АНАЛИЗ СОВРЕМЕННОГО ПРАВА

IP & Digital Law

ПРАВО ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ – 2021

Выпуск 17

Ежегодник-антология

Руководитель и научный редактор
доктор юридических наук
М.А. Рожкова

Москва • 2021

СТАТУТ

IP CLUB

УДК 34.01
ББК 67.021
П68

О руководителе и научном редакторе:

Марина Александровна Рожкова – главный научный сотрудник отдела гражданского законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, президент IP CLUB, доктор юридических наук (http://rozhkova.com).

Рецензенты:

С.А. Синицын – заместитель директора Института законодательтсва и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, ведущий научный сотрудник отдела гражданского законодательства и процесса Института, доктор юридических наук;

О.В. Гутников – и.о. заместителя заведующего отделом гражданского законодательства и процесса Института законодательтсва и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук;

А.А. Робинов – старший преподаватель кафедры международного права Московского государственного института международных отношений (университета) Министерства иностранных дел Российской Федерации, кандидат юридических наук.

П68 **Право цифровой экономики – 2021 (17)** : Ежегодник-антология / Рук. и науч. ред. д.ю.н. М. А. Рожкова. – Москва : Статут, 2021. – 476 с. – (Анализ современного права / IP & Digital Law).

ISBN 978-5-8354-1742-1 (в обл.)

Семнадцатый выпуск серии «Анализ современного права / IP & Digital Law» объединяет статьи, посвященные правовой регламентации цифровых прав, криптовалют, баз данных, онлайн-медиаплатформ, агрегаторов информации о товарах и услугах, деятельности в сети Даркнет. В ежегодник вошли работы, относящиеся к сфере защиты конкуренции в условиях внедрения цифровых технологий, правовых основ функционирования магазинов мобильных приложений, охраны «имиджевых» прав, принадлежности производных произведений в сфере видеоигр, киберспорта и интеллектуальной собственности, правовых аспектов ретракции. Также в сборнике рассматривается проблематика цифровых двойников и цифровых форм наследственного права.

Для судей, адвокатов, практикующих юристов, научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических факультетов, а также всех тех, кого интересуют проблемы развития российского права и вопросы применения действующего законодательства.

Приглашение к участию в готовящихся ежегодниках настоящей серии, а также информацию о них см. на *http://asp.rozhkova.com u http://books.ipclub.in/asp.html*.

УДК 34.01
ББК 67.021

ISBN 978-5-8354-1742-1

© Коллектив авторов, 2021
© Редподготовка, оформление. Издательство «Статут», 2021

MODERN LAW REVIEW

IP & Digital Law

THE LAW OF THE DIGITAL ECONOMY – 2021

Edition 17

Annual Anthology

Lead author and science editor
Dr. ***M.A. Rozhkova***

Moscow • 2021

СТАТУТ

IP CLUB

Lead Author and Science Editor:

Marina Alexandrovna Rozhkova – Chief Researcher at the Department of Civil Legisla-tion and Procedure of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, IP CLUB President, Holder of a Higher Doctorate in Law (http://rozhkova.com).

Reviewers:

S.A. Sinitsyn – Deputy Director of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Lead Researcher at the Department of Civil Legislation and Procedure of the Institute, Holder of a Higher Doctorate in Law

O.V. Gutnikov – Acting Deputy Head of the Department of Civil Legislation and Procedure at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Holder of a Higher Doctorate in Law

A.A. Robinov – Senior Lecturer at the International Law Department of Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, PhD in Law

The Law of the Digital Economy – 2021 (17) : Annual Anthology / lead author and science editor Dr. M. A. Rozhkova. – Moscow : Statut, 2021. – 476 p. – (Modern Law Review / IP & Digital Law).

ISBN 978-5-8354-1742-1

The seventeenth edition of the "Modern Law Review / IP & Digital Law" series comprises articles on the legal regulation of digital rights, cryptocurrencies, databases, online media platforms, aggregators of information on goods and services, and activities in the Darknet. This annual book contains papers covering the protection of competition in the dig-ital context, the legal framework of Mobile App Stores operation, "image" rights protection, eligibility to derivative works in video games, e-Sports and intellectual property, and legal aspects of retraction. The book also considers the problem of digital twins and digital forms of inheritance law.

For judges, lawyers, legal practitioners, academics, lecturers, postgraduates and law students as well as all others interested in the development of the Russian law and issues re-lated to the application of the current legislation.

See *http://asp.rozhkova.com and http://books.ipclub.in/asp.html* to find an invitation to participate in the forthcoming annual books of this series as well as information about them.

ISBN 978-5-8354-1742-1

© Group of Authors, 2021
© Editing and design. Statut Publishers, 2021

СОДЕРЖАНИЕ

Указатель сокращений.....9

Рожкова М.А.
Категории «цифровое право», «цифровые права» и «цифровая валюта» в российском праве (Москва, Россия) 10

Руйе Н.
Криптовалюты: современные реалии, философские принципы и правовые механизмы (Лозанна, Швейцария).....69

Ното Ла Диега Г.
Искусственный интеллект и базы данных в эпоху больших машинных данных (*перевод Д.А. Мотовиловой*) (Ньюкасл, Соединенное Королевство).....90

Глонина В.Н., Семенова А.А.
Правовой режим охраны нетворческих баз данных в России и за рубежом (Москва, Россия) 181

Козлова М.Ю., Кожемякин Д.В., Сергачева О.А.
Защита конкуренции в условиях внедрения цифровых технологий (Волгоград, Россия).....208

Мотовилова Д.А.
Онлайн-медиаплатформы: европейский опыт правового регулирования (Москва, Россия) 229

Сафаргалеев Л.И.
Агрегаторы информации о товарах и услугах: вопросы правового регулирования (*работа, заслужившая специальное поощрение в рамках конкурса IP&IT LAW – 2020*) (Екатеринбург, Россия).....259

Левашов А.И.
Правовые основы организации и функционирования магазинов мобильных приложений (*работа, заслужившая специальное поощрение в рамках конкурса IP&IT LAW – 2020*) (Санкт-Петербург, Россия) 292

Щукина А.С.
Охрана «имиджевых прав» в России и за рубежом (*статья победителя конкурса IP&IT LAW – 2020*) (Москва, Россия) 318

Грин Дж.Р.
Все ваше произведения принадлежать нам: новые границы для производных произведений в сфере видеоигр (*перевод О.В. Исаевой; перевод статьи подготовлен при поддержке компании Semenov & Pevzner*) (Нью-Йорк, США)..... 347

Писарев В.В.
Киберспорт и интеллектуальная собственность: противодействие читерству в e-Sports и e-Gaming посредством инструментария законодательства об интеллектуальной собственности (*статья победителя конкурса IP&IT LAW – 2020*) (Москва, Россия) 397

Гапанович А.В.
Является ли цифровой двойник самостоятельным объектом гражданских прав? (Тюмень, Россия)..... 412

Фаизова А.Г.
Проблема правового регулирования деятельности в анонимной сети Даркнет (Казань, Россия)..... 429

Печеный О.П.
Цифровые формы наследственного права: современные вызовы, соотношение с личностными аспектами (Харьков, Украина)..... 439

Богустов А.А.
Правовые аспекты ретракции (Гродно, Беларусь) 448

Коротко об авторах 462

Аннотации (на англ.)..... 471

TABLE OF CONTENTS

List of abbreviations and contractions 9

Marina Rozhkova
The Terms "Digital Law", "Digital Rights" and "Digital Currency" in Russian Law (Moscow, Russia).....10

Nicolas B. Rouiller
Cryptocurrencies: modern realities, philosophical principles and legal mechanisms (Lausanne, Switzerland).....69

Guido Noto La Diega
Artificial Intelligence and Databases in the Age of Big Machine Data (*translated by Daria Motovilova*) (Newcastle, United Kingdom).....90

Vera Glonina, Anastasiya Semenova
Legal protection of non-creative databases in Russia and in foreign states (Moscow, Russia).....181

Marina Kozlova, Dmitriy Kozhemyakin, Olga Sergacheva
Protecting competition and spreading digital technology (Volgograd, Russia) 208

Daria Motovilova
Online Media Platforms: EU Approach to Regulation (Moscow, Russia).....229

Linar Safargaleev
Aggregators of Goods and Services Information: Regulation Issues (*special award winner at IP&IT LAW – 2020 competition*) (Ekaterinburg, Russia).....259

Artem Levashov
The Legal Ground of Organization and Functioning of Mobile App Stores (*special award winenr at IP&IT LAW – 2020 competition*) (St. Petersburg, Russia).....292

Anastasiya Shchukina
Protection of "Image Rights" in Russia and Abroad
(*special award winner at IP&IT LAW – 2020 competition*)
(Moscow, Russia) 318

J. Remy Green
All Your Works are Belong to Us: New Frontiers for the Derivative
Work Right in Video Games (*translated by Olga Isaeva; translation
supported by Semenov & Pevzner*) (New York, USA) 347

Vladimir Pisarev
E-sports and Intellectual Proprty: Countering Cheating in e-Sports
and e-Gaming through Tools Intellectual Property Laws
(*winner of IP&IT LAW – 2020 competition*) (Moscow, Russia)..... 397

Anna Gapanovich
Digital Twin – the Individual Object of Civil Rights?
(Tyumen, Russia) 412

Alina Faizova
The Problem of Legal Regulation of Activities in the Anonymous
Darknet (Kazan, Russia) 429

Oleg Pecheniy
Digital Forms of Inheritance: Contemporary Challenges,
Relationship with Personal Aspects (Kharkiv, Ukraine)..... 439

Andrey Bogustov
Legal aspects of retraction (Grodno, Belarus)..... 448

Authors' profiles..... 462

Abstracts (Eng.)..... 471

УКАЗАТЕЛЬ СОКРАЩЕНИЙ

ВАС РФ	Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (в настоящее время упразднен)
ВС РФ	Верховный Суд Российской Федерации
ГГУ	Германское гражданское уложение
ГК	Гражданский кодекс
ГК РФ	Гражданский кодекс Российской Федерации
ГТУ	Германское торговое уложение
Закон об агрегаторах	Федеральный закон от 29.07.2018 № 250-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей»
Закон об информации	Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»
Закон о защите прав потребителей	Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-I «О защите прав потребителей»
Закон о персональных данных	Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»
ЕС	Европейский союз
ЕСПЧ	Европейский Суд по правам человека
КоАП РФ	Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях
КС РФ	Конституционный Суд Российской Федерации
Конвенция по правам человека	Конвенция о защите прав человека и основных свобод
ФАС	Федеральная антимонопольная служба
ФГК	Французский гражданский кодекс
GDPR	Регламент 2016/679 Европейского парламента и Совета ЕС от 27.04.2016 «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС» (Общий регламент о защите персональных данных

М.А. Рожкова

КАТЕГОРИИ «ЦИФРОВОЕ ПРАВО», «ЦИФРОВЫЕ ПРАВА» И «ЦИФРОВАЯ ВАЛЮТА» В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Аннотация. *В статье исследуется динамика развития российского законодательства, связанного с информационными технологиями. На основе анализа научных работ и действующего законодательства автор анализирует сущность понятий «цифровое право», «цифровые права» и «цифровая валюта».*

Ключевые слова: *цифровое право, цифровые права, цифровая валюта*

Настоящая статья развивает и дополняет ряд ранее опубликованных мной работ[1] (благо формат ежегодника-антологии этому не препятствует), чтобы наиболее полным образом раскрыть содержание сравнительно новых для российского права категорий «цифровое право», «цифровые права», «цифровая валюта».

1. Цифровое право (*Digital Law*)

Отрасли права и отрасли законодательства в российской правовой системе

Для российского права характерно **строгое отраслевое деление права и законодательства**, концепт которого был заложен в конце 1930-х в докладах А.Я. Вышинского, исходившего из необходимости построения «системы советского социалистического права на основе принципов Сталинской Конституции»[2], что стало основой систематики правовых

[1] Настоящая статья объединяет и дополняет ряд авторских статей: *Рожкова М.А.* Является ли цифровое право отраслью права и нужно ли ожидать появления Цифрового кодекса? // Хозяйство и право. 2020. № 4. С. 3–13; *Она же.* Цифровые права: публично-правовая концепция и понятие в российском гражданском праве // Хозяйство и право. 2020. № 10. С. 3–12; *Она же.* Различия между криптовалютой на базе публичного блокчейна, «криптовалютой» частного блокчейна и национальной криптовалютой, значимые для целей правового регулирования // Хозяйство и право. 2020. № 1. С. 3–13.

[2] *Вышинский А.Я.* Основные задачи науки советского социалистического права // Советское государство и право. 1938. № 1. С. 29, 30.

норм. Причем отраслевое строение права всегда выступало предметом серьезных научных дискуссий.

Так, М.А. Аржанов, предлагая классифицировать отрасли права в зависимости от предмета регулирования, подразделял их на общие и особенные правовые отрасли, относя к первым, в частности, государственное (конституционное), уголовное и гражданское право, а ко вторым – церковное и колхозное[1].

В 1947 г. была выдвинута идея существования **основных и комплексных отраслей права**. Выдвинувший ее В.К. Райхер подчеркивал, что комплексные отрасли права должны соответствовать следующим условиям: «Во-первых, необходимо, чтобы совокупность правовых норм была адекватна определенному и специфическому кругу общественных отношений, т.е. сначала имела бы в этом смысле единый и самостоятельный предмет регулирования, а, следовательно, и предметное единство. Во-вторых, регулируемый такой совокупностью норм специфический круг отношений должен обладать достаточно крупной общественной значимостью. В-третьих, образующийся такой совокупностью нормативно-правовой материал должен отличаться достаточно обширным объемом»[2].

Эта идея вызвала бурное обсуждение в научных кругах. В частности, Ю.К. Толстой, поддержавший идею В.К. Райхера, отмечал, что комплексные отрасли права в отличие от основных никакого места в системе права не занимают, а им отводится лишь условное место в зависимости от целей систематизации при систематике норм[3]. Причем Ю.К. Толстой, разграничивая основные и комплексные отрасли, подчеркивал, что основная отрасль обладает предметным единством, а комплексная – регулирует разнородные отношения; основные отрасли не включают нормы других отраслей права, тогда как комплексная отрасль как раз состоит из норм различных (основных) отраслей права;

---

[1] *Аржанов М.А.* О принципах построения системы советского социалистического права // Советское государство и право. 1939. № 3. С. 29. Примечательно, что при этом он подчеркивал следующее: «... следует указать на то, что границы между отдельными отраслями не могут быть абсолютными. Они относительны, условны и подвижны. В большей или меньшей степени это положение относится ко всем отраслям права. Одни и те же нормы могут одновременно иметь место в разных отраслях права. Особенно это следует отнести к таким отраслям права, как трудовое, колхозное, семейное, финансово-бюджетное и т.д.» (Там же. С. 34).

[2] *Райхер В.К.* Общественно-исторические типы страхования. М.; Л.: АН СССР, 1947. С. 189–190.

[3] *Толстой Ю.К.* О теоретических основах кодификации гражданского законодательства // Правоведение. 1957. № 1. С. 42–45.

каждой основной отрасли присущ свой специфический метод регулирования, а применительно к комплексной можно говорить об использовании методов регулирования разных отраслей права[1].

