — и всё это для обогащения книготорговцев»⁸¹.

Аналогичным образом, на нашей памяти в течение очень короткого по историческим меркам промежутка времени срок действия авторских прав был продлён неоднократно.

Согласно Ст. 496 ГК РСФСР 1964 года⁸² срок действия авторского права исчислялся в течение 15 лет после смерти автора. Через 10 лет, по Ст. 496 ГК

⁸¹ Rimmer, Matthew. Digital copyright and the consumer revolution: hands off my iPod. 2007. Edward Elgar Publishing. pp. 27. ISBN 9781845429485.

⁸² Гражданский кодекс РСФСР (ГК РСФСР) от 11.06.1964 (в первоначальной редакции). // С принятием 4-й части ГК РФ утратил силу.

РСФСР в редакции 1974 года⁸³: как 25 лет после смерти автора. В Законе РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-I «Об авторском праве и смежных правах»⁸⁴ он был продлён до 50 лет. И, в действующей в настоящее время редакции Ст. 1281 4-й части Гражданского кодекса РФ «Срок действия исключительного права на произведение»⁸⁵ — до 70 лет.

Следует также отметить, что в советском праве существовал такой перекосяк, как бессрочное действие авторского права организации с переходом к правопреемнику или, в его отсутствие, к государству. Таким образом, государство заботилось о скором истечении персональных прав после смерти автора, но вечном закреплении прав ведомственных и государственных.

* * *

Регулируемые правом отношения можно поделить на две категории: преходящие, изменяющиеся с течением времени из-за того, что меняется жизнь общества, развивается наука и техника; и вечные, неизменные. Среди вторых такие базовые понятия, как жизнь и смерть человека. Как могло законодательство, прежде находившее справедливым определять действие авторских прав в течение лишь небольшого срока после смерти автора, вдруг кардинально сменить свою позицию, при том, что эти категории с тех пор не изменились — вопрос открытый.

Одна из рекомендаций этой работы: предложение рассмотреть вопрос о снижении срока действия исключительного права на произведение с введённых недавно семидесяти лет после смерти автора до более

⁸³ Гражданский кодекс РСФСР (ГК РСФСР) от 11.06.1964 (в ред. Указа ПВС РСФСР от 01.03.74 — Ведомости ВС РСФСР, 1974, N 10, ст. 286). // С принятием 4-й части ГК РФ утратил силу.

⁸⁴ Ст. 27.1 Закона РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-I «Об авторском праве и смежных правах», «Российская газета» от 3 августа 1993 г., Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 12 августа 1993 г., N 32, ст. 1242. // С принятием 4-й части ГК РФ утратил силу.

⁸⁵ Ст. 1281.1 ГК РФ «Срок действия исключительного права на произведение»: «Исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора и семидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора».

традиционных для авторского права двадцати пяти. Это позволит не вычёркивать из общественного достояния произведения, которые иначе, в силу значительно ускорившегося прогресса, устаревают в XXI веке зачастую уже через 30 лет после создания и несут после этого уже не столько художественную, сколько историческую ценность.

Примером деструктивной природы действующих сроков исчисления исключительного права выступает запрет на свободное использование такой книги, изданной ровно 100 лет назад, как:

Рынин, Николай Алексеевич (1877–1942). Аэроплан Фармана и двигатель «Гном» : Описание аэроплана и двигателя с многочисл. оригин. фот. в тексте и с прил. атласа черт. конструкции на 13 л. / Сост. инж. Н.А. Рынин; Имп. Всерос. аэроклуб. Науч.-техн. ком. // Санкт-Петербург : тип. Усманова, 1911

— содержащейся в фондах РГБ, оцифрованной и размещённой в каталоге на сайте библиотеки, но запрещённой к просмотру через интернет ввиду необходимости соблюдения действующих норм права. Как мы понимаем, коммерческое использование данной работы перестанет быть актуальным не лишь в будущем, до которого нам теперь, во второй декаде XXI века, ещё предстоит дожить — но, с учётом того, что начало эксплуатации деревянно-тканевого биплана Farman IV пришлось на 1910, а её конец на 1916 год — потеряло смысл уже через всего несколько лет после издания. А это означает, что Россия умышленно лишена всей своей культуры за XX век — наиболее актуальной, наиболее востребованной её части, как ещё не успевшей устареть, так и устаревшей уже безнадёжно. В этом виноваты бездумные инициативы в области авторского права, принятые в настоящее время за единственно верную догму и превращающие наши правовые и культурные реалии в театр абсурда, наносящие существенный вред государству и обществу.

В предлагаемой в настоящей работе концепции право уже более не должно будет удерживать, как оно это делает сейчас, от распространения давно и без того незаслуженно забытые произведения авторов прошлого, но будет:

- по-прежнему охранять права автора на протяжении всей его жизни;
- стимулировать наследников к максимально эффективному владению и распоряжению правами, перешедшими им по наследству после смерти автора, с тем, чтобы общество получило доступ к его творческому наследию, пока оно ещё может им быть востребовано. В настоящее же время наследники, получившие законные гарантии сохранения за ними исключительных прав на произведения их наследодателей⁸⁶, зачастую вовсе не предпринимают в этом отношении каких-либо значимых действий.

Если же мы рассматриваем срок в 70 лет после смерти автора, как значимый не для наследников, но в первую очередь для приобретателей исключительных прав⁸⁷ — в их отношении справедливы те же соображения законодательного стимулирования к скорейшей реализации приобретённых прав после смерти автора. Такие приобретатели⁸⁸ представляются как посредники между авторами и обществом, ранее, до интернета, необходимые, но теперь более нет⁸⁹. И очевидно, что в идеальной модели авторского права, где закон призван способствовать наиболее полному соблюдению интересов авторов и общества, появляющиеся между ними посредники, без которых возможно обойтись, выделяют область своих интересов, вычлняя её из объёма интересов авторов с одной стороны, и общества с другой — то есть, в ущерб им.

⁸⁶ Ст. 1283 ГК РФ «Переход исключительного права на произведение по наследству»

⁸⁷ Ст. 1285 ГК РФ «Договор об отчуждении исключительного права на произведение»

⁸⁸ Физические или юридические лица, приобретшие права по договору отчуждения.

⁸⁹ Ранее литератор не обладал возможностью изготовления и возмездного распространения тиража своего произведения, живописец не мог самостоятельно провести аукционные торги. Теперь могут, при помощи общедоступных интернет-продаж.

* * *

Со своей задачей Статут королевы Анны 1709 года справился великолепно, породив расцвет британской⁹⁰, и вслед за ней и мировой литературы, впервые, на контрасте с литературой античности и церковной литературой христианства, носящей такой выраженный коммерческий характер.

Этим правовым актом был положен конец усмотренной короной монополии со стороны книгоиздателей, на благо авторов и общества. Таким образом, история авторского права началась с принятия знакового правового акта, декларирующего примат интересов авторов, потребителей и общества в целом над посредниками, в угоду своих корыстных интересов разрушающих свою отрасль рыночных отношений, и тем самым общественную культуру.

В континентальном праве развивались схожие процессы. 19 июля 1794 года Национальным конвентом Франции был принят закон об авторском праве, содержащий такие положения⁹¹:

Ст. 1. Авторы сочинений всякого рода, композиторы музыки, живописцы и рисовальщики, которые гравируют картины или рисунки, будут пользоваться в продолжении всей их жизни исключительным правом продавать, поручать продажу, распространять свои произведения на территории республики и передавать на них право собственности вполне или в части.

Ст. 2. Их наследники или правопреемники будут пользоваться тем же правом в продолжении десяти лет со времени смерти авторов.

Ст. 6. Всякий гражданин, выпускавший в свет произведение литературы или гравюры, какого бы то ни было рода, обязан представить два экземпляра в национальную библиотеку или в Кабинет Эстампов Республики, от которых он получит расписку библиотекаря, при несоблюдении чего он не может искать правосудия преследованием контрафакторов.

⁹⁰ Имеет смысл вспомнить, что на время действия Статута королевы Анны 1709 года пришлось творчество Даниэля Дефо, Тобайаса Смоллетта, Джонатана Свифта, Генри Филдинга, Лоуренса Стерна, Александра Попа, Сэмюэла Ричардсона, Исаака Ньютона. Причём, первые три автора фактически породили всю последующую приключенческую литературу современности, возродив до тех пор относительно забытый обществом жанр античной приключенческой прозы.

⁹¹ Закон об авторском праве. С изложением рассуждений и материалов, на коих он основан / Сост.: Коптев Д.А. — С.-Пб.: Изд. юрид. кн. магазина Мартынова Н.К., 1911. — 434 с.

Здесь мы видим, как впервые устанавливается идентичный по форме современному срок охраны авторских прав в течение всей жизни с момента создания произведения и на протяжении определённого в законе срока после смерти автора (как видим, всё так же небольшого, не 70 лет, но 10). Также важно отметить обязательность депонирования произведения.

Итак, мы рассмотрели авторское право в исторической перспективе и можем сделать следующие выводы:

- исторически авторское право создавалось, как способствующее интересам авторов и потребителей, общества, и противодействующее всем третьим лицам, заинтересованным в том, чтобы к своей выгоде помешать им;

- в авторском праве исторически сложился срок охраны в течение 10-25 лет после смерти автора, с тем, чтобы как можно скорее сделать произведение общедоступным, пока оно ещё может быть востребовано обществом, не устареет окончательно;

- на становление и развитие авторского права прямо влияют технологические инновации, относящиеся к скорости распространения копий авторских произведений: в этом отношении интернет столь же и даже более революционен, чем печатный станок во времена королевы Анны, следовательно, необходимо не стремиться продлевать прежние, традиционные нормы, но рассматривать в эпоху интернета авторское право уже в новой системе, в которую изначально включён интернет.

§2. Система депонирования объектов авторского права с использованием технических и организационных преимуществ, предоставляемых интернетом

Основной научной рекомендацией настоящей работы является предложение об издании нормативно-правового акта «О Едином интернет-реестре объектов авторских и смежных прав», который обеспечил бы на государственном уровне создание подобного реестра, сначала в рамках российского права, на территории Российской Федерации, а затем, после обкатки на национальном уровне, послужил бы модельным законом международного частного права и возможной основой для межгосударственного соглашения «О Едином всемирном интернет-реестре объектов авторских и смежных прав».

Цель такого единого реестра — предоставить авторам и исполнителям гарантии фиксации их авторских и смежных прав, и распоряжения ими посредством максимально удобного механизма регистрации объектов интеллектуальной собственности. Указанная регистрация должна обладать таким набором законодательно-закреплённых характеристик, чтобы не стать обузой для субъектов правоотношений, исключить малейшую возможность злоупотребления ею, а именно, быть:

1. добровольной, не требующей от авторов обязательного участия, и не отказывающая им в защите каких-либо их прав в результате отказа от участия, но предоставляющей дополнительные возможности по распоряжению авторскими правами;

2. лишённой любых посредников⁹²;

⁹² Как показывает практика реализации подобных правовых схем в РФ, при действующих тенденциях правоприменения, уже существующие системы, подобные предлагаемой в настоящей работе, созданные в целях обеспечения фиксации и защиты авторских прав, но в которых посредники юридической нормой предусмотрены и фактически задействованы — они тут же начинают злоупотребления законом в целях личного обогащения и саботируют возложенные на них законодателем функции содействия защите прав участников отношений: вводя пошлины и сборы в свою пользу за посреднические услуги, не вводя при этом строгой финансовой отчётности

3. бесплатной;
4. дистанционной — реализованной преимущественно через интернет, но также по возможности иметь резервные механизмы регистрации волеизъявления авторов прежними, офлайновыми, документарными методами;
5. мгновенной;
6. приватной — обеспечивающей сохранение информации о депонируемом объекте или личности автора в тайне, в случае, если автор распорядится об этом;
7. не требующей, в отличие от существующих аналогов (регистрация патентов и платное депонирование физических копий рукописей) материальных, временных и организационных затрат со стороны авторов.

Основные задачи Единого реестра

1. Чёткая фактическая реализация положений Гражданского кодекса об *обнародовании* произведений, либо *подтверждении факта нахождения их в какой-либо объективной форме*, как необходимой правовой основы начала их защиты⁹³.

