

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Е.Э. Чуковская

РАСПРОСТРАНЕНИЕ ПРОИЗВЕДЕНИЙ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ В НАЦИОНАЛЬНОМ И МЕЖДУНАРОДНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Аннотация. Настоящая статья представляет собой обзор докладов и материалов, представленных на семинаре «Распространение произведений в сети Интернет. Перспективы национального, европейского и международного законодательства.» в Свободном Университете Брюсселя (Бельгия) в декабре 2010 г. и в течение 2011 г. по его результатам основными спикерами Ф.Дюбюиссоном (Бельгия), К. Гейгером (Германия), В. Дельфорж (Бельгия) и др.

Ключевые слова: Интернет, авторское право, правообладатели, информационные посредники, фундаментальные права и свободы человека.

С тех пор, как новые коммуникационные технологии получили широчайшее распространение, юристы всего мира ищут ответы на вопросы о степени свободы и защиты интересов всех участников информационного обмена:

- является доступ к информации фундаментальным правом человека, и чем оно может быть ограничено? Не сдерживает ли авторское право свободу слова и самовыражения?
- как должна охраняться частная жизнь «интернатов»? Каков может быть контроль за действиями в Интернете? Как защитить персональные данные каждого попавшего во Всемирную паутину?
- надо ли ограничить в интернете права на результаты творческой деятельности? Каковы должны быть такие исключения и ограничения, их механизмы и пределы?
- должны ли нести ответственность за нарушение чьих-либо прав многочисленные сетевые посредники и поставщики услуг, и в каких пределах?

Речь идет не только о частных интересах, но обо всей системе ценностей в сфере интеллектуального творчества и сопутствующих областях, о престиже и режиме творческих и вспомогательных профессий, о декриминализации мощнейшего канала распространения и интерпретации культурных ценностей и благ.

Когда-то ответы на эти вопросы пыталось дать Европейское сообщество, установив унифицированный комплекс мер реагирования «сверху». Так Директивой Европейского Парламента и Совета 2001/29/ЕС¹ от 22

мая 2001 г. были «легализованы» технические меры защиты (точнее, самозащиты) произведений от незаконного копирования и иного использования, а их обход и удаление информации о правообладателе приравнены к нарушениям авторского права. Однако эти меры оказались недостаточными и малоэффективными, позже некоторые специалисты признали введение и поощрение технических мер стратегической ошибкой, препятствующей развитию легального оборота произведений в Интернете (кстати, другими препонами были названы отсутствие адекватной ценовой политики правообладателей и нераспространение принципа исчерпания прав в отношении доведения произведений до всеобщего сведения). Поэтому более поздние европейские тексты отличаются умеренностью и отсутствием претензий на «прямое действие».

Сегодня европейское правовое регулирование обеспечивается положениями нескольких нормативных документов², а также балансом тех ценностей, которые эти акты проповедают, и интересов, которые они защищают. Общей тенденцией является не установление ответственности информационных посредников (в первую очередь провайдеров доступа), а попытка объединить их возможности с пожеланиями правообладателей. Вероник Дельфорж приводит следующий

¹ Обзор подготовлен с использованием СПС «Консультант-Плюс» и правовой базы Всемирной организации интеллектуальной собственности www.wipo.int/wipolex/

² В первую очередь, директив – уже упомянутой 2001/29/ЕС «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе», 2004/48/ЕС «Об обеспечении прав на интеллектуальную собственность», 2000/31/ЕС «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности, об электронной коммерции» и 2002/58/ЕС «В отношении обработки персональных данных и защиты конфиденциальности в секторе электронных средств связи»

ПРАВООБЛАДАТЕЛИ	ПРОВАЙДЕРЫ ДОСТУПА	ПОЛЬЗОВАТЕЛИ (ИНТЕРНАВТЫ)
<p>Все государства-члены ЕС должны принять необходимые меры по наделению правообладателей, чьи интересы нарушены противоправной деятельностью, осуществляемой на территории соответствующего государства, правом на подачу иска о возмещении вреда и/или правом инициировать судебный запрет или, в случае необходимости, конфискацию нелегальной продукции — устройств, изделий, деталей, которые рекламируются, распространяются и реализуются с целью мошенничества, или имеют ограниченные коммерчески значимые цели по введению в заблуждение или использующие другие товары и услуги для мошенничества, или спроектированы, предназначены, произведены или выполнены, в первую очередь, с целью содействия и создания условия для мошенничества</p> <p>Ст. 8 Директивы 2001/29/ЕС</p> <p>Без ущерба действию любых других мер, процедур и средств правовой защиты правообладатели должны иметь возможность обращения за судебным запретом в отношении посредника, чьи услуги пользовались третьи лица, нарушающие право на промышленную собственность правообладателей. Условия и процедуры, касающиеся таких судебных запретов, должны быть разрешены национальным правом государств-членов ЕС.</p> <p>П. 23 Преамбулы Директивы N 2004/48/ЕС</p>	<p>Государства-члены ЕС не должны налагать на поставщиков при предоставлении ими услуг (передача информации, кэширование, хостинг) обязательств по мониторингу информации, которую они передают или хранят, а так же обязательств по активному поиску фактов или обстоятельств, указывающих на нелегальную деятельность.</p> <p>Ст. 15, Директива 2000/31/ЕС</p> <p>Ограничения ответственности посредника в поставке услуг, установленных в этой Директиве, не влияют на возможность различных судебных запрещений; такие запрещения могут, в частности, состоять из приказов судов или административных органов, требующих завершения или предотвращения любого нарушения, включая перемещение незаконной информации или отключение доступа к ней.</p> <p>П. 45 Преамбулы Директивы 2000/31/ЕС</p>	<p>Меры, принимаемые государствами-членами ЕС в отношении доступа конечных пользователей к услугам и приложениям и использованию ими посредством сетей электронной связи общего доступа, должны вводиться с неизменным соблюдением основных прав и свобод, в частности закрепленных в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также основных принципов права Европейского сообщества...</p> <p>Ст. 3а Директивы 2009/240/ЕС</p> <p>Государства-члены ЕС в своем национальном законодательстве должны гарантировать конфиденциальность передаваемых сообщений и относящихся к ним данных трафика посредством сети связи общего пользования и общедоступных услуг электронной связи. В частности, они должны запретить прослушивание, несанкционированное подключение, хранение или другие виды перехвата или слежки за сообщениями и относящимися к ним данными трафика лицам, не являющимся пользователями, без согласия заинтересованных пользователей...</p> <p>ст. 5 Директивы 2002/58/ЕС</p>
<p>Защита права</p>	<p>Нейтралитет</p>	<p>Частная жизнь /свободы</p>

сравнительный анализ текстов европейских директив (см. таблицу).

Действительно, директивы всесторонне подчеркивают нейтралитет информационного посредника, даже некую его безвольность и бездейственность: его правовое положение определяется, в первую очередь, не правами и обязанностями, а установлением того, что он делать не обязан: не должен способствовать нарушителям авторского права внутри своей клиентской сети (как?), не должен внедрять дополнительные технические и/или программные средства, блокирующие

доступ к нелегальному контенту (да и вряд ли такие средства сегодня существуют). При этом иные нормы европейского права намекают (как это сделано в решениях Европейского суда по делу *Scarlett* против *SABAM* 2011 г.), что ничто в европейском праве не может быть истолковано как препятствие национальному судье вынести решение, обязывающее провайдера установить «фильтр» против незаконного контента, проникающего в его клиентскую сеть. Обсуждение упомянутого дела сосредоточилось на трех основных проблемах:

- возникнет ли из судебного решения новое обязательство провайдера доступа — за свой счет установить систему фильтров и блоков на входе и выходе?
- станет ли такое решение ограничением фундаментальных прав и свобод человека и гражданина в смысле ст. 7, 8 и 11 Хартии Европейского Союза об основных правах 2007 г.?
- не возникнет ли прецедент переноса частного решения на неопределенный круг лиц в отсутствие законных положений, и тем самым смещения функций по борьбе с пиратством с государственных структур на провайдеров доступа?

Альтернативой урегулирования отношений в Интернете европейские власти считают расширение легального сектора. Резолюция Европарламента от 22 сентября 2009 2009/2178/ini «О соблюдении прав интеллектуальной собственности на внутреннем рынке» провозглашает принципы прозрачности оборота охраняемых объектов, простоты в установлении отношений между участниками рынка, а также рекомендует принцип «одного окна» для получения подобного рода услуг и благ.

В целом же Евросоюз не видит возможности в настоящий момент установить единообразное регулирование, а уж особенно пропагандировать модель, подобную недавно принятой Францией (см. ниже) — законодательницей моды во всех областях, включая правовую; недаром в очередной раз отвергая ратификацию соглашения АСТА (Торговое соглашение по борьбе с контрафакцией), представители Еврокомиссии явно высказались, что система репрессивных мер, приводящая в итоге к отключению от Интернета — не единственный и не универсальный способ борьбы с сетевым пиратством, и применять его надо лишь в самых крайних случаях. На европейском уровне сформулировано пять направлений движения в поисках инструментов борьбы с пиратством:

1. Желание создать единый рынок цифрового контента, предполагающий сотрудничество между всеми его «игроками» (провайдерами, правообладателями, потребителями...), широкий спектр легальных предложений, модернизацию системы коллективного управления правами (паневропейская лицензия, принцип «одного окна») и усиление безопасности сети;
2. Желание донести до каждого гражданина идею важности авторского права, в том числе в целях обеспечения культурного многообразия;
3. Желание обеспечить «адекватную» защиту охраняемым объектам в интернете, понимая, что ныне действующих норм и процедур для этого явно недостаточно;

4. Желание укрепить сотрудничество по борьбе с пиратством как внутри, так и вне Европы;
5. Желание уточнить статус и роль информационных посредников как наиболее «подходящих» для активного включения в борьбу с сетевым пиратством, при соблюдении основных прав и свобод человека и гражданина, в том числе права на невмешательство в частные дела, на справедливое судебное разбирательство, на свободу слова и самовыражения...

Также Евросоюз планирует внимательно изучать политику и инициативы государств-членов, возможно, для распространения наилучших практик в европейских рамках. «Пусть победит сильнейший...».

Что же происходит сегодня в регулировании авторско-правовых отношений в Интернете на национальном уровне? Четко обозначены два основных подхода к урегулированию оборота охраняемых авторским правом объектов в Интернете: первый представляет собой законодательно или договорно установленную так называемую «глобальную лицензию», второй нашел свое отражение во французском законе 2009 г. «Création et Internet».

