



United Nations
Educational, Scientific and
Cultural Organization

Организация
Объединенных Наций по
вопросам образования,
науки и культуры



STATE UNIVERSITY
HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ

The UNESCO Chair on copyright
and other intellectual property rights
Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву
и другим правам интеллектуальной собственности



Исх. № 89 от 10.02.2011

ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

на проект федерального закона о внесении изменений в раздел VII Гражданского кодекса Российской Федерации

В связи с запросом Некоммерческого партнерства «Российский книжный союз» по вопросу о соответствии статей 1253¹, 1274, 1275 проекта федерального закона о внесении изменений в раздел VII Гражданского кодекса Российской Федерации требованиям международных договоров Российской Федерации в области авторского права и смежных прав, с учетом положений действующего законодательства Российской Федерации о библиотечном деле и законодательства Российской Федерации о средствах массовой информации, Научно-методический центр «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» Национального исследовательского университета - Высшей школы экономики (далее – Кафедра ЮНЕСКО ВШЭ), полагает возможным дать следующее юридическое заключение.

При подготовке данного заключения Кафедра ЮНЕСКО ВШЭ исходит из того, что вопросы права интеллектуальной собственности в полном объеме относятся к сфере научной деятельности Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности, как она определена Соглашением об учреждении Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности, подписанным в Париже Генеральным директором Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) 12 июня 1998 года.

Научно-методический центр НИУ-ВШЭ «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности»

Почтовый адрес: Российская Федерация, 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20.

Для посещения: Российская Федерация, г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17, ауд. 221.

Тел./Факс: +7-499-238-31-39

E-mail: unescochair@hse.ru; unesco.chair.copyright@mtu-net.ru; **Web-site:** www.unescochair.ru

При проведении юридической экспертизы и подготовке данного заключения Научно-методический центр «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» Национального исследовательского университета - Высшей школы экономики использовал представленные Некоммерческим партнерством «Российский книжный союз» текст соответствующих положений проекта федерального закона о внесении изменений в раздел VII Гражданского кодекса Российской Федерации.

Исходя из анализа действующего российского законодательства, его доктринального толкования и правоприменительной практики, а также учитывая международные обязательства Российской Федерации, Научно-методический центр «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» Национального исследовательского университета - Высшей школы экономики полагает возможным дать следующее заключение.

1. Предлагаемые в законопроекте положения статьи 1253¹ призваны дополнить регулирующий потенциал положений статьи 1253 ГК РФ, устанавливающей ответственность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей за нарушения исключительных прав. Рассматриваемый институт впервые был закреплен в части IV ГК РФ, вступившей в силу 1 января 2008 г. Согласно положениям указанной статьи, за грубые нарушения исключительных прав юридические лица и индивидуальные предприниматели могут быть ликвидированы по решению суда. Естественно, правила указанной статьи ограничены по кругу лиц и не распространяются на таких субъектов как физические лица, не осуществляющие предпринимательской деятельности, а также на публично-правовые образования (Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, органы местного самоуправления), что следует из самого названия статьи.

Предлагаемая статья 1253¹, с одной стороны, специализирует действие статьи 1253, прямо распространяя его на отношения, связанные с

использованием сети Интернет, а с другой стороны, не связывает адресата нормы с наличием или отсутствием факта осуществления предпринимательской деятельности. Действие нормы абстрактно направлено в отношении любого лица (физического, юридического), оказывающего услуги по предоставлению доступа в Интернет (не важно на возмездной, либо на безвозмездной основе), а также по размещению материалов в сети Интернет. При этом вводится новый термин «Интернет-провайдер», легального определения которому в тексте законопроекта не дается.

Во-первых, следует отметить, что готовящийся в настоящее время в рабочей группе под председательством депутата Государственной Думы О.В. Носковой проект изменений и дополнений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» в целях установления особенностей государственного регулирования деятельности, осуществляемой с использованием глобальных компьютерных сетей, содержит несколько более универсальное определение *«оператор доступа к использованию глобальных компьютерных сетей (провайдер) – юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие на основании заключенных договоров, предусмотренных гражданским законодательством, услуги пользователям по систематическому доступу и распространению информации с использованием глобальных компьютерных сетей»*. В этой связи было бы полезным уже на стадии законопроектной работы устранить вредные терминологические разночтения.