В настоящее время, с учётом непостоянного, динамического характера интернета, информация, обнародованная в нём путём публикации на сайте, уже через какое-то время может исчезнуть: быть удаленной владельцами и

перед правообладателями, в интересах которых эти действия заявляют, о собранных средствах; затягивая процедуры регистрации, ради ускорения которых собственно и были созданы, на неопределённые сроки, делающие для правообладателей подобную регистрацию своих прав нецелесообразной; предельно бюрократизируя изначально простые и быстрые процедуры фиксации авторских прав, снабжая их излишними непреодолимыми формальными требованиями к авторам и прочим добросовестным участникам отношений.

⁹³ Ст.1259 ГК РФ гласит: «Авторские права распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме». Здесь нет указания на возможную форму обнародования в качестве электронной публикации в интернете. Эта форма остаётся за рамками буквы закона, подразумевается лишь по аналогии.

администраторами чужого сайта; в результате окончания договора на хостинг; по желанию автора; по любым иным причинам. В таком случае бремя доказывания факта обнародования может стать весьма затруднительным. Однако, закон в настоящее время не предполагает подобных трудностей, и не предлагает гарантий от них, ошибочно презюмируя, по аналогии с прежними правоотношениями, существовавшими до интернета, что всё, раз обнародованное, должно оставлять чёткие вещественные доказательства своего обнародования. Как мы понимаем, в случае с обнародованием в нематериальной информационной среде интернета, где информация по сути своей нестатична и не выражена в объективной форме, это не соответствует действительности. Именно правовая фиксация факта обнародования произведения в интернете, с которой собственно и начинается его признание в качестве объекта авторского права и правовая защита — что имеет важнейшую для правоприменения значимость — и должно стать основной задачей предлагаемого реестра.

2. Собрание в единую упорядоченную систему сведений обо всех по возможности объектах авторского права, уже существующих, и создаваемых. Это позволит быстро и без особых затрат получать сведения обо всём, созданном человечеством в каждой конкретной области интеллектуального творчества. Полезный эффект от этого предполагается существенным.

3. Предоставление авторам максимально удобного механизма распоряжения своими правами: объявления определённых своих произведений в свободном доступе и предоставления их всем желающим для личного использования (потребления продуктов интеллектуальной собственности в личных целях), либо ограниченного в рамках конкретных лицензий; представления информации о своих произведениях в качестве офертных предложений для издательств с целью опубликования; и тому подобных способов распорядиться своими правами и информировать общество, участников рынка, авторов и потребителей о своём творчестве, и

получить от них обратную связь в целях наиболее полной реализации авторских прав.

Регистрация авторов в системе

Полностью виртуализировать предлагаемый реестр, сделать его свободным от физически-выраженных волеизъявлений сторон невозможно, в целях обеспечения достоверности личностей авторов необходим разовый личный визит с паспортом для подписания договора в отделение системы — но это *malum necessarium*, поскольку иначе систему разрушат имперсонаторы⁹⁴. Дальнейшая идентификация субъектов, уже зарегистрированных в системе, возможна в стандартном формате идентификации пользователей на сайтах с обычными степенями защиты, а также в формате применения *электронной подписи*⁹⁵. Подобные меры предосторожности позволят обеспечить юридически-однозначную идентификацию авторов и их волеизъявления, предоставив защиту, схожую с той, что предлагает процедура нотариального заверения документов, но освободив стороны правоотношений от сопряжённых с ней временных, материальных и организационных затрат.

⁹⁴ Имперсонаторы приобрели в интернете характер самостоятельного явления, когда в блогах анонимы выдают себя за сетевых знаменитостей — например, в LiveJournal и на прочих многопользовательских ресурсах, предоставляющих возможности для приобретения отдельными пользователями известности среди аудитории — даже в отсутствие материальной выгоды. В формате же Единого реестра объектов авторского права

⁹⁵ См. Федеральный закон Российской Федерации от 6 апреля 2011 г. N 63-ФЗ «Об электронной подписи» // Российская газета. 2011. 8 апреля. №5451.

Идентификация и защита объектов, контроль даты их депонирования, целостности и соответствия заявленным качествам

Одной из основных задач реестра является установление и подтверждение авторства, наступившего на определённую дату в отношении определённого объекта. С точки зрения законности, здесь прежде всего следует обеспечить юридическую чистоту представляемых доказательств авторства. Иначе, если будут оставлены технические возможности для фальсификации доказательств, система не сможет выполнять эту задачу. Например, если автор, депонировав объект, впоследствии предоставит в суд уведомление о депонировании на указанную дату, то, учитывая нематериальный характер переданной и зафиксированной информации, он может сфальсифицировать сам объект, предоставив вместо его оригинального содержания другое, выполненное позже, и у суда не окажется достоверных сведений о том, что именно было депонировано, не были ли внесены изменения. Эта задача решается просто, инструментарием, изначально доступным для информационных систем в интернете: достаточно при депонировании генерировать криптографически-стойкой хеш-функцией контрольную сумму предоставленного массива данных (его природа: текстовая, числовая, графическая, аудио или видео тут безразлична — контрольная сумма вычисляется побитово) с выдачей автору уведомления, включающего дату, время, имя автора, условное название произведения, объём депонированного цифрового объекта и контрольную сумму, вычисленную по уникальному битовому паттерну залитого на сервер депозитария файла⁹⁶, и помещением соответствующей записи в систему. Если правообладатель избрал режим приватности информации, регистрационная запись, помещённая в реестр,

⁹⁶ Аналогичным образом правообладатели могут депонировать в Единый реестр и целые наборы файлов, например, дистрибутив либо исходники программы, сайта — просто запаковав их в единый архивный файл, контрольная сумма будет считаться уже по нему.

также шифруется криптографически-стойким ключом, оставляя открытой только дату и идентификатор пользователя. В целях придания реестру надёжности, защиты от злонамеренных действий, записи о депонированных объектах имеет смысл хранить распределённо, на нескольких независимых серверах, размещённых физически отдельно. Таким образом любое правоизъявление будет генерировать не одну запись в реестре, которая может быть нарушена в том числе и неправомерным физическим взломом либо хакерской атакой — но дублироваться аналогичной записью, высылаемой автору и хранящейся у него, которая сама по себе может служить достаточным свидетельством о совершённом депонировании — и более того, храниться на серверах реестра распределённо, с периодическими сохранениями бэкапов на постоянные офлайновые носители. В результате реестр без особых материальных и организационных затрат получает такую многоуровневую защищённость, которую не сможет преодолеть ни злонамеренное использование со стороны пользователей (система удостоверяет ровно ту информацию, которую пользователь депонировал, фальсифицировать её он не сможет), ни сбои и поломки оборудования с физическим уничтожением данных, ни злонамеренные проникновения в дата-центры либо подкуп сотрудников (распределённость по различным серверам и синхронизация версий по большинству⁹⁷, с возможным уведомлением автора о произошедшем сбое для дополнительного контроля с его стороны), ни вирусная либо хакерская атака, даже одновременно на все дата-центры реестра (физический бэкап на офлайновые носители).

* * *

⁹⁷ Так, например, если атака удалась на три сервера Единого интернет-реестра авторских и смежных прав из двенадцати, и на всех трёх была введена одинаково изменённая с подобранной контрольной суммой (либо повреждённая, с нарушенной контрольной суммой, с целью лишить автора возможности подтверждения своего приоритета) версия файла, эти изменения дезавуируются по большинству неэквивалентных копий, плюс, при необходимости, запрашиваются копии из офлайновых бэкапов и контрольная сумма автора.

Реализация предложенного инструмента правовой защиты объектов интеллектуальной собственности и организации сведений о них в общую информационную систему, служащую интересам правообладателей, а также общественным интересам, призвана сыграть роль в переводе современной российской экономики к передовой инновационной модели развития.

§3. Декриминализация потребителей объектов авторского права в интернете. Перенесение фокуса правоохранительной деятельности с конечных пользователей интеллектуальной собственности на коммерческих распространителей контрафакта

В последние годы участились заявления сторонников тотальной криминализации пользователей интернета, декларирующие следующее: «Просмотр фильма, прослушивание музыки, прочтение книги, скачанных потребителями из интернета без того, чтобы заплатить за них правообладателям — является точно таким же серьёзным и общественно опасным преступлением, как кража. Совершающие эти действия субъекты правоотношений являются убеждёнными преступниками и должны подлежать уголовному наказанию. Они умышленно воруют из кармана правообладателей недополученную прибыль». Следует привести три легальных возражения такому радикальному подходу:

1. Кража, то есть, согласно Уголовному кодексу РФ, тайное хищение чужого имущества⁹⁸, означает намеренное лишение собственника его имущества путём изъятия данного имущества из его владения.

Прим. 1 к Ст. 158 УК. Под хищением в статьях настоящего Кодекса понимаются совершенные с корыстной целью противоправные безвозмездное изъятие и (или)

⁹⁸ Ст. 158 УК РФ «Кража».

обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества.

При получении копии объекта авторского права (литературного текста, репродукции картины, фонограммы музыкального произведения) для потребления пользователем, не наступает не только изъятия этого объекта из владения правообладателя, но какого-либо умаления его прав, мешающего их осуществлению в полной мере: владению, пользованию, распоряжению.

Согласно комментарию к Ст. 158 УК РФ профессора Бриллиантова: «Физический признак предмета хищения — его материальность, осязаемость. Предметом хищения могут быть только телесные вещи (*res corporales* в терминологии римских юристов). Имущественные права, информация и иные подобные ценности предметом хищения быть не могут»⁹⁹.

Согласно комментарию к Ст. 158 УК РФ профессора Наумова: «Сущность хищения состоит в том, что в результате такого посягательства собственник или иной владелец теряют возможность пользоваться и распоряжаться имуществом по своему усмотрению, а виновный получает возможность использовать чужое имущество в целях личной наживы»¹⁰⁰.

Основным свойством информации в отличие от материи является то, что она может появляться в новом месте, не исчезая в старом, и таким образом увеличиваться неограниченно и беззатратно.

2. Сторонниками криминализации бесплатного потребления авторских произведений в течение охраняемого законом срока (70 лет после смерти автора) выдвигается утверждение, что правообладатель в результате потребления объекта его права без сопутствующей этому выплаты отчислений заведомо терпит ущерб от недополученной прибыли. Это утверждение также представляется не просто бездоказательным, но заведомо ложным, поскольку практика коммерческого использования объектов

⁹⁹ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный). Под ред. заслуженного юриста РФ, д. ю. н., проф. А. В. Бриллиантова. М.: Проспект, 2010.

¹⁰⁰ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный). Под ред. заслуженного деятеля науки РФ, д. ю. н., проф. А. В. Наумова. М.: Юрист, 1997.

авторского права прямо указывает на то, что доход автора исчисляется не в обратной зависимости от количества потребителей, отказавшихся от их приобретения, но, напротив, от количества потребителей, не узнавших о них: i.e. чем больше популярность автора, тем пропорционально больше его доход; это при том, что, по статистике, тем больше его произведения используются бесплатно. Так работает дорогостоящая коммерческая реклама — увеличивающая, а не уменьшающая прибыль — в прежних коммуникационных форматах: от вывесок и афиш до радио и телевидения, так работает и бесплатная реклама авторов усилиями их поклонников в интернете, тратящих свои усилия на распространение сведений о понравившихся им произведениях.

3. По аналогии права в таком случае следует жёстко преследовать по закону каждого гражданина, кто хоть раз смотрел по телевизору фильм, за билет на который не платил, слушал по радио музыку, диск с которой не покупал, брал в библиотеке на дом и читал книгу, которую лично не приобретал в книжном магазине. Необходимо считать преступником каждого, у кого нет документально подтверждённых договоров с правообладателями всех произведений интеллектуальной собственности, которые он потреблял в личных интересах. В таком случае, действуя в соответствии с указанной позицией, необходимо объявить правонарушителями 100% населения — это правовой нонсенс, такая позиция разрушительна и враждебна обществу, законности и правопорядку, подрывает основы государственности.