Глобальная лицензия (или «интеллектуальный налог») базируется на коллективном управлении авторскими правами и добровольном (со стороны правообладателя) или законодательном ограничении исключительных прав автора. При этой системе в ежемесячную плату за доступ к Интернету включается вознаграждение за все вероятно скачиваемые произведения (аналог вознаграждения за частное копирование) в ответ на невозможность индивидуально управлять доступом к произведению. Конечно, такая практика не безупречна и порождает множество вопросов. Имеет ли значение, является источник скачивания законно размещенным в Сети или нет? Как введение глобальной лицензии соотносится с трехступенчатым тестом, предусмотренным ст. 9.2. Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений и ст. 13 ТРИПС, который, в частности, требует, чтоб исключения и ограничения распространялись лишь на некоторые специальные случаи, не наносящие ущерба нормальному использованию произведения. Не нанесет ли глобальная лицензия удар по легальному обороту охраняемых объектов в Интернете?

В отношении отдельных видов произведений возникают дополнительные вопросы. Например, аудиовизуальные произведения распространяются в соответствии с хронологией, установленной Европейской конвенцией о трансграничном телевидении 1989 г. (ETS № 132), поэтому не только авторские права, но и интересы телеразпространителей должны соблюдаться.

Сам легальный оборот сегодня сложно поддается не только правовому регулированию, но даже и экономическому прогнозированию в силу невероятного разнообразия форм потребления контента (скачивание на материальные носители (диски (в том числе жесткие), USB-флеш-накопители, MP3-плееры, память мобильного телефона), потоковое прослушивание, сохранение в «облаке» и т.п.), предлагаемых моделей их приобретения («штучная») продажа (I-Tunes, Amazon, FNAC...), месячные абонементы (e-Music), услуги по платному или бесплатному доступу к отрывкам (временным фрагментам) потокового вещания (Deezer, Spotify...), разнородности поступающих доходов (прямые выплаты, доходы от размещения рекламы, от продажи билетов на концерты и иные мероприятия, сопутствующих товаров и иных предметов и услуг мерчандайзинга). Вследствие разнообразия моделей потребления в отношении вовлечено множество «игроков» — провайдеры, операторы мобильной связи, поисковые системы и т.д., но не все из них считают себя причастными к обороту результатов творческой деятельности — например, провайдеры доступа в любом случае получают доход от скачивания, но авторское вознаграждение не отчисляют, объясняя это невозможностью вычлнить долю скачивания охраняемых произведений.

К сожалению, нет (и, вероятно, быть не может) сколь-нибудь точных данных и о масштабах незаконного оборота охраняемых результатов творческой деятельности в Интернете и ущерба от него. Исследования проводятся заинтересованными организациями, их методология не разработана, при подсчетах потерь не учитываются такие факторы, как: досуговый бюджет потребителей (по группам), наличие альтернативных устройств (для музыки это мобильные телефоны, MP3-проигрыватели и т.п.), доходы от дополнительных и сопутствующих услуг и т.п. Хотя цель любого исследования — показать стремительное сокращение доходов творческих индустрий, снижение объемов продаж билетов на концерты и материальных носителей, даже эти исследования показывают, что те, кто имеет привычку скачивать музыкальные новинки в Интернете, покупают не меньше дисков и сопутствующих товаров и не реже ходят на концерты, чем не имеющие такой привычки.

Любопытное историческое исследование провели Bourgeau и Labarthe-Piol: с момента возникновения музыкальной индустрии она переживала кризисы в связи с четырьмя основными факторами: появление новых каналов продвижения музыки, смена носителя, конкуренция с другими видами досуга и появление частного копирования. Так в 1920-х гг. продажи пластинок резко сократились в связи с распространением радио, в 1970-х гг. причиной кризиса стал переход с

78 на 33 оборота и появление чистых аудиокассет, а в 1983 г. — компакт-дисков. По мнению авторов исследования нынешний кризис стал следствием воздействия всех четырех факторов одновременно: развитие Интернета, переход с CD на MP3, огромный выбор в индустрии досуга и возможность цифрового копирования.

Введенная во *ФРАНЦИИ* система, обозначаемая по названию специально созданного для ее администрирования органа — HADOPI (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet — Высший орган по распространению произведений и защите прав в Интернете) предусматривает дифференцированные быстрые ответные действия в ответ на ставшее известным нарушение авторского права в Интернете, включая санкции (если более мягкие шаги оказались непродуктивными) вплоть до прекращения доступа к Интернету. Кроме того, закон HADOPI однозначно устанавливает, что любое распространение, воспроизведение (даже в личных целях) и иное использование копии произведения, полученного из незаконного источника, является незаконным. Это норма имеет огромное значение, поскольку до сих пор существует точка зрения, что манипуляции с охраняемыми объектами с помощью различных сетевых технологий могут по-разному оцениваться с точки зрения природы и размера нарушений (есть даже мнение, что пиринговая сеть сродни частному копированию и не может рассматриваться как средство нарушения интересов автора, чьи права разумно ограничены законом в зависимости от целей использования)³.

До принятия закона HADOPI, сопровождавшегося бурными дебатами, французский законодатель уже предпринимал попытку урегулировать авторские отношения в Интернете. Так 1 августа 2006 г. в целях имплементации положений Директивы 2001/29/ЕС был принят закон об авторском праве и смежных правах в информационном обществе (закон DADVSI), устанавливающий ответственность создателей и распространителей программного обеспечения и оборудования, позволяющего взламывать и незаконно скачивать файлы, содержащие охраняемые произведения, исполнения, фонограммы и пр., а также обязующий интернет-абонентов использовать средства защиты от незаконного контента, предлагаемыми их провайдерами доступа, и ответственно следить за своими манипуляциями в сети. К сожалению, за несоблюдение последнего обязательства закон не устанавливал никаких санкций, поэтому вместо действующей нормы оно послужило лишь вектором развития законодательства в этой сфе-

³ Так, например, в Германии, Испании и Финляндии сразу было установлено, что скачивание из нелегального источника является незаконным (незаконное порождает незаконное).

ре, приведшим к принятию более разработанного закона HADOPI.

Не вдаваясь в детали, можно охарактеризовать режим HADOPI следующим образом: установление многоступенчатой репрессивной системы в отношении пользователей, начиная с простого уведомления о незаконном скачивании охраняемого объекта, напоминании в случае рецидива, заканчивая вынесением решения в случае троекратного нарушения. Кроме санкций закон HADOPI устанавливает обязанность пользователя (абонента) принять меры по защите доступа в Интернет от проникновения незаконного и небезопасного контента, причем средства защиты могут быть предоставлены самим HADOPI, провайдером доступа или третьими лицами. Таким образом, система HADOPI служит не только карательным целям, но также и профилактике правонарушений в Интернете, и способствует развитию его легального сектора.

Несоблюдение требований HADOPI отнесено к V классу правонарушений по французской уголовной системе, что предполагает в качестве санкции штраф в размере €1500 и отключение от Интернета от 1 месяца (за игнорирование обязанности по защитным мерам) до 1 года (в случае доказанности нарушения авторских и смежных прав) с запретом в течение этого периода повторно подписаться у предыдущего провайдера доступа или воспользоваться услугами иных провайдеров. При этом нарушитель обязан уплатить абонентскую плату за отключенную услугу!

Решения, как правило, принимаются по упрощенной процедуре, то есть без вызова нарушителя, таким образом единственным способом последнему быть услышанным — это обжаловать решение в течение 45 дней.

При исполнении/неисполнении решения возможны два новых нарушения: неисполнение провайдером предписания об отключении нарушителя и новая подписка нарушителя у прежнего или нового провайдера.

Функционирование системы HADOPI наталкивается на несколько серьезных проблем. Она неплохо работает для контроля пиринговых сетей, но практически не годится при размещении контента на сайте, для системы потокового вещания, которое получает все большее распространение, и в некоторых других технологиях, гораздо труднее поддающихся контролю. Кроме того, проблемы связаны с защитой фундаментальных прав и свобод: частная жизнь интернастов в Сети оказывается под наблюдением уполномоченных правообладателями обществ, а в некоторых случаях самого HADOPI; ограничение свободы самовыражения и доступа к информации; установление ответственности за невинные действия, поскольку незаконно

скачать контент может не только подписчик, но и любой получивший доступ к его компьютеру, например, члены семьи, гости и т.п. Кроме того, в Сети появились специфические правонарушения, например, спуфинг (spoofing) — узурпация чужого IP-адреса. Все чаще и чаще раздаются мнения, что система HADOPI лишь «первая ласточка» в установлении тотального контроля в Интернете.

Любое ограничение или приостановление доступа в Интернет может осуществляться только в строго определенных случаях, когда возможный вред пропорционален ущербу фундаментальным правам, и иные способы его избежать исчерпаны или а priori неэффективны. Однако, следует иметь в виду, что понятия «информация» и «результаты творческой деятельности» отнюдь не тождественны, и фундаментального права на доступ к произведениям не существует ни в одном правовом порядке мира, только право искать, получать и распространять информацию, участвовать в культурной жизни, наслаждаться искусством (ст. 19 и 27 Всеобщей декларации прав человека ООН, ст. 29 Конституции РФ).

И наконец, критике система HADOPI подвергается и со стороны правообладателей, которые предпочли, чтобы государство вкладывало деньги не в карательную систему, а сектор легального оборота их произведений, способный приносить не только штрафы в государственный бюджет, но и вознаграждение авторам.

В борьбе за соблюдение авторских прав в Интернете силы явно неравны. Вот лишь несколько ответных шагов интернастов на государственные меры: блокирующие программные средства (их сравнивают с брандмауэрами — противопожарными перегородками), направленные против организаций, осуществляющих проверки от имени правообладателей (например, Trident Media Guard, предлагаемый HADOPI), чьи IP-адреса опубликованы; компьютеры-«приманки» и «бесхозные» компьютеры; анонимные (Mute и Calypso) и частные (закрытые) (OneSwarm и GigaTribe) пиринговые сети; уход от пиринговых сетей в пользу незаконного потокового вещания, прямого скачивания (direct download); обращения к контенту, размещенному на форумах и в социальных сетях; использование VPN-туннелей; наконец, возврат к банальному обмену материальными носителями.