Во-вторых, представляется, что формулировка «Интернет - провайдеры» (значение, в котором разработчики используют этот термин в предлагаемой к принятию статье), не удачны, поскольку лица, размещающие на страницах в сети Интернет текстовые, аудиовизуальные, фото-, видео- и иные материалы, как правило, являются обслуживающим

персоналом по отношению к веб-сайтам, могут состоять или не состоять в каких либо правовых (гражданско-правовых, или трудовых правоотношениях с юридическими или физическими лицами, на которые зарегистрированы интернет ресурсы) и в договорные отношения (и вообще, ни в какие правовые отношения) с пользователями (потребителями) информации не вступают. К таким лицам можно отнести хостинг-провайдеров, администраторов и операторов сайтов, а зачастую и программистов. Следовательно, законопроект не только необоснованно расширяет круг лиц, подпадающих под понятие «Интернет - провайдер» и снимает с них ответственность за характер и легальность материала, размещаемого на подконтрольных таким лицам ресурсах, но и окончательно размывает систему правовых связей, долженствующих быть в сфере законного оборота информации.

Действующие международные соглашения Российской Федерации в сфере авторского права и смежных прав (в первую очередь, Бернская Конвенция 1886 г., Парижская Конвенция об авторском праве 1952 г., Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г., Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г.) не содержат норм, напрямую устанавливающих, или отменяющих ответственность за неправомерное использование произведений в сети Интернет. Это связано, в первую очередь, с новизной Интернета, как такового. Неурегулированность данных вопросов характерна не только для международного, но и для национального законодательства многих развитых стран, в том числе и России. Инкорпорацию статьи 1253¹ в ГК РФ можно расценивать, как попытку законодателя восполнить указанный пробел в федеральном законодательстве. Однако, данный пробел носит более системный характер и не может, к сожалению, быть устранен, лишь внесением изменений в гражданское законодательство. Требуются, как нам представляется, поправки в базовый закон об обороте информации.

Освобождение Интернет-провайдеров от ответственности за нарушение пользователями исключительных прав третьих лиц в сети Интернет представляется логичным, поскольку Интернет-провайдер предоставляет пользователям лишь возможности для доступа в Интернет, и не может контролировать действия пользователей в сети. Основания, при которых Интернет-провайдер освобождается от ответственности (ч. 1 ст. 1253¹ ГК РФ) также представляются оправданными и направлены на недопущение злоупотребления правами со стороны Интернет-провайдеров. Однако вместе с тем в трио субъектов правоотношений «правообладатель – провайдер - пользователь», Интернет-провайдер, по нашему мнению, должен быть на стороне правообладателей и, со своей стороны, содействовать защите прав и интересов правообладателей исключительных прав. В этом смысле представляется возможным рассмотреть вопрос о дополнении статьи 1253¹ нормой, предусматривающей обязанность Интернет – провайдеров при выявлении признаков нарушений исключительных прав своевременно уведомлять об этом пользователей и соответствующие органы государственной власти.

С учетом вышесказанного следует особо отметить норму п. 2 ч. 2 ст. 1253¹ ГК РФ, согласно которой для освобождения от ответственности Интернет-провайдер в случае получения письменного заявления третьего лица о нарушении интеллектуальных прав в результате размещения такого материала в сети Интернет, обязан своевременно принять меры, направленные на устранение последствий нарушения интеллектуальных прав, предусмотренные «федеральным законом об Интернет-провайдерах». Однако, во-первых, никакого «федерального закона об Интернет-провайдерах» российская правовая система не содержит. Во-вторых, Кафедра полагает, что указанные действия могут быть предприняты Интернет-провайдером и без письменного заявления третьего лица, а при самостоятельном выявлении признаков такого нарушения.

Помимо отсутствия нормы об обязанности провайдеров содействовать защите правообладателей, предложенная редакция статьи 1253¹ ГК РФ сталкивается с проблемой определения юрисдикции регулируемых правоотношений. Одним из важнейших свойств Интернета является его трансграничность. Отсутствие национальных, а значит, и юрисдикционных границ в Интернете приводит к невозможности определения границ правового регулирования. Не являются исключением и рассматриваемая статья, поскольку она не отвечает на вопросы о том, как будут применяться ее нормы в случае, если провайдер (юридическое или физическое лицо), либо сайт (доменное имя), зарегистрированы организациями, находящимися вне территории РФ. По мнению Кафедры, широкий круг вопросов, которые необходимо разрешить для эффективного правового регулирования правоотношений по использованию интеллектуальной собственности в Интернете, диктует необходимость разработки и принятия специального законодательного акта. Внедрение же норм специального законодательства в ГК РФ приведет к дальнейшему разрушению архитектоники российской правовой системы в целом и Гражданского кодекса, в частности. Еще одним следствием станет неминуемая редукция правовых механизмов, призванных обеспечить баланс прав и обязанностей субъектов возникающих правоотношений, и вызванная этим пробельность, противоречивость и неэффективность правового регулирования.