В целях установления должествующей правовой нормы снова обратимся к природе интернета и правоотношений в нём. Интернет выстроен на том принципе, что каждый в нём *публикует* ту информацию, которую считает заслуживающей внимания. Неудивительно, что такой информацией оказываются объекты интеллектуального творчества, представляющие культурную ценность и защищаемые законом. Если запретить их распространение в интернете — это уничтожит его полезность для общества,

оставив в нём лишь не представляющие ценности продукты самодеятельного непрофессионального творчества обывателей, потребителей, а не авторов, а также коммерческую рекламу — после чего он будет *de facto* уничтожен, выведен из разряда полезных для человечества технологий. Интернет нужен гражданам, чтобы в соответствии с гарантированной им Конституцией *свободой мысли и слова, выражения мнений, свободного поиска, получения, передачи, производства и распространения информации*¹⁰¹ делиться информацией о том, что привлекает их внимание, импонирует им; и законодатель может обязать их делиться не самими репродукциями объектов интеллектуальной собственности, а лишь ссылками на них, их описаниями. Так вместо того, чтобы опубликовать в сообществе понравившуюся песню, пользователь будет вынужден ограничиться публикацией лишь её названия с пометкой, что ему она нравится — но очевидно, что такая информация ценности не имеет не будет. Внимание законодателей и толкователей законов должно обратить на мотивацию пользователей интернета: они делятся репродукциями объектов авторского права вовсе не с целью нанести ущерб авторам, но напротив — разрекламировать их.

Лишь пренебрежимо малый процент недобросовестных пользователей выстраивает схемы по контрафактной продаже объектов чужой интеллектуальной собственности, но их деятельность на виду и оттого не несёт угрозы. Это феномен интернета: люди, мало знакомые с его возможностями, считают, что в нём, в отличие от офлайновой жизни, можно легко затеряться и совершать правонарушения незамеченно. Это очень серьёзное заблуждение. На деле всё обстоит диаметрально противоположным образом: любые факты незаконного использования объектов чужой интеллектуальной собственности устанавливаются в интернете мгновенно при помощи глобальных поисковых систем.

Выводы таковы:

1. Запрет на публикацию объектов чужого авторского права сделает

¹⁰¹ Ст. 29 Конституции РФ от 12.12.1993 // «Российская газета», №7, 21.01.2009

интернет бесполезным, уничтожит его, и всё полезное, что он приносит цивилизации.

2. Основная часть публикаций репродукций объектов чужой интеллектуальной собственности не вредит продажам авторских работ, на напротив, повышает их в результате бесплатной рекламы.

3. Та малая часть, что вредит, устанавливается мгновенно, и может быть устранена стандартными правовыми процедурами — это означает, что введения какого-либо специального контроля над интернетом не требуется.

Такова теория добросовестного использования интернета.

Здесь следует чётко отделить онлайн от офлайна. Если в офлайне, на который и ориентировались положения 4-й части Гражданского кодекса РФ, любое использование результатов интеллектуальной деятельности презюмируется незаконным ввиду того, что очевидно для законодателя направлено на перемещение материальных ценностей (e.g. печать тиража книг или дисков и их продажа) и вследствие этого должно иметь коммерческую модель¹⁰² и вести к обогащению контрафактора, принявшего на себя издержки вовсе не из альтруизма — то в онлайн стандартное использование не имеет этих признаков и в обычном порядке направлено не на обогащение за счёт чужой интеллектуальной собственности, а на донесение до общества и потенциальных потребителей информации об авторском таланте — на что автор и рассчитывает, создавая произведение, и что способствует увеличению его продаж.

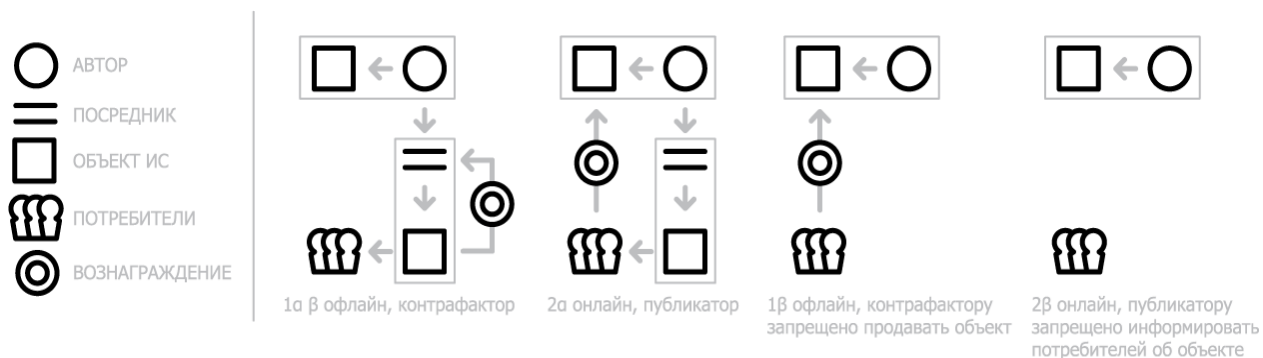


Fig.1 Правоотношения по распоряжению интеллектуальной собственностью

¹⁰² По принципу *cui prodest*.

Статистика ВОИС¹⁰³ подтверждает объективный ущерб, наносимый мировой экономике устаревшей моделью применения авторского права, при этом без наступления выгоды ни для одной из сторон. Основной ущерб наступает в результате неиспользования объектов исключительных прав. В соответствии с оценками ВОИС, лишь в США никак не используются 2/3 всех оцененных и входящих в капитализацию компаний исключительных прав, суммарный объём которых почти в десять раз больше объёма заключенных лицензионных договоров¹⁰⁴.

Введение санкций в отношении сторон, могущих в процессе своей деятельности использовать подобные объекты, не приводит к тому, что они начинают платить отчисления, а напротив, заставляет их вовсе отказаться от использования объекта права, от участия в подобных правоотношениях. Это вызвано, в первую очередь тем, что механизм подобных отчислений ущербен и представляет непреодолимое препятствие для добросовестных потребителей, не гарантируя защиты их прав и получения отчислений авторами, фактически вводя необоснованную ренту в пользу посредников — агентств по сбору оплаты. Причем, размер авторских отчислений в данном случае несущественен: уже сама необходимость получать особое разрешение правообладателя (пусть даже бесплатное) настолько обременительна, что эквивалентна полному запрету для многих видов деятельности. Происходит фактическое уничтожение культурных ценностей авторским правом, изначально призванным оберегать и сохранять их. Кроме того, подобное вмешательство в экономические процессы, нарушение их естественной самоорганизации ведёт к возникновению паразитных потоков капиталов, товаров и услуг, не направленных на удовлетворение реальных потребностей

¹⁰³ Официальный сайт WIPO. // <http://wipo.int/>, http://replay.web.archive.org/20080201082903/http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/abstract_ip_pub.htm

¹⁰⁴ Ф. Зуев. Международная политика в области исключительных прав // Промышленная политика и международные отношения (Сб. ст.) Т. 2: Международные отношения. Изд.: Социум, 2005

общества, а вызванных исключительно наличием чужеродного регулятивного фактора. И, наконец, третьим негативным фактором являются существенные затраты на обеспечение подобного громоздкого механизма принуждения добросовестных участников рынка к детальному соблюдению всех возможных прав интеллектуальной собственности: государство несёт расходы в области правоприменительной и судебной практики, коллекторские агентства несут расходы по поддержанию своего бюрократического аппарата, физические и юридические лица, чья деятельность может затрагивать область авторского права, несут расходы по предотвращению правовых конфликтов и ущерб, наступающий в результате их привлечения к ответственности. Это никоим образом не стимулирует развитие общества, а напротив, наносит ему существенный вред.

Предложение настоящей работы по декриминализации общепринятых отношений состоит в том, чтобы отказаться от преследования потребителей объектов авторского права в интернете, результатом деятельности которых не является извлечения из этого коммерческой прибыли, и сфокусировать правоохранительную практику на недопущении продаж контрафактной продукции, преследовании предпринимателей, извлекающих выгоду из реализации тиражей незаконно используемых объектов авторского права.

§4. Соавторство на современном этапе развития интернета

В параграфе, посвящённом субъектам авторского права в интернете уже была затронута идея необходимости чёткого правового определения соавторства в парадигме Web 2.0, при которой авторы сайта предоставляют посетителям сайта возможность принимать участие в обсуждении материалов сайта и, более того, участвовать в самом создании этих

материалов.

При законодательном регламентировании такой новой сферы авторского права, как коллективное создание сайтов в парадигме Web 2.0, необходимо учитывать, что принимая участие в общем процессе, каждый из примкнувших к проекту соавторов изначально сознательно делегирует владение общим результатом лицу, организовавшему данное сотрудничество, задавшему его цели и формат, сделавшему его возможным. По аналогии с прежними правоотношениями — признавать за миноритарным соавтором такого проекта право на отзыв и другие подобные права было бы равнозначно и столь же разрушительно, как признавать за читателем газеты право требовать изъятия и уничтожения её тиража на основании того, что его письмо было процитировано в рубрике «Письма читателей»; либо, право каменщика после окончания стройки выдернуть из кладки построенного здания те кирпичи, что он клал. Если эти соображения будут проигнорированы — идее Web 2.0, благодаря которой существуют такие общественно-значимые для всего человечества проекты, как Википедия — будет нанесён существенный вред, поставящий её под угрозу исчезновения, закон сработает против интересов общества.

Рассмотрим текущие реалии российского законодательства в отношении подобных правоотношений соавторства. В данном случае возникает ситуация, имеющая параллели в традиционном авторском праве сразу в двух областях: соавторство, определяемое в статье 1258 ГК РФ:

Статья 1258. Соавторство

1. *Граждане, создавшие произведение совместным творческим трудом, признаются соавторами независимо от того, образует ли такое произведение неразрывное целое или состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение.*
2. Произведение, созданное в соавторстве, используется соавторами совместно, если соглашением между ними не предусмотрено иное. В случае, когда такое произведение образует неразрывное целое, ни один из соавторов не вправе без достаточных оснований запретить использование такого произведения.

и требующее признать соавторами произведения всех граждан, творческий

труд которых вложен в произведение, vs положения статьи 1228 ГК РФ:

Статья 1228. Автор результата интеллектуальной деятельности

1. Автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат.

Не признаются авторами результата интеллектуальной деятельности граждане, не внесшие личного творческого вклада в создание такого результата, в том числе оказавшие его автору только техническое, консультационное, организационное или материальное содействие или помощь либо только способствовавшие оформлению прав на такой результат или его использованию, а также граждане, осуществлявшие контроль за выполнением соответствующих работ.

С точки зрения буквы существующего закона, соавторов, даже столь миноритарных, как комментаторы авторской статьи, следует признавать соавторами в полной мере, поскольку здесь явно прослеживается их творческий труд, вложенный в общий результат: произведение малой формы эпистолярного жанра, ставшее элементом композиции разноплановых мнений, соединившихся в едином обсуждении. Однако, с точки зрения намерений сторон, разновеликой ценности их вклада и невозможности допустить свободы изъятия элемента из завершённого произведения по воле его автора без разрушения создавшихся в нём смысловых связей — и духа закона, не допускающего признание авторами граждан в аналогичных случаях миноритарного соавторства, перечисленных в статье 1228 ГК РФ — следовать здесь букве закона означает подрывать основы авторского права, выводить подобные объекты права в интернете (e.g. мультиблоги, общение на форумах, совместно-редактируемые статьи) вне адекватной защиты закона от злоупотреблений правом; допускать ситуацию, когда, согласно уже применённой аналогии, каждый из строителей, вложивший в общее строение всего по кирпичу, может в любой момент заявить, что он отзывает свой кирпич, выдёргивает его и всё здание рушится. А архитектору, авторским трудом которого проект и был создан, собравшему людей и ресурсы для его строительства (и всем прочим соавторам, число которых может измеряться тысячами, и которые желают сохранить рассматриваемый объект

совместного творчества) остаётся лишь подчиниться закону — *dura lex sed lex*.

Подобное применение права недопустимо и разрушительно для интернета, в котором в настоящее время практически все конструктивные действия проходят под эгидой межпользовательского сотрудничества. Стало быть, необходимо создавать легальные механизмы исключения подобных практик, менять нормы права.