С.С. Алексеев изначально выступал против выделения комплексных отраслей права: «Если оставаться в пределах фактов реальной действительности, если, следовательно, не заниматься произвольным конструированием комплексных отраслей, то нельзя не признать, что все те совокупности норм, которые в литературе причислялись к комплексным отраслям (транспортное право, морское право, страховое право, банковское право и другие), на самом деле не являются подразделениями объективно существующей системы права. Все они относятся либо к отраслям законодательства, либо к отраслям правовой науки»[2]. Однако затем он изменил свою позицию, высказавшись за допустимость выделения и возможность сочетания основных (первичных) и комплексных (вторичных) отраслей права и согласившись с тем, что использование категории комплексной отрасли права «позволяет осветить механизм воздействия на систему права субъективного фактора, развития законодательства»[3].

Впоследствии дискуссия утратила свою остроту, и концептуальные вопросы разграничения основных и комплексных отраслей права долгое время почти не разрабатывалась, хотя комплексные отрасли периодически становились предметом исследований[4].

На сегодняшний день под **комплексной отраслью права** следует понимать *значительную по объему совокупность правовых норм, регу-*

---

[1] Там же. С. 45; *Он же.* Кодификация гражданского законодательства в СССР (1961–1965): автореф. дис. ... д.ю.н. Л., 1970. С. 12.

[2] *Алексеев С.С.* Общие теоретические проблемы системы советского права. М., 1961. С. 93–101.

[3] *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 142–148.

[4] Например, А.Ю. Коваленко высказана следующая позиция: «...комплексная отрасль права должна содержать в себе предметное ядро, т.е. такие общественные отношения, которые, хотя и регулируются нормами основных отраслей права, но однозначно нельзя сказать, что они принадлежат первичным отраслям, а обладают консолидирующим началом предметного свойства... Нормы, регулирующие эти правоотношения, принадлежат различным отраслям права и, наряду с этим, объединяются в новую правовую общность, которая не является механическим объединением разнопорядковых норм, а приобретает внутреннюю взаимность, системность и качество, начинает функционировать с позиции принципов, категорий и понятий новой отрасли права» (*Коваленко А.Ю.* Комплексные отрасли права на современном этапе развития системы российского права // Известия Иркутской государственной экономической академии. 2013. № 4).

лирующих определенный специфический круг отношений (отличающихся общественной значимостью), которая включает в свой состав нормы различных отраслей права, имея при этом единый предмет и метод регулирования. Исходя из такого понимания, к комплексным (специфическим) отраслям права относят, в частности, предпринимательское, морское, конкурентное право, тогда как конституционное, гражданское, административное, уголовное право сохраняют свое значение в качестве основных (главных, профилирующих) правовых отраслей.

В целях настоящей работы важно отметить общепризнанность градации на основные и комплексные не только **отраслей права**, но и **отраслей законодательства**. В отличие от первых вторые формируются *вне зависимости от используемого метода регулирования*, но с учетом *общего предмета регулирования*, объединяя в себе правовые нормы одной или нескольких отраслей права.

Отрасли права могут совпадать с отраслями законодательства, причем как с *основными, так и комплексными*. Это видно на примере гражданского, уголовного, трудового, антимонопольного законодательства и одноименных отраслей права.

Но **комплексные отрасли законодательства** могут формироваться и в ином порядке, например, на базе *определенных нормативных подразделений* (подотраслей, правовых институтов) основных отраслей права с добавлением близких по содержанию правовых норм из других отраслей права: в качестве примера может быть приведено банковское законодательство в системе норм финансового права. Еще один случай возникновения комплексной отрасли законодательства – *в связи с необходимостью взаимоувязанного регулирования в той или иной сфере*, как правило, в тех случаях, когда речь идет о *сфере государственной деятельности* (например, в сфере образования, здравоохранения или обороны).

Примечательно, что если изначально отраслевая дифференциация была призвана решить политико-правовые задачи, а также продемонстрировать самостоятельность и независимость советского социалистического права, то сегодня она приобрела несколько иное значение. На это обращает внимание С.А. Синицын, подчеркивая: «Особенностью современности является то, что отраслевое деление права и законодательства на отрасли в меньшей степени сохранило политическое значение, приобретя сугубо экономический смысл для разработчиков соответствующих предложений, притом что в зарубежном праве выделение отраслей никогда не имело систематизирующего значения,

а только вспомогательное[1]. Сохранение отраслевой дифференциации системы права и законодательства в условиях современности в меньшей степени отражает закономерности развития права, но ставит при этом трудноразрешимые и неудобные вопросы: о соотношении и самостоятельности уже провозглашенных отраслей права и законодательства с межотраслевыми институтами; о наборе признаков и качеств развития правовых институтов и норм, позволяющих сделать вывод о моменте возникновения отрасли права и законодательства, не говоря уже о промежуточных стадиях этого процесса»[2].

С учетом изложенного может быть дана оценка совокупности правовых норм, возникших в связи с развитием новейших технологий.

Интернет-право, киберправо, веб-право, компьютерное право

Появление **интернета**, являющегося ничем иным, как одной из *информационных технологий*, оказало и продолжает оказывать колоссальное воздействие буквально на все сферы отношений, традиционно подвергающиеся правовому регулированию. В связи с этим нельзя не вспомнить известное высказывание американского юриста Роберта Дж. Амброги, в начале 2000-х написавшего: «Интернет породил свою собственную сферу права. Интернет-право – это динамичная, гибкая и неизведанная область практики, где правила еще не определены окончательно. На самом деле это даже не отдельная область права, фактически это смесь теории и практики, взятых из различных сфер, – мешанина из частей, взятых из интеллектуальной собственности, гражданских свобод, деликтного, уголовного, имущественного, телекоммуникационного, международного торгового, коммерческого и коллизионного права»[3].

Это высказывание подтверждает тот факт, что в зарубежной юриспруденции **интернет-право** *изначально рассматривалось не как* **самостоятельная область** *права*, а как некая *совокупность разнонаправленных правовых норм и институтов, относящихся к различным отраслям*

[1] Подробнее об этом см.: *Синицын С.А.* К вопросу о возникновении новых отраслей в системе российского права (на примере спортивного права) // Законодательство. 2013. № 6. С. 78–87.

[2] *Синицын С.А.* Российское и зарубежное гражданское право в условиях роботизации и цифровизации. Опыт междисциплинарного и отраслевого исследования: монография. М., 2021. С. 26–27.

[3] *Ambrogi Robert J.* The Essential Guide to the Best (and Worst) Legal Sites on the Web. 2th edn. N.Y.: ALM Publishing, 2004. P. 139 (Chapter 12).

(областям) права и регулирующих отношения, которые так или иначе связаны с интернетом.

Такое понимание сохраняется и поныне. И сегодня зарубежные юристы отмечают, что в отличие от всех других отраслей права интернет-право не является конкретной, стабильной и надежной областью практики, а охватывает собой принципы и правила из ряда различных отраслей[1], включая, в частности, сферу гражданских свобод, договорное право, законодательство об интеллектуальной собственности, об информационной безопасности, о защите прав потребителей и прочее.

В связи с этим не вызывает удивления содержательная многоаспектность книг, посвященных проблематике интернет-права, – их содержание целиком зависит от предпочтений и интересов авторов. Например, работа "Internet Law and Regulation"[2] состоит из следующих глав: «Авторские права, патенты и конфиденциальная информация», «Товарные знаки и доменные имена», «Диффамация», «Ответственность и защита контента», «Принудительное исполнение и трансграничная ответственность», «Защита данных», «Регулирование связи и вещания», «Договоры между интернет-провайдерами, владельцами контента и другими», «Электронные договоры и сделки», «Платежные механизмы для интернет-торговли», «Запрещенные и регулируемые виды деятельности», «Налоги», «Конкурентное право и интернет». В свою очередь монография "Internet Law: Cases & Problems"[3], в которой внимание акцентируется скорее на публично-правовых аспектах отношений, связанных с интернетом, содержит главы: «Юрисдикция» (включая вопросы киберпространства, территориальности, правоприменения), «Риторика (речь)» (включая вопросы опасной риторики, порнографии, фильтрации контента), «Приватность» (включая вопросы свободы и безопасности в меняющемся мире, прослушивания телефонных разговоров, национальной безопасности, анонимности, конфиденциальности потребителей, международного регулирования защиты данных), «Доступ к компьютерам» (включая вопросы заключения контрактов и неправомерного использования компьютеров), «Товарные знаки и доменные имена», «Авторские права» (включая

[1] *DiGiacomo John*. Internet Law: Everything You Need To Know. June 7, 2019 (URL: https://revisionlegal.com/internet-law/internet-law-everything-you-need-to-know/ (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] *Smith Graham J.H.* Internet Law and Regulation (Special Report). 4th edn. London: Sweet & Maxwell, 2007.

[3] *Grimmelmann James*. Internet Law: Cases & Problems. 7th edn. 2017.

вопросы исключительных прав, лицензий, добросовестного использования, ответственности, управления цифровыми правами), «Патенты», «Частная власть» (включая вопросы антимонопольного законодательства, сетевого нейтралитета, телекоммуникаций), «Вне интернета» (включая вопросы виртуального имущества, дефектного программного обеспечения, 3D-печати).

Следует признать, что и российские правоведы, исследующие область интернет-права, как правило, не призывают считать его самостоятельной отраслью права, нередко характеризуя в качестве комплексного института права. При этом, в частности, И.М. Рассолов подчеркивает: «Данный институт регулирует специфические отношения, касающиеся правового положения субъектов, действующих в данной среде, и сопутствующие отношения, связанные с этим: право на доступ к информации в Сети, отношения по охране авторских и смежных прав в Интернете, отношения по электронному документообороту в Интернете, отношения, возникающие в сфере интернет-торговли, отношения, связанные с регистрацией доменных имен, отношения по обеспечению кибербезопасности и т.д.»[1]. В.В. Архипов также не предлагает рассматривать интернет-право в качестве самостоятельной отрасли права, признавая, что этот термин призван лишь обозначить «совокупность правовых норм, нацеленных на регулирование правовых отношений, возникающих в связи и по поводу сети Интернет»[2], хотя и ссылается при этом на «особенное» предметное единство у этой совокупности норм, которое, впрочем, им не раскрывается.

В развитие сказанного надо заметить, что в зарубежной литературе наряду с термином «интернет-право» употреблялись термины **«киберправо»** (*Cyber Law*), **«право киберпространства»** (*Cyberspace Law*), **«вебправо»** (*Web Law*), **«компьютерное право»** (*Computer Law*).

Но, как свидетельствует содержание монографий исследуемой тематики, разница между ними объясняется скорее научными предпочтениями или сферой интересов их авторов, нежели основывается на глубоких доктринальных разработках. Например, 1500-страничный труд "Computer Law: Drafting and Negotiating Forms and Agreements"[3] (первоначально выпущенный в свет в 1984 г. и неоднократно переизданный)

[1] *Рассолов И.М.* Право и Интернет. Теоретические проблемы. М., 2003. С. 23–24.

[2] *Архипов В.В.* Интернет-право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2016. С. 31.

[3] *Raysman Richard, Brown Peter*. Computer Law: Drafting and Negotiating Forms and Agreements. N.Y.: Law Journal Seminars-Press, 1984.

посвящен вопросам приобретения технических средств, лицензирования, техобслуживания программного обеспечения (далее – ПО), антимонопольного законодательства, защиты авторских и патентных прав, коммерческой тайны ПО, интернета и электронных коммуникаций, регистрации доменных имен, заключения контрактов на поставку компьютеров, аутсорсинга, публикации ПО, электронных платежей и другим. А в монографии "Cyber Law: The Law of the Internet"[1] разбираются связанные с интернетом аспекты авторских прав, товарных знаков, диффамации, приватности, уголовной ответственности, электронных контрактов и цифровой подписи, гражданских прав, налогового бремени, хищения информации, доказательств и прочие.

Таким образом, *интернет-право, киберправо, право киберпространства, компьютерное право etc. нет оснований рассматривать как самостоятельные отрасли права или законодательства – это некоторая совокупность разноплановых правовых норм и институтов, относящихся к различным отраслям (областям) права, объединение которых производится в каждом случае в соответствии с субъективными критериями и поставленными задачами*.

Правда, российские авторы иногда предпринимают попытки выделить обозначенные области в самостоятельную отрасль права. Например, А.Г. Дейнеко, признавая, что в праве киберпространства специфические правовые институты не сформировались, и отмечая, что характер взаимодействия пользователей имеет скорее морально-этическую, нежели правовую природу, в итоге все же делает вывод о наличии предпосылок для «формирования самостоятельной отрасли (подотрасли) права, регулирующей отношения в киберпространстве»[2]. В то же время в современных публикациях находят отражение и принципиально иные подходы к рассмотрению правовых проблем, связанных со сферой информационных технологий, в контексте существующей отраслевой дифференциации. Так, С.Ю. Гаркуша-Божко, настаивая на разграничении интернета и киберпространства («Киберпространство включает в себя глобальную сеть Интернет, но не ограничивается ею»[3]), анализирует возможность правового регулирования отношений в киберпространстве нормами международного гуманитарного права.

[1] *Rosenoer J.* Cyber Law: The Law of the Internet. Springer, 1997.

[2] *Дейнеко А.Г.* Право киберпространства: pro et contra // Право в сфере Интернета: сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. С. 253–254.

[3] *Гаркуша-Божко С.Ю.* Международное гуманитарное право в киберпространстве: Ratione materiae, ratione temporis и проблема квалификации кибератак // Цифро-

В условиях получившего наибольшее распространение понимания интернет-права (и иже с ним) как микса из разнообразных правовых норм и институтов в юридической среде, как водится, сформировались принципиально расходящиеся позиции по вопросу законодательного регулирования отношений, связанных с интернетом. То есть произошло разделение юристов на два лагеря – тех, кто считал, что существующее законодательство с небольшой корректировкой может распространяться и на отношения, возникающие в интернете, и тех, кто настаивал на том, что такие отношения являются принципиально иными, требующими разработки самостоятельных законов. Йован Курбалийя весьма выразительно обозначил первый подход как *«реальный»* («новое вино в старые мехи»), второй – как *«киберподход»* («новое вино в новые мехи»)[1], причем впоследствии в обновленной редакции своей книги «Управление интернетом» специально подчеркнул, что «реальный» подход находит больше сторонников, нежели «киберподход»[2].

На мой взгляд, для формирования принципиально разнящихся позиций здесь нет оснований. Интернет-право, киберправо и прочие основываются на миксе из, во-первых, *традиционных правовых институтов,* которые в целом не меняются под воздействием интернета, но нуждаются в некоторых дополнительных нормах или толковании применительно к интернету (таких как, например, заключение договора посредством e-mail, купля-продажа товаров посредством интернета и прочее), и, во-вторых, *новых правовых институтов и положений, появившихся и развившихся именно в связи с интернетом* (в частности, законодательство об информационной безопасности, телекоммуникациях и т.д.). Следовательно, в отношении традиционного законодательства успешным будет использование «реального» подхода, тогда как принципиально новые отношения, связанные с интернетом, бесспорно, требуют разработки нового законодательства в полном соответствии с «киберподходом».

Не менее значимым является следующее: в определенный момент стало очевидным, что влияние технологий на право не ограничивается исключительно интернетом – значимыми для права могут ока-

вое право. 2021. Т. 2. № 1. С. 64–82 (URL: https://www.digitallawjournal.org/jour/article/view/42?locale=ru_RU#tab1 (дата обращения: 30.03.2021)).

[1] *Курбалийя Й.* Управление Интернетом. 3-е изд. М., 2010. С. 22 (URL: https://cctld.ru/files/books/IG-Russian-3rd.pdf (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] *Курбалийя Й.* Управление Интернетом. 7-е изд. М., 2016. С. 33 (URL: https://cctld.ru/files/books/kurbaliya_7.pdf (дата обращения: 30.03.2021)).