ГЕРМАНИЯ

Никаких законодательных инициатив, подобных французскому HADOPI ни на федеральном уровне, ни на уровне земель не рассматривалось. Федеральное правительство неоднократно высказывалось, что

Интернет — это зона, не свободная от права вообще и авторского права в частности, но отношения в этой среде отданы на откуп «саморегуляции», например, путем заключения соглашений между провайдерами и правообладателями.

Это объясняется, в том числе, соотношением политических сил: социал-демократы, «зеленые» и левые предпочли бы введение на законодательном уровне расширенной лицензии или даже «интеллектуального налога» — Kulturfltrate в размере €5-10 в месяц — обязательного фиксированного платежа за использование охраняемых произведений. Критики этой системы справедливо замечают, что в этом случае авторское право сведется к системе компенсаций. Правые выступают за введение более жестких мер вплоть до строгих санкций, но в установлении системы, подобной HADOPI, видят угрозу правам на доступ к информации и на самовыражение, закрепленных ст. 5 Конституции Германии. Широко обсуждается система предупреждений, но без контроля за содержанием контента и без сбора персональных данных, а также тема усиления ответственности провайдеров.

Вопросы отношений в Интернете регулируются законами об авторском праве (Urheberrechtsgesetz), о телекоммуникациях (Telekommunikationsgesetz), об аудиовизуальных медиа (Telemediengesetz), о защите персональных данных (Bundesdatenschutzgesetz), гражданским (Bunderliches Gesetzbuch) и уголовным (Strafgesetzbuch) кодексами, и относятся к компетенции Министерства юстиции. По закону об авторском праве доведение до всеобщего сведения и стриминг охраняемых объектов без согласия правообладателя является незаконным. Провайдеры доступа имеют иммунитет от ответственности в силу положений Директивы 2000/31/СЕ. Производители программного обеспечения, используемого для незаконного оборота охраняемых объектов, не считаются соучастниками правонарушений, хотя неоднократно высказывалась идея о возможности привлечения их к ответственности, если они знали, как может и будет использоваться их продукт.

Судебная практика очень скудная, хотя дела могут рассматриваться как гражданским, так и административным и уголовным судом. Специального суда по интеллектуальным правам в Германии не создано.

Что касается защиты персональных данных, в марте 2008 г. Конституционный суд Германии еще раз подтвердил, что раскрытие информации об IP-адресе возможно только при расследовании тяжкого уголовного преступления (по германскому УК нарушение авторских прав к таковым не относится). В связи со вступлением в силу 1 сентября 2008 г. для Германии Директивы 2004/48/СЕ в закон об авторском праве внесли изменение, согласно которому правообладатели, на

чьи права посягают в Интернете, могут направить информационному посреднику просьбу указать IP-адрес предполагаемого нарушителя, но такое посягательство должно быть не первым, очевидным, наносящим коммерческий ущерб. Кроме того, размер штрафа был сокращен в 9 раз и ныне составляет максимально €100 за каждое нарушение. В сочетании с положением ст. 113 закона о телекоммуникациях, система представляется абсолютно неработающей, поскольку единственную информацию, которую посредник должен предъявить, это данные, хранимые в целях бухгалтерского учета (но они уничтожаются, как только необходимость в этих целях отпадает). Ограничения той же статьи делают практически невозможным обращение к гражданскому судопроизводству, даже уголовное преследование более «пригодно» для идентификации интернавта-нарушителя.

По поводу последствий обращения к незаконному источнику, германское законодательство устанавливает, что частное копирование в целом законно, незаконными могут считаться копии, полученные из очевидно незаконного источника (критерии законодательством не определены, но судебная практика склонна рассматривать очевидно незаконными все пиринговые сети).

НИДЕРЛАНДЫ

Никаких инициатив, подобных французской, не рассматривалось и не принималось. В законодательстве и судебной практике можно обнаружить «следы» защиты персональных данных и постановки вопроса о последствиях незаконности источника копирования.

Законодательством не установлена «непрямая» ответственность информационных посредников, действуют лишь общие положения, позволяющие правообладателям подавать иски к провайдерам в надежде, что они укажут на надлежащего ответчика. Основную долю судебной практики о сетевом пиратстве «создает» организация Stichting BREIN (Ассоциация по защите прав в индустрии развлечений Нидерландов), она, например вынудила сеть ZIGGO заблокировать доступ своих абонентов к шведскому сайту The Pirate Bay.

Закон о персональных данных, вступивший в силу 1 сентября 2001 г., позволяет правообладателю применять средства автоматического контроля и фильтры (о которых, как предполагается, интернавты не предупреждаются) в рамках собственной политики защиты от контрафакта при условии, что получено специальное заключение Комиссии по вопросам частной жизни (ст. 31.1.b) о законности таких мер и средств. Провайдеры доступа также вправе применять аналогичные меры в интересах третьих лиц в том же порядке, таким образом правообладатели могут получать информацию

об IP-адресах нарушителей от своих партнеров-провайдеров. Это же подтверждает судебная практика, уточняя при этом, что IP-адрес может быть сообщен заинтересованному лицу, желающему подать иск о защите своих прав при следующих условиях:

- запрашивающий должен подтвердить свое намерение обратиться в судебные инстанции;
- у запрашивающего должен быть обоснованный интерес получить имя и адрес пользователя;
- в распоряжении запрашивающего нет никаких способов установить личность нарушителя, кроме фильтра данных провайдера доступа;
- при исследовании баланса интересов приоритет отдается запрашивающему.

До сих пор по решению голландских судов раскрывались только данные владельцев сайтов, но не конечных потребителей. По мнению министерства юстиции Нидерландов это соответствует и практике Европейского Суда⁴. Но раскрытие информации происходит только в рамках уголовного процесса.

Что касается отношения к законности источника скачивания, первое судебное решение по подобному поводу было принято в Гааге 25 июня 2008 г.: по мнению суда признание законности копирования из незаконного источника вступило бы в противоречие с трехступенчатым тестом, предусмотренным ст. 5(5) Директивы 2001/29/СЕ. Но вопрос этот был увязан с подсчетом размера вознаграждения (компенсации) за причиненный ущерб, впоследствии другие решения определяли законность скачивания целыми (например, для личного использования), а не источником. В целом же решения голландских судов вразрез с практикой других европейских стран, в том числе в оценке роли поисковых систем — являются ли последние соучастниками (пособниками) правонарушений или нет?

ИРЛАНДИЯ

Авторско-правовые отношения регулируются Актом об авторском праве и смежных правах 2000 г.⁵

Законодательных инициатив, подобных французскому NADOPI, не вносилось, однако аналогичный механизм успешно действует на основании договора между одним из крупнейших ирландских провайдеров EIRCOM и IRMA (Ирландской звукозаписывающей ассоциацией), заключенного в январе 2009 г. Фактически это было мировое соглашение, утвержденное Верховным судом Ирландии и прекратившее многолетнюю

тяжбу между сторонами. Провайдер добровольно и за свой счет брал на себя внедрение системы контроля, позволяющую отключать от услуг клиента, трижды незаконно скачавшего контент. В ответ истцы (среди которых были такие мэйджоры, как EMI, Warner и Universal) отказывались от своих претензий.

Система, пилотная версия которой была запущена 24 мая 2010 г., работает гораздо быстрее и эффективнее, чем во Франции. Как только общество правообладателей (например, DetecNet) обнаруживает незаконное скачивание, EIRCOM по телефону уведомляет клиента, что его IP-адрес идентифицирован системой как вероятный нарушитель авторских прав. Спустя 14 дней, если зафиксировано хотя бы еще незаконное скачивание, клиенту направляется повторное уведомление, предупреждающее о возможном отключении от Сети. После этого специалисты EIRCOM изучают обстоятельства нарушения, консультируются со звукозаписывающим лобби, выслушивают объяснения владельца IP-адреса, и в случае подтверждения вины и отсутствия жизненно важной необходимости постоянного обращения в Интернет (например, для получения медицинской помощи), направляют последнее предупреждение. После этого доступ клиента-нарушителя блокируется обычно на 7 дней, хотя если позже будут выявлены отягчающие обстоятельства, этот срок может быть продлен вплоть до одного года. Также EIRCOM ведет разъяснительную и профилактическую работу в своей клиентской сети.

Признавая инновационность ирландского подхода, все же критики отмечают, что фактически бремя борьбы с пиратством возложено на частную компанию на основании частного договора, которая устанавливает и приводит в исполнение санкции, минуя судебные разбирательства. Помимо юридических проблем, существуют еще и технические — например, американская система автоматического распознавания и блокировки незаконных скачиваний Audible Magic, обрабатывающая данные трафика и потому в меньшей степени посягающая на персональные данные, оказалась несовместима с архитектурой EIRCOM.

ФИНЛЯНДИЯ

В октябре 2010 г. после двух лет дискуссий в парламент был внесен законопроект о защите частной жизни в электронных коммуникациях⁶, предусматривающий установление системы предупреждений, но в отличие от французского режима не угрожающий штрафами или отключением от Интернета. Кроме защиты

⁴ C.J.C.E. 29.01.2008, *Productores de Musica de España (Productores de Música) vs Telefonica de España SAU*, дело C-275/06

⁵ Copyright and Related Rights Act, 2000, www.irishstatutebook.ie/2000/en/act/pub/0028/index.html

⁶ Поправки в The Act on the Protection of Privacy in Electronic Communications были внесены 25.05.2011 г.

авторского права и персональных данных законопроект регулирует электронную торговлю и создание контента в Сети.

Отличие предлагаемого порядка от HADOPI состоит еще и в том, что провайдер не сообщает правообладателю IP-адрес нарушителя, заинтересованный правообладатель должен найти его сам и передать провайдеру, а тот в свою очередь направит предупреждение электронной почтой. Законопроект явно имеет не карательные или компенсационные, а воспитательные цели.

Что касается непосредственно регулирования авторского права, 5 октября 2005 г. в Закон Финляндии об авторском праве 1961 г. и Уголовный кодекс 1995 г. были внесены изменения для приведения их в соответствие с Директивой 2001/29/CE (вступили в силу с 01.01.2006). Среди изменений следует выделить введение уголовной ответственности за незаконное доведение до всеобщего сведения произведений и их частей даже без цели извлечения выгоды, и запрет скачивания произведений (с изъятиями для личных целей: наказание не предусмотрено, но возможны иски о возмещении убытков, если пользователь знал или мог знать, что источник незаконный).