Это возможно выполнить минимум тремя способами:

1. Изменить формулировки статей 1258 и 1228 с тем, чтобы они учитывали описанных миноритарных соавторов многопользовательских проектов в интернете в качестве недолжной категории соавторов, не могущих быть признанными таковыми.
2. Рассматривать этих субъектов авторского права не в качестве соавторов, но в качестве — как уже было предложено в параграфе, посвящённом субъектам авторского права в интернете — независимых публикаторов (частных издателей авторских произведений в интернете), делегирующих исключительные права на свои произведения подобного рода, публикуемые в рамках подобных проектов:
 - 2.1. в свободное некоммерческое использование (или добросовестное использование, *fair use* — согласно доктрине американского авторского права) с возможным уточнением статьи 1306 ГК РФ¹⁰⁵, общественное достояние (*Public Domain*); либо —
 - 2.2. на условии принятия a priori лицензии на передачу прав на них архитекторам и владельцам многопользовательской системы (подобно тому, что применяется в подобных случаях в Википедии — администратор требует удостоверить согласие с передачей прав, либо, в случае отказа, в свою очередь отказывается принимать предлагаемый вклад).
3. Ввести в российское законодательство серию *свободных лицензий*, подобных предложенным некоммерческой организацией Creative Commons¹⁰⁶, которые и будут регулировать правоотношения такого рода, либо официально признать эти лицензии легитимными в области

¹⁰⁵ Статья 1306 ГК РФ «Использование объектов смежных прав без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения».

¹⁰⁶ Creative Commons // <http://creativecommons.org/>

действия российского права — как пример удачного регулирования, аналоги которого отсутствуют в отечественном законодательстве.

В любом случае, при законотворчестве и толковании существующих законов следует однозначно учитывать изначальные интенции данного миноритарного соавтора, как добровольное волеизъявление к самостоятельной публикации своего малого произведения в неделимом составе коллективного произведения, изначальные права на которое принадлежат лицу или группе лиц, создавших организационные и технические (программирование и размещение программного комплекса) условия для такого сотрудничества.

На практике, подобный статус и авторитет создателей площадки нерушим — это выражается в том, что пользователи, хотя и с периодическими упрёками личного характера, в целом признают за администраторами, модераторами и редакторами сайтов право удалять, редактировать и совершать иные действия в отношении контента, который они там опубликовали.

Так работает коллективное сотворчество в интернете на его современном этапе развития, закону остаётся лишь признать и закрепить *status quo*.

§5. Библиотечное дело в интернете. Сохранение объектов интеллектуального творчества

В современном постиндустриальном обществе, где основной ценностью становятся объекты интеллектуальной деятельности, государственно-правовое стимулирование этой деятельности становится наиболее важной задачей. Игнорируя её, отказавшись от инноваций, любое государство обречено на отставание. Поэтому первоочередной задачей законодательства

должно стать не просто формальное принудительное образование граждан, но создание климата, благоприятного для самообразования граждан, для самореализации их в тех областях, что они выбирают. В этом отношении законодательству достаточно обеспечить выполнение трёх задач:

- безвозмездно обеспечивать граждан всеми возможными средствами для их самообразования и творческой деятельности;
- создавать условия и материально поощрять самообразование и творческую деятельность граждан;
- способствовать систематизации, доведению до всеобщего сведения и внедрению результатов инновационной, творческой деятельности граждан.

Все эти задачи лежат в сфере действия авторского права, и зависят от степени его развития: нацеленности не на задачи увеличения прибылей транснациональных корпораций, но на стимулирование граждан к созданию и потреблению качественных объектов интеллектуальной деятельности. Две последние задачи были рассмотрены в предыдущих параграфах, рассмотрим первую из них. Для неё требуется содействие наилучшему образованию потенциальных авторов, предоставление им максимального доступа к объёму интеллектуальных наработок человечества. То есть, доступ к объектам интеллектуальной собственности других авторов. Традиционно эту задачу решает библиотечное дело, и, в последнее время, интернет, не вытесняющий печатные издания в силу пока ещё различного формата базовых объектов (книга vs сайт), но вбирающий его в себя и дополняющий своими расширенными возможностями.

* * *

В настоящее время специфика российского законодательства в области авторских прав противоречит обозначенным выше задачам, что существенно ограничивает потенциал развития общества в условиях перехода к

информационной экономике, способно помешать модернизации страны¹⁰⁷. Её формированию в таком ключе способствовал резкий переход от социальной экономики СССР к рыночной РФ, где частная собственность получила приоритет. В принятой в 2006 году 4-й части ГК частная собственность ставится в противоречие таким важнейшим ценностям, как конституционные права граждан на образование и получение информации¹⁰⁸, которые в текущей редакции 4-й части ГК не учитываются, как существенные, игнорируются, тогда как при верном законодательном регулировании они могли бы не противостоять, но гармонично сосуществовать с частно-правовыми.

Отечественные законодатели среагировали на появления новой отрасли применения авторского права лишь спустя 10 лет, причём эта реакция выразилась не в виде профильного нормативного акта, регламентирующего авторское право в интернете с учётом его сходств и отличий от других форматов интеллектуальной деятельности — а путём введения в конце 2006 года 4-й части ГК, проигнорировавшей реалии интернета, уравнившей его с устаревшими областями авторского права, введшей санкции в отношении субъектов отношений, развивавших информационное пространство интернета.

Составители онлайн-библиотек начиная с 1996 года ожидали от законодателя, что он наконец признает значительную культурную роль, которую оказывают их проекты, и уравнивает их в правах с библиотеками прежнего типа. Когда в 2006 году реакция оказалась обратной, репрессивной, часть сетевых библиотек закрылась, вынужденно соблюдая букву закона, часть исключила из своих фондов большинство изданий, по которым были наиболее возможны иски от правообладателей, и часть перевела свои

¹⁰⁷ Открытое письмо в Государственную Думу РФ от имени директора Российской государственной (Ленинской) библиотеки и других подписантов. 30 декабря 2009 // <http://webpublishers.ru/?p=30>, http://wikimedia.ru/fund/initiatives_open_letter-30-12-2010.html

¹⁰⁸ Ст. 29, 43, 44 Конституции Российской Федерации. 12.12.1993 // «Российская газета», №7, 21.01.2009

библиотеки в формат торговли объектами авторского права, зачастую контрафактной. Таким образом, ужесточение закона нанесло ущерб образованию и породило тенденцию к нарушениям авторских прав. Такое решение тем более необычно, что и законодательная и исполнительная власть неоднократно заявляла тогда¹⁰⁹ и теперь¹¹⁰, что осознаёт необходимость онлайн-библиотек для сохранения национальной культуры и науки, видит в их развитии задачу авторского права.

Именно фактической неудачей законодательного регулирования интернета объясняется тот факт, что за последние 5–10 лет составляющая всемирной свободной библиотеки в нём резко уменьшилась, и, напротив, выросла составляющая сугубо коммерческая.

Такое положение в отечественном авторском праве в отношении интернета необходимо менять, и начать следует среди прочего со статуса онлайн-библиотек. Ситуация, когда библиотеки, финансируемые из государственного бюджета, пустуют, расформировываются, вынужденно уничтожают старые фонды и не получают пополнений, а доступные и посещаемые онлайн-библиотеки, не требующие затрат со стороны государства, объявляются вне закона, наносит ощутимый вред общественным интересам.

При рассмотрении данного вопроса нельзя не упомянуть объёмную лекцию, которую прочитал на днях генеральный директор Российской государственной библиотеки А. И. Вислый¹¹¹, содержащую профессионально оцененную юридически фактологию данного вопроса из наиболее авторитетного из всех возможных для этой области применения авторского права источника. Имеет смысл привести отдельные тезисы из неё, чтобы

¹⁰⁹ Интервью Председателя Государственной Думы газете «Московские новости», №20, 25 мая 2007 г. // <http://regions.ru/news/2301924/>

¹¹⁰ Встреча Президента РФ с представителями интернет-сообщества, 29 апреля 2011 г. // <http://kremlin.ru/transcripts/11115>

¹¹¹ «Право на образование и авторское право в России. Позиция РГБ» Видеозапись лекции А. И. Вислого — генерального директора Российской государственной библиотеки. 5 мая 2011 // <http://runivers.ru/spec/lecture/detail103472/>, <http://runivers.ru/upload/iblock/ada/visliy.mp4>

раскрыть содержание проблематики для более полного понимания её с юридической стороны.

«Сейчас наше законодательство не учитывает право человека на получение знаний».

«В СССР книги выходили миллионными тиражами, и могли насытить сеть библиотек. Сейчас такой возможности принципиально нет, и её не будет. Сейчас в стране 45 тысяч библиотек. Литературы издаётся много, но для изданий, имеющих образовательную ценность, тираж в 1000 экземпляров считается очень хорошим. Большими тиражами выпускается только развлекательная литература. Как книга тиражом в тысячу экземпляров может попасть в 45 тысяч библиотек в печатном виде? Единственный выход — распространять литературу в электронном виде. Причём, оцифровка проста и недорогостояща. Но законодательство требует для этого отыскать всех правообладателей (авторов, иллюстраторов, составителей...) и с каждым заключить письменный договор, где они установят условия использования их книги. В стране в год издаётся порядка 40 тысяч наименований научно-популярной, учебной, образовательной литературы, в среднем 2-3 автора у книги. Это значит, что в год директору библиотеки требуется заключать 100 000 письменных договоров. Это тупик, и он не даёт обеспечить людей необходимыми знаниями».

«Автор, издавший произведение и получивший гонорар от издателя, который понимает, что перспектив на переиздание нет, но считает, что книга полезна и хочет, чтобы её читали все — должен иметь обеспеченные законом возможности разместить его на сайте и объявить его в свободном доступе. Как ни странно, сейчас такой возможности у правообладателя нет. Потому что если он так сделает, и другие лица начнут использовать этот объект, объявленный в свободном доступе, после этого автор может заявить: я не передавал своё произведение в свободный доступ, на сайте разместил не я, это контрафактная копия, я подаю судебный иск против всех, неправомерно использующих моё произведение, нарушающих моё исключительное право».

«Лучший законодательный способ бороться с контрафактом — не запретительный, а поощрительный, создающий для правообладателей возможности реализовывать свои права с той же лёгкостью, какая доступна для контрафакторов. Интернет это позволяет, закон нет».

«Представляя национальную библиотеку, обязанную сохранять культурное наследие, если я скопирую опубликованную в интернете научную монографию и размещу на своих серверах, я по букве и духу закона нарушу 4-ю часть ГК. Если я этого не сделаю, я не выполняю возложенных на меня, как на библиотеку, функций. Эти вопросы должны быть решены законодателем, иначе мы уже сейчас рискуем навсегда отстать от таких стран, как Китай и США. В США не менее жёсткое законодательство в отношении авторского права. При этом, в 2002 году компания Google заявила: «Мы оцифруем все книги мира»¹¹². И на сегодня оцифровано 129 миллионов книг¹¹³ — это практически всё, что издавало человечество. Иски от правообладателей Google стремятся свести к поощряемому американским законом мировым соглашениям, для которых предлагает свои условия — отчисления с продаж. Что характерно, правообладателей, не выразивших

¹¹² Проект Google Books // <http://books.google.com>

¹¹³ Google: 129 Million Different Books Have Been Published // http://pcworld.com/article/202803/google_129_million_different_books_have_been_published.html

свою волю в отношении данной оферты, Google автоматически причисляет к согласившимся на неё. И строгое американское авторское право это позволяет. А теперь представим последствия использования всего этого оцифрованного объёма американским народом в любое время из любой точки страны по интернету — какое преимущество получит Америка перед Россией. И в то же время если я, как российская библиотека, решу запустить аналогичный процесс оцифровки и предоставления книг читателям, точно так же не заключая письменных договоров с правообладателями — массовое нарушение авторского права организованной группой лиц, шесть лет».¹¹⁴

* * *

Предложения настоящей работы по усовершенствованию авторского права в применении к библиотечному делу, с учётом возможностей интернета способствовать определённым в п. 3 Ст. 44 Конституции РФ обязанностям по сохранению исторического и культурного наследия:

1. Ввиду того, что традиционные офлайн-библиотеки в условиях современного российского книгоиздания и выделяемого на их содержание и развитие бюджета не в состоянии выполнять свои основные функции по самообразованию граждан и сохранению объектов культурного наследия от уничтожения, тогда как эти задачи могут выполнять онлайн-библиотеки, которые в настоящее время законом не признаются в качестве таковых и прямо запрещаются — изменить п.2 статьи 1274 ГК РФ:

2. В случае, когда библиотека **предоставляет экземпляры произведений, правомерно введенные в гражданский оборот, во временное безвозмездное пользование**, такое пользование допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения. При этом выраженные в цифровой форме экземпляры произведений, предоставляемые библиотеками во временное безвозмездное пользование, в том числе в порядке взаимного использования библиотечных ресурсов, **могут предоставляться только в помещениях библиотек при условии исключения возможности создать копии этих произведений в цифровой форме.**

убрав из него ограничение о помещениях библиотек, прямо объявляющее онлайн-библиотеки, не имеющие указанных помещений, вне закона; а также

¹¹⁴ Ч. 3 ст. 146 УК РФ «Нарушение авторских и смежных прав»: «Незаконное использование объектов авторского права в особо крупном размере организованной группой наказывается лишением свободы на срок до шести лет со штрафом в размере до пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до трех лет либо без такового».