заться *разнообразные информационные технологии*. При этом понятие **«информационные технологии»** в широком смысле употребляется для обозначения *вычислений*, под которыми в рассматриваемом контексте понимаются *не расчеты и подсчеты*, а «проектирование и создание аппаратных и программных систем для широкого спектра целей; обработка, структурирование и управление различного рода информацией; проведение научных исследований с использованием компьютеров; обеспечение интеллектуального поведения компьютерных систем; создание и использование средств связи и развлечений; поиск и сбор информации, относящейся к какой-либо конкретной цели, и т.д.»[1]. В узком же смысле термин «информационные технологии» («информационно-коммуникационные технологии») используют для обозначения *технологий, обеспечивающих доступ, хранение, поиск, передачу и манипулирование данными (информацией)* и необходимых для удовлетворения практических, повседневных потребностей бизнеса и пользователей.

В этих условиях получило развитие **«право информационных технологий»** (*Information Technology Law*, сокр. *IT Law*, *Technology Law*, *Tech Law*). Но опять-таки речь шла не о новой самостоятельной отрасли права, а о совокупности разноотраслевых правовых норм и институтов, регулирующих отношения, так или иначе связанные с применением различных информационных технологий, включая, разумеется, интернет[2]. Например, в книге "Information Technology Law"[3] во главу угла поставлен именно интернет и связанные с ним вопросы электронной торговли, защиты данных, национальной безопасности, диффамации, распространения вирусов, виртуальные игры, но много внимания уделяется положениям законодательства, регулирующего область информационных технологий, а также уголовного права, права интеллектуальной собственности, договорного права.

[1] Computing Curricula 2005 – The Overview Report. September 30, 2005. P. 9 (URL: https://web.archive.org/web/20141021153204/http://www.acm.org/education/curric_vols/CC2005-March06Final.pdf (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] Следует отметить, что в германской доктрине также обращается внимание на сложности разграничения компьютерного права, права вычислительной техники, права информационных технологий (см. об этом: *Синицын С.А.* Российское и зарубежное гражданское право в условиях роботизации и цифровизации. Опыт междисциплинарного и отраслевого исследования. С. 29). При том, что интернет-право в качестве самостоятельной отрасли не признается, хотя и рассматривается в качестве автономных направлений научной и практической деятельности (*Козлов С.В.* Правовое регулирование отношений в сети интернет, или что такое интернет-право (СПС «КонсультантПлюс»)).

[3] *Lloyd I.* Information Technology Law. 6th edn. Oxford University Press, 2011.

На фоне такого изобилия терминов, фактически обозначающих одну и ту же сущность, – интернет-право, киберправо, право киберпространства, компьютерное право, право информационных технологий – введение в правовой обиход еще и понятия «цифровое право» (*Digital Law*) может показаться излишним. Но его употреблению можно найти разумное обоснование.

Цифровое право в контексте отраслевой дифференциации

Современные информационные технологии по способу представления информации подразделяют на **аналоговые** и **цифровые**. Причем цифровые технологии не просто в силу ряда преимуществ более востребованы, чем аналоговые. Сегодня признается, что *именно цифровые технологии формируют экономику*[1], а к числу знаковых цифровых технологий отнесены, в частности: интернет вещей, искусственный интеллект, аналитика больших данных, технология распределенного реестра, включая блокчейн, виртуальная реальность, дополненная реальность, 5G, облачные вычисления.

Поскольку право является имманентной частью экономики, то закономерно заключить, что внедрение и использование цифровых технологий будет оказывать серьезное влияние на право, затрагивая при этом все правовые отрасли. В этих условиях представляется вполне допустимым обозначать быстрорастущую совокупность разноплановых правовых норм, регламентирующих отношения по поводу новейших технологий, термином «цифровое право» – термином, который, строго говоря, не является новым: одним из первых его использовал Питер Мартин в своей работе 1995 г.[2]

При этом надо подчеркнуть, что цифровое право призвано охватить весь спектр правовых норм и институтов, возникающих в связи с вхождением разнообразных цифровых технологий в жизнь человека, поэтому интернет-право, киберправо, IT-право и проч. теперь становятся лишь элементами цифрового права. Последнее представляет собой динамично расширяющееся правовое образование и на сегодняшний день обнимает возникающие применительно к цифровой среде вопросы в сфере интеллектуальной собственности, конкурентного права,

[1] *Левин В.О.* История информационных технологий. 2007. С. 11.

[2] *Martin Peter W.* Digital Law: Some Speculations on the Future of Legal Information in Technology. May 1995 (URL: http://www.law.cornell.edu/papers/fut95fnl.htm (дата обращения: 30.03.2021)).

защиты прав потребителей, предпринимательского права, цивилистического процесса, банковского права, уголовного права и процесса, международного права и т.д.[1]

Изложенное дает основания заключить, что **цифровое право** следует понимать как *совокупность правовых норм и институтов, регулирующих крайне многообразные* **отношения, так или иначе связанные с внедрением и использованием цифровых технологий**, *но эти нормы относятся к различным отраслям права и не объединены ни единым предметом, ни методом регулирования*[2].

Развивая это заключение, нужно подчеркнуть, что цифровые технологии сегодня находят применение практически во всех сферах жизни, оказывая серьезное влияние на возникающие общественные отношения, и право не может это игнорировать. Вследствие этого нормы цифрового права так или иначе «присутствуют» теперь практически **во всех отраслях права**: правовые отрасли (хоть и с разной степенью интенсивности) стабильно пополняются нормативным ма-

[1] Изучение содержания различных учебных курсов в сфере цифрового права позволяет составить абсолютно бессистемный список, который включает целые пласты подлежащих рассмотрению вопросов, включая, в частности, проблематику электронных платежей, электронных и мобильных денег, электронного банкинга, защиты прав потребителей на платежных рынках, искусственного интеллекта, аналитики больших данных, конкурентных отношений в условиях применения цифровых технологий, блокчейна, криптовалюты, смарт-контрактов, цифровой идентификации и аутентификации, конфиденциальности, пересечения законодательства о конкуренции и интеллектуальной собственности, поисковых систем, уберизации, цифровизации интеллектуальной собственности, электронных доказательств, цифровой торговли в контексте международной торговли, электронных услуг, интернет-платформ, цифровых товаров, управления контрактами, национальной безопасности, глобальных потоков данных, возникающих в цифровой среде договорных отношений, незаконного присвоения интеллектуальной собственности, защиты коммерческой тайны, авторских и смежных прав, а также прав на товарные знаки в интернет-среде, доменных имен и *ip*-адресов, патентных прав, лицензирования, переговоров и заключения договоров в электронной форме, киберспорта, программного обеспечения, азартных игр, геномов, телемедицины и данных о здоровье, баз данных и контента, распределения рисков, управления и обслуживания сети, диффамации, кибербуллинга, уголовной ответственности за киберпреступления, онлайн-сервисов, агрегаторов, онлайн-арбитража и онлайн-посредничества, налогов и прочих (см., например: https://law.unimelb.edu.au/study/masters/specialist-legal-areas/digital-law-and-technological-innovation (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] Причем внедрение и использование цифровых технологий требует не только правовой регламентации, но и технического и этического регулирования, что должно учитываться при разработке нормативно-правовых положений. Подробнее этот вопрос будет рассматриваться в готовящейся к печати книге «LegalTech, FinTech, RegTech etc.: правовые аспекты использования цифровых технологий в коммерческой деятельности» (под науч. ред. М.А. Рожковой).

териалом, регламентирующим отношения, связанные с внедрением и использованием новейших технологий. И в результате нет оснований говорить об автономном цифровом праве: можно, например, обращаться к *цивилистической составляющей цифрового права*, если возник вопрос о смарт-контракте; исследовать *уголовно-правовую составляющую цифрового права*, когда речь идет о кибербулинге; изучать *процессуально-правовую составляющую цифрового права*, при необходимости прибегнуть к онлайн-правосудию и т.д.

В этих условиях, исходя из сформировавшейся в доктрине позиции, согласно которой *отрасль права* представляет собой значительную по объему совокупность правовых норм, которые имеют предметное единство, регулируя определенную сферу отношений, и предусматривают единые методы регулирования, можно заключить, что **цифровое право не может признаваться самостоятельной отраслью права** *в силу отсутствия упомянутого единства предмета и метода регулирования.*

Изложенное позволяет поддержать позицию С.А. Синицина, критически оценившего учебник по цифровому праву: «Мало определенного говорится и в отношении общего понимания цифрового права: “субъекты права сами определяют границы цифрового права, вступая в виртуальные коммуникации”, “цифровое право строится в межотраслевом и междисциплинарном техническом и юридическом измерении, это более форма правового воздействия, а не только правового регулирования”, “цифровое право перемешивает нормы и институты различной отраслевой природы, в цифровом праве классическое право сведено к минимуму, фактически к признаками признания и эффективности (этичности)”, “цифровое право – правоповедение, образ действий в принципиально иной регуляторной среде”, “цифровое право формируется цифровыми трансакциями и выступает в этом смысле как социологическая реальности, чистое живое право”, “цифровое право готовит новое глобальное деление права: от частного и публичного к фундаментальному и прикладному”, “цифровое право постепенно втягивает в себя из аналогового права значительное его пространство... классическое право будет частью цифрового”[1]. В приведенных изящных характеристиках трудно выделить рациональное зерно, ясность и четкость, которые ожидаемы для научных изысканий и востребованы решением практических задач. Мы далеки от поддержи инициативы выделения цифроправа

[1] Цифровое право: учебник / под ред. В.В. Блажеева, М.А. Егоровой. М., 2020. С. 18–20.

и роботоправа в отдельную отрасль права и законодательства, не усматривается ровным счетом никаких оснований и для их выделения в особую группу наряду с правом частным и публичным по причине отсутствия ясных доводов и доказательств, которые не могут восполняться сюрреалистичными картинами будущего»[1].

Исключив возможность признания цифрового права самостоятельной отраслью **права**, необходимо оценить возможность рассматривать его в качестве самостоятельной отрасли **законодательства**.

Как уже указывалось, для признания отраслью законодательства необходимо, чтобы значительная по объему совокупность правовых норм (одной или нескольких отраслей права) не только регулировала специфический круг отношений, отличающийся общественной значимостью, но и имела *общий предмет регулирования*.

Общественная значимость правовых отношений, возникающих по поводу цифровых технологий, не взывает сомнений, но, учитывая крайнюю разнородность возникающих в связи с ними отношений, невозможно здесь усмотреть общий предмет регулирования. Данное обстоятельство, бесспорно, создает препятствия к признанию его комплексной отраслью права.

Вместе с тем стоит вспомнить ранее упоминавшийся случай допустимости признания существования комплексной отрасли законодательства в ситуации, когда имеется необходимость формирования взаимоувязанного регулирования в той или иной сфере публичного интереса. В этих условиях, рассматривая внедрение и использование цифровых технологий как *связующее предметное ядро создаваемых правовых норм*, можно признать цифровое право комплексной отраслью законодательства в контексте **установления государственной политики в этой сфере**, что будет способствовать разработке непротиворечивого нормативного регулирования отношений, связанных с внедрением и использованием цифровых технологий.

В этих целях представляется целесообразной разработка узлового законодательного акта, нацеленного на закрепление общих для всей предметной сферы правил. Некоторые из таких правил (например, прямой запрет на установление нормативными правовыми актами каких-либо преимуществ применения одних информационных технологий перед другими) сейчас содержатся в Федеральном законе от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных техно-

[1] *Синицын С.А.* Российское и зарубежное гражданское право в условиях роботизации и цифровизации. Опыт междисциплинарного и отраслевого исследования. С. 28.

логиях и о защите информации» (далее – Закон об информации), который рассматривается как «основной закон о регулировании Интернета... в качестве одного из форпостов государственной политики по построению цифрового (или информационного) суверенитета»[1].

К сожалению, несмотря на почти непрерывное наполнение Закона об информации новыми нормами, в целом он представляет собой концептуально не продуманный и слабо проработанный нормативный правовой акт, который воспроизводит неверные, а иногда устаревшие воззрения, содержит неясные и неправильные как с технической, так и с юридической точки зрения дефиниции понятий, а кроме того закрепляет положения, которые не соотнесены с другими законодательными нормами, юридическими понятиями и правовой доктриной. Является очевидным, что в условиях современных реалий Закон об информации нуждается уже даже и не в ревизии, а в замене его концептуально новым, тщательно проработанным нормативным правовым актом, отражающим государственную политику в части внедрения и использования разнообразных современных технологий.

И здесь нельзя не вспомнить, что для целей комплексного разрешения проблем (и взамен Закона об информации) еще в 2009 г. был предложен к разработке Инфокоммуникационный кодекс[2], а позднее стал обсуждаться концепт уже Цифрового кодекса[3]. В связи с этим возникает закономерный вопрос о необходимости и целесообразности принятия Цифрового кодекса.

Отвечая на этот вопрос, надо заметить, что в условиях существующей отраслевой дифференциации деятельность по кодификации нередко рассматривается как требующая осуществления *в строго обозначенной отрасли права*. В то же время современная российская правовая доктрина подтверждает допустимость не только **отраслевой**, но и **межотраслевой (комплексной) кодификации**. Примерами последней являются, в частности, Кодекс торгового мореплавания,

[1] *Савельев А.И.* Комментарий к Федеральному закону от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (постатейный). М.: Статут, 2015. С. 9.

[2] См., например: Инфокоммуникационный кодекс: необходимый акт или лишний документ (URL: https://pravo.ru/review/view/147324/ (дата обращения: 30.03.2021)); Кодекс как предчувствие (URL: https://www.rbc.ru/newspaper/2018/01/15/5a58ccd99a79475bf73470c1 (дата обращения: 30.03.2021)).

[3] См., например: Для России напишут «Цифровой кодекс». 13.03.2017 (URL: https://iz.ru/news/669972 (дата обращения: 30.03.2021)).

Воздушный кодекс, Устав железных дорог, Устав внутреннего водного транспорта и т.д.[1]

В отличие от отраслевых кодификаций межотраслевые (комплексные) кодификационные акты в отечественной доктрине не слишком разработаны и их характерные особенности мало изучены. Как правило, подобные кодификации создаются с учетом западных образцов и по своему духу гораздо ближе, в частности, к французскому методу кодификации в форме компиляций[2]. В связи с этим, в частности, Д.В. Чухвичев подчеркивает: «С середины 90-х годов XX в. приемы и способы французской методологии применяются регулярно уже при кодификации достаточно больших отраслей права: при создании Таможенного кодекса, Трудового кодекса (а трудовые отношения в условиях многоукладной экономики и рыночных отношений гораздо более сложны, чем в советские времена) и некоторых иных кодификационных актов. Это наглядно отражается в формулировании статей, структурировании кодексов и т.д.»[3].

Одной из отличительных особенностей французской методики кодификации является то, что кодексы создаются с таким расчетом, чтобы **исключить использование иных источников права для регулирования соответствующей сферы отношений** (ярким примером этого выступает французский Кодекс интеллектуальной собственности). Иными словами, такой кодификационный акт должен содержать разноотраслевое регулирование, полностью «закрывающее» потребность в юридическом нормировании всего комплекса отношений в соответствующей области. В связи с этим особенность французского законодательства

---

[1] Несмотря на появление значительного числа кодификационных актов комплексного характера (комплексных кодексов), ряд правоведов не считают правильным увеличивать число комплексных кодификаций, подчеркивая: «Общее число отраслей права... всегда меньше числа отраслей... которые служат предметом комплексных образований законодательства» (*Поленина С.В.* Система права и система законодательства в современных условиях // Правоведение. 1987. № 5. С. 35). Другие же отмечают, что расширение практики принятия комплексных кодексов является одним из возможных путей современного процесса кодификации (см., например: *Абрамова А.И.* Кодификация российского законодательства: современность и перспективы развития // Журнал российского права. 2016. № 12. С. 32).