Вообще законность источника по финскому авторскому праву является требованием даже при частном копировании. Судебная практика показывает склонность финских судов к назначению чрезмерно строгих наказаний за нарушение авторского права⁷.

С 1 июля 2010 г. у граждан Финляндии появилось конституционное право на бесплатный широкополосный доступ в Интернет со скоростью минимум 1 МБ в сек.

ИСПАНИЯ

В развитие Уголовного Кодекса Испании 2003 г. был принят Циркуляр 1/2006 о правонарушениях в области интеллектуальных прав, который исключает из классификации случаи скачивания файлов с охраняемым авторским правом контентом, не преследующие цели извлечения выгоды; также безнаказанными остаются владельцы сайтов, предлагающие для скачивания для удовлетворения личных потребностей музыкальные и аудиовизуальные произведения. Суды подтвердили, что это широко распространенная и принятая обществом практика, и криминализировать ее бессмысленно. Зато за незаконное скачивание и ко-

⁷ Сегодня борцы за свободу Интернета в Финляндии разработали проект нового Закона об авторском праве и прибегли для ее внесения к краудсорсингу: если до июля 2013 г. будет собрано не менее 50000 подписей под его текстом, он будет направлен для рассмотрения в Парламент.

пирование в коммерческих целях грозит до 4 лет лишения свободы. Конечно, такая система подвергалась жесткой критике, особенно со стороны представителей мэйджоров. В конце концов, в испанском законодательстве в 2007 г. появилась норма, обязывающая провайдеров доступа предупреждать своих абонентов об ответственности за нарушение авторского права и смежных прав.

8 января 2010 г. Совет министров Испании принял новые положения, касающиеся соблюдения интересов правообладателей в Интернете, и инициировал соответствующие изменения в Закон об услугах в информационном обществе, Закон об интеллектуальной собственности и Закон об административных правонарушениях⁸.

В структуре Комиссии по интеллектуальной собственности Министерства культуры Испании создается специальное подразделение, выполняющее функции профилактики, медиации и разрешения споров. Это подразделение формируется из независимых юристов и экспертов в области компьютерных технологий. Этот орган вправе принимать решения о блокировке и даже отключении от Интернета, но поскольку это угрожает основным правам и свободам, требуется предварительное разрешение суда по обращению этого органа. Суд в десятидневный срок должен рассмотреть обстоятельства дела, заслушать стороны. Таким образом, испанская система работает гораздо быстрее французской.

Что касается законности источника, испанский закон требует этого как условие свободного частного копирования.

Уголовный кодекс Испании относит провайдеров доступа к категории операторов персональных данных и обязует их сотрудничать с государственными органами в рамках дознания и следствия по уголовным делам. В рамках гражданского процесса такой обязанности у провайдеров не существует. Этот пробел (или умысел) лег в основу уже упомянутого дела *Promusicae vs Telefonica de España*.

ВЕЛИКОБРИТАНИЯ

Великобритания наряду с Францией была одной из первых стран, установивших репрессивную систему преследования нарушителей авторского права в Интернете и обязывавших провайдеров следить за своей клиентской сетью.

Еще в 2005 г. Правительству Великобритании был представлен доклад о состоянии прав интеллектуальной собственности в сети Интернет, в котором было

⁸ Так называемый «Закон Синде» (по имени Министра культуры Испании) принят 30 декабря 2011 г.

отмечено, что британское законодательство достаточно развито для борьбы с цифровым пиратством, но продолжительность отдельных процедур, а главное, потенциально гигантская стоимость каждого иска, требуют принятия новых специальных норм.

В июне 2010 г. был введен в действие Digital Economy Act, регулирующий отношения по поводу использования охраняемых объектов в Сети. Он установил новые обязательства для цифровых посредников, а также следующий порядок, позволяющий получить персональные данные интернет-нарушителей и применить к ним «устрашающие» меры:

- правообладатели должны сами выявить случаи нарушения их прав в Интернете и направить об этом уведомление провайдеру доступа, включающее IP-адрес нарушителя;
- провайдер доступа проверяет уведомление, и если факты, изложенные в нем, подтверждаются, а требования — соответствуют закону, направляет предупреждение абоненту, что его адрес отмечен как потенциальный нарушитель;
- провайдер ведет статистику обращений к каждому пользователю, и по запросу правообладателя может раскрыть эту информацию без указания персональных данных;
- персональные данные могут быть предоставлены правообладателю только с согласия суда как необходимое условие подачи иска; после этого правообладатели могут сами направить нарушителям «последнее предупреждение» с требованием прекратить незаконное использование;
- в случае повторных нарушений правообладатели могут обратиться в суд с требованием ограничить доступ в Интернет пользователю или даже провайдеру в соответствии с техническими «обязательствами и мерами», одобренными организацией OFCOM

OFCOM (The Office of Communications) — уполномоченная Правительством Соединенного Королевства структурой, осуществляющая функции по регулированию отношений и разрешению споров в сфере вещания, телекоммуникаций и почтовой связи). Этой же организации было поручено разработать кодекс о процедурах, обеспечивающих исполнение информационными посредниками технических обязательств. Работа над проектом началась 28 мая 2010 г. и должна завершиться не только принятием текста Парламентом, но и нотификацией Еврокомиссией в соответствии с требованиями Директивы 98/34/ЕС⁹.

⁹ Директива Европейского Парламента и Совета ЕС «О процедуре предоставления информации в области технических стандартов и регламентов, а также правил оказания услуг в информационном обществе» (Люксембург, 22 июня 1998 г.).

В качестве анекдота можно вспомнить, что Digital Economy Act принимался в страшной спешке, когда правительство Гордона Брауна, зная, что Королева распустит Парламент 6 мая для созыва новых выборов (на которых прогнозировалась победа другой партии) торопилось принять как можно больше законов. Поэтому такая радикальная мера, как отключение от Интернета, не вошла в текст, однако там существует оговорка о полномочиях Государственного секретаря вводить новые технические обязательства провайдеров, если имеющиеся в арсенале закона окажутся недостаточными или неэффективными. Такое решение и было принято на основании годового отчета OFCOM. Наиболее мягкой мерой является ограничение скорости трафика, что делает невозможным или крайне затруднительным просмотр произведения или обмен файлами, однако есть и более строгие меры вплоть до отключения от Сети.

В середине августа 2011 г. Великобритания представила в Еврокомиссию текст документа, определяющего принципы распределения расходов на поддержание системы контроля между правообладателями и провайдерами доступа, поскольку достичь добровольного соглашения между заинтересованными лицами не удалось. На стадии идентификации нарушителей и направления предупреждений 75% расходов ложится на правообладателей, остальные 25% — на провайдеров, также распределяются судебные издержки в случае возникновения спора, а вот расходы по обеспечению регулирующей функции OFCOM полностью оплачивают правообладатели.

Законность Digital Economy Act и его соответствие европейским директивам (в частности 2000/31/ЕС, 2002/58/ЕС, 2002/20/СЕ) пытались оспорить в Верховном суде Великобритании два крупнейших информационных посредника — British Telecom и Talk Talk, однако оба заявления в ноябре 2010 и в апреле 2011 гг. не были удовлетворены. Таким образом в действующем английском законодательстве сдержатся достаточно строгие нормы, чтобы бороться с интернет-пиратством. Вот лишь несколько цитат:

- ст. 97А Закона об авторском праве, патентах и дизайне 1988 г.: «Суд вправе вынести предписание провайдеру доступа, который знал о незаконном использовании произведения третьими лицами при помощи его сетей и сервисов»;
- ст. 24 (2) того же Закона: «лицо является нарушителем, если знает или должно знать (дословно — не может не знать), что размещает незаконную копию охраняемого произведения в Сети или передает ее при помощи телекоммуникационных средств»;
- ст. 107 (2): «также считается нарушителем любое лицо, располагающее техническими средствами, ко-

торые очевидно могут быть использованы для незаконных продажи или проката пиратских копий»;

- ст. 20 (b) (в редакции 2003 г.) предоставляет правообладателям возможность контролировать доведение своих произведений до сведения широкой публики при помощи любых электронных коммуникаций.

Что касается законности источника копирования, английское законодательство никак не регулирует этот вопрос, поскольку даже сбора вознаграждения за частное аналоговое копирование не предусмотрено, хотя правительство заявляло, что в рамках широкой модернизации британского авторского права (в первую очередь в целях имплементации норм европейских директив, базирующихся на континентальных подходах) эта система может быть воспринята. Как бы там ни было, в соответствии со ст. 27(2) Закона об авторском праве, патентах и дизайне незаконной считается копия, при создании которой нарушаются авторские права.

ШВЕЦИЯ

Швеция стоит особняком от своих европейских соседей не только из-за дороговизны интернет-услуг, но и в силу широчайшего распространения пиринговых сетей. Именно в этой стране было создано программное обеспечение KaZaA для первой в мире файлообменной сети Fast Track, она же является родиной торрент-портала Pirate Bay. Наконец, в 2006 г. здесь была создана первая в мире пиратская партия, которая уже в 2009 г. добилась серьезных политических успехов в продвижении своих идеалов (свободы граждан в Сети и реформирования авторского права) и в борьбе с попытками адаптировать в Швеции европейские директивы (например, с принятием 1 апреля 2009 г. Закона IPRED, содержащим репрессивную систему преследования нарушителей авторского права в Интернете, отличающуюся от французской и английской инициатив).

Закон IPRED (Intellectual Property Rights Enforcement Directive) внес изменения в Закон о литературных и художественных произведениях 1960 г. в соответствии с нормами Директивы 2004/48/CE, в первую очередь предусматривающие возможность кратковременного снижения скорости трафика. Эта мера должна не только затруднить пользование пиратскими ресурсами, но и дать время для получения более точной информации о потенциальных нарушителях и возможность правообладателям прибегнуть к судебным процедурам. Применение этих норм выявило разобщенность среди провайдеров, однако их подавляющее большинство отреагировало поиском способов обойти угрозы законодателя: например, провайдер Bahnhof увел сво-

их клиентов в «тоннели» VPN, чтобы скрыть трафик, другие воспользовались услугами платного интернет-анонимизатора IPREDator (80% зарегистрированных на нем пользователей — жители Швеции). Судебная практика практически заморозила реализацию законодательной инициативы, хотя время принятия закона совпало с вынесением приговора по делу Pirate Bay в отношении его основателей, предусматривающего по году тюремного заключения каждому и совокупного возмещения убытков €3,3 миллиона (позже срок был сокращен до 4-10 месяцев, а размер убытков увеличен до €4,6 миллиона).