условие об исключении возможности создать копии произведений в цифровой форме, поскольку это затрудняет и делает нецелесообразной серьёзную научную работу с подобными источниками — тогда как положительных сторон, ради которых было добавлено в закон, не имеет, поскольку самостоятельная оцифровка любого объекта авторского права, приобретённого гражданами не представляет труда.

2. Включить в ГК положения о правовом признании онлайн-библиотек, признав таковыми все ресурсы, следующие базовому принципу библиотечного дела, определённому в статье 1274 ГК РФ: «предоставление экземпляров произведений, *правомерно* введенных в гражданский оборот, во временное *безвозмездное* пользование». Соответственно, исключив из объёма онлайн-библиотек все сайты, предоставляющие экземпляры произведений на возмездной основе, включая получение выгоды от размещения на таких произведениях рекламы или иных способов коммерческого использования.

Заключение

Описав существенные для правовой оценки особенности интернета, как области действия авторского права, современное российское и международное законодательство, регулирующие правоотношения в данной области, особенности объектного и субъектного состава авторско-правовых отношений в интернете и проанализировав особенности судебной практики по данному вопросу, настоящее исследование обобщило систему полученных знаний в виде ряда конкретных предложений по совершенствованию российского и международного законодательства в целях ускорения прогресса, гармонизации авторско-правовых отношений, усовершенствования правоприменительной практики. Выводы и предложения данной работы следуют фундаментальным принципам авторского права, для которых оно и было создано в качестве отдельной отрасли гражданского права. Для подтверждения точности этого положения в состав работы была специально включена историческая часть, в которой было детально изучено появление авторского права в его современном виде. Параллельно приведено исследование генезиса интернета, с тем, чтобы не оставалось неизученных мест в области пересечения этих двух сфер общественной деятельности и научного знания, которой и посвящен данный труд. Установлены основные задачи авторского права и интернета: способствование появлению, творческой работе, получению наиболее быстрой известности и максимального вознаграждения авторов с одной стороны, и беспрепятственному обмену полезной информацией, представляющей собой продукт авторской интеллектуальной деятельности, доведения её до заинтересованных в ней потребителей — без чего сама авторская деятельность не имеет смысла, на что она изначально нацелена и без чего любые правовые положения, регулирующие авторскую

деятельность, не имеют объективной полезности. Все правовые решения, предложенные в настоящей работе, способствуют именно этим основным задачам авторского права.

Главные из разработанных предложений:

1. создать систему депонирования объектов авторского права в интернете, предоставляющую авторам, посредникам и потребителям механизм беззатратного объявления произведений в свободном доступе; запрещённую к любому использованию вне соблюдения формы письменного лицензирования; либо спектра промежуточных лицензий, с теми или иными условиями использования — по усмотрению правообладателей;
2. дать всем лицам, добросовестно использующим объекты авторского права, из которых и состоит интернет, правовые гарантии от злоупотребления в их отношении правом со стороны правообладателей, которые, как показывает в том числе современная российская судебная практика, излишне склонны завышать размер ущерба, причинённого им свободным распространением объектов в интернете;
3. учитывая серьёзное противоречие, внесённое в зарубежное и российское авторское право инициативами об увеличении срока действия исключительного права на произведение в течение 70 лет после смерти автора вопреки, напротив, ускорившемуся прогрессу и такой фундаментальной задаче авторского права, как служение интересам общества — вернуть срок охраны в такие рамки, при которых из общественного достояния не будут вычеркнуты, как сейчас, зачастую даже дореволюционные издания;
4. способствовать такому правовому регулированию, которое бы вело к устранению ощутимого перекоса в наблюдаемых сейчас отношениях, при котором интересы общества, авторов, потребителей уступают интересам коммерческих посредников, в результате чего авторы демотивированы к творчеству, а потребители лишены возможности выбора наиболее

качественных произведений в результате монополизма в рекламе и распределении объектов интеллектуальной деятельности — альтернативу чему и может предложить интернет, будучи законодательно отрегулированным должным образом;

5. возродить российское библиотечное дело, используя технические преимущества, которые предлагает для этого интернет, но которые не могут быть использованы до тех пор, пока законодательство запрещает в этой области любую инициативу под угрозой санкций в отношении тех лиц и организаций, которые стремятся к спасению утрачиваемой за последние два десятилетия российской культуры, задачам сохранения и развития которой служит авторское право;
6. рекомендации по усовершенствованию судебной практики, упрощающие доказывание юридических фактов посредством применения предложенного единого интернет-реестра; устанавливающие справедливую оценку вреда; чёткую процедуру досудебной защиты прав в отношении объектов, размещённых в интернете, снимающей нагрузку с судебной системы; и тому подобные предложения, выработанные на основе анализа конкретных дел, относящихся к защите авторских прав в интернете в рамках действующего законодательства.

* * *

25 февраля этого года, на конференции, посвящённой будущим направлениям в законодательстве об авторском праве в Квинслендском технологическом университете (Сидней, Австралия)¹¹⁵, генеральный директор ВОИС Фрэнсис Гарри высказал ряд тезисов, полностью совпавших с основным настроением настоящей работы и сутью предлагаемых ею

¹¹⁵ Blue Sky: Future Directions In Copyright Law, Feb 25 2011. Конференция, посвященная будущему авторского права, организованная факультетом права Квинслендского технологического университета. <http://ip.qut.edu.au/bluesky>

прогрессивных изменений в прежней авторско-правовой парадигме, призывающих не подгонять принципиально новые правоотношения, появившиеся в конце XX – начале XXI веке к старым законам, не втискивать их в прокрустово ложе авторского права, оперирующего ценностями XIX века, а изыскивать для них новые, столь же современные, революционные решения. Эти заявления имеют тем большее значение, что о роли ВОИС, деятельность которой основана на строгом соблюдении положений Бернской конвенции 1886 года и Женевской конвенции 1952 года, ввиду этого представлялось возможным судить лишь как об консервативной, нацеленной на сохранение традиционной доктрины авторского права и противодействие попыткам реформировать его. В частности, доктор Ф. Гарри сказал¹¹⁶:

Сегодня, когда число людей в мире, имеющих доступ в интернет, превысило два миллиарда¹¹⁷, поддержка для преодоления последствий этих фундаментальных изменений приходит из самых высоких кругов. Президенты Франции и России призвали «большую двадцатку» обсудить этот вопрос. В своем выступлении на форуме в Давосе в начале этого года Президент России отметил, что «прежние принципы регулирования в сфере интеллектуальной собственности уже не работают, особенно в сети интернет. Это грозит коллапсом всей системе прав интеллектуальной собственности.

Цифровые технологии и интернет создали самое мощное средство демократизации знаний со времени изобретения подвижного способа печати. Они ввели безукоризненную точность воспроизведения произведений культуры, причем почти с нулевыми предельными издержками, и беспрецедентную возможность распространять эти произведения по всему миру на мгновенных скоростях и, опять же, почти с нулевыми предельными издержками.

Заманчивое обещание обеспечить всеобщий доступ к произведениям культуры сопровождается процессом творческого¹¹⁸ разрушения деловых моделей наших творческих отраслей, которые развивались до прихода цифровых технологий. [...]

История показывает, что это невыполнимая задача – обратить вспять технологические преимущества и перемены, которые они порождают. Вместо того чтобы противостоять им, мы должны признать неизбежность технологических изменений и добиваться интеллектуального взаимодействия с ними. Во всяком случае, другого выбора нет —

¹¹⁶ Видеозапись, стенограмма и анонс выступления генерального директора ВОИС Ф. Гарри: <http://vimeo.com/20862549>, http://www.wipo.int/pressroom/ru/articles/2011/article_0005.html, http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html

¹¹⁷ Доктор Ф. Гарри оперирует цифрами, полученными в исследовании International Telecommunication Union, *The World in 2010: ICT facts and figures*. <http://www.itu.int/ITU-D/ict/material/FactsFigures2010.pdf>

¹¹⁸ Sic, в оригинале: «a process of *creative destruction* that has shaken the foundations of the business models of our pre-digital creative industries».

либо система авторского права адаптируется к естественным преимуществам, которые сложились, либо она погибнет.

Адаптация в данном случае требует, на мой взгляд, активности. Я твердо убежден в том, что пассивный и реактивный подход к авторскому праву и цифровой революции влечет за собой большую опасность. [...]

Авторские права должны содействовать культурному динамизму, а не сохранять или поощрять корпоративные интересы бизнеса. [...]

На протяжении многих десятилетий, если не столетий, право считалось средством формулирования политики в области авторского права. Оно все еще должно быть окончательным арбитром, но мы знаем, что это достаточно жесткий и ограниченный инструмент в цифровой среде. В этой среде объем трафика, международный или «многоюрисдикционный» характер столь многих взаимоотношений и сделок, а также свободное регулирование Системы доменных имен¹¹⁹, позволяющее поддерживать значительную степень анонимности, — всё это делает право лишь тенью самого себя в физическом мире, ослабленной силой. Его институты и их досягаемость оказались пойманными в территориальной клетке, в то время как экономические и технологические возможности вырвались из этой клетки некоторое время тому назад. [...]

Это не означает, что коллективное управление правами или общества по сбору авторских отчислений больше не нужны. Но они нуждаются в перепрофилировании и развитии. Нам нужна глобальная инфраструктура, которая допускает простое, глобальное лицензирование, которая придает законный характер лицензированию произведений культуры в интернете так же просто, как такие произведения можно получать на незаконных основаниях.

Однако история еще не закончилась, а на будущее мы должны постоянно напоминать себе о том, что история противостояния нашего классического мира авторского права с цифровой средой была больше печальной историей сопротивления луддитов, чем примером интеллектуального взаимодействия. [...]

Я полагаю, что нам нужно больше простоты в области авторского права [...]. Мы рискуем потерять свою аудиторию и общественную поддержку, если мы не сумеем объяснить систему более доступным образом».

Знаковое выступление; когда настоящая работа была почти завершена и все её тезисы, формировавшиеся в течение 15 лет работы с интернетом и спецификой авторско-правовых отношений в нём, определились не только в виде первоначальных идей, но в конкретике научного анализа и практических предложений, возникло серьёзное опасение того, что её взгляд на проблематику авторского права в интернете предстанет настолько радикальным, идущим вразрез с вековыми традициями классического

¹¹⁹ В оригинале: *Domain Name System, DNS*. Данному специальному термину дано определение среди прочих в соответствующем разделе настоящей работы.

авторского права, что ввиду этого получит самую ожесточённую критику с фундаментальных научных позиций. Учитывая это, было весьма неожиданно услышать точно такие же идеи из уст действующего генерального директора ВОИС, призывающего не к запрету порождённой интернетом либертарной модели правоотношений ввиду необходимости строго соблюдать традиционную доктрину авторского права, но, напротив, к отказу от пассивного и реактивного подхода к авторскому праву и цифровой революции, к изменению прежних консервативных правовых принципов с учётом классических целей служения прогрессу, ради которых существует право интеллектуальной собственности.