[2] *Рожкова М.А.* § 1.1. Различия в понимании кодификации законодательства: сравнительно-правовой анализ // Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: монография / под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

[3] *Чухвичев Д.В.* Основные методики кодификации. Французская школа // Вестник Московского университета МВД России. 2008. № 8. С. 80.

состоит с том, что «системные комплексные акты законодательства, создаваемые во Франции и иных государствах, применяющих схожую законодательную технику, остаются доминирующими; иных законов (и вообще нормативных правовых актов), кроме кодификационных, сравнительно немного»[1].

При таких обстоятельствах сложно поддержать предложение о разработке Цифрового кодекса: с учетом изложенного выше явно не получится закрепить **все нормы цифрового права** в одном кодификационном акте, исключив использование иных источников права включая, например, Гражданский, Уголовный, Трудовой и прочие кодексы и иные законы. Механическое же объединение норм в едином акте лишит Цифровой кодекс цельности и системности – это будет просто свод некоторых положений, взаимосвязанность которых не во всех случаях будет очевидной, причем, по всей видимости, здесь будет иметь место дублирование норм, содержащихся в других нормативных правовых актах, что только создаст дополнительные правоприменительные проблемы. Поэтому, думается, идея принятия кодификационного акта в данном случае является излишней.

2. Цифровые права (*digital rights*)

Термин «цифровые права» не так давно вошел в правовой оборот, однако сегодня присутствует не только в публикациях, но и в российском законодательстве. Вместе с тем введение его в российское гражданское право представляется достаточно спорным в силу причин, изложенных далее в настоящем разделе.

Понятие цифровых прав в международном праве

В начале XXI в. термин «цифровые права» еще не имел широкого распространения – для обозначения этих прав обычно употреблялись выражения «*интернет-права*», «*права человека в интернете / в киберпространстве*», «*киберправа и киберсвободы*» (англ. *cyber-rights & cyber-liberties*). На это прямо указывает Н.В. Варламова: «...в англоязычной литературе пишут о цифровых правах (*digital rights*), интернет-правах (*Internet rights*), праве на коммуникацию (*right to communicate*)... Иногда эти термины используют как синонимы, иногда акцентируется

[1] *Чухвичев Д.В.* Основные методики кодификации. Французская школа // Вестник Московского университета МВД России. 2008. № 8. С. 79.

определенная специфика обозначаемых ими прав»[1]. Обращает на это внимание и М.Е. Черемисинова, отмечая «распространение идеи цифровых прав, именуемых также интернет-права, сетевые, коммуникационные права»[2].

Не углубляясь в проблематику соотношения категорий «цифровые права» и «интернет-права», но исходя из тех же позиций, что были озвучены в предыдущем разделе настоящей статьи, можно утверждать, что содержательно понятие «интернет-права» является более узким, нежели понятие «цифровые права». Вместе с тем нельзя игнорировать то, что возникновение этих прав обусловлено появлением новых информационных и коммуникационных технологий, главенствующей из которых является интернет. Причем, по мнению Якопо Кокколи, именно развитие права на доступ в интернет продемонстрировало возможность «технологии стать самим правом»[3].

Изначально под цифровыми правами было предложено понимать *права на получение доступа и возможности использовать телекоммуникационные сети (включая сеть интернет), электронные устройства (в том числе компьютеры), цифровые носители; права, позволяющие разным лицам создавать, получать, использовать и распространять информацию в цифровой форме* и т.д. Давая характеристику этим правам, Конрад Беккер в начале 2000-х определил их следующим образом: «Цифровые права человека – это расширение и применение универсальных прав человека к потребностям общества, основанного на информации... Базисные цифровые права человека включают право доступа к электронной сети, право свободно общаться и выражать мнения в сети, и право на неприкосновенность частной сферы... Свободное выражение мнений в сети не подлежит прямому или косвенному ограничению через цензуру, запрещающий контроль со стороны правительств или частных лиц путем проверок программного или аппаратного обеспечения, телекоммуникационных инфраструктур, или других составных частей электронных сетей. Право на частную неприкосновенность, анонимность и безопасность включает право на защиту от произвольного наблюдения материалов или общения

[1] *Варламова Н.В.* Цифровые права – новое поколение прав человека? // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 4. С. 12.

[2] *Черемисинова М.Е.* Правовой статус субъектов в сети Интернет: дис. ... к.ю.н. М., 2020. С. 95.

[3] *Coccoli Jacopo*. The Challenges of New Technologies in the Implementation of Human Rights: An Analysis of Some Critical Issues in the Digital Era // Peace Human Rights Governance. 2017. Vol. 1. Iss. 2. P. 243.

в сети, так же как и право использования таких технологий неприкосновенности, применяемых с целью обезопасить коммуникацию, как криптография. Усилия, ведущие к развитию коммуникационной инфраструктуры, позволяющей осуществлять наблюдение, собирать данные по отдельным пользователям, отслеживать происхождение данных или перехватывать сетевую коммуникацию в коммерческих интересах или в интересах слежки, – нарушают это право»[1].

Объявление о возникновении новых прав, появление которых было обусловлено использованием новейших технологий, вызвало серьезный интерес со стороны исследователей-правоведов, которые довольно активно занялись разработкой данной проблематики. Но надо признать: зародившаяся в конце XX в. концепция цифровых прав на сегодняшний день окончательно не сформировалась. И не секрет, что до настоящего времени в доктрине международного права не сложилось единого взгляда в отношении того, следует ли относить цифровые права к правам *первого поколения* (личные и политические права человека), *второго поколения* (социально-экономические и культурные права человека) или это – принципиально *новое поколение прав*.

Общепризнана *публично-правовая природа* цифровых прав, но понимание их довольно размыто, а содержание образующих их притязаний и характер обязательств государства (в разрезе позитивные/негативные) по обеспечению этих прав трактуются различными авторами по-разному. При этом в большинстве публикаций тщательному анализу подвергается так называемое базовое цифровое право – *право на доступ к интернету*, довольно часто комментируются различные аспекты *права на забвение*, а в последнее время в публикациях все чаще упоминается *право на защиту персональных данных*, тогда как остальные права, относимые к числу цифровых, не вызывают серьезного исследовательского интереса.

Право на доступ к интернету (англ. *Internet access right*) рассматривают в двух аспектах – *техническом* (в этом смысле для реализации этих прав должна наличествовать прежде всего соответствующая техническая инфраструктура) и *политико-идеологическом* (в этом ключе для реализации прав необходимо обеспечение свободного доступа к содержащемуся в сети контенту). Такое понимание позволяет связывать право на доступ к интернету напрямую с правами первого поколения – **свободой выражения мнения и правом на информацию**, причем, как подчеркивает

[1] *Беккер Конрад.* Словарь тактической реальности. Культурная интеллигенция и социальный контроль / пер. О. Киреева. Вена: Selene, 2002.

Н.В. Варламова, право на доступ к интернету «*может рассматриваться как средство их реализации*»[1]. Важно заметить следующее: считается, что право на доступ к интернету получило международное признание в качестве базового в Докладе специального докладчика по вопросу о поощрении и защите права на свободу мнений и их свободное выражение от 16.05.2011 (A/HRC/17/27), представленного Совету по правам человека ООН в соответствии с Резолюцией 7/36 от 28.03.2008[2]. Однако один из «отцов-основателей» интернета Винтон Серф еще в 2012 г. выступил против такой трактовки Доклада, назвав мифом отнесение ООН права на доступ к сети к базовым правам человека[3] и подчеркнув, что сеть стала важнейшей частью общества, но отнесение доступа к ней к числу фундаментальных прав человека спорно[4]. О том, что право на доступ к Интернету не несет за собой самостоятельной юридической ценности, а представляет лишь средство реализации естественных прав человека, говорится и в других публикациях[5].

Институциональное формирование не так давно получившего воплощение в российском законодательстве[6] **права на забвение** (англ. *right to be forgotten, right to erasure*) большинство юристов связывает с решением Суда Европейского союза от 13.05.2014 по делу № C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja Gonsales*[7]. Под этим правом понимается юридическая возможность требовать удаления ссылок в поисковых системах на устаревшие, неуместные, неполные, неточные сведения о человеке, если они могут причинить ему вред. Для целей настоящей статьи примечательны указания на то, что генетически это право вос-

---

[1] *Варламова Н.В.* Указ. соч. Т. 14. № 4. С. 23.

[2] См. об этом, например: Там же. С. 24; *Хуснутдинов А.* Право на доступ в Интернет – новое право человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 4. С. 109–123.

[3] https://finance-times.ru/justice/121/12221.html (дата обращения: 30.03.2021).

[4] *Cerf Vinton G.* Emergent Properties, Human Rights, and the Internet // IEEE Internet Computing. 2012. Vol. 16 (2). P. 87–88.

[5] См., в частности: *Tomalty J.* Is There a Human Right to Internet Access? // Philosophy Now. 2017. Vol. 118. P. 6–8 (привод. по: *Варламова Н.В.* Указ. соч. Т. 14. № 4. С. 34).

[6] Федеральный закон от 13.07.2015 № 264-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об информации, информационных технологиях и о защите информации” и ст. 29 и 402 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации».

[7] См. об этом: *Михайлов С.В.* Что такое право на забвение? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2017. № 17 (сентябрь). С. 19–25 (URL: http://ipcmagazine.ru/legal-issues/what-is-the-right-to-oblivion (дата обращения: 30.03.2021)).

ходит к праву первого поколения – **праву на уважение частной жизни**[1]. А Н.В. Варламова, трактуя его как «право требовать сделать доступ к информации, размещенной в Интернете, технически более сложным, а отсюда и соответствующую информацию менее публичной»[2], рассматривает право на забвение в том же ключе, что и право на защиту персональных данных.

Вместе с тем упоминаемое во многих публикациях в качестве самостоятельного **право на защиту персональных данных** (англ. *right to protection of personal data*) не обладает никакой юридической спецификой и на самом деле представляет собой лишь один из аспектов общепризнанного **права на уважение частной жизни**. В обоснование этого надо указать, что в европейском правопорядке личные данные (*personal data*) граждан изначально рассматривались в контексте неотъемлемого права на уважение частной и семейной жизни. Использование же новейших технологий, включая Интернет, существенно усилило угрозу разглашения и распространения такой информации, тем самым создавая предпосылки для нарушений фундаментальных прав, что и стало основанием для формирования специального законодательства в этой сфере[3].

Изложенное позволяет признать, что наряду с позицией, согласно которой цифровые права представляют собой новые права человека, высказывается и мнение о том, что цифровые права *не самостоятельные права, а скорее условия или средства реализации традиционных прав человека*.

Нельзя не видеть, что в условиях применения новейших информационных и коммуникационных технологий более всего риску нарушений подвергаются *права на неприкосновенность частной жизни и свободу выражения мнения*[4]. И нарушения обозначенных прав, обусловленные

[1] Об этом упоминает, например: *Егоркин С.* Право на забвение? // Закон.ру. 12.06.2015 (URL: https://zakon.ru/blog/2015/6/12/pravo_na_zabvenie (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] *Варламова Н.В.* Указ. соч. Т. 14. № 5. С. 159.

[3] Как пишет Л. Детерманн, первым стал принятый в 1970 г. федеральной землей Гессен (Германия) закон о защите данных, разработка которого как раз и была вызвана обеспокоенностью по поводу влияния автоматизированной обработки данных на права и свободы человека (см.: *Детерманн Л.* Путеводитель в правовом регулировании персональных данных Лотара Детерманна. Международный корпоративный комплаенс. М.: Инфотропик, 2018. С. 8).

[4] Названные фундаментальные права гарантированы целым рядом международных и региональных договоров о правах человека, включая Всеобщую декларацию прав человека (ст. 12, 19), Международный пакт о гражданских и политических правах

использованием новых технологий, стали одним из приоритетных направлений практики ЕСПЧ: как подчеркивает А.И. Ковлер, в орбиту внимания ЕСПЧ попадает «использование электронных средств, включая *GPS*, для слежки, отслеживание электронной переписки, вторжение в работу интернет-сайтов, в мобильную телефонную связь, массовое внедрение видеокамер (вплоть до общественных туалетов), бессрочное хранение в электронных банках данных отпечатков пальцев, образцов клеток и профилей ДНК»[1]. При этом сказанное вовсе не исключает возможности выявления цифровых прав применительно и к другим сферам.

Например, в Хартии прав человека в интернете[2] (в редакции 2006 г.) упоминаются:

1) *право на доступ к интернету*, выводимое из ст. 26 Всеобщей декларации прав человека, гарантирующей право на образование. Оно включает в себя: право на доступ к инфраструктуре; право на навыки; право на интерфейсы, контент и приложения, доступные для всех; право на равный доступ для мужчин и женщин; право на доступ на рабочем месте; право на публичный доступ и т.д.;

(ст. 17, 19), Конвенцию о защите правы человека и основных свобод (ст. 8, 10) и других. Кроме того, они находят закрепление и в конституциях большинства стран. Вместе с тем международные соглашения и национальные конституции содержат общие собирательные нормы-постулаты, которые конкретизируются в национальном законодательстве государств, обеспечивая соблюдение фундаментальных прав человека и исключая возможность произвольного ограничения этих прав. Поэтому при разработке национального правового регулирования должны учитываться различные аспекты реализации права на неприкосновенность частной жизни и свободы выражения мнения в условиях существования новейших технологий. Вследствие этого, например, в заявлении для Европейского парламента правозащитной организации *Cyber-Rights & Cyber-Liberties* (Statement for the European Parliament, Temporary Committee on the ECHELON interception system, meeting of Thursday. Brussels, March, 22, 2001 (URL: https://www.cyber-rights.org/reports/echelon_ya.htm (дата обращения: 30.03.2021))) отмечалось, что положения поименованных выше международных соглашений должны быть учтены при регулировании вопросов о конфиденциальности электронной переписки и личных данных (мониторинг и перехват электронных сообщений характеризовались в заявлении как вмешательство в частную жизнь и переписку), о доступе правительства к ключам шифрования (поскольку именно шифрование, «которое практически неизвестно за пределами технологического сообщества, является ключом к конфиденциальности и свободе в век информации» (Digital freedom: the case for civil liberties on the Net. BBC News. 1999-03-04 (URL: http://news.bbc.co.uk/2/hi/special_report/1998/encryption/58154.stm (дата обращения: 30.03.2021))).

[1] *Ковлер А.И.* Права человека в цифровую эпоху // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2019. № 6 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] https://www.apc.org/en/node/5677/ (дата обращения: 30.03.2021).