Статья 1253¹, устанавливающая основания освобождения субъектов права от ответственности за нарушение исключительных прав, корреспондирует статьям 1274 и 1275 ГК РФ, которые перечисляют случаи свободного использования произведений, а значит, по своей сути, также содержат в себе основания, при которых ответственность за использование объектов интеллектуальной собственности, охраняемых законом, не наступает. Институт свободного использования произведений формально является более узким по кругу объектов, поскольку указанные статьи

находятся в главе 70 ГК РФ «Авторское право», а статья 1253¹ - в главе 69 ГК РФ «Общие положения». Однако, фактически статья 1253¹ направлена преимущественно (но не исключительно) на правовое регулирование использования именно объектов авторского права в сети Интернет.

Кроме того, неудачной представляется привязка правовой конструкции, заложенной в основе рассматриваемой статьи, к федеральному закону об Интернет-провайдерах (который, по логике авторов поправок, видимо только предстоит разработать). Во-первых, практика совершенствования гражданского законодательства, и в целом концепция развития российского законодательства исходит из необходимости максимального ухода от привязок к еще не принятым федеральным законам специального характера в условиях существования базовых кодексов (в данном случае – ГК РФ). Во-вторых, в условиях отсутствия ясности в вопросе, будет ли вообще, принят указанный «федеральный закон об Интернет-провайдерах», используемая разработчиками юридическая техника делает принятие предлагаемых поправок в ГК РФ (и в частности, дополнение положений Кодекса статьей 1253¹) до принятия указанного «закона об Интернет-провайдерах» нелогичным.

Кроме того, в качестве частных замечаний юридико-технического характера по тексту предложенной разработчиками законопроекта статьи 1253¹ отметим следующее.

Во-первых, право «любого третьего лица», а не «правообладателя или его надлежаще уполномоченного представителя» направлять требования об удалении материала, как показывает опыт других стран, может привести к злоупотреблению процедурой.

Во-вторых, статья устанавливает ответственность провайдера интернет-услуг за действия третьих лиц, связанных с ним контрактными

обязательствами, к которым он не имеет никакого отношения и о степени правомерности которых не имеет возможности судить.

В-третьих, положение о «заявление третьего лица» может повлечь за собой неконтролируемый поток заявлений, как обоснованных, так и не обоснованных. Видимо, авторы законопроекта исходили из ложной предпосылки о том, что любые заявления третьих лиц верны и обоснованы.

Таким образом, предлагаемые изменения, с одной стороны, концептуально ущербны и не лишены изъянов юридической техники, а с другой, представляют собой попытку решения частного вопроса (о юридической ответственности в сфере неправомерного оборота объектов интеллектуальной собственности в сети Интернет) в отсутствие решения общего вопроса (о юридической ответственности в сети), и проблем юрисдикции, что существенным образом снижает их регулирующий потенциал, а в ряде случаев, сводит на нет.

Представляется, что разрешению указанных проблем будет способствовать принятие уже упоминавшегося выше думского законопроекта о поправках в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» в целях установления особенностей государственного регулирования деятельности, осуществляемой с использованием глобальных компьютерных сетей. В этом проекте, в статье 22 («Ответственность за правонарушения в сфере информации, информационных технологий и защиты информации»), в частности, закреплены следующие общие положения:

«1. По общему правилу ответственность за соответствие распространяемой информации требованиям закона несет лицо, непосредственно распространяющее такую информацию. ...

2. Лица, права и законные интересы которых были нарушены в связи с разглашением информации ограниченного доступа или иным неправомерным использованием такой информации, вправе обратиться в

установленном порядке за судебной защитой своих прав, в том числе с исками о возмещении убытков, компенсации морального вреда, защите чести, достоинства и деловой репутации. Требование о возмещении убытков не может быть удовлетворено в случае предъявления его лицом, не принимавшим мер по соблюдению конфиденциальности информации или нарушившим установленные законодательством Российской Федерации требования о защите информации, если принятие этих мер и соблюдение таких требований являлись обязанностями данного лица.

3. В случае, если распространение определенной информации ограничивается или запрещается федеральными законами, гражданско-правовую ответственность за распространение такой информации не несет лицо, оказывающее услуги:

1) либо по передаче информации, предоставленной другим лицом, при условии ее передачи без изменений и исправлений;

2) либо по хранению информации и обеспечению доступа к ней при условии, что это лицо не могло знать о незаконности распространения информации.

4. Оператор доступа к использованию глобальных компьютерных сетей не несет ответственность за соответствие распространяемой пользователями информации требованиям закона.

Пользователь глобальных компьютерных сетей, освобождается от ответственности за распространение не соответствующей закону информации, размещенной на сайте, оператором которого он выступает в случаях, когда в такая информация распространяется без его ведома или против его воли, либо была размещена другим лицом, с нарушением требований законодательства или иных нормативных правовых актов Российской Федерации.