Библиографический список

1. Нормативно-правовые акты

1. Конституция Российской Федерации. 12.12.1993 // Российская газета. 2009, 21 января
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (IV часть) от 18.12.2006 №230-ФЗ. // Собрание законодательства РФ. 2006. №52 (1 ч.). Ст. 5496.
3. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 №95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. №30 (1 ч.). Ст. 3012.
4. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 №63-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. №25. Ст. 2954.
5. Федеральный конституционный закон от 28.04.1995 N 1-ФКЗ (ред. от 30.04.2010) «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (одобрен СФ ФС РФ 12.04.1995) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. №18. Ст. 1589.
6. Постановление Правительства РФ от 03.11.1994 г. №1224 «О присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 г., Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 г. и дополнительным Протоколам 1 и 2, Конвенции 1971 г. об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их (фонограмм)» // Собрание законодательства РФ, 1994, № 29. Ст. 3046.
7. Постановление Правительства РФ от 20 декабря 2002 г. N 908 «О присоединении Российской Федерации к Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций». // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. №52 (Часть II). Ст. 5217.
8. Закон РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-I «Об авторском праве и смежных правах». // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. №32. Ст. 1242. С принятием 4-й части ГК РФ утратил силу.
9. Гражданский кодекс РСФСР (ГК РСФСР) от 11.06.1964 (в ред. Указа ПВС РСФСР от 01.03.74 // Ведомости ВС РСФСР. 1974. №10. Ст. 286. С принятием 4-й части ГК РФ утратил силу.
10. Гражданский кодекс РСФСР (ГК РСФСР) от 11.06.1964 (в первоначальной редакции). // Ведомости ВС РСФСР. 1964. №24. Ст. 407. С принятием 4-й части ГК РФ утратил силу.
11. Федеральный закон Российской Федерации от 6 апреля 2011 г. N 63-ФЗ «Об электронной подписи» // Российская газета. 2011. 8 апреля. №5451.

2. Иностраные нормативно-правовые акты

12. Французская Декларация прав человека и гражданина 1789 года. // Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.
13. Закон США об авторском праве в цифровую эпоху (DMCA, Digital Millennium Copyright Act). Утверждён Президентом США 28 октября 1998 года // http://en.wikisource.org/wiki/Digital_Millennium_Copyright_Act
14. Директива ЕС об авторском праве (EUCD, European Union Copyright Directive) // <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:EN:HTML>
15. Билль о Цифровой экономике (Digital Economy Bill, DE Bill) // <http://legislation.gov.uk/>

16. Закон Великобритании о Цифровой экономике (Digital Economy Act 2010) // <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents>
17. Постановление об обеспечении безопасности в сети Интернет. Принято 28 декабря 2000 г. 19-м заседанием 9-го созыва ПК ВСНП (Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей) // Сборник законодательных актов КНР (*Чжунхуа жэньминь гунхэго фагуй хуйбянь*), январь-декабрь 2000 г. Пекин, 2001, с. 1131-1133.)
18. Закон КНР «Об авторском праве». Принят 7 сентября 1990 г. на 15-м заседании 7-го созыва ПК ВСНП (Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей) 1-е изменение внесено в соответствии с Решением «О внесении изменений в Закон КНР «Об авторском праве», принятым на 24-м заседании ПК ВСНП 9-го созыва 27 октября 2001 г.; 2-е изменение внесено в соответствии с Решением «О внесении изменений в Закон КНР «Об авторском праве», принятым на 13-м заседании ПК ВСНП 11-го созыва 26 февраля 2010 г.
19. Copyright Act 1709 // Факсимиле и расшифровка на языке оригинала: <http://www.-copyrighthistory.com/anne.html>.

3. Международные соглашения

20. Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений. (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works). 9 сентября 1886 // <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/index.html>
21. Berne Notification No. 162 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works // http://www.wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty_berne_162.html
22. Всемирная конвенция об авторском праве (ВКАП, Женевская конвенция 1952 года, пересмотренная в Париже 24 июля 1971 года, *Universal Copyright Convention*) // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=56081>
23. Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Римская конвенция 1961 года, *International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations*). 26 октября 1961 года // http://wipo.int/treaties/en/ip/rome/trtdocs_wo024.html
24. Договор ВОИС по авторскому праву (ДАП, WCT, WIPO Copyright Treaty). 20 декабря 1996 года. Для России вступил в силу с 5 февраля 2009 года // <http://wipo.int/treaties/ru/ip/wct/wct.html>
25. Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ, WPPT, WIPO Performances and Phonograms Treaty). 20 декабря 1996 года. Для России вступил в силу с 5 февраля 2009 года // <http://wipo.int/treaties/ru/ip/wppt/wppt.html>

4. Судебные постановления

26. Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 26.03.2009 г. N 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части 4-й ГК РФ».
27. Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 09 декабря 2009 г. по делу N А41-14240/09.
28. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 29 марта 2010 г. N КГ-А41/2292-10 по делу N А41-14240/09.
29. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27 января 2011 г. N КГ-А40/16509-10-1,2 по делу N А40-75669/08-110-609.

30. Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 25 мая 2011 г. по делу N А41-24963/10.
31. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 23 марта 2010 г. N КГ-А40/608-10 по делу N А40-64083/07-133-440.
32. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 20 ноября 2009 года по делу N А40-69677/09-27-553.
33. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 1 апреля 2010 г. N КГ-А40/2382-10 по делу N А40-69677/09-27-553.
34. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 14 сентября 2010 года по делу N А40-91447/10-12-585.
35. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24 ноября 2011 года по делу N А40-91447/10-12-585.
36. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 28 февраля 2011 г. N КГ-А40/862-11 по делу N А40-91447/10-12-585.

5. Научная литература

37. М. М. Богуславский. Международное частное право. // Издание 5-е, переработанное и дополненное. 2005 г
38. Липчик Д. Авторское право и смежные права // *Droit d'auteur et droit voisins*. — Пер. с фр.; Предисл. М.А. Федотова. — М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. — С. 526-643. — 788 с. — 2000 экз. — ISBN 5-86218-395-7 UNESCO 92-3-202837-9
39. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: ТК Велби, Проспект, 2007. 752 с.
40. Минков А.М. Международная охрана интеллектуальной собственности. — СПб: Питер, 2001. — С.123-132.
41. Силке фон Левински Роль и будущее Всемирной конвенции об авторском праве = *The Role and future of the Universal Copyright Convention* // UNESCO e-Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. — UNESCO, 2006. — № 4 октябрь–декабрь. — С. 4-21. — ISSN 1817-4167.
42. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части четвертой (постат.) // Отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. - М.: Инфра-М, Контракт, 2009. - 812 с
43. Малявин В. В. Конфуций // Серия ЖЗЛ. М., Молодая гвардия. 1992. 335 стр.
44. Канторович Я. А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Систематический комментарий к закону 20-го марта 1911 г. — с историческим очерком и объяснениями, основанными на законодательных мотивах, литературных источниках, иностранных законодательствах и судебной практике 2-е изд., доп. Петроград — Тип. АО б. «Брокгауз-Ефрон» — 803 с., 1916 г.
45. Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Санкт-Петербург, 1882-83; издание 5-е, 1904-1905 годов;
46. Закон об авторском праве. С изложением рассуждений и материалов, на коих он основан / Сост.: Коптев Д.А. — С.-Пб.: Изд. юрид. кн. магазина Н.К. Мартынова, 1911. — 434 с.
47. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный). Под ред. заслуженного юриста РФ, д. ю. н., проф. А. В. Бриллиантова. М.: Проспект, 2010.
48. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный). Под ред. заслуженного деятеля науки РФ, д. ю. н., проф. А. В. Наумова. М.: Юрист, 1997.

49. Ф. Зуев. Международная политика в области исключительных прав // Промышленная политика и международные отношения (Сб. ст.) Т. 2: Международные отношения. Изд.: Социум, 2005

6. Иностраные публикации

50. Bart Cammaerts; Bingchun Meng (March 2011) London School of Economics and Political Science, Department of Media and Communications. Destruction and Copyright Protection: Regulatory Responses to File-sharing.
51. Sherman Brad, Lionel Bently — The making of modern intellectual property law: the British experience, 1760-1911. Cambridge University Press. pp. 207. ISBN 9780521563635.
52. Bainbridge, David I (2006). Intellectual Property. Pearson Education. pp. 30. ISBN 9781405801591.
53. MacQueen, Hector L; Charlotte Waelde and Graeme T Laurie (2007). Contemporary Intellectual Property: Law and Policy. Oxford University Press. pp. 34. ISBN 9780199263394.
54. Ronan, Deazley (2006). Rethinking copyright: history, theory, language. Edward Elgar Publishing. pp. 14. ISBN 9781845422820.
55. Rimmer, Matthew (2007). Digital copyright and the consumer revolution: hands off my iPod. Edward Elgar Publishing. pp. 27. ISBN 9781845429485.
56. Bell, Daniel. The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting. New York: Basic Books, 1973. ISBN 0-465-01281-7.

7. Публикации, доступные в интернете

57. Официальный сайт WIPO. // <http://wipo.int/>
58. Спецификация TCP RFC 675 // <http://tools.ietf.org/html/rfc675>
59. Defense Advanced Research Projects Agency // <http://www.darpa.mil/>
60. CERN. Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire // <http://ben.web.cern.ch/ben/TCPHIST.html>
61. Wu, Tim. Network Neutrality FAQ // http://timwu.org/network_neutrality.html, <http://savetheinternet.com/frequently-asked-questions>
62. Berners-Lee, Tim (21 June 2006). Net Neutrality: This is serious. // <http://dig.c-sail.mit.edu/breadcrumbs/node/144>
63. Статистика на сайте ВОИС // http://www.wipo.int/treaties/en/statistics/StatsResults.jsp?treaty_id=15&lang=en, http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=17
64. Фонд электронных рубежей (Electronic Frontier Foundation, EFF) // <http://eff.org/issues/dmca>
65. «Пиратство и свободная конкуренция». Интервью с главным советником Google по авторскому праву. 6 мая 2011 // <http://www.lenta.ru/articles/2011/05/06/lohmann/>
66. «Fox commits copyright fraud» (См. комментарий от EFF). BoingBoing. 2006-01-12. // http://www.boingboing.net/2006/12/01/fox_commits_copyright.html
67. Судебная практика США 2011. VPR INTERNATIONALE, Plaintiff, v. DOES 1-1017, individually and as representatives of a class, Defendants. // VPR Internationale против ответчиков 1-1017 // http://scholar.google.com/scholar_case?case=7067176521786518150&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar, <http://dockets.justia.com/docket/illinois/ilcdce/2:2011cv02068/51489/>, <http://torrentfreak.com/ip-address-not-a-person-bittorrent-case-judge-says-110503/>