Что касается персональных данных, специальный закон по их защите был принят в Швеции в 1998 г. В соответствии с его положениями, раскрытие информации допускается только в рамках уголовного процесса, однако Правительство Швеции обладает специальными полномочиями принимать индивидуальные исключения из этого общего правила. Таковыми в 2009 г. были признаны случаи нарушения авторских прав в Сети. Однако, инициатором должен быть правообладатель, желающий направить уведомление или подать иск, а решение принимает суд при наличии доказательств нарушения и исчерпаниии иных возможностей его пресечения.

Законность источника копирования имеет значение при оценке правомерности создания копии для удовлетворения личных потребностей.

НОРВЕГИЯ

Законодательных инициатив, подобных французской, в Норвегии предпринято не было. Как и в других скандинавских странах, пиринговые сети получили широкое распространение, причем эта практика рассматривалась скорее как социальное развитие, чем источник угрозы авторскому праву. Впервые над проблемой охраны прав в Сети в Норвегии задумались в начале 2008 г., когда Американская киноассоциация (МРАА), а вслед за ней Норвежская видеоассоциация и Международная федерация изготовителей фонограмм (IFPI) предприняли ряд попыток прекратить незаконный оборот охраняемых объектов авторских и смежных прав в норвежском сегменте Интернета. После нескольких неудачных обращений в суд, крупнейшие правообладатели все-таки добились того, что министр культуры Норвегии признал необходимость наказания злостных крупных нарушителей, а министр образования и науки высказался в пользу введения «глобальной лицензии», поскольку компенсационные механизмы легализуют, по его мнению, файлообменные практики, как это в свое время произошло с радиовещанием.

В соответствии со ст. 12(5) Закона об авторском праве Норвегии законность источника имеет значение для определения законности изготовления копии, однако и законодатель, и судебная практика в этом вопросе проявляют крайнюю осторожность, предлагая опираться не столько на обстоятельства, сколько на мотивы и добросовестность копирующего, при том, что нормы о частном копировании внесены в норвежское авторское законодательство в далеком 1930 г., но лишь в 2005 г. авторы получили возможность получать за это вознаграждение.

БЕЛЬГИЯ

В апреле 2010 г., а затем в январе 2011 г. в бельгийский парламент поступили проекты законов, предлагающих внести изменения в Закон об авторском праве и смежных правах 1994 г., вдохновленные французской системой HADOPI, однако в ходе политических дебатов сами субъекты законодательной инициативы несколько раз переносили проект, пересматривая самые острые вопросы репрессивной системы. Кроме того, под воздействием левых сил, рассматриваются и иные варианты, включая легализацию пиринговых сетей (Пиратская партия Бельгии пока не вошла в Парламент, однако именно эта страна «приютила» Пиратский Интернационал, созданный в 2009 г.).

Что касается судебной практики, бельгийское авторско-правовое общество SABAM было первым, кто, не найдя понимания у национальных судей, обратился к европейским инстанциям.

РУМЫНИЯ

Насколько известно, румынский законодатель не делает попыток установить репрессивную систему преследования нарушителей авторского права в Интернете. Напротив, принятая на правительственном уровне национальная стратегия интеллектуальной собственности на 2010-2015 гг. предусматривает развитие системы коллективного управления правами, в том числе в Сети.

Закон об авторском праве от 14 марта 1996 г. нацелен на гармонизацию с актами Европейского сообщества. В частности, он вводит гражданскую, административную и уголовную ответственность интернавтов-нарушителей, а также владельцев сайтов, предлагающих незаконный контент. За размещение в сети охраняемых объектов без предварительного согласования с правообладателями, предусмотрены санкции вплоть до лишения свободы. Правообладатели могут обращаться в судебные инстанции с требованиями о признании своих прав и возмещении убытков напрямую или через

общества по коллективному управлению правами или антипиратские ассоциации.

ДАНИЯ

Дания также не торопится с принятием специального законодательства, однако в последнее время вопрос о репрессивной системе возникал в политических дискуссиях. Также рассматривается возможность установления расширенного коллективного управления правами в файлообменных сетях. Судя по откликам в прессе, репрессивная система имеет больше сторонников. Однако некоторые специалисты считают, что система расширенного коллективного управления правами, модернизированная в Дании в 2008 г., уже сейчас может применяться в Интернете на основе добровольной уступки правообладателями права на получение вознаграждения за некоммерческое использование произведений в пиринговых сетях.

Дания была первой страной, в которой суд обязал провайдера блокировать доступ в Интернет клиента-нарушителя. Это было решение по иску IFPI к провайдеру Tele2 (предшественника Telenor) о прекращении доступа к скандально известному сайту AlloMP3.com. Суд обосновал свой вердикт следующим образом: поскольку провайдер делает временную технологическую копию данных, попавших в его абонентскую сеть, он является соучастником правонарушения, если данные взяты из незаконного источника. Аналогичное решение было вынесено по делу между теми же сторонами, но по поводу портала Pirate Bay, поскольку в обоих случаях источник был очевидно незаконным.

Пиратская партия Дании пыталась опротестовать эти решения, ссылаясь на отсутствие критерия законности источника в европейских директивах. Действительно, ст. 5.1. Директивы 2001/29/CE предусматривает исключение, выводящее из-под норм о воспроизведении как способе использования охраняемых объектов временные вспомогательные копии (кэш-копии), представляющие собой неотъемлемую часть («побочный эффект») технологического процесса, создаваемые с единственной целью — обеспечить передачу контента, и не имеющие самостоятельного экономического значения (не являющиеся предметом оборота). Это положение Директивы предполагает отсутствие какой-либо ответственности провайдеров за кэширование копий из незаконного источника, но датские судьи решили иначе.

АВСТРИЯ

Законодательных инициатив, подобных французской, в Австрии на сегодняшний день нет, однако

правообладатели все чаще высказываются за усиление роли информационных посредников в борьбе с интернет-пиратством. Так, Австрийский антипиратский союз (VAP) обратился в суд с требованием о блокировке сайта KINO.TO, который осуществляет стриминг (потокное распространение) фильмов без согласия правообладателей. В ответ Австрийская ассоциация провайдеров (ISPA) предельно ясно заявила, что провайдеры обеспечивают только «транспорт» — доставку информации клиентам, и у иска VAP нет никаких правовых оснований. Вполне вероятно, что в связи с участвовавшими претензиями правообладателей либо сложится устойчивая судебная практика, либо на проблему обратит внимание законодатель.

Что касается персональных данных, суды склоняются к запрету их передачи от провайдеров правообладателям, ссылаясь на то, что директива 2002/58/CE допускает раскрытие в целях защиты авторского права только при наличии специальной оговорки в национальном законодательстве, а в австрийском законе о телекоммуникациях такая норма отсутствует.

Что касается законности источника копирования, в Австрии пока не выработано единого подхода. С одной стороны § 46 ст. XX Закона об авторском праве Австрии исключает копии, сделанные из незаконного источника, из случаев допустимого частного копирования, однако судебная практика не видит возможности применить эту норму к пиринговым сетям, то есть складывается впечатление, что австрийский закон «поощряет» файлообменные практики.

ШВЕЙЦАРИЯ

В Швейцарии рассматривается возможность внесения дополнений в Закон об авторском праве, вступивший в силу с 1 января 2008 г., с целью установления репрессивной системы преследования нарушителей авторского права в Интернете. Однако в предлагаемых проектах санкции направлены не на пользователя, который скачивает произведения, а на владельцев сайтов, которые предлагают пиратский контент, и провайдеров, которые этому если не пособничают, то как минимум не препятствуют.

До того, как принять окончательное решение, швейцарские власти заказали ряд исследований, которые помогут понять масштабы «бедствия» и выбрать наиболее адекватный путь решения проблемы: репрессии или компенсация. Первый подход не нравится тем, что фактически криминализируется все население, второй вызывает сомнения из-за отсутствия пропорциональности и справедливости, а также из-за определенного ущемления автора в праве распоряжаться своим произведением (доведение до всеобщего сведения счи-

тается исключительным правом). В конце концов, осторожные швейцарцы допускают, что лучшим выходом было бы оставить все как есть, ведь законодательство располагает арсеналом средств борьбы с особо вопиющими случаями интернет-пиратства.

Что касается персональных данных, швейцарские суды неоднократно оценивали законность деятельности частных анонимных обществ по сбору информации о нарушителях авторского права в Сети, пока Федеральный административный суд не уполномочил компанию Logister разыскивать IP-адреса лиц, бесплатно выкладывающих в Интернет файлы с музыкальными и аудиовизуальными произведениями, и передавать эти данные правообладателям или их представителям для принятия соответствующих мер. Свое решение суд обосновывал тем, что борьба с пиратством — это общее дело, имеющее гораздо более важное социальное значение, чем личный интерес интернавта-нарушителя, а поскольку Logister действует исключительно в частных рамках, то специального законодательства и не требуется. Позже это решение было оспорено именно с точки зрения превалирования одних интересов и прав над другими. Так что, швейцарские суды так и остаются в состоянии поиска единственного приемлемого решения.

С точки зрения швейцарского авторского закона источник частной копии должен быть легален.

ПОЛЬША

В польском законодательстве не установлено какого-либо специального режима борьбы с интернет-пиратством, только универсальные авторско-правовые нормы. Однако не так давно было создано несколько рабочих групп для выработки подходов не только к системе защиты авторского права в Сети, но и по борьбе с киберпреступностью в целом.

В отношении персональных данных польский закон однозначно допускает любые манипуляции с ними (автоматические фильтры, сбор, передача) только с санкции суда. При этом на провайдеров могут быть наложены определенные обязательства по соблюдению авторских прав в рамках гражданского судопроизводства, но вопрос о передаче данных правообладателю остается открытым.

ИТАЛИЯ

Итальянские власти неоднократно высказывались о необходимости борьбы с пиратством, однако идея установления репрессивной системы, подобной французской, никогда не рассматривалась всерьез

18 августа 2000 г. был принят закон № 248, названный «антипиратским». Он установил уголовную ответ-

ственность в первую очередь за незаконные скачивание и частное копирование компьютерных программ (тогда как раньше юридические лица могли это делать свободно для обеспечения своей деятельности), а также ввел другие механизмы для контроля за частным копированием, в частности учредив Комитет по защите (опеке) интеллектуальной собственности.