2) *право на свободу выражения мнений и ассоциаций*, которое выводилось из ст. 18–20 Всеобщей декларации прав человека, гарантирующих свободу мысли, совести и религии, свободу убеждений и их свободное выражение, а также свободу мирных собраний и ассоциаций. Оно включает в себя: право на свободу выражения мнений; право на свободу от цензуры; право на участие в онлайн-протестах;

3) *право на доступ к знаниям*, которое вытекает из ст. 27 Всеобщей декларации прав человека, гарантирующей право на участие в культурной жизни общества и в научном прогрессе и пользование благами последнего, на наслаждение искусством. Оно включает в себя: право на свободу информации; право на доступ к информации, финансируемой государством;

4) *право на бесплатное и открытое программное обеспечение и технологии*, следующее из той же ст. 27 Всеобщей декларации прав человека. Оно включает в себя: право делиться знаниями; право на бесплатное программное обеспечение с открытым исходным кодом; право на открытые технологические стандарты; право на получение выгоды от конвергенции и мультимедийного контента;

5) *право на конфиденциальность, свободу от наблюдения и шифрование*, которое выводится из ст. 12 Всеобщей декларации прав человека, гарантирующей право на неприкосновенность частной жизни. Оно включает в себя: *право на защиту данных; право на свободу от слежки; право на использование шифрования*;

6) *право на управление интернетом*, включающее в себя: право на многосторонний демократический надзор за управлением интернетом; право на децентрализованный, совместный и интероперабельный Интернет; право на открытую архитектуру интернета; право на прозрачность и доступность решений, связанных с управлением и развитием интернета; право на сетевой нейтралитет и т.д.;

7) *право на осведомленность, защиту и реализацию прав в интернете*. Здесь, правда, необходимы некоторые комментарии. Во-первых, право на реализацию и защиту, строго говоря, не может рассматриваться как отдельное, *самостоятельное* право – это обязательная *составляющая* всякого субъективного права, которая обеспечивает само это право возможностью применения лицом разных способов осуществления этого права и различных мер по его защите. Во-вторых, реализация и защита в интернете предполагаются не только для прав публично-правового происхождения, но и для прав, возникающих в отношениях между частными лицами. Вследствие этого правомочие реализации

и защиты прав в интернете никак не получается отнести к числу самостоятельных цифровых прав.

Впрочем, приведенный перечень вовсе не является окончательным. Напротив, единственный общепризнанный на сегодня критерий – связь цифровых прав с новейшими технологиями и цифровой средой, которая «включает в себя информационные и коммуникационные технологии, в том числе Интернет, мобильные и связанные с ними технологии и устройства, а также цифровые сети, банки данных, контент и услуги»[1] – позволяет обнаруживать и другие «новейшие» цифровые права, нуждающиеся в охране.

Так, правозащитная группа *European Digital Rights* (*EDRi*)[2], деятельность которой, собственно, и направлена на продвижение, защиту и поддержку фундаментальных прав и свобод в цифровой среде, нацелена охватить и сферу *интеллектуальной собственности*. В качестве обоснования этого указывается на то, что авторское и патентное право нуждается в реформировании, поскольку в существующем виде оно не обеспечивает надлежащей реализации **права на доступ к культурной жизни** и **права на образование**. Вследствие этого в Хартии цифровых прав[3] (2014) акцентировано внимание на необходимости приумножать исключения из авторского права (в дополнение к существующим, как, например, доступ к произведениям в публичных библиотеках, создание доступных форматов произведений для людей с ограниченными возможностями, использование произведений в школе), широко использовать возможности открытого доступа (например, онлайн-журналы с открытым доступом, научные журналы, не имеющие технических, финансовых или юридических барьеров) и т.д.

Обозначенный подход по своей сути есть антитеза позиции ЕСПЧ, который рассматривает *интеллектуальную собственность* в ином ключе – как разновидность имущества, право на которое гарантирует Протокол № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. И в тех случаях, когда в сети интернет происходит нарушение интеллектуальных прав (при условии ненадлежащего исполнения государством своего «позитивного обязательства», например, по надлежащему регулированию соответствующей сферы), по мнению ЕСПЧ,

[1] Рекомендация Комитета министров Совета Европы государствам-членам № CM/Rec (2018)7 «О соблюдении, защите и осуществлении прав детей в цифровой среде» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2018. № 12. С. 117.

[2] https://edri.org/ (дата обращения: 30.03.2021).

[3] https://edri.org/wp-content/uploads/2014/06/WePromiseCharter_booklet_web.pdf (дата обращения: 30.03.2021).

нарушается такое фундаментальное право, как **право на имущество**[1]. Эта позиция нашла отражение в нескольких постановлениях ЕСПЧ, а также в исследовательском отчете «Интернет: прецедентная практика Европейского Суда по правам человека»[2] (2011), в котором защите интеллектуальной собственности посвящен целый раздел[3], и недавнем обзоре практики по делам, связанным с применением новых технологий (2019)[4].

В развитие сказанного надо отметить, что реальные и потенциальные угрозы фундаментальным правам человека со стороны новейших технологий становятся катализатором расширения круга исследуемых прав. Так, в публикациях встречаются указания на угрозы правам человека при неконтролируемом использовании биотехнологий.

Резюмируя, надо признать, что формирование общего понимания цифровых прав, как и вообще обоснование потребности в их специальном выделении, идет трудно, а в публикациях отмечается, что, несмотря на поддержку развития таких прав на международном уровне

[1] В наименовании и тексте ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции в переводе ее на русский язык было использовано слово «собственность», поэтому отечественные юристы делают вывод о том, что под действие данной статьи подпадает только право собственности. При этом обычно без внимания остается то обстоятельство, что ЕСПЧ разработана собственная новаторская концепция категории «possessions» (упоминаемая в аутентичном тексте ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции на английском языке), о чем Суд неустанно напоминает в постановлениях по делам, где рассматриваются вопросы прав на имущество. См. об этом: *Рожкова М.А.* Понятие «имущество» в правоположениях Европейского Суда по правам человека // Объекты гражданского оборота: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2007. С. 95–112 (СПС «КонсультантПлюс»); *Она же*. § 2.2. Проблемы определения круга объектов интеллектуальной собственности // Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: монография / под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2018.

[2] https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf (дата обращения: 30.03.2021). На сайте ЕСПЧ размещен перевод данного отчета на русский язык (URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_Internet_RUS.pdf (дата обращения: 30.03.2021)).

[3] Критические замечания к разделу об интеллектуальной собственности отражены в работе: *Рожкова М.А.* Об интерпретации правовых позиций Европейского Суда по правам человека, вытекающих из толкования Европейской конвенции по правам человека (на примере исследовательского отчета «Интернет: прецедентная практика Европейского Суда по правам человека») // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека = Russian Yearbook on the European Convention on Human Rights. № 2 (2016): «Автономное толкование» Конвенции и «судейский активизм». М.: Статут, 2016. С. 264–281).

[4] https://www.echr.coe.int/documents/fs_new_technologies_eng.pdf (дата обращения: 30.03.2021).

«единого признанного акта пока не принято, все резолюции носят рекомендательный характер»[1]. На сегодняшний день сложно однозначно утверждать, являются ли цифровые права *новым поколением или подвидом прав человека, осуществляемых в цифровой среде*, либо они представляют собой лишь *аспект всяких фундаментальных прав*, либо их надо рассматривать только как *средство реализации и защиты традиционных прав человека в цифровой среде* (заслуживающее, впрочем, самого пристального внимания). Однако это вовсе не умаляет значимость исследований цифровых прав, разработка которых в контексте международного права будет способствовать созданию адекватного и эффективного национального правового регулирования отношений, возникающих по поводу цифровых технологий.

В завершение нельзя обойти вниманием тот момент, что и в зарубежных, и в отечественных публикациях, связанных с исследованиями в рассматриваемой области, цифровые права иногда именуются *гражданскими*. Это не означает, что цифровые права связаны напрямую с принадлежностью к гражданству государства, – как известно, неотчуждаемые права человека присущи людям от рождения права независимо от того, являются они гражданами государства, на территории которого находятся, или нет. Равным образом это не дает повода относить цифровые права к числу субъективных гражданских прав, возникновение которых обусловлено наступлением обстоятельств, с которыми нормы гражданского права связывают соответствующие юридические последствия. Обозначение цифровых прав как гражданских связано с тем, что в международном праве под гражданскими (личными) правами принято понимать права, принадлежащие человеку как биосоциальному существу, в круг которых входят, в частности, свобода мысли и слова, право на неприкосновенность частной жизни, право на тайну переписки, право на личную и семейную тайну и прочие.

Цифровые права в российском гражданском праве

Изложенное выше позволяет говорить о том, что недавно вошедшее в отечественную цивилистику новое понятие «цифровые права» не имеет никакого отношения к формирующейся в международном праве концепции цифровых прав. Понятие цифровых прав, опреде-

[1] *Никитина Е.Е.* Система прав и свобод человека в условиях технологической революции // Журнал российского права. 2020. № 8 (СПС «КонсультантПлюс»).

ление которого дано в ст. 141.1 ГК РФ, надо рассматривать как специальное отраслевое понятие, оторванное от упомянутой концепции[1].

Необходимость введения в российское гражданское право понятия «цифровые права» объяснялась стремлением найти «более соответствующий отечественным правовым традициям» термин вместо получившего широкое распространение в зарубежных юрисдикциях понятия «**токен**». И в пояснительной записке к законопроекту, которым в ГК РФ вводились цифровые права[2] (далее – Закон о ЦП), специально подчеркивалось: «Проект вводит в гражданское законодательство **базовое понятие "цифровое право"** (вместо термина "токен", который изначально обозначает устройство для идентификации, а сейчас стал использоваться в IT-лексиконе для обозначения шифров, владение которыми дает в сети определенные возможности, предлагается отвечающее традициям российского права понятие "цифровое право")... Сущность "цифрового права" как новой юридической фикции близка к сущности ценной бумаги, поэтому под таким правом предлагается понимать совокупность электронных данных (цифровой код, обозначение), которая удостоверяет права на объекты гражданских прав (пункт 1 новой статьи 141.1 ГК). Разумеется, цифровое право может удостоверить лишь права на вещи, иное имущество, результаты работ, оказание услуг, исключительные права»[3].

Понятие токена. В действительности термин «токен» используется во многих смыслах. Так, в публикациях часто упоминается, что в прошлом токен (англ. *token* – знак, символ; опознавательный знак; жетон) – это *металлический жетон*, который имел хождение в качестве денег при нехватке мелких монет, что допускалось государствами,

[1] Хотя нельзя не согласиться с Л.В. Санниковой, отметившей, что в условиях когда «законодатели и регуляторы ведущих стран стремятся не вводить принципиально новые понятия и категории, а максимально гармонизировать понятийный аппарат», подобный подход российского законодателя к созданию новой терминологии, влекущий смешение различных по своей сути понятий, не способствует «гармонизации российского законодательства в области цифровой экономики, что, несомненно, может негативно отразиться и на инвестиционной привлекательности российского рынка цифровых активов» (*Санникова Л.В.* Цифровые эксперименты российского законодателя // Имущественные отношения в РФ. 2019. № 12 (219). С. 81, 83).

[2] Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

[3] Проект федерального закона № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/424632-7 (дата обращения: 30.03.2021)).

несмотря на частное «происхождение» таких квазиденег[1]. В контексте информационной безопасности термином «токен» (англ. *security token* – токен безопасности) обозначается *специальное устройство для аутентификации пользователя* – обычно на них записываются сертификаты электронной подписи (электронный ключ, *USB*-ключ, аппаратный токен и т.д.). В системе железнодорожной сигнализации понятие «токен» применяется для обозначения объекта, необходимого машинисту поезда для проезда на определенном участке однополосной железной дороги (для исключения столкновения встречных поездов в случае непредвиденной ошибки). В сфере игр слово «токен» синонимично *жетону казино* (англ. *casino token*) или *игровой фишке* (англ. *game piece*). В информатике это слово употребляется для обозначения *идентификатора сеанса обменов связанными сообщениями* (англ. *session token, session identifier, session ID*). Это перечисление можно было бы продолжить, однако и так очевидно многообразие значений, в которых используется обозначенное понятие.

В целях настоящей работы будет исследоваться другая ипостась термина «токен» – в контексте использования **технологии распределенного реестра** (англ. *Distributed Ledger Technology*, далее – *DLT*), в связи с чем необходимо прояснить суть названной технологии.

DLT, строго говоря, не является новой технологией – отдельные ее элементы были разработаны в 80–90-х прошлого века, а идея верификации данных блока посредством бинарного дерева хешей – еще в 1979 г.[2] Но *DLT* активно развивается, и сегодня говорят о существовании различных ее разновидностей, одной из которых является всем известный блокчейн (о нем будет говориться в следующей части работы).

В самом простом виде под распределенным реестром понимается электронная база данных, которая хранится не централизованно, а на разных компьютерах, соединенных между собой компьютерной сетью, и обновляется каждым участником сети – *узлом* (англ. *node*). Между-

[1] «Первые Т. (токены. – *Прим. М.Р.*) чеканили английские купцы-промышленники в большом кол-ве в Англии и в колониях в 17 в. в меди или латуни, в 18 в. обычно в меди (очень редко в серебре или золоте). Это была вынужденная мера, т.к. английское правительство очень мало или почти совсем не чеканило мелких монет из-за больших по сравн. с номинальной стоимостью расходов на их изготовление» (Словарь нумизмата / Х. Фенглер, Г. Гироу, В. Унгер; пер. с нем. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Радио и связь, 1993 (URL: http://www.numizm.ru/html/t/token.html (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] *Попов Н.А.* Технология распределенного реестра (блокчейн): исторический аспект // Интеллект. Инновации. Инвестиции. 2019. № 2. С. 66 (URL: http://intellekt-izdanie.osu.ru/arch/n2-2019-65.pdf (дата обращения: 30.03.2021)).

народной организацией по стандартизации в словаре «Блокчейн и технологии распределенного реестра»[1] дано достаточно ясное и полное определение: «Распределенный реестр – реестр (записей), который является общим для набора узлов *DLT* и синхронизируется между этими узлами посредством механизма консенсуса. *Распределенный реестр предназначен для обеспечения защиты от несанкционированного доступа, допуская только добавление и неизменность записей (в реестре); содержит только проверенные и подтвержденные транзакции*» (3.2.2). Всякая *DLT* основана на управлении и использовании именно распределенного реестра (3.2.3).

Обозначенные характеристики сделали *DLT* чрезвычайно популярной – эта технология находит широкое применение в сфере платежей, расчетов, исполнения контрактов (смарт-контрактов) и прочих. И все больше компаний используют распределенный реестр при создании разнообразных онлайн-платформ, сервисов и приложений.

В то же время не секрет, что компании-стартапы, предлагающие бизнес-идеи принципиально нового продукта или технологии, серьезно ограничены в возможности получения инвестиций для внедрения своего проекта на рынке платформ, приложений и сервисов. Это, как правило, связывается с отсутствием у них кредитной истории, финансовой отчетности и иных данных, позволяющих оценить их надежность и добросовестность. В этих условиях получил широкое распространение такой способ привлечения инвестиций как **краудфандинг** (от англ. *crowd* – толпа, *funding* – финансирование), предполагающий добровольное инвестирование проекта большим количеством лиц. А затем и ***ICO*** (англ. *Initial Coin Offering* – первичное размещение монет), которое понимается как специфическая разновидность краудфандинга, поскольку подразумевает под собой инвестирование путем *приобретения инвесторами токенов стартап-проекта, использующего DLT*.

Примечательно, что в рамках *ICO* предлагаются к продаже **токены**, тогда как в наименовании этого способа привлечения инвестиций упоминаются **монеты** (англ. *coin*). По всей видимости, это связано с отмеченной выше многозначностью слова «токен» и стремлением обратить внимание на имущественную ценность, «денежность» предлагаемых к продаже токенов. Вместе с тем следует согласиться с позицией М. Юрасова, который писал о том, что «процедуру размещения

[1] ISO 22739:2020(en) Blockchain and distributed ledger technologies – Vocabulary (URL: https://www.iso.org/obp/ui/ru/#iso:std:iso:22739:ed-1:v1:en:e (дата обращения: 30.03.2021)).