68. Статут королевы Анны // http://en.wikipedia.org/wiki/Statute_of_Anne, http://ru.wikipedia.org/wiki/Статут_королевы_Анны
69. What is Stephen King trying to prove? Stephen J. Dubner, New York Times Magazine, 2000-08-13. <http://partners.nytimes.com/library/magazine/home/20000813mag-king.html>
70. Blue Sky: Future Directions In Copyright Law, Feb 25 2011, Sydney, Australia. Конференция, посвященная будущему авторского права, организованная факультетом права Квинслендского технологического университета // <http://ip.qut.edu.au/bluesky>
71. Видеозапись, стенограмма и анонс выступления генерального директора ВОИС Ф. Гарри. Женева, 24-02-2011 // <http://vimeo.com/20862549>, http://wipo.int/pressroom/ru/articles/2011/article_0005.html, http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_bluesky-conf_11.html
72. International Telecommunication Union, The World in 2010: ICT facts and figures // <http://itu.int/ITU-D/ict/material/FactsFigures2010.pdf>
73. Oxford English Dictionary // <http://www.oed.com/view/Entry/248411>
74. Merriam-Webster Online, <http://m-w.com/>
75. Wikipedia // <http://wikipedia.org/>
76. Encyclopædia Britannica // <http://britannica.com/>
77. Проект Google Books // <http://books.google.com/>
78. Google: 129 Million Different Books Have Been Published // http://www.pcworld.com/article/202803/google_129_million_different_books_have_been_published.html
79. Некоммерческая организация Creative Commons // <http://creativecommons.org/>
80. Protests grow over digital bill. BBC News. 24 Nov 2009 // <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/8374732.stm>
81. «В области современных технологий наше право закрепляет отжившие подходы индустриальной эпохи, уже во многом расширенные другими странами». Открытое письмо в Государственную Думу РФ от имени директора Российской государственной библиотеки и других подписантов. 30 декабря 2009 // <http://webpublishers.ru/?p=30>, http://wikimedia.ru/fund/initiatives_open_letter-30-12-2010.html
82. Интервью Председателя Государственной Думы газете «Московские новости», №20, 25 мая 2007 г. // <http://regions.ru/news/2301924/>
83. Встреча Президента РФ с представителями интернет-сообщества, 29 апреля 2011 г. // <http://dolboeb.livejournal.com/2062041.html?nc=85>, <http://kremlin.ru/transcripts/11115>
84. «Право на образование и авторское право в России. Позиция РГБ» Видеозапись лекции А. И. Вислого — генерального директора Российской государственной библиотеки. 5 мая 2011 // <http://runivers.ru/spec/lection/detail103472/>, <http://runivers.ru/upload/iblock/ada/visliy.mp4>

Приложение. Специальная терминология интернета в отношении субъектов и объектов авторского права

Для обозначения специфических для интернета объектов интеллектуальной собственности традиционно используются английские термины. По двум причинам: α — поскольку изначально эта глобальная сеть выросла из англоязычной технология и национальными научно-техническими сообществами была произведена рецепция уже установившихся понятий, которым не было адекватных аналогов в национальных языках, либо они были слишком громоздки, равно как ранее *компьютер* vs *электронно-вычислительная машина*, и, соответственно, *интернет* vs *международная вычислительная сеть*, и β — поскольку в последние десятилетия английский язык был окончательно определён всеми странами мира в качестве *lingua franca* — языка межнационального общения. Отечественным законодателям следует особенно внимательно отнестись к этому прочно сложившемуся уже в течение последних 20–15 лет обычаю, поскольку предыдущие инициативы уже показали, что в новых законах зачастую вводятся термины, отличающиеся от тех, что приняты в профессиональных отраслях, которые эти новые законы намерены регулировать.

Интернет (англ. *the Internet, World Wide Web*, всемирная сеть) — глобальное информационное пространство человечества, возникшее в конце XX-го века и ставшее революционным феноменом в интеллектуальной деятельности и повседневной жизни людей, впервые реализовавшее в материальном представлении визионерские идеи В. И. Вернадского о ноосфере — едином планетарном информационном поле, сформированном в результате объединения усилий человечества. До сих пор люди, которые пишут об интернете не каждый день, используют это слово с капитализацией, как нечто чужеродное для языка, ещё не ставшее его

обычным словом. Это неверно, с большой буквы справедливо писать только имя собственное оригинальной вычислительной сети, созданной в США для нужд обороны, из которой постепенно развилась современная глобальная сеть. Лишь в крайне редких, единичных случаях те, кто употребляет слово «интернет», имеют в виду эти вычислительные мощности — и практически всегда в объём этого понятия вкладывается значение «всемирная сеть», World Wide Web¹²⁰ — совокупность информационных ресурсов, доступных из любой точки мира. Таким образом, мы видим, что слово «интернет» в русском языке стало именем нарицательным и прав у этой технологии связи на заглавную букву столько же, сколько у телефонии и телевидения. Из распространённых английских синонимов: *www*, *web*, *net*, *on-line*... в русском языке широко прижились лишь аналоги «сеть, сетевой»; онлайн-, веб- и прочие допустимые формы используются существенно реже.

Домен (англ. *domain*, область, владение; сокращённая форма от более конкретного в данной области использования термина *domain name*, доменное имя; от лат. *dominium* — владение, от *dominus* — владелец, господин) — уникальный буквенно-цифровой идентификатор, присваиваемый отдельным сайтам с целью их человеко-понятной мнемонической адресации, в отличие от технического численного IP-адреса более низкого уровня. Этим термином общеупотребительно, и в настоящей работе также, принято обозначать доменное имя второго уровня — как единственный из всех уровней объект частного права, в отношении которого совершаются сделки и регистрации¹²¹. Для взаимного преобразования

¹²⁰ В любительских русских переводах широко распространён подстрочник этого термина в виде «всемирная паутина», что представляется неверным, поскольку английское слово *web* не имеет отношения к паукам, и означает сеть, основу ткани, дословно, с древневерхненемецкого — *навитое*. // Merriam-Webster Online, <http://m-w.com/dictionary/weave>.

¹²¹ Тогда как домен первого уровня, или доменная зона (*top level domain, TLD*), служащая для выделения доменов в группу по национальному: *.ru*, *.uk*, *.jp* (*country code top-level domain, ccTLD*) либо родовому: *.com*, *.org*, *.mil*, *.edu*, *.gov* (*generic top-level domain, gTLD*) признаку — относится к процедурам администрирования интернета и не может быть предметом частно-правовых сделок между физическими лицами. В свою очередь, домены третьего и последующих уровней: *www.do-*

доменного имени в IP-адрес служит система DNS¹²². С точки зрения права интеллектуальной собственности домен имеет особое значение, поскольку хоть и не является с юридической точки зрения обособленным продуктом интеллектуального труда¹²³, но по итогам высококвалифицированного комплекса мероприятий (что в свою очередь является результатом творческой деятельности в отношении интеллектуальной собственности) по повышению посещаемости сайта: привлечению на него максимальной аудитории посетителей методами наполнения контентом; поисковой оптимизации: повышению положения в поисковых системах по поисковым запросам семантического ядра (SEO); рекламы: как онлайн-овой так и офлайн-овой; взаимодействию с посетителями, ведению с ними организационной работы; и прочих — становится именно тем объектом права интеллектуальной собственности, лишившись которого сайт и его владелец лишается всей совокупности результатов своих вышеуказанных творческих усилий. В этом отношении у такого объекта авторского права в интернете, как доменное имя, мы наблюдаем полное юридическое соответствие с такими классическими объектами интеллектуальной собственности как фирменное наименование и товарный знак (знак обслуживания)¹²⁴ — доменное имя выступает точно таким же полноценным средством индивидуализации, имеющим ценность как продукт

main.com, 1st.domain.com, 2nd.domain.com — также не являются отдельным объектом права, поскольку обычно находятся в полном распоряжении владельца домена второго уровня, которому принадлежат, за исключением разве что устоявшейся в таких странах, как Великобритания и Япония, практики регистрировать частные домены фактически в третьем уровне: domain.co.uk, domain.co.jp. Зарегистрировать физическому или юридическому лицу по своему желанию домен первого уровня невозможно, а третьего — незачем, его создание относится к правомерному распоряжению своей собственностью и не требует регистрации.

¹²² Определение этого термина см. далее.

¹²³ Хотя, фактически, возможно и даже следует рассматривать его в качестве такового — ввиду того, что подбор подходящего для сайта конкретной тематики, но короткого и следовательно удобного для ввода тысячам посетителей, и, что особенно важно — ещё не занятого никем в мире названия требует исключительно высокого уровня профессиональных и творческих качеств и идентично такой, к примеру, творческой деятельности, как подбор товарного знака.

¹²⁴ Статья 1473 ГК РФ. Фирменное наименование. Статья 1477 ГК РФ. Товарный знак и знак обслуживания.

высококвалифицированного творчества (в профессиональной среде обозначаемого как копирайтинговый креатив — вербальное творчество, как правило, малых форм, в отношении коммерческих объектов) и в итоге должен быть включён в Гражданский кодекс Российской Федерации наравне с ними. Более того, такое дополнение назрело уже много лет назад, сразу после появления доменного имени в качестве общепризнанного фактического объекта интеллектуальной собственности с описанными выше качествами и сложившимися традициями регуляции по обычному праву.

Международным законодательством вслед за предшествовавшим ему обычайным правом в этой области доменное имя приравнивается к общедоступному бесхозяйному имуществу¹²⁵, право на которое переходит первому заявившему о своём желании приобрести доменное имя во владение и оплатившему регистрационные сборы. При отказе от уплаты очередных ежегодных регистрационных сборов, служащих для возмещения организационных расходов организациями, занимающимися регистрацией доменных имён, домен снова переходит в общественное достояние и может быть востребован новым владельцем по указанной выше процедуре.

Доменное имя второго уровня является одним из важнейших объектов, на котором строится соблюдение авторских прав в интернете, поскольку он выступает единственным идентификатором, привязывающим сайт и все авторские материалы на нём к официально подтверждённой личности владельца домена. Это важно как в вопросах доказывания авторства материалов, так и в установлении лиц, нарушающих либо способствующих нарушению авторских прав в интернете. Вторым вспомогательным идентификатором может выступать договор о хостинге, но ввиду того, что закон не обязывает хостеров идентифицировать своих клиентов, эта привязка юридически не столь значима.

¹²⁵ Статья 225 ГК РФ Бесхозяйные вещи: «1. Бесхозяйной является вещь, которая не имеет собственника или собственник которой неизвестен либо, если иное не предусмотрено законами, от права собственности на которую собственник отказался.»

DNS (англ. *Domain Name System*, система доменных имён) — глобальная распределённая иерархическая система, служащая для получения технической информации о существующих в интернете доменах с целью их адресации. Служит в числе прочего, для привязки доменного имени к физическому адресу размещения сайта — IP-адресу. Владелец домена вправе ассоциировать доменное имя, которым владеет, с компьютерами хостинга, на носителях которых физически размещены файлы его сайта, выбирая их произвольно и в любой момент. По международным соглашениям и регламенту ICANN хостер и регистратор не имеют возможности воспрепятствовать такому правораспоряжению владельца домена.

Сайт (англ. *site*, место; от лат. *situs* — расположение, строение, от *sinere* — допускать, позволять) — совокупность электронных гипертекстовых мультимедийных интерактивных документов, размещённых в интернете и, как правило, объединённых общей темой и доменом. Кроме того, сайт может обладать такими факультативными характеристиками, как собственное уникальное графическое оформление (веб-дизайн, *web-design*), программа, определяющая логику интеракции с посетителями и выдачи им в зависимости от их действий и запросов того или иного контента (скрипт сайта, движок, *site engine*), уникальная база данных (которая при современном развитии технологий ведётся преимущественно на SQL¹²⁶ либо в текстовом формате, в зависимости от решаемых задач: необходимости выполнения множества сложных выборок коротких единиц контента, либо немногочисленных простых выборок существенных объёмов контента).

Контент (англ. *content*, содержание, содержимое; от лат. *continēre* — содержать) — информация, размещённая на сайте. Может иметь текстовую,

¹²⁶ Structured Query Language, язык структурированных запросов — универсальный компьютерный язык, применяемый для создания, модификации и управления реляционными базами данных.

графическую, либо иную другую форму. Контент логически отделяется от структуры сайта, его интерфейса, дизайна, скриптов и базы данных, и наряду с ними является составляющей сайта — причём, наиболее важной, в отношении которой все прочие перечисленные элементы выступают, как вспомогательные, обслуживающие задачу предоставить контент посетителям.

Посетители (англ. *visitors*, тж. пользователи — если мы рассматриваем их в аспекте не анализа посещаемости сайта, но использования ими его программно-контентного комплекса, потребители — в аспекте частноправовых отношений) — физические лица, загружающие сайт для отображения на своих компьютерах и выполняющие на нём те или иные действия по навигации, отображению с сайта различной информации, контента, по их выбору — в том числе действия, имеющие юридическую значимость и последствия, как то: заключение сделок посредством интеракции с предоставляемыми сайтом механизмами реализации оферты; попытки незаконного взлома сайта, и т. п.