Положения настоящей статьи применяется к пользователям глобальных компьютерных сетей, выступающих операторами веб-сайтов,

зарегистрированных в установленном порядке в качестве средств массовой информации, с учетом положений главы VII Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 года № 2124-1 «О средствах массовой информации».»

Кроме того, положениями этого же законопроекта решается проблема юрисдикции.

Таким образом, указанные положения законопроекта о поправках в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и призваны выступить правовой основой для создания отсутствующих в настоящее время условий для эффективной реализации правовых идей, заложенных в законопроекте, послужившем основанием для запроса на юридическую экспертизу, в части юридической ответственности в сфере неправомерного оборота объектов интеллектуальной собственности в сети Интернет.

Внесение же каких-либо изменений в ГК РФ в отсутствие в российском законодательстве общих правил об ответственности в сфере интернет-отношений, к сожалению, не достигает регулирующей цели.

2. Анализ предлагаемых положений статьи 1274 ГК РФ позволяет обратить внимание на следующее.

Во-первых, уточнения в п.п. 3, 4 и 5 ч. 1 («периодическом печатном издании и последующее распространение экземпляров этого издания», «распространение» и т.д.) носят редакторский характер и ничего существенно не меняют. существенного регулирующего потенциала не имеют. Вместе с тем, более строгое использование терминологии в рассматриваемой норме ГК РФ (в том числе с обращением к термину «периодическое печатное издание», легально определенному в Законе Российской Федерации «О средствах массовой информации» от 27 декабря 1991 г. № 2124-1), не может не приветствоваться.

Во-вторых, положения новой редакции п. 6 ч. 1 (кстати, текст пункта 6 прежней редакции среди них затерялся без нумерации, что, видимо, будет

при более тщательной вычитке законопроекта устранено) логичны, социально обоснованы и, как представляется, могут быть поддержаны. Возможные проблемы в части толкования широты использования указанной нормы по кругу лиц, как представляются, будут носить кратковременный характер, и будут устранены по мере наработки практики применения рассматриваемой нормы.

В-третьих, новый п. 7 ч. 1, напротив, не может быть нами поддержан без указания на ведение такой деятельности без извлечения прибыли, как условия свободного использования, а равно без решения вопроса о режиме распространения авторефератов диссертаций посредством сети Интернет. В своей сегодняшней редакции предлагаемая новелла грубо нарушает права и законные интересы авторов научно-исследовательской продукции, что вряд ли сообразуется с провозглашаемыми высокими целями построения в России «общества основанного на знании и модернизации». По сути, предлагаемая новелла создает правовые условия для легализации противоправного бизнеса по торговле текстами защищенных авторефератов и диссертаций без учета прав и законных интересов их авторов.

В-четвертых, новым в рассматриваемой статье является пункт 3 (отметим, что в этой части нумерация в законопроекте нарушена), который закрепляет практику зарубежных стран, а так же политику нашей страны в отношении людей с ограниченными возможностями (при слепоте).

3. Предлагаемые в проекте новой редакции статьи 1275 правовые параметры режима свободного использования произведения библиотеками, архивами и образовательными организациями, к сожалению, не могут быть нами поддержаны. В предлагаемом виде такая статья, в случае ее принятия, войдет в противоречие с договорами ВОИС (WIPO). Соответственно, ее положения будут легко оспоримы любым лицом.

Однако даже в случае ее принятия в предлагаемой редакции, нам представляется, что предлагаемая правовая конструкция не будет работать.

Иностранные правообладатели (а значительная часть книг, выпускаемых в России, - переводные) вряд ли согласятся с тем, что без их разрешения их книги будут оцифровываться библиотеками. Не говоря уж о том, что в случае принятия этой статьи, многие аспекты вступления России во Всемирную торговую организацию будут торпедированы. Российская Федерация, как нам представляется, может столкнуться с существенным числом исков со стороны зарубежных правообладателей, причем эти иски будут, без всякого сомнения, удовлетворяться иностранными судами со всеми вытекающими отсюда международно-правовыми и политическими последствиями.

Соответственно, возможна ситуация, когда российские правообладатели (издатели) начнут в массовом порядке продавать (передавать) свои права иностранным юридическим лицам, чтобы те могли запрещать российским библиотекам оцифровывать соответствующие книги, либо защищать свои интересы в зарубежных судах.

Настоящее юридическое заключение подготовлено при участии доктора юридических наук А.А. Тедеева, кандидата юридических наук А.В. Антоновой, аспиранта А.Г. Дейнеко и утверждено на заседании Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» Национального исследовательского университета – Высшей школы экономики 07.02.2011.

М.А.ФЕДОТОВ,

Директор Научно-методического центра
«Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву
и другим правам интеллектуальной собственности»
Национального исследовательского университета -
Высшей школы экономики,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Российской Федерации,
лауреат Премии Правительства РФ
в области печатных СМИ