21 мая 2004 г. был принят так называемый закон Урбани (по имени тогдашнего Министра культурного наследия и культурной деятельности) № 128, провозгласивший борьбу с незаконным распространением в Интернете аудиовизуальных произведений. Установлены административные и уголовные санкции от штрафа €15493 до четырехлетнего лишения свободы за незаконные манипуляции с копиями музыкальных или аудиовизуальных произведений в пиринговых сетях; штрафа в размере от €154 до €1032 за повторное выкладывание в Сеть или скачивание фильмов исключительно для личного использования; и наконец, лишения свободы на срок от 3 месяцев до 6 лет нарушителям, которые извлекают из такой деятельности выгоду.

Несмотря на суровое законодательство, судебная практика идет неочевидным путем. Так Кассационный суд вообще не усмотрел в обмене файлами между студентами политехнического института Турина нарушения авторского права, поскольку цели извлечения выгоды в такой практике не было. С другой стороны, при вынесении решения по иску медиакорпорации Mediaset к порталу Youtube по поводу несанкционированного размещения записей программы «Большой Брат» суд признал, что провайдером может быть предписано блокировать сомнительные торрент-сайты.

Не имея возможности полноценно применять нормы национального законодательства, Министр культуры Италии подписал соглашение о сотрудничестве и взаимодействии со своим французским коллегой, но дальше бумаг дело не пошло.

15 марта 2010 г. вступил в силу принятый итальянским парламентом Декрет Романи № 169, приравнивающий сайты, распространяющие аудиовизуальный контент, к телевещателям и требующий предварительного согласования с контролирующими инстанциями, в частности с Министерством массовых коммуникаций. Для разъяснения применения Декрета правительство заказало исследование итальянскому медиарегулятору AGCOM, который пришел к заключению, что необходим механизм удаления незаконного контента, в первую очередь распространяемого итальянскими сайтами, и предложил процедуру предупреждений правообладателей и ускоренного рассмотрения претензий в течение 48 часов. В отношении иностранных сайтов AGCOM готов вести список неблагонадежных сайтов,

которые провайдерам рекомендуется отфильтровывать на входе в их абонентскую сеть. В этом предложении критики увидели «американский след», однако оно было реализовано в регламенте № 398/2011, принятом 6 июля 2011 г.

ГРЕЦИЯ

Греция считается одной из наиболее неблагоприятных в смысле компьютерного пиратства страной, ни одной законодательной инициативы для изменения такого положения предпринято не было, в том числе из-за политического и финансового кризиса, охватившего эту страну в последнее время. Тем не менее в январе 2007 г. Греция постаралась имплементировать нормы европейских директив в закон об авторском праве № 2121/1993 законом № 3524/2007, который в частности установил административную ответственность за нарушение законных интересов правообладателей в Интернете, однако из сферы применения были исключены аудиозаписи и некоторые компьютерные программы.

Законодательство о персональных данных строго запрещает раскрывать IP-адреса и иную информацию, которая могла бы помочь идентифицировать интернauta-нарушителя, некоторые допущения сделаны в §1 ст. 4 Закона 2225/194 только в отношении уголовного судопроизводства, но как уже было сказано выше, греческие законы не относят нарушения авторского права к преступлениям. Это, безусловно, серьезное препятствие для установления порядка в Сети, тем более провайдеры беззастенчиво ссылаются на нормы о персональных данных, отказываясь от какого-либо сотрудничества с правообладателями и властями.

В ноябре 2009 г. Греческий офис по авторскому праву предложил план действий по сближению позиций заинтересованных сторон, однако никто не торопится претворять его в жизнь.

В мае 2011 г. несколько греческих авторско-правовых обществ подали коллективный иск с требованием установить обязанность провайдеров содействовать защите авторских прав в Интернете и препятствовать распространению незаконного контента, однако окончательного решения до сих пор не вынесено.

ПОРТУГАЛИЯ

Попыток принять специальные нормы против пиратства в Интернете в Португалии предпринято не было, но в действующий закон были внесены изменения в духе Директивы 2001/29/СЕ. Так, в соответствии со ст. 225 Закона № 50/2004 допускается уголовное преследование нарушителей, в рамках которого орудия

преступления могут быть изъяты и даже уничтожены. Допускаются также и гражданско-правовые процедуры. Статья 227 позволяет правообладателям при определенных обстоятельствах привлекать к сотрудничеству и даже к ответственности информационных посредников.

Судебная практика тоже развивается в этом направлении. Так, в 2008 г. за незаконное размещение в пиринговой сети записей музыкальных произведений нарушитель был приговорен к 90 дням тюремного заключения.

Что касается законности источника копирования, ст. 82(2) упомянутого закона предусматривает, что при подсчете компенсации следует учитывать, предпринимал ли правообладатель шаги по самозащите, в частности, применял ли технические меры, предусмотренные Директивой 2001/29/СЕ, однако это не распространяется на файлообменные практики.

ЧЕХИЯ

Чешский законодатель пока не предпринял попыток установить репрессивную систему преследования нарушителей авторского права в Сети. Пока применяются общие нормы Закона об авторском праве № 121/2000, в частности положения пп. с) и f) ст. 40/1 совпадают с подходами ст. 8 и следующих Директивы 2004/48/СЕ и ст. 8.3. Директивы 2001/29/СЕ. Также предусмотрены гражданско-правовая и уголовная ответственность нарушителей.

К общественному обсуждению проблем подтолкнуло обращение IFPI к Министерству культуры и Министерству промышленности Чехии осенью 2010 г. с просьбой высказаться о роли и месте правообладателей, провайдеров и властей в деле борьбы с Интернет-пиратством. Некоторые провайдеры признают, что их социальная миссия состоит в препятствии распространению незаконного контента.

В настоящее время Министерство культуры Чехии изучает опыт других европейских государств и готовит Национальную стратегию «добросовестности и осведомленности», которая ориентирована на профилактику правонарушений и пропаганду авторско-правовых знаний в среде правообладателей, посредников, пользователей и потребителей.

ЛАТВИЯ

Латвия как и многие другие европейские страны имплементировала нормы Директивы 2001/29/СЕ, таким образом в распоряжении правообладателей есть инструменты привлечения нарушителей и их пособников к ответственности.

Также власти изучают французский и английский опыт, а также альтернативные пути регулирования авторско-правовых отношений в Интернете.

С 1 января 2011 г. в уголовное законодательство внесены изменения, предусматривающие более суровое наказание компьютерным пиратам, чем это было в Латвии раньше.

ВЕНГРИЯ

В отсутствие специальных норм и даже инициатив по их принятию, венгерские правообладатели вынуждены опираться на пространное и весьма либеральное авторское законодательство. В частности, добросовестным и свободным признается большинство случаев использования в некоммерческих целях, в том числе частное копирование из незаконного источника. Однако пиринговые сети не признаются безусловно легальными, здесь возможно привлечение «откровенного» пирата к ответственности.

США

Американские законодательные инициативы по урегулированию отношений в Интернете всегда порождали бурные дискуссии, начиная с проекта COICA (Combating Online Infringement and Counterfeits Act — Закон о борьбе с онлайн-нарушениями и контрафактом), внесенного в 2010 г., отклоненного, но послужившего основой для следующего документа — PIPA (Protect IP Act — полное название: Закон о предотвращении реальных сетевых угроз экономическому творческому потенциалу и кражи интеллектуальной собственности), а затем SOPA (Stop Online Piracy Act — Закон против онлайн-пиратства). Основные проводимые идеи сводятся к двум:

- с одной стороны, не следует преследовать конечного потребителя, поскольку основная вина лежит на сайте-распространителе пиратского контента. Необходимо предусмотреть простую и быструю процедуру их закрытия или изоляции. Для этого необходимы рычаги давления на информационных посредников, в первую очередь таких крупных игроков как Google, PayPal и т.п.;
- с другой стороны, информационные посредники имеют дело не только национальными сайтами-нарушителями, но и предоставляют возможность доступа к иностранным ресурсам, находящимся вне американской юрисдикции. Задача заключается в том, чтобы каждый нарушитель, независимо от национальной принадлежности, мог бы привлекаться к ответственности вплоть до блокировки его ресурса на территории США.

Критики усмотрели между строк проектов предоставление генеральному прокурору возможности установления цензуры в интернете под флагом защиты авторского права, поскольку именно он вправе обращаться в суд с требованием о закрытии сайта, замеченного в прямом или косвенном контрафакте.

Споры вокруг законопроектов продолжаются, однако заложенные в них идеи начинают претворяться в жизнь. Так в ноябре 2010 г. американские власти запретили использование 82 доменных имен, подавляющее большинство владеющих ими сайтов «специализировалось» на распространении пиратского контента (например, сайт системы BitTorrent torrent-finder.com, интернет-магазин по продаже одежды поддельных брендов, пиратских DVD). На экране компьютера пользователя, набравшего в строке поиска такой адрес, появлялось предупреждение об аресте доменного имени по решению окружного суда по заявлению ICE -HSI (Отдел по расследованию нарушений иммиграционного и таможенного законодательства Национального бюро расследований). Вслед за этим были закрыты 18 порталов электронной торговли, предлагающих подделки в основном к праздникам (например, ко Дню благодарения или Дню Святого Валентина) и крупным общественно значимым событиям (например, финал чемпионата Национальной футбольной лиги Superbowl).

Действующая система борьбы с пиратством в Сети базируется на законе DMCA (Digital Millennium Copyright Act — Закон об авторском праве в цифровую эру), принятом еще в 1998 г. Специальная глава устанавливает систему предупреждений нарушителей вплоть до закрытия информационного ресурса; не последняя роль отводится информационным посредникам (от ответственности освобождаются только те провайдеры чьи функции сводятся исключительно к 4 видам деятельности: кратковременная передача данных, промежуточное кратковременное кэширование, «непреднамеренное» размещение информации конечного пользователя в отдельных сервисах абонентской сети и предоставление услуг по созданию гиперссылок). Остальные могут воспользоваться своеобразным иммунитетом или «зоной безопасности», если докажут свою добросовестность — ответственность не наступит, если информационный посредник не знал и не мог знать о том, что размещаемый его абонентом контент является незаконным, самостоятельно не видоизменял и иначе не манипулировал с контентом, не пытался извлечь какую-либо выгоду в связи с нахождением этого контента в своей клиентской сети, а после получения уведомления предпринял необходимые и достаточные меры по прекращению правонарушения.