Хостер (англ. *web hosting service, hoster*, хостер, хостинг; принимающий у себя сайты, размещающий их сервис; от лат. *hospes* — оказывающий гостеприимство) — коммерческое предприятие по размещению сайтов клиентов на компьютерах, обеспечивающих постоянный бесперебойный доступ к ним из интернета. Также любое лицо обладает возможностью разместить свой сайт на собственных вычислительных мощностях, однако это сопряжено с необходимостью уже лично обеспечивать бесперебойный доступ из интернета к своим сайтам (формат 24/7/365 — круглосуточно, без выходных, круглый год в онлайн), что затруднительно не только для физических, но часто и юридических лиц, и, учитывая невысокие, символические тарифы, установившиеся в этой отрасли благодаря верному

законодательному регулированию, выстроившему благоприятные рыночные отношения, принято делегировать коммерческим дата-центрам хостеров.

Регистратор (англ. *registrar*, регистрационное бюро, регистратор) — регистратор доменных имён. Орган, уполномоченный международной организацией ICANN и ведущий регистрацию и сопровождение доменных имён (в том числе привязку их к физическим адресам хостинга) для всех желающих без учёта юрисдикций и национальных границ. В последние годы этот термин начали переводить в русскоязычных юридических документах так, но ранее долгое время было принято использовать фонетическую кальку «регистрар».

ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) — международная некоммерческая организация, созданная в 1998 году при участии правительства США для регулирования вопросов, связанных с доменными именами, IP-адресами и прочими аспектами функционирования интернета. Обеспечивает распределённую систему регистрации доменов, основанную на принципе свободного доступа аккредитованных регистраторов к реестрам доменных имен. Это позволило убрать из отрасли мешающий её развитию монополизм, сформировать конкурентный доменный рынок, снизить тарифы на регистрацию и привело к резкому росту интернета. В настоящий момент под эгидой ICANN существует около 1000 аккредитованных регистраторов, осуществляющих регистрацию доменных имён для всех желающих практически без задержек, в день обращения, и по символическим тарифам, призванных не столько обложить владельцев доменов сборами, либо сделать работу регистраторов рентабельной, сколько воспрепятствовать пакетную, массовую регистрацию незанятых доменов киберсквоттерами.

Киберсквоттер (англ. *cybersquatter*, самовольно поселившийся, в применении к вычислительным системам) — лицо, злоупотребляющее правами регистрации доменов, действующими в интернете, по следующей схеме: ввиду низких ставок, либертарной правовой модели регистрации свободных доменов всем желающим, и чёткой, отлаженной работы регистраторов по, собственно, технической регистрации доменов, и отсутствию излишних юридических препонов, данное лицо использует накопленный капитал с целью «инвестиций» в массовую скупку незанятых доменов, часто просто идя по словарю и регистрируя на себя все более или менее подходящие словоформы подряд. Уже скупив большинство словарных слов в качестве доменных имён, и столкнувшись с естественным пределом роста, киберсквоттеры в отсутствие свободных доменов, регистрируют всё новые, умышленно искажая слова, употребляя их написание с ошибками¹²⁷. Также возможны вариации по использованию словосочетаний. Эти действия юридически, на этапе собственно регистрации, почти неотличимы от добросовестных действий по приобретению незанятых доменов. С теми только отличиями, что:

а) киберсквоттер действует не в целях *fair use* — использования приобретённых объектов по назначению, а в целях дальнейшей спекуляции ими: перепродажи по ценам, превышающим стоимость регистрации зачастую в тысячи и десятки тысяч раз;

б) это проявляется после приобретения доменного имени — киберсквоттер не создаёт на приобретённом домене сайт, но вместо этого размещает там псевдосайт — заглушечную страницу (группу таких страниц), контент которой не несёт информативной пользы, и которая использует примитивный, а в большинстве случаев и попросту украденный у других сайтов, дизайн (иногда и контент) и размещает там коммерческую рекламу

¹²⁷ Это, в первую очередь, нацелено на написание известных в офлайне товарных знаков либо доменов популярных сайтов с опечатками, в расчёте на то, что в первом случае посетитель не заметит подделки, а во втором опечатается при наборе нужного ему доменного имени — *тайпсквоттинг*.

на ресурсы рекламодателей (либо прочие подобные собственные ресурсы, с целью повышения их *индекса цитирования*);

в) основным техническим отличием киберсквоттера от прочих добросовестных владельцев доменов являются даже не подобные качественные экспертные оценки их действий, но сам факт, что лицо регистрирует домены массово и постоянно, в объёмах, заведомо превышающих любые возможности по созданию на этих доменах полноценных сайтов: учитывая, что количество доменов, зарегистрированных на одно физическое лицо может достигать десятков тысяч, тогда как объём трудовых и интеллектуальных затрат, необходимых для развития сайта всего на одном домене, может исчисляться множеством от человеко-недели (в случае небольшого проекта с малым объёмом и простой внутренней структурой, например, лаконичного сайта, представляющего компанию, сайта-визитки) до человеко-лет (в случае международного онлайн-сервиса для тысяч, десятков и сотен тысяч людей).

Следует отметить, что в случаях, когда киберсквоттеры захватывают в собственность доменное имя, совпадающее с зарегистрированным товарным знаком, владелец товарного знака может запретить использование своего знака в чужом доменном имени.

По законодательству Российской Федерации, товарный знак имеет однозначный приоритет перед доменным именем, следовательно, владелец товарного знака вправе запретить использование своего знака в доменном имени, и более того, истребовать домен, совпадающий со своим товарным знаком из чужого неправомерного владения — отобрать домен. В частности, эта диспозиция отражена в п. 1 ст. 1229, и п.п. 2, 3 ст. 1484 ГК РФ:

| Статья 1229. Исключительное право

1. [...] Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя...

Статья 1484. Исключительное право на товарный знак

2. Исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности путем размещения товарного знака: [...]

5) в сети «Интернет», в том числе в доменном имени и при других способах адресации.

3. Никто не вправе использовать без разрешения правообладателя сходные с его товарным знаком обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, если в результате такого использования возникнет вероятность смешения.

Таким образом, у правомерного владельца товарного знака есть возможность через суд добиться перерегистрации на себя домена, совпадающего с товарным знаком, который он зарегистрировал на себя. Соответственно, закон в текущей несовершенной редакции в равной мере оставляет широкое поле для недобросовестной конкуренции: любой, зарегистрировавший на себя товарный знак *уже после того*, как было зарегистрировано некое доменное имя, наделяется по существующему закону правом отобрать чужой домен, в развитие которого могли быть вложены существенные финансовые средства, время, талант и труд многих людей. Мы наблюдаем, как в данном случае законодатель, торопясь закрыть давно нуждающийся в юридическом толковании пропуск в правоотношениях, сделал это настолько поспешно, не вникая в суть вопроса и возможные последствия, что легализовал возможность грубейших нарушений самой сути авторского права — возможность отобрать у автора все результаты его интеллектуальной деятельности в пользу недобросовестных лиц, выполнивших ряд формальностей, сопряжённых с трудоёмкой и требующей значительных расходов процедурой регистрации

товарного знака. Тогда как сама суть авторского права выстроена на презумпции, что права автора священны и, в общем случае не требуют регистрации и депонирования, которые бы сильно затрудняли творческую деятельность и создавали крайне вредную для общества «цену выхода на рынок» интеллектуальной деятельности, защищая автора с момента создания произведения. Чтобы оценить проблему со всех сторон, обратим внимание также на то, что международные правовые обычаи регулирования интернета заключаются в том, чтобы, напротив, максимально снизить порог создания такого инновационного объекта авторского права, как сайт, что выразилось в рыночной практике предоставлять всем желающим хостинг и регистрацию домена по символическим ценам, немедленно с момента обращения и абсолютно свободно от любых форм обязательной юридической регистрации права. Возникает коллизия этих концепций: с одной стороны, автор сайта освобождён от необходимости регистрировать этот объект своей интеллектуальной собственности; с другой — несовершенство формулировок текущей версии четвёртой части Гражданского кодекса РФ означает для него, что если он не станет регистрировать наименование своего домена в качестве товарного знака, по букве закона любое лицо может внезапно лишиться его всей совокупности результатов его творческого труда, выраженных в домене, к которому привязан его сайт, и посещаемости, привязанной к этому домену — которая и составляет меру полезности, прибыли и рыночной стоимости сайта (в данном случае следует рассматривать это даже как ещё более сложный объект авторского права: *совокупность объектов сайт-домен*).

Необходимо законодательно исключить возможность подобного «обратного захвата» домена, при котором по российскому законодательству у владельцев подавляющего большинства сайтов, существующих в настоящее время в интернете, можно отобрать их домены путём регистрации соответствующего товарного знака уже *post factum*. Для этого достаточно

ввести в закон уточнение, что *приоритет товарного знака не абсолютен, но действует лишь в том случае, когда товарный знак был зарегистрирован ранее, чем был зарегистрирован соответствующий домен на текущего владельца*. Привязка к текущему владельцу, употреблённая здесь, важна в силу того, что иначе киберсквоттеры получили бы встречную лазейку в законе. А по предлагаемой формулировке, даже если киберсквоттер регистрирует свой пустой, традиционно не наполненный полезным контентом домен *прежде*, чем возникнет добросовестное юридическое лицо¹²⁸, создавшее новый бизнес и зарегистрировавшее в его интересах товарный знак — то такая формула лишает его возможности злоупотребить законом и продать захваченный домен кому-либо ещё, кроме претендующего на него владельца зарегистрированного товарного знака. Так получается в силу того, что после подобной сделки владелец знака просто истребовал бы по закону в такой редакции домен, совпадающий с торговым знаком у нового владельца.

В настоящее же время добросовестному владельцу домена, инвестировавшему в его развитие и становление в качестве адреса известного интернет-ресурса, остаётся рассчитывать лишь на возможное применение в его пользу статей 1508-1509 ГК РФ, предполагающих признание используемого им обозначения общеизвестным товарным знаком:

Статья 1508. Общеизвестный товарный знак

1. По заявлению лица, считающего используемый им товарный знак или используемое в качестве товарного знака обозначение общеизвестным в РФ товарным знаком, товарный знак, охраняемый на территории РФ на основании его государственной регистрации или в соответствии с международным договором РФ, либо обозначение, используемое в качестве товарного знака, но не имеющее правовой охраны на территории РФ, по решению федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности могут быть признаны общеизвестным в РФ товарным знаком, если этот товарный знак или это обозначение в результате

¹²⁸ Что не просто возможно, но прогнозируемо, поскольку мы уже рассматривали, что киберсквоттеры к настоящему времени захватили практически все возможные домены в объёме всей лингвистической базы английского языка и даже более, с учётом опечаток, комбинаций слов и прочих уловок.

интенсивного использования стали на указанную в заявлении дату широко известны в РФ среди соответствующих потребителей в отношении товаров заявителя.

Что, однако, представляется затруднительным, поскольку в этом случае на него ложится бремя доказывания не просто самого факта широкой известности находящегося в его собственности домена — но приоритет этого факта перед регистрацией тождественного товарного знака стороной, сделавшей это с целью отобрать находящийся в его собственности домен:

Товарный знак и обозначение, используемое в качестве товарного знака, не могут быть признаны общеизвестными товарными знаками, если они стали широко известны после даты приоритета тождественного или сходного с ними до степени смешения товарного знака другого лица, который предназначен для использования в отношении однородных товаров.

Впрочем, подобная практика доказывания прав на зарегистрированный и правомерно используемый домен посредством обращения к нормам права, напрямую не предназначенных для применения в данном случае, не может быть признана идеальной. К тому же, в законе размыт основной критерий оценки: что считать достаточно широкой известностью для того, чтобы правомерно зарегистрированный ранее домен не отобрали у владельца по решению суда в пользу стороны, решившей злоупотребить правом и пройти регистрацию товарного знака с целью отобрать из правомерного владения тождественный домен.

Таким образом, мы наблюдаем, как киберсквоттеры своей порочной практикой спекуляции доменными именами создали не просто лагуну в правоприменении, но угрозу для честных владельцев доменов, породив неопределённость с тем, как регулировать подобные коллизии, чтобы и нечестные практики исключить, и при этом не пострадали интересы законопослушных граждан. Впрочем, практическое правовое решение этому предложено в настоящей работе чуть выше.