(эмиссии) токенов корректнее было бы именовать *ITO* (англ. *Initial Token Offering* – первичное размещение токенов)»[1], а не *ICO*.

Очевидно, что по своему звучанию *ICO* весьма схоже с *IPO* (англ. *Initial Public Offering* – первичное публичное размещение). Первое от второго существенно отличается: *ICO* представляет собой процедуру публичного размещения (продажи) токенов с целью привлечения инвестиций для развития *IT*-проекта, тогда как *IPO* – первая публичная продажа неограниченному кругу лиц акций акционерного общества. Вместе с тем объединяющее их предназначение – *привлечение инвестиций для развития* – позволяет говорить о существовании общих черт. В целях настоящей работы хотелось бы обратить внимание на их схожесть в разграничении *первичного размещения* (акций / токенов) и *последующего оборота* (акций / токенов): первое представляет собой специальную процедуру, тогда как второе подразумевает совершение сделок с этими объектами – является очевидным, что они должны осуществляться по разным правилам. С учетом этого хотелось бы подчеркнуть, что **в рамках *ICO* токен должен рассматриваться исключительно как средство инвестирования, а последующий оборот токенов требует разработки самостоятельных правил**: при регламентации именно оборота токенов национальный законодатель сталкивается с массой дополнительных вопросов, в том числе в контексте понимания токенов в качестве криптовалюты (о чем будет говориться в следующей части настоящей работы).

Итак, в рамках *ICO* под **токеном** понимается *запись в распределенном реестре (в том числе в блокчейне), удостоверяющая вещные, обязательственные, иные имущественные права и другое*. То есть прежде всего токен позиционируется как **способ фиксации (удостоверения, выражения) прав в электронной (цифровой) форме**, что и позволяет усматривать его сходство с бездокументарными ценными бумагами. Но особенность токена состоит в том, что он может подтверждать не только *имущественные права*, но и, в частности, различные *блага, вовсе лишенные какой-либо экономической ценности*, которые по тем или иным причинам представляют интерес для «держателя» токена: например, это могут быть фан-токены, которые позволят фанатам футбольной команды участвовать в ее жизни, голосуя за решения по поводу цвета формы игроков.

[1] *Юрасов М.* Защита прав инвесторов при проведении ICO блокчейн-проектов // Закон.ру. 05.11.2017 (URL: https://zakon.ru/blog/2017/11/5/zaschita_prav_investorov_pri_provedenii_ico_blokchejn-proektov (дата обращения: 30.03.2021)).

С учетом сказанного закономерна характеристика, данная токену М. Юрасовым: «Феноменальность токена заключается в том, что он может отображать что угодно. То есть это такой цифровой актив, который может отображать любые права, обязанности, единицу стоимости и даже абсолютно ничего»[1]. И именно этот момент исключает возможность распространения положений о ценных бумагах на все без исключения случаи: нормы о ценных бумагах могут применяться *только к тем разновидностям токенов, которые подпадают под понятие ценных бумаг* (если это установлено национальным законодательством).

Например, в Америке к компетенции Комиссии по ценным бумагам и биржам США (англ. *The United States Securities and Exchange Commission*, далее – *SEC*) отнесено решение вопроса о том, могут ли те или иные токены признаваться ценными бумагами, а положительный ответ на этот вопрос влечет за собой применение к *ICO*, в рамках которых эти токены реализуются, соответствующих положений законодательства о ценных бумагах. И самым известным в России примером будет, наверное, дело *SEC v. Telegram Group Inc*[2], в рамках которого суд признал ценными бумагами «грамы» (англ. *Gram*) – токены проекта *TON* Павла Дурова.

В развитие сказанного надо отметить, что крайнее разнообразие токенов позволяет дифференцировать их по различным основаниям. Но наибольшее распространение получили классификации, базирующиеся на аналитике *SEC* и Службы по надзору за финансовыми рынками Швейцарии (*Swiss Financial Market Supervisory Authority*, далее – *FINMA*). Исходя из того, что анализ *FINMA* основан на оценке экономической функции токенов, а *SEC* – степени родства токена с ценными бумагами, токены разграничиваются на:

– *платежные токены* (*Payment tokens* (*FINMA*) / *Cryptocurrencies* (*SEC*)), понимаемые как криптовалюта, которая используется как средство платежа или как платежная единица;

– *токены – активы* (*Asset tokens* (*FINMA*) / *Security* (*SEC*)), которые содержат в себе элементы ценных бумаг, будучи, прежде всего, инструментом инвестиций и предоставляя «держателю» токена права на долю, получение дивидендов, процентные платежи, право голоса и прочие. Именно эта разновидность токенов, как правило, и подпадает под действие законодательства о ценных бумагах;

[1] *Юрасов М.* Указ. соч.

[2] *SEC v. Telegram Group Inc.* No. 1:19-cv-09439-PKC (S.D.N.Y. Mar. 24, 2020).

– *потребительские (утилитарные) токены* (*Utility tokens* (*FINMA* и *SEC*)), предназначенные для предоставления «держателю» токена доступа к цифровым продуктам, сервисам или контенту и по своей сути являющиеся не средством инвестирования, а предоплатой, скидкой либо премиальным доступом к этим продуктам, сервисам, контенту на онлайн-платформе.

Привлечение инвестиций в стартап за счет предварительной продажи токенов получило широкое распространение на практике. Активный рост предложений *ICO* и обнаруживающиеся мошеннические схемы (обычно выливающиеся в предложение к продаже «мыльного пузыря») обнажили необходимость в разработке законодательства, регламентирующего названную сферу с целью защитить права инвесторов. Разные страны заняли различные позиции в отношении предложений токенов – от полного запрета проведения *ICO* (как решили КНР и Южная Корея) до максимальной лояльности по отношению к *ICO* (в частности, это проявилось в политиках Австралии, Люксембурга, Сингапура, Швейцарии, Гибралтара, Японии). При этом многие страны поддерживают идею создания полноценной нормативно-правовой базы для регулирования *ICO* и последующего обращения токенов.

Понятие цифровых прав в ГК РФ. В России при разработке правового регулирования в сфере отношений по поводу *ICO* был сделан вывод о необходимости принятия нескольких законодательных актов. Предполагалось, что цель регламентации проведения *ICO* и оборота токенов (которые, как указывалось выше, было принято обозначить термином «цифровые права») будет достигнута с принятием упоминавшегося *Закона о ЦП*, *Закона о краудфандинге*[1] и *Закона о цифровых финансовых активах*[2] (далее – *Закон о ЦФА*). При этом, как уже указывалось, было решено заменить понятие токена выражением «цифровые права», хотя эта идея не получила однозначной поддержки, и, например, в заключении Правового управления Администрации Президента РФ прямо предлагалось не вводить понятие «цифровое право», а «использовать применяемые на практике понятия “токен”, “криптовалюта”»[3].

[1] Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

[2] Федеральный закон от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

[3] Заключение Правового управления, подготовленное к рассмотрению законопроекта в первом чтении (по поручению Совета Государственной Думы (протокол от 09.04.2018 № 111, п. 66)).

В первоначальной редакции проекта Закона о ЦП акцент делался на том, что: (1) цифровое право есть цифровой код или обозначение; (2) к цифровым могут быть отнесены только права на объекты гражданских прав, исключая нематериальные блага; (3) права становятся цифровыми, если они удостоверены цифровым кодом или обозначением; (4) соответствующие данные содержатся в информационной системе; (5) такая система должна относится к числу децентрализованных и обеспечивать доступ к данным лицу, обладающему цифровым кодом или обозначением (под понятием «децентрализованная информационная система» понимался распределенный реестр, который, как и токен, разработчики не решились обозначить общепринятым термином). Сущность цифровых прав раскрывалась в законопроекте таким образом: «В случаях, предусмотренных законом, права на объекты гражданских прав, за исключением нематериальных благ, могут быть удостоверены совокупностью электронных данных (цифровым кодом или обозначением), существующей в информационной системе, отвечающей установленным законом признакам децентрализованной информационной системы, при условии, что информационные технологии и технические средства этой информационной системы обеспечивают лицу, имеющему уникальный доступ к этому цифровому коду или обозначению, возможность в любой момент ознакомиться с описанием соответствующего объекта гражданских прав. Указанные цифровой код или обозначение признаются цифровым правом»[1].

Сформулированное в первоначальной редакции проекта Закона о ЦП понятие цифровых прав не нашло поддержку. В частности, в одном из первых заключений Правительства РФ к проекту Закона о ЦП содержалось следующее замечание: «Исходя из определения понятия цифровых прав представляется, что такие права фактически являются способом оформления традиционных имущественных прав разной природы (вещные права, обязательственные права, корпоративные права, исключительные права), а также их фиксации и перехода от одного владельца к другому. Однако данные права могут существовать в электронной форме, не создавая при этом новый вид объектов гражданских прав»[2].

[1] Проект федерального закона № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» в редакции на дату его внесения – 26.03.2018 (URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/424632-7 (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] Официальный отзыв Правительства РФ на законопроект № 424632-7 от 11.04.2018 № 2.3.3-11/484 (URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/424632-7 (дата обращения: 30.03.2021)).

В заключении Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Совет по кодификации) прозвучали схожие выводы, которые целесообразно процитировать более развернуто: «Согласно пункту 1 проектируемой статьи 141.1 ГК РФ цифровые права сводятся к цифровому коду или обозначению (далее – код), которые содержатся в распределенном реестре (блокчейн) и удостоверяют права на объекты гражданских прав того лица, которое имеет уникальный доступ к коду. Указанная редакция создает *нагромождение прав*: уникальный доступ (его тоже, видимо, можно рассматривать как своеобразное право) на "цифровое право" на право на объект гражданского права, который тоже может являться правом. Такой подход создает некий юридический трехчлен, позволяющий достигнуть блага через движение от уникального доступа к коду и через него к объекту гражданских прав. Данное юридическое описание дефиниции если и возможно, то не очевидно, что оно является предпочтительным с научной точки зрения. Дело в том, что в действительности никаких цифровых прав не существует, а Проект вводит юридическую фикцию, необходимость которой не обоснована фундаментальными исследованиями. При этом цифровые права ставятся в один ряд с традиционными объектами гражданских прав, а именно с имущественными правами, включающими безналичные денежные средства и бездокументарные ценные бумаги.

То, что понимается под цифровыми правами в Проекте, на самом деле является лишь оформлением традиционных имущественных прав, причем совершенно разной природы – вещных прав, обязательственных прав, корпоративных прав, исключительных прав и даже личных неимущественных прав (последние – вопреки положению Проекта). Все эти права могут существовать в электронной форме, не создавая нового вида гражданского права, как это пытается представить Проект. Что касается уникального доступа и кода, то эти сущности представляют собой скорее цифровые ключи по доступу к имущественному праву. Кодирование прав известно человечеству с давних времен (например, ксюмбаллон) и в этом смысле ничего нового современные "цифровые права" или так называемые токены в сущности не представляют. Таким образом, Проект приводит к порочному *удвоению сущностей*, поскольку "цифровое право" дублирует традиционное право.

С другой стороны, Проект необоснованно *сужает понятие "цифрового права"*, связывая его существование только с распределенным реестром. Права в электронной форме могут существовать не обязательно только в блокчейне; более того, они уже существуют в такой

форме и активно реализуются миллионами людей. В этом несложно убедиться, обратившись к балансу собственного аккаунта мобильной связи. Принятый Проектом подход нарушает принцип технологической нейтральности, дискриминируя все другие технологии, способные оформлять права в электронном виде»[1].

Процитированное заключение Совета по кодификации во многом объясняет последующие сущностные новации законопроекта: отказ от упоминания распределенного реестра в определении цифровых прав и произошедшее за счет этого существенное расширение понятия цифровых прав, попытки преподнести цифровые права именно как новый объект гражданских прав, а не форму их фиксации и прочие.

В представленной ко второму чтению редакции проекта Закона о ЦП понятие цифровых прав стало иным и звучало таким образом: «В случаях, предусмотренных законом, обязательственные и иные права могут быть удостоверены исключительно записями в отвечающей установленным законом признакам информационной системе (цифровые права), если при этом обладатель цифрового права может осуществлять действия по распоряжению цифровым правом только с помощью использования уникального цифрового кода».

В этом определении уже не прослеживается прямая связь цифровых прав с распределенным реестром: в процессе доработки законопроекта из определения пропал даже намек на распределенный реестр, присутствовавший в виде невнятного указания на «*децентрализованную* информационную систему», а отголосок в виде упоминания «уникального цифрового кода» (как обязательного условия для распоряжения цифровым правом) связь с распределенным реестром явно не подтверждает. Привязка же цифровых прав к информационной системе без каких-либо квалифицирующих признаков ничуть не способствует определенности в части содержания этих прав. Дело в том, что понятие «информационная система» означает, по сути, *совокупность информации, информационных технологий и технических средств* (см. п. 3 ст. 2 Закона об информации), поэтому охватить этим понятием можно множество разнообразных информационных ресурсов, включая поисковые системы, размещенные в открытом

[1] Экспертное заключение по проекту федерального закона № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» С. 3–4 (URL: https://privlaw.ru/wp-content/uploads/2018/05/meeting-156-conclusion-2.pdf (дата обращения: 30.03.2021)).

доступе государственные реестры, различные онлайн-платформы, интернет-магазины и прочие[1].

Таким образом, уже ко второму чтению произошли концептуальные сдвиги в понимании цифровых прав, что уже тогда позволяло сделать вывод о том, что разработчики отступили от первоначальной концепции законопроекта и **цифровое право стало рассматриваться в принципиально ином ключе, нежели представляет собой токен**.

Процитированное определение дало Совету по кодификации основания для заключения, согласно которому в версии законопроекта ко второму чтению *определение цифровых прав построено по модели описания ценной бумаги* в ст. 142 ГК РФ[2], а *общие положения о правовом режиме цифровых прав – по модели бездокументарных ценных бумаг* («Можно сказать, что именно институт бездокументарных ценных бумаг послужил прообразом для создания правового режима «цифровых прав». И в том, и в другом случае речь идет об особой форме, в которой существуют и обращаются обязательственные и иные права»[3]). В то же время Совет по кодификации хотел получить однозначные ответы на свои вопросы: «... надо ли (и для каких целей) создавать новый объект права – "цифровое право"? Необходимо четко определить юридическую природу цифровых прав – являются ли они новым объектом гражданских прав ли новой формой их фиксации?»[4].

---

[1] См. о них подробнее: *Рожкова М.А.* Сайт, информационный ресурс, информационная система, онлайн-платформа – что это такое и как они взаимосвязаны между собой? // Закон.ру. 19.04.2021 (URL: https://zakon.ru/blog/2021/4/19/sajt_informacionnyj_resurs_informacionnaya_sistema_onlajn-platforma__chto_eto_takoe_i_kak_oni_vzaimo (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] Пункт 1 ст. 142 ГК РФ: «Ценными бумагами являются документы, соответствующие установленным законом требованиям и удостоверяющие обязательственные и иные права, осуществление или передача которых возможны только при предъявлении таких документов (документарные ценные бумаги).

Ценными бумагами признаются также обязательственные и иные права, которые закреплены в решении о выпуске или ином акте лица, выпустившего ценные бумаги в соответствии с требованиями закона, и осуществление и передача которых возможны только с соблюдением правил учета этих прав в соответствии со статьей 149 настоящего Кодекса (бездокументарные ценные бумаги).»