Таким образом, правообладатели рассылают предупреждения провайдерам, а те уже обязаны реагиро-

вать самостоятельно. Многие специалисты считают, что американская система мало чем отличается от французской, однако главным действующим лицом (и одновременно потенциальным потерпевшим) является не правообладатель или его представитель (даже в лице властных структур) и не нарушитель его законных интересов, а информационный посредник — он должен предпринять все возможные усилия, чтобы не «выпасть» из зоны безопасности!

Американская судебная практика активно развивает эту теорию «ответственности без вины» за действия третьих лиц (субсидиарная ответственность), причем в рамках как гражданско-правовых, так и уголовных процессов. Альтернативой является солидарная ответственность, если будет доказано, что провайдер не так уж добросовестен в своих делах и помыслах, особенно когда речь идет о файлообменных практиках. Наконец, при рассмотрении иска студии MGM к portalу Grokster в 2005 г. суд применил третий вид безвиновной ответственности — за осознанное и добровольное «поощрение» нарушения права третьими лицами.

Вообще в рамках действующего американского законодательства правообладатель может требовать:

- временного или окончательного закрытия ресурса;
- ареста и уничтожения контрафактных объектов;
- возмещения понесенных убытков наряду с выплатой суммы, равной доходу, полученному в связи с нарушением его прав;
- вместо возмещения убытков выплаты компенсации в размере от \$750 до \$150 000.

Такие серьезные инструменты в руках правообладателей в конечном счете привели к тому, что большинство споров с «мелкими» нарушителями заканчиваются заключением мирового соглашения, а многие информационные посредники стараются вступить в договорные отношения в «профилактических» целях.

Так, Американская ассоциация производителей фонограмм (RIAA) и Американская киноассоциация (MPAA) заключили договор с рядом крупных провайдеров, в котором предусматривалось добровольное создание репрессивной системы, подобно французскому HADOPI. Механизм основывается на системе шести последовательных предупреждений (Copyright Alert Program), направляемых нарушителю в четыре этапа: первые два начальные «воспитательные», затем два официальных «квитированных» уведомления, потом так называемая «смягченная» претензия и, наконец, последнее предупреждение. Для администрирования этой системы созданы специальные подразделения, например, формируемый на паритетных началах из представителей правообладателей и информационных посредников CCI (Center for Copyright Information —

Центр информации об авторском праве) и даже частный арбитраж Independent Review Program.

Другое соглашение, названное EDUCAUSE и больше напоминающее «глобальную лицензию», было заключено группой Warner с рядом американских университетов. Студентам предлагался доступ к репертуару Warner Music из любого места, в том числе и через пиринговые сети, за ежемесячную абонентскую плату €5. Собранные средства переводились университетским провайдером некоммерческой организации «Chorus», которая перераспределяла их между правообладателями пропорционально числу скачиваний той или иной композиции.

Что касается защиты персональных данных, ст. 512(h) DMCA устанавливает правило, что для преследования пиратов суд по заявлению правообладателя может требовать от провайдеров представления выписок с указанием информации, позволяющей идентифицировать нарушителя, но правообладатель должен не только подтвердить, что информация ему необходима, но и гарантировать, что она не будет использована ни в каких иных целях.

ЮЖНАЯ КОРЕЯ

Летом 2009 г. в Южной Корее была установлена полноценная репрессивная система в отношении нарушителей авторского права в Сети. После вступления в силу соответствующих поправок в закон 24 июля, 6 августа был принят президентский указ, определивший все процедурные вопросы.

В системе задействованы властные структуры: Министерство культуры, спорта и туризма и Южнокорейская комиссия по авторскому праву, с одной стороны, и провайдеры с другой.

Процедуры касаются в первую очередь тех пользователей (индивидуальных пользователей, владельцев сайтов, локальных сетей и некоторых сервисов), которые без согласия правообладателей размещают в Сети большое количество охраняемых объектов с целью извлечения выгоды. Рядовые потребители, скачивающие пиратский контент в личных целях, не подпадают под репрессивную систему.

В целом речь идет о предусмотренной ст. 133-2(1) Кодекса интеллектуальной собственности Южной Кореи системе предупреждений (не более трех) со стороны Министерства, игнорирование которых может привести к отключению от Интернета на срок до 6 месяцев. В отличие от французской системы интернату, подвергшемуся такому наказанию, не запрещено обратиться к другому провайдеру; таким образом, приостанавливается не доступ нарушителя, а доступ к контенту нарушителя.

В отношении систем коллективного пользования (интернет-кафе, блоги, архивные сервисы) подход еще более мягкий — процедуры могут быть применены к ним только при массовых нарушениях, совершенных «с особым цинизмом» (ст. 133(4) Кодекса).

Кроме того, ст. 133-3 Кодекса предусмотрено специальное предписание Комиссии по авторскому праву в отношении провайдеров, которое направляется до вмешательства министерства и побуждает информационных посредников принять самостоятельные меры по пресечению правонарушений вплоть до ограничения доступа или удаления нелегального контента. Однако, такое предписание носит рекомендательный характер, и никаких санкций проигнорировавшему его провайдеру не грозит.

Первые решения о приостановлении доступа были вынесены Министром культуры 9 ноября 2010 г., но к тому моменту Комиссия по авторскому праву разослала 65118 предупреждений, в большинстве случаев одного предупреждения оказалось достаточно, только 316 дошли до последней, третьей стадии с угрозой об отключении.

ТАЙВАНЬ

21 апреля 2009 г. после продолжительных дебатов был принят Билль об ограниченной ответственности интернет-провайдеров (ISP Liability Limitation Bill), вводящий с 13 мая того же года репрессивную систему предупреждений и отключения доступа.

Это новейший правовой инструмент, позволяющий правообладателям быстро и эффективно обязать информационных посредников удалить незаконный контент или ограничить доступ к нему, но при этом освобождающий последних при определенных условиях от гражданско-правовой ответственности перед правообладателями и от исполнения договорных обязательств перед своими абонентами. Как и во многих других правовых системах речь идет о трехкратном предупреждении нарушителя (ст. 3-6 Билля), однако критики системы сетуют, что порядок отключения прописан недостаточно четко и рискует стать «мертвой» нормой.

Что касается персональных данных, провайдер не имеет права раскрывать правообладателю информацию о своих абонентах, а любые манипуляции с персональными данными возможны только по решению суда.

НОВАЯ ЗЕЛАНДИЯ

11 апреля 2008 г. Закон об авторском праве 1994 г. был дополнен несколькими новыми разделами, касающимися новых технологий создания и использова-

ния произведений и исполнений. Особенно следует отметить ст. 92А, устанавливающую систему, позволяющую провайдерам отключать пользователей, неоднократно замеченных в скачивании незаконного контента. В связи со сложной процедурой прохождения законодательных инициатив в новой Зеландии потребовалось дополнительное утверждение текста изменений 31 октября 2008 г., тогда же было решено ввести в действие упомянутую статью в несколько этапов, а уже в феврале 2010 новозеландский Премьер-министр предложил дополнить ее нормами о введении механизма трехступенчатых предупреждений, а также положениями о возмещении убытков. Также предлагалось заменить отключение доступа нарушителя временным приостановлением на срок до 6 месяцев. Эти идеи были воплощены в закон и вступили в силу 1 сентября 2011 г.

Таким образом сегодня в Новой Зеландии действует репрессивная система, подобная французской, и состоящая в направлении трех уведомлений нарушителю (обнаружительное, предупредительное и понудительное) с последующим возможным приостановлением доступа к интернету, которое может быть оспорено в суде. Как и французы, новозеландцы призывают к ответственности не непосредственного виновника правонарушения, а владельца IP-адреса, который был замечен в незаконном скачивании или ином использовании охраняемого объекта. Провайдеры доступа могут раскрыть правообладателю персональные данные своих абонентов, включая IP-адрес, только для обращения в судебные инстанции.

АВСТРАЛИЯ

В Австралии сложилась довольно любопытная судебная практика о мере ответственности провайдера доступа за правонарушения, совершаемые его абонентами. Например, дело Roadshow Films Pty Ltd против провайдера iiNet Limited, окончательное решение по которому было вынесено 24 февраля 2011 г. Дело было возбуждено австралийской антипиратской организацией AFACT (Australian Federation Against Copyright Theft) от имени 34 правообладателей (в том числе и Roadshow Films), обвинявших провайдера в попустительстве, если не сказать поощрении незаконного файлообмена. Суд заявил, что провайдер не только не несет ответственности за пиратский контент, выкладываемый в сеть его клиентами или скачиваемый ими с торрентов, но и не имеет никаких рычагов контроля за содержанием файлов, ни возможностей препятствовать правонарушениям. На основании австралийского законодательства судья освободил iiNet от ответственности, предписав при этом проводить по-

литику отключения рецидивистов «в разумных пределах и сообразно обстоятельствам», поскольку провайдер обязан отреагировать на ставшее известным правонарушение как и любой другой законопослушный субъект. Суд предложил провайдерам при наличии достаточной и обоснованной информации направлять своим абонентам уведомления, как это делает AFACT. Расходы по поддержанию такой системы контроля и оповещения, а также возмещение возможных убытков провайдеров в связи с приостановлением доступа и отключением абонентов должны нести заинтересованные правообладатели.

AFACT неоднократно делал попытки заключить соглашения о сотрудничестве с провайдерами, а не доводить дело до суда. Однако, провайдеры, увидевшие в предписании суда возможности извлечения дополнительной прибыли из новых услуг, не торопятся, а ждут возможных изменений законодательства. Действительно, правительство с начала 2012 г. изучает варианты адаптации закона об авторском праве 1968 г. (последние изменения внесены в 2006 г.) к условиям новых технологий.

КАНАДА

2 июня 2010 г. Правительство Канады внесло проект федерального закона № С-32¹⁰ о внесении изменений в Закон об авторском праве 1985 г., в котором предложены не только ответы на вызовы информационного общества, но и нормы, позволяющие Канаде окончательно соблюсти все свои международные обязательства перед Всемирной организацией интеллектуальной собственности в связи с принятием Договора об авторском праве и Договора об исполнениях и фонограммах (так называемые «Интернет-договоры ВОИС 1996 г.). Основным трендом канадского законодателя является расширение случаев исключения из авторских правомочий, разрешая свободно копировать и размещать в Сети контент в личных целях, опираясь на опыт Youtube, а также при использовании цифровых копий в образовательных учреждениях и библиотеках. С другой стороны, обход технических средств защиты произведения, установленных правообладателем, приравнивается к нарушению авторского права.