[3] Экспертное заключение по проекту федерального закона № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации», принятое на заседании от 17.01.2019 № 183-1/2019. С. 165 (Экспертные заключения Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 2019 г. Материалы IX международной научно-практической конференции «Гражданское право России. Итоги года» 24.12.2019. М., 2019).

[4] Экспертное заключение по проекту федерального закона № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации». С. 165–166.

Положа руку на сердце, следует признать, что для многих осталось незамеченным произошедшее в процессе принятия законопроекта принципиальное изменение концепции законопроекта о цифровых правах: изначально оторвав токены от естественной сферы их приложения – *ICO*, разработчики проекта Закона о ЦП не справились с задачей выявления их сущности, и в результате доработок предложенное на замену токена понятие «цифровые права» получило иное наполнение, но не пояснения в отношении необходимости его введения в ГК РФ.

При этом положения Закона о ЦП в принятой редакции свидетельствуют о том, что цифровые права конструировались все же в контексте понимания их не как способа фиксации прав, а именно как нового (самостоятельного) объекта гражданских прав. Это подтверждает и факт отнесения цифровых прав к числу *имущественных* (наряду с безналичными денежными средствами и бездокументарными ценными бумагами), что получило закрепление в ст. 128 ГК РФ. При этом в специальной статье 141.1, введенной Законом о ЦП в ГК РФ, закреплено следующее: «Цифровыми правами признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам. Осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в информационной системе без обращения к третьему лицу» (п. 1 ст. 141.1 ГК РФ).

Бросается в глаза явная недоработанность понятия цифровых прав: закон не позволяет со всей точностью ответить на вопросы о том, какие же права могут быть цифровыми и чем они отличаются от иных субъективных гражданских прав, «облаченных» в цифровую форму. В связи с этим в публикациях подчеркивается: «Нормы ГК РФ о цифровых правах носят, скорее, декларативный характер и лишь констатируют, что цифровые права существуют как объекты гражданских прав и относятся к имущественным правам...»[1].

При этом очевидно, что итоговое легальное определение цифрового права принципиально отличается от сформулированного в первоначальной редакции. В литературе в связи с этим отмечается, что отказ

[1] *Агибалова Е.Н.* Цифровые права в системе объектов гражданских прав // Юридический вестник ДГУ. 2020. Т. 33. № 1. С. 93.

законодателя от привязки цифровых прав как к распределенному реестру, так и к токенам, а также криптовалюте, позволяет распространять понятие цифровых прав на любые права, фиксируемые в цифровой форме[1].

С последним утверждением сложно согласиться безоговорочно. Действительно, первое впечатление от закрепленного в п. 1 ст. 141.1 ГК РФ определения трансформируется в вывод, что к цифровым потенциально относятся, по сути, все права, получившие цифровую форму: основания для этого дают и упомянутый отказ от четкой привязки цифровых прав к распределенному реестру, и многозначность понятия «информационная система», используемого в определении. Однако вывод о «всеохватности» понятием цифровых прав многообразных гражданских прав, зафиксированных в цифровой форме, опровергается указанием в п. 1 ст. 141.1 ГК РФ на то, что в категорию «цифровых» попадают лишь *права, прямо названные в качестве таковых в законе*. Иными словами, цифровые права будут существовать лишь в случаях, прямо предусмотренных законом.

Таким образом, не справившись с задачей раскрытия содержания цифровых прав и выявления квалифицирующих признаков, позволяющих ограничить этот объект от иных объектов гражданских прав, законодатель решил, что будет попросту называть такие права в отдельных законах, создавая соответствующее их назначению правовое регулирование. Так, в ст. 8 Закона о краудфандинге регламентируются *утилитарные цифровые права,* к числу которых относят права требования: (1) передачи вещи (вещей); (2) передачи исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и (или) прав использования результатов интеллектуальной деятельности; (3) выполнения работ и (или) оказания услуг[2]. А в ст. 1 Закона о ЦФА упоминаются еще *несколько разновидностей цифровых прав*, к которым отнесены: (1) денежные требования; (2) права из эмиссионных ценных бумаг; (3) права участия в капитале непубличного АО; (4) право требовать передачи эмиссионных ценных бумаг, предусмотренных решением о выпуске цифровых финансовых активов.

---

[1] См., например: *Конобеевская И.М.* Цифровые права как новый объект гражданских прав // Известия Саратовского университета. Серия «Экономика. Управление. Право». 2019. Т. 19. Вып. 3. С. 330–334.

[2] В ч. 2 ст. 8 Закона о краудфандинге специально подчеркивается, что к числу таких прав не относятся права требования имущества, подлежащего государственной регистрации или сделки с которым подлежат государственной регистрации либо нотариальному удостоверению.

Изложенное позволяет сделать несколько заключений. Во-первых, следует признать, что *между токенами и цифровыми правами, как они закреплены в российском законодательстве, нет оснований ставить знак равенства*. Во-вторых, *не усматривается оснований для того, чтобы признавать «цифровые права» новым объектом гражданских прав*. Произошедшее во время доработки проекта Закона о ЦП выхолащивание определения цифровых прав (обусловленное изменением концепции), содержательная несостоятельность нового понятия, а также крайне далекий от совершенства нормативный материал в совокупности дают основания для вывода о том, что попытка введения в российскую цивилистику новой категории не удалась. Появление в законодательстве всякой новой категории должно преследовать конкретную правоприменительную цель, но в данном случае эта цель в процессе разработки новых законов была утрачена, вследствие чего *понятие «цифровые права» в ГК РФ попросту стало лишним*.

3. Цифровая валюта (*digital currency*)

Заключительную часть настоящей работы следует начать с замечания о том, что многие юристы, рассуждая о проблематике *ICO*, отождествляют токены и криптовалюты, с легкостью подменяя одно понятие другим (вследствие чего и цифровые права нередко уравниваются с криптовалютами). В этих условиях отдельного внимания заслуживает категория «цифровая валюта», которая совсем недавно вошла в российское законодательство.

Понятие цифровых денег

Прежде всего следует подчеркнуть, что *криптовалюта* (если использовать более привычный для отечественных юристов термин) является лишь *одной из разновидностей цифровых денег*, о чем я уже писала ранее[1].

[1] См.: *Рожкова М.А.* Цифровые деньги: мобильная фиатная валюта, валюта виртуальных миров, валюта корпоративного значения, криптовалюта и национальная криптовалюта // Закон.ру. 07.10.2019 (URL: https://zakon.ru/blog/2019/10/07/cifrovye_dengi_mobilnaya_fiatnaya_valyuta_valyuta_virtualnyh_mirov_valyuta_korporativnogo_znacheniya (дата обращения: 30.03.2021)); см. также в предыдущем ежегоднике: *Рожкова М.А.* Имущественные права на новые нематериальные объекты в системе абсолютных прав // Право цифровой экономики – 2020 (16): Ежегодник-антология / рук. и науч. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2020. С. 5–78.

Понятием **«цифровые деньги»** охватываются различные по своим характеристикам явления:

1. **Мобильная фиатная валюта**. Это, по сути, *фиатная национальная валюта в форме безналичных денежных средств*. Ее особенность заключается в том, что она предполагает применение инновационных *технических решений (технологий) для хранения этих денежных средств и осуществления платежей* – они позволяют пользователям без открытия банковского счета осуществлять транзакции посредством использования различных гаджетов, в том числе (и, наверное, прежде всего) с помощью мобильного телефона. К таким техническим решениям относят, в частности, системы *«электронных кошельков»* (например, *Pay Pal*, *ЮMoney*), включая *специальные мобильные приложения*, рассчитанные исключительно на мобильные телефоны (например, *M-Pesa*), а также выпускаемые банками и небанковскими учреждениями *предоплаченные смарт-карты* (пластиковые карты со встроенным микропроцессором, куда записан эквивалент денежной стоимости, которая заранее оплачена организации-эмитенту, например карты систем *VisaCash* и *Mondex*, транспортные карты). По смыслу Федерального закона от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» к мобильной фиатной валюте следует относить безналичные денежные средства, для хранения и осуществления которых используются «электронные кошельки» и банковские смарт-карты[1].

2. **Валюта виртуальных миров (игровая валюта)**, которая представляет собой *разновидность виртуального имущества* наряду с игровым оружием и техникой, способностями и внешностью аватара (персонажа игры), зельями и снадобьями, артефактами и т.д. Следует специально отметить, что с позиций гражданского права виртуальное имущество **не может рассматриваться в качестве самостоятельного имущества**: вир-

[1] Следует заметить, что в Федеральном законе «О национальной платежной системе» употребляется другой термин – «электронные денежные средства». В п. 18 ст. 3 этого Закона сформулировано определение электронных денежных средств, а в памятке Банка России «Об электронных денежных средствах» (Информационное письмо Банка России от 11.03.2016 № ИН-017-45/12 «О предоставлении клиентам – физическим лицам информации об особенностях оказания услуг по переводу электронных денежных средств») дается более упрощенное понятие, согласно которому под «электронными денежными средствами» понимаются «*безналичные денежные средства* в рублях или иностранной валюте, учитываемые кредитными организациями *без открытия банковского счета и переводимые с использованием электронных средств платежа* (далее – ЭСП)», а в свою очередь ЭСП – «в частности, так называемые "*электронные кошельки*", доступ к которым может осуществляться с использованием компьютеров, мобильных устройств, в том числе посредством устанавливаемого на этих устройствах специального программного обеспечения, а также *банковские предоплаченные карты*».

туальные «объекты», расширяя для пользователя игровые возможности и функционал игры, представляют собой ценность только в контексте понимания игры как информационного продукта, т.е. *имущественную ценность виртуальное имущество имеет не само по себе, а только как составляющая конкретного информационного продукта*[1]. Игровая валюта как разновидность виртуального имущества, бесспорно, не является валютой в правовом смысле: она предназначена только для целей конкретной игры, только для пользователей данной игры – *вне данной игры ее просто не существует* (как и иного виртуального имущества). Причем игровой валютой (средством платежа в игре и средством обращения в игре) может стать любой виртуальный «предмет»: это могут быть не только серебряные монеты, но и, например, волшебные кристаллы или золотые орлы, или зубы дракона – все зависит от предпочтений разработчиков и целей самой игры. В этих условиях нет оснований говорить о потребностях в специальном правовом регулировании игровой валюты.

3. **Валюта корпоративного значения**, под которой понимаются, в частности, *вознаграждения клиентов за лояльность к компании* (например, бонусы или баллы за каждую покупку, скидка в виде возврата части стоимости покупки (англ. *cashback* или амер. *cash back*), накопленные мили и т.п.), *поощрения сотрудников компании в системе обучения и мотивации* (например, баллы или фишки, которые могут быть обменяны на неденежные бонусы либо потрачены на товары в корпоративном магазине, оплату услуг салона красоты или фитнеса и т.д.), *поощрения социальной сетью своих пользователей* (в виде «кредитов» на покупку игр и приложений и т.п.). Эта разновидность цифровых денег также не является валютой в правовом смысле. Более того, выступая во многих случаях заменителем законного платежного средства, валюта корпоративного значения должна быть причислена к **денежным суррогатам**, выпуск которых прямо запрещен ст. 27 Федерального закона от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (далее – Закон о Банке России), правда, с отсутствием какой-либо ответственности за нарушение этого запрета[2].

[1] См. об этом подробнее: *Рожкова М.А.* О применении ст. 1062 ГК РФ к отношениям по поводу многопользовательских онлайн-игр // Хозяйство и право. 2021. № 1 (528). С. 99–108.

[2] Учитывая, что введение валюты корпоративного значения обусловлено исключительно маркетинговыми целями – изучением рынка, прогнозированием предпочтения клиентов, поддержкой связи с ними, предоставлением соответствующих спросу това-

4. **Криптовалюта** (см. о ней далее).

Бесспорно, сам термин «цифровые деньги», употребляемый в качестве обобщающего для очевидно различающихся явлений, следует рассматривать как достаточно условный. Строго говоря, российское законодательство вовсе не предполагает употребление слова «деньги» в таком контексте: в ст. 128 ГК РФ под термином «деньги» понимаются **наличные деньги** – находящиеся в обращении бумажные банкноты и металлические монеты Банка России, прямо причисленные законом к вещам. Для тех же случаев, когда нет оснований говорить о наличности, используется другой термин – **безналичные денежные средства**, которые прямо отнесены законом к имущественным правам. Вместе с тем термин «цифровые деньги» уже прочно вошел в правовой обиход, поэтому отказываться от него, вероятно, нецелесообразно.

Криптовалюта как разновидность цифровых денег

Когда говорят о **криптовалюте** в критическом ключе, одним из главных недостатков называют то, что она не имеет реального обеспечения. Но это, к сожалению, свойственно и **фиатной национальной валюте**[1], под которой понимается *национальная валюта, также не обеспеченная запасом благородных металлов, номинальная стоимость которой устанавливается и гарантируется государством вне зависимости от стоимости материала, из которого эти деньги изготовлены*: «Фиатные деньги фак-

ров и услуг и т.д., за этой «валютой» нет негативного шлейфа, она представляет собой один из обычных инструментов ведения бизнеса. С учетом этого в 2016 г. было предложено исключить валюту корпоративного значения из числа денежных суррогатов посредством включения в ст. 27 Закона о Банке России абзаца второго, содержащего следующее положение: «Не признаются денежными суррогатами объекты имущественных прав, возникающие в результате исполнения сторонами обязательств по договорам гражданско-правового характера и используемые в целях стимулирования приобретения товаров, работ, услуг» (проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»). Однако упомянутый законопроект, подготовленный Минфином России, так и не был внесен в Государственную Думу.

[1] Фиатная валюта принципиально отличается от *товарных (натуральных) денег* (англ. *commodity money*), которые сами по себе являются товаром и могут выступать в качестве эквивалента стоимости товаров (в этом качестве традиционно рассматривали, например, слитки или украшения из благородных металлов, драгоценные камни, мех, соль), и *репрезентативных денег* (англ. *full-bodied money*), под которыми понимаются полноценно обеспеченные деньги (например золотые или серебряные монеты, чей номинал соответствует стоимости содержащегося в них металла, либо золотые или серебряные сертификаты, подтверждающие право собственности на слитки соответствующих металлов).

тически не имеют собственной ценности, но приобретают ее благодаря тому, что они выполняют свои функции. А кроме того, их стоимость базируется на том, что государство признает их законным средством платежа на своей территории и принимает в качестве уплаты налогов»[1]. Именно отсутствие реального обеспечения дало основания именовать и криптовалюты, и фиатные национальные валюты *«символическими деньгами»*. Однако на этом их сходство заканчивается.

Специфической чертой криптовалюты является то, что она базируется на одной из разновидности упомянутой выше *DLT* – **технологии блокчейн.** Последнюю, если значительно все упростить, можно понимать как технологию децентрализованного хранения и передачи данных с использованием криптографии на основе определенного алгоритма, что предполагает объединение множества транзакций в блок, который после его проверки (валидации) связывается с предыдущими блоками, образуя цепочку, что и объясняет название этой технологии (англ. *block chain* – цепочка блоков)[2]. Это пояснение в достаточной мере условно и нацелено исключительно на облегчение понимания рассматриваемой разновидности распределенного реестра.

Блокчейн принято подразделять на два основных типа – *публичный* и *частный (приватный)*[3], что и предопределяет различия подходов к регулированию отношений по поводу той или иной разновидности криптовалют.

1. **Криптовалюта на базе публичного блокчейна.** *Публичный блокчейн общедоступен* – любое лицо имеет доступ к данным, записанным в блоки, и вправе записывать данные о транзакциях, которые будут объединяться в новые блоки. Он *прозрачен* – все данные в блоках открыты, все транзакции публичны. Этот тип блокчейна *децентрализован* – это означает, что он *не имеет*: (1) *единого места хранения* – поддержанием его работоспособности занимаются все его участники, дублирующие данные; (2) *единого центра (органа) управления* – совершаемые транзакции собираются в блоки, каждый из которых проверяется узловыми

[1] Виды денег (URL: https://www.banki.ru/wikibank/vidyi_deneg/ (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] В упоминавшемся словаре «Блокчейн и технологии распределенного реестра» дано определение понятия «блокчейн», который рассматривается как «распределенный реестр с подтвержденными блоками, организованный в последовательную цепочку только для добавления с использованием криптографических ссылок» (3.6).

[3] В публикациях можно встретить упоминание и иных разновидностей блокчейна, но они, как правило, вбирают в себя черты публичного или приватного блокчейна в большей или меньшей степени и не будут здесь разбираться.

компьютерами – нодами, равными между собой. Безопасность блокчейна объясняется его *неизменностью*: данные блоков, уже включенных в цепочку, не могут быть изменены.

Самой известной криптовалютой на базе публичного блокчейна является, разумеется, *биткоин*. Собственно, сама технология блокчейн получила известность с момента публикации в интернете статьи с описанием протокола и принципами работы именно системы биткоин. Эта статья – *"Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System"* – была опубликована под авторством Сатоши Накомото в октябре 2008 г., а уже в начале 2009 г. была запущена первая версия биткоин-кошелька и сеть биткоин.

Таким образом возникла первая глобальная децентрализованная электронная *платежная система*, использующая собственные цифровые **монеты** (*coin*). Эта система цифровых переводов и расчетов не требовала привлечения посредников (в лице банков или иных финансовых организаций), поэтому она рассматривалась как *альтернатива традиционным платежным системам*, в рамках которых переводы осуществляются как раз банками.

С учетом этого **криптовалюта на базе публичного блокчейна**, будучи в полном смысле цифровыми деньгами, стала использоваться в качестве **альтернативы фиатной валюте**. Примечательным является то, что криптовалюта на базе публичного блокчейна во многих случаях имеет контролируемый и ограниченный запас, тогда как наличные фиатные деньги могут выпускаться в любых количествах в зависимости от экономических потребностей соответствующего государства.

Названные черты публичного блокчейна и криптовалюты на его основе позволяют говорить о том, что здесь *исключена возможность* **национального** *правового регулирования*: в различных правопорядках могут лишь решаться вопросы допустимости использования такой криптовалюты в качестве официального средства платежа, налогообложения деятельности, связанной с оборотом криптовалюты, деятельности криптовалютных бирж и т.п.

Флагманом, предпринявшим попытку разрешить обозначенные вопросы в законе, стала Япония: изначально правительство Японии заявляло о том, что оно не намерено регулировать биткоин, «позволяя зарождающейся технологии процветать и определять собственный путь»[1]

[1] Government-Backed Bitcoin Industry Association to Launch in Japan (URL: https://www.coindesk.com/government-backed-bitcoin-industry-association-launch-japan (дата обращения: 30.03.2021)).

(биткоин рассматривается в Японии как безопасная и перспективная криптовалюта, выгодно отличающаяся от всех прочих криптовалют, именуемых *альткоинами* – альтернативой биткоину). Вместе с тем еще в 2016 г. были разработаны поправки в Закон Японии «О платежных услугах», вступившие в действие 01.04.2017[1]. В них раскрывалась сущность криптовалюты, которая была признана исполняющей «функции, схожие с деньгами» и соответственно – официальным средством платежа, но она не приравнивалась к фиатной валюте. Кроме того, признавалось допустимым, что криптовалюта может не только покупаться, продаваться и обмениваться, использоваться для взаиморасчетов между компаниями, но и приобретаться частными лицами в качестве товара. Этим же Законом была урегулирована деятельность криптовалютных бирж, осуществляющих обмен криптовалюты на фиатную валюту: предусматривалось, в частности, что такие биржи подлежат регистрации в агентстве финансовых услуг (*Financial Services Agency*, далее – *FSA*), которое сможет компетентно осуществлять проверки этого вида бизнеса и вправе применять к биржам меры административной ответственности[2].

Надо заметить, что Япония создала одни из самых прогрессивных и при этом жестких правил регламентации отношений, связанных с оборотом криптовалюты. Примечательно, что указанное регулирование стало отчасти результатом нескольких громких дел. Так, в феврале 2014 г. японская компания *Mt.Gox*, одна из крупнейших на тот момент криптовалютных бирж, прекратила деятельность и объявила о банкротстве; в январе 2018 г. другая крупная криптовалютная биржа Японии – *Coincheck* – лишилась 530 млн долл. в результате хакерской атаки на ее систему. Но вместо оперативных запретительных мер, обычно предпринимаемых национальными правительствами в таких случаях, японские регуляторы разработали правовую базу, нацеленную на снижение риска мошенничества и иной незаконной деятельности при покупке, обмене и иных операциях с криптовалютой.

[1] *Umeda Sayuri*. Regulation of Cryptocurrency: Japan (URL: https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/japan.php (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] Устанавливалось, что бизнес по обмену упомянутых валют требует создания систем безопасности для защиты хранящейся информации; биржи должны подготовить и вести книги и иные документы, относящиеся к услугам по обмену криптовалюты; необходимым признавалось наличие у криптовалютной биржи собственной системы рассмотрения жалоб клиентов и т.п. (Details of Screening for New Registration Application as Virtual Currency Exchange Service Provider (URL: https://www.fsa.go.jp/en/news/2017/20170930-1/02.pdf (дата обращения: 30.03.2021))).

В развитие сказанного важно заметить, что система биткоин рассматривается как первое поколение блокчейна, первый этап его развития. Мелани Свон, выделяющая три этапа в развитии блокчейн-технологии, обозначила эту ступень как **Блокчейн 1.0** – *валюта* (криптовалюта)[1]. Автор пишет о том, что сфера применения блокчейна последовательно расширялась, и на втором этапе развития технологии, обозначенном М. Свон как **Блокчейн 2.0** – *контракты* (смарт-контракты), блокчейн стал основой для осуществления разнообразных транзакций, а не только для проведения расчетов, вследствие чего технология начала активнее использоваться в различных сегментах бизнеса. Ярким представителем второго поколения блокчейна признается децентрализованная платформа *Ethereum* (Эфириум), позволяющая не только осуществлять платежи, но и, в частности, заключать смарт-контракты, автоматизировать инвестирование, регистрировать сделки с имущественными активами и т.д.

2. **«Криптовалюта» на базе частного блокчейна.** *Частный (приватный) блокчейн* получил развитие именно на втором этапе развития технологии. Характеризуя его, надо обратить внимание прежде всего на то, что это обычно сеть, *управляемая или контролируемая одной организацией*. Иными словами, частный блокчейн *не является децентрализованным*. В связи с этим в литературе нередко отмечается, что частный блокчейн – это и не блокчейн вовсе, а **централизованная** база данных, только хранение которой основано на технологии распределенного реестра – *DLT*. Само наименование этого типа блокчейна и отсутствие децентрализации в управлении подтверждают *ограниченность в доступе к сети*: в работе этой сети правомочны участвовать только идентифицированные участники с согласия контролирующей организации, а доступ к данным может иметь различные уровни для разных групп участников/пользователей. Важное отличие от публичного блокчейна состоит и в том, что в частном блокчейне используется *специальная система валидации, решения принимаются назначенными группами администраторов* и т.д.

Таким образом, частные (приватные) блокчейны – это не глобальная децентрализованная электронная платежная система, а *электронные информационные системы, использующие технологию распределенных реестров для решения всевозможных задач*. Причем с использованием этого типа блокчейна могут разрешаться как государственные зада-

[1] *Свон М.* Блокчейн: схема новой экономики / пер. с англ. М.: Олимп-Бизнес, 2017. С. 20.

чи (и самым ярким примером здесь, вероятно, будет Эстония, где технология блокчейн нашла практическое применение практически во всех сферах публичного интереса, включая медицину, банковский сектор, биржевую торговлю, нотариат и т.д.), так и иные, в том числе коммерческие, задачи.

Развитие частного (приватного) блокчейна способствовало, как пишет М. Свон, формированию новой ступени – появился **Блокчейн 3.0** – *приложения*. Этот этап характеризуется созданием разнообразных приложений и сервисов, область применения которых выходит за рамки денежных расчетов, финансов и рынков. Сферой их использования становятся различные направления, а основными характерными чертами технологии блокчейн, отличающими этот этап от двух предшествующих, считаются быстрота и возможность саморазвития.

Именно на третьем этапе особое распространение и получило рассмотренное ранее *ICO* как процедура публичного размещения (продажи) токенов с целью привлечения инвестиций для развития проектов, использующих *DLT*.

И здесь особого внимания заслуживает тот факт, что многие проекты, основанные на частном блокчейне, при выходе на *ICO* предпочитают выпускать *собственную* «*криптовалюту*». Между тем такая «криптовалюта» *на стадии первичного размещения* не выполняет роль средства платежа, а выступает инструментом инвестирования в проект – и в рамках *ICO* стартапом распродаются именно **токены** (*token*), а **не монеты** (*coin*). То есть собственная «криптовалюта» стартапов, реализуемая в рамках *ICO*, по своей сути представляет *токен, который только именуется «цифровой монетой»* и не может быть отнесен к цифровым деньгам[1] (о необходимости различать первичное размещение и оборот токенов говорилось в предыдущей части настоящей работы).

В связи с этим можно упомянуть, что, к примеру, в Японии при совершенствовании законодательства, регламентирующего криптовалютный сектор, учитывалось, что криптоактивы иногда используются в качестве инвестиций, а не платежных инструментов. В упоминавшемся выше заявлении 2017 г. *FSA* разъяснило, как существующее законодательство применяется к продаже токенов: если токен, ис-

[1] По всей видимости, вследствие именно этого в градации цифровых денег А. Смита упоминаются только **децентрализованные** валюты, т.е. валюты публичного блокчейна (*Smith Aaron.* Future of Money: Classifying Virtual Currency Systems (URL: http://bigthink.com/hybrid-reality/future-of-money-classifying-virtual-currency-systems (дата обращения: 30.03.2021)).

пользуемый в *ICO*, попадает под установленные Законом Японии «О платежных услугах» положения о криптовалютах, то компании, осуществляющие услуги по обмену такой валюты на регулярной основе, должны быть зарегистрированы (что предусмотрено в отношении криптовалютных бирж); если *ICO* обладает характеристиками инвестиций, покупка токена рассматривается как эквивалент приобретения законного платежного средства, вследствие чего на *ICO* распространяется действие Закона Японии «О финансовых инструментах и биржах», регламентирующего вопросы ценных бумаг и брокерской деятельности. Бесспорно, наличие подобных разъяснений упрощает применение правовых норм, относящихся к *ICO* и обращению токенов. Но эксперты настаивали на необходимости установления более четких и подробных правил для эмиссионных рынков, поскольку их отсутствие приводит к «случаям недопонимания между сторонами и случаям, когда инвесторы остаются без защиты»[1].

3. **Национальная криптовалюта**, именуемая иногда «цифровой валютой центрального банка» (англ. *Central Bank digital currencies (CBDC)*), принципиально отличается от рассмотренных ранее криптовалют. Основное ее отличие в том, что она выпускается государством, обладает статусом законного платежного средства и используется для оплаты товаров и услуг внутри страны. То есть по своей сути, это *фиатная национальная валюта в форме безналичных денежных средств*, *отличительной чертой которой является использование* **технологии блокчейн для хранения этих денежных средств и осуществления расчетов**. Вследствие этого регулирование отношений по поводу национальной криптовалюты относится к сфере устройства национальной денежной системы государств.

Национальная криптовалюта основывается не на публичном, а на *частном* блокчейне, поэтому *анонимность здесь исключена*. Сама платежная система регулируется и управляется государством, совершаемые транзакции легко контролируются (что позволяет в соответствующих случаях заблокировать как счета отправителя/получателя, так и саму транзакцию), а данные о проведенных транзакциях сохраняются и не подлежат изменению. Среди очевидных плюсов национальной криптовалюты (в силу избавления от посредников в лице банков и небанковских организаций) называют быстроту транзакций по переводу денежных средств при низкой комиссии.

[1] Call for Rule-making on ICO (URL: https://www.tama.ac.jp/crs/2018_ico_en.pdf (дата обращения: 30.03.2021)).

Национальные правительства по-разному относятся к идее введения национальной криптовалюты – одни выступают резко против, другие решаются ввести ее в оборот.

Так, первая национальная криптовалюта, которую предполагалось использовать для оплаты государственных и иных услуг, включая, в частности, коммунальные платежи и плату за обучение, была выпущена в октябре 2017 г. в Дубае (*Emcash*). В Японии вначале вовсе исключалась возможность выпуска криптовалюты, прямо поддерживаемой правительством или центральным банком[1], но впоследствии было принято решение выпустить (в расчете на широкое применение в розничной торговле) национальную криптовалюту *J-coin*, приурочив ее к старту Олимпийских игр 2020. Эстония планировала запустить национальную криптовалюту *Estcoin*, но впоследствии приостановила проект, а затем в эстонских публикациях говорилось о том, что эта валюта не станет официальным платежным средством, а будет иметь хождение в рамках определенных проектов. При этом в сентябре 2020 г. Европейский Центробанк опубликовал сценарии выпуска цифрового евро, подчеркивая, что его выпуск может стать необходимым в различных ситуациях, включая чрезвычайные события (такие как стихийные бедствия или пандемия), когда другие платежные средства не будут работать, причем цифровой евро выступает дополнением, но не заменой наличных денег. В свою очередь в Швеции цифровой эквивалент шведской кроны *E-Krona* рассматривается как компенсация сокращения наличных в обороте. Китай же, начавший в мае 2020 г. тестирование цифровой версии юаня – *DC/EP* (от англ. *Digital Currency / Electronic Payment*), нацелен с помощью криптоюаня полностью вытеснить из оборота наличные деньги.

В настоящее время в России широко обсуждается инициатива введения **цифрового рубля** («крипторубля»). Причем продвигающий эту инициативу Центральный банк России намерен завершить создание прототипа платформы «крипторубля» к концу 2021 г. (предполагается, что к этому времени должны быть внесены необходимые новации в профильное законодательство), а в начале 2022 г. перейти к тестированию. Цифровой рубль не рассматривается как средство сбере-

[1] Это объяснялось тем, что выпуск криптовалюты аналогичен разрешению домохозяйствам и компаниям иметь прямые счета в центральном банке, что может серьезно повлиять на валютную систему и финансовое посредничество частных банков (*Awataguchi Taro*. Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2019 –Japan (URL: https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/japan (дата обращения: 30.03.2021))).

жения – он предназначен исключительно для платежных операций[1] (например, для оплаты налогов).

Легальное определение цифровой валюты в российском праве

Если цифровой рубль стал предметом внимания отечественного законодателя сравнительно недавно, то криптовалюта, обсуждение которой началось еще в 2014 г., на сегодняшний день уже признается обеспеченной некоторым нормативным регулированием: в ст. 1 Закона о ЦФА сформулировано понятие цифровой валюты, а в ст. 14 – положения, относящиеся к ее обороту, многие из которых, правда, отсылают к иным законодательным актам.

Важно заметить, что в пояснительной записке к проекту Закона о ЦФА прямо указывалось, что в нем предполагается закрепить дефиниции, в которых найдут отражения ключевые различия между *криптовалютой* и *токеном* «на основе признака одного эмитента