Что же касается ответственности информационных посредников, проект предписывает им в случае обращения правообладателя направить уведомление нарушителю, но не предпринимать никаких самостоятельных действий, тем более не блокировать контент или отключать клиента. Надо сказать, что такая

¹⁰ Принят 12 июня 2012 г.

система уведомлений сложилась в Канаде последнее время и без специальных норм. Кроме того, канадские провайдеры своими силами без каких-либо законодательных предписаний стараются бороться с программным обеспечением, предназначенным исключительно для незаконного скачивания охраняемых произведений (например, протокол BitTorrent), а также повсеместно вводят практику ограничения скорости трафика.

КИТАЙ

С одной стороны, политика (или скорее практика) борьбы с пиратством в Китае выглядит довольно либеральной, но с другой стороны многие страны считают, что под этим лозунгом китайские власти часто вмешиваются в совершенно иные права и свободы своих граждан, например, право на самовыражение.

Авторское право в Китае регулируется законом от 7 сентября 1990 г. (последние изменения 6 февраля 2010 г.). Наряду с ним приняты нормативные акты, устанавливающие административные процедуры защиты авторского права в Интернете. Система контролируемых органов децентрализована: наряду с Государственной администрацией радио, кино и телевидения (SARFT) существует Национальная администрация по авторскому праву (NCA) и провинциальные департаменты по авторскому праву (PCD). В их функции входит не только идентификация лиц, незаконно занимающихся коммерческой деятельностью и пресечение такой деятельности, но и обращение в судебные инстанции, причем зона их внимания не ограничивается Интернетом.

Судебная практика довольно обширна, причем большую долю составляют иски иностранных правообладателей. Наиболее показательным был процесс против поисковика Yahoo, который был признан виновным в пособничестве пиратским сайтам. В практике китайских властей были и требования к китайским сайтам об удалении незаконного контента, и блокировка портала Pirate Bay.

До сих пор никаких инициатив по установлению подобной французской репрессивной системе принято в Китае не было.

ЯПОНИЯ

Авторское право в Японии регулируется законом от 6 мая 1970 г. (последние изменения внесены 3 декабря 2002 г.). В соответствии с этим теперь уже «древним» текстом, частное копирование признается законным даже из незаконного источника, поэтому большинство манипуляций, осуществляемых в Ин-

тернете и будоражащих воображение правообладателей всех стран, в Японии признается нормальной практикой.

Однако последнее время все чаще раздаются пожелания японских авторов и законодателей пересмотреть отдельные положения закона с точки зрения адаптации мировых стандартов охраны интересов правообладателей в Интернете, установления рамок ответственности информационных посредников.

ПОЗИЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Свое отношение к путям развития системы регулирования авторско-правовых отношений в Интернете Организация Объединенных Наций выразила в отчете специального докладчика Совета ООН по правам человека Фрэнка Ля Рю от 16 мая 2011 г.

Основная идея доклада ООН заключается в том, что любые ограничения оборота информации в Интернете допустимы лишь в самых крайних, строго установленных законом случаях. Более детально докладчик остановился на следующих темах:

А. Основные права и свободы в преломлении Интернета

Установленные ст. 19 Всеобщей декларации прав человека ООН свобода убеждений и свобода их выражения, включая свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ, должны быть безусловной нормой в Интернете. Определенные законом случаи исключения должны применяться независимым органом и ни в коем случае не как произвол или дискриминация, чему должны быть установлены гарантии от злоупотребления со стороны такого органа и возможность обжалования его действий.

В. Репрессивная система вплоть до отключения от Интернета

В отключении пользователей от Интернета по каким бы то ни было соображениям и основаниям, включая нарушение авторского права третьих лиц, специальный представитель ООН усматривает не только диспропорцию санкции, но и прямое противоречие с § 3 ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах, гласящего, что пользование правом на свободное выражение своего мнения налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые, однако, должны быть установлены законом и являться необходимыми для уважения прав

и репутации других лиц либо для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения.

Напротив, докладчик призвал членов ООН обеспечить населению бесперебойный доступ к Интернету, в том числе в период гражданских волнений и вооруженных конфликтов¹¹. Более того, государствам настоятельно рекомендуют пересмотреть те нормы авторского законодательства, которые позволяют ограничивать доступ в Интернет, или воздержаться от подобных законодательных инициатив. Естественно, в первую очередь этот призыв обращен к Франции и Великобритании.

С. Ключевая роль информационных посредников

Роль провайдеров заключается в обеспечении доступа к информации и реализации права на выражение мнения, а также во влиянии на все происходящее в Интернете, именно поэтому государства стремятся установить контроль над информационными посредниками и их расширенную ответственность.

Докладчик призвал посредников соблюдать нейтралитет в Сети и в частности:

- вводить любые ограничения (включая распространение персональных данных интернавтов) только по решению суда;
- обеспечить прозрачность своей деятельности; насколько это возможно заранее уведомлять абонентов о возможных санкциях;
- ограничивать доступ к незаконному контенту, а не тотальный доступ отдельного субъекта.

Д. Фильтры и блокировка

По поводу таких практик докладчик посетовал, что разнообразие форм фильтрации и блокировки, расширение области их применения, а также отсутствие прозрачности при принятии таких решений не позволяют сделать выводы о реальных целях и необходимости таких мер в конкретных случаях, а также напомнил, что компетентным может считаться только суд или независимый специальный орган.

Е. Аппробация доклада

До публичного представления доклад был одобрен 41 страной. В том числе США, Индией, Бразилией, Канадой, Новой Зеландией, Японией, Норвегией, Швецией и т.д. Совершенно закономерно не присоединились Франция, Великобритания, Ирландия и Испания, поскольку положения доклада прямо критикуют сложившуюся в этих странах репрессивную систему. Среди

других государств, сохранивших нейтралитет, следует отметить Германию, Италию, Бельгию, Китай, Австралию и Российскую Федерацию. Наоборот, удивительна позиция США и Новой Зеландии в свете их последних инициатив (см. выше).

Как бы ни были разнообразны подходы различных государств, можно выделить несколько общих тенденций:

1. Желание найти выход из сложившейся практики оборота охраняемых объектов в Интернете, осуществляемого помимо воли и вне контроля правообладателей. Меры могут быть как профилактическими (расширение легального сектора, «воспитание» пользователя), так и репрессивными (реактивными).

Так:

- некоторые страны установили репрессивную систему, жертвой которой становится конечный потребитель (Франция, Великобритания, Ирландия);
- другие государства установили ответственность информационных посредников, переложив на них обязанности по контролю над контентом, рассылке уведомлений, ограничению и прекращению доступа, блокировке сайтов или фильтрации незаконного контента;
- отдельные страны склонны к более «мягкому» регулированию, к признанию оборота произведений в Интернете безусловно законным в ответ на распространение «глобальных лицензий» и системы коллективного управления в Сети;
- наконец есть страны, стремящиеся установить уголовную ответственность владельцев сайтов (например, BitTorrent) вплоть до их закрытия.

Для каждой группы стран нашелся свой правовой инструмент — закон (Франция, Великобритания, Новая Зеландия и т.д.), судебная практика (Ирландия, Бельгия...) или договор (Дания...).

2. Отсутствие единого универсального подхода к решению проблемы. Именно поэтому Европейские власти не торопятся заменить Директивы рекомендательного характера на документы, содержащие более жесткие требования, а отдельные страны предпочитают либо не касаться острых вопросов (Нидерланды, Венгрия), либо формулировать свои подходы весьма туманно (Бельгия). Наиболее ярко это проявляется в судебной практике по делам об ответственности информационных посредников. Может быть, практика Суда Европейского Союза, уже высказавшегося по нескольким делам (Scarlett S.A. против SABAM (Бельгия), SABAM против Netlog (Бельгия), дело Ephone (Дания), задаст некий единый вектор.

¹¹ В день представления доклада стало известно, что 2/3 населения Сирии не имеет доступа в Интернет из-за событий «Арабской весны».

3. Желание «навесить» как можно больше ответственности на информационных посредников. Во многих странах хотели бы придать им полицейские функции не только по обнаружению и идентификации нарушителей, но и по применению к последним санкций. Для укоренения чувства вины у провайдеров, правообладатели утверждают, что они реально распространяют незаконный контент в Интернете или как минимум способствуют незаконной деятельности третьих лиц и должны за это ответить. На самом деле правообладателям, безусловно, удобней иметь дело с известным ограниченным кругом посредников, чем гоняться за нарушителями по просторам Интернета. И этот подход, похоже, разделяет Еврокомиссия, заявляя о том, что надо бороться с пиратством вместе с провайдерами.
4. Колебания по поводу последнего этапа репрессивной системы — отключения интернавта-рецидивиста. Многие страны, адаптировавшие систему, либо не решаются пока ввести в законодательство такую меру (Тайвань, Германия), либо не применяют ее (Великобритания), либо применяют частично к отдельным сервисам (Южная Корея).
5. Появление новых институтов и органов. Во Франции — HADOPI, Комиссии по авторскому праву в Испании и Корею, iiNet в Австралии. Такие органы призваны урегулировать отношения

между правообладателями, информационными посредниками, пользователями и органами правосудия. Кроме того, наличие такого органа в стране снимают большую долю обязательств с провайдеров, в частности, по идентификации нарушителей и рассылке уведомлений. К сожалению, ни в Великобритании, ни в Ирландии такого органа нет, и все тяготы обеспечения репрессивной системы ложатся на самих информационных посредников.

6. Появление все более «агрессивных» законопроектов. На передовой здесь, конечно, США и Испания. В ответ появляется все больше сообществ, готовых противостоять таким инициативам всеми возможными законными и полузаконными способами (пиратские партии и т.п.).

Можно ли говорить о «моральном износе» традиционного авторского права, не способного адаптироваться к цифровым реалиям? Или гораздо более серьезный правовой провал в неспособности предложить адекватные подходы к его эволюции, в невозможности осознать отсутствие необходимости зарегулировать все до мельчайших деталей.

В любом случае необходима гармонизация не только в смысле реакций и санкций, но в гораздо большей степени в понимании того, как работает и развивается Интернет, как он влияет на нашу жизнь, какие дает нам возможности, в том числе и в правовой сфере.

Библиографический список:

Doutrelepont C., Dubuisson F., Strowel A. Le telechargement d'oeuvres sur Internet. Bruxelles, 2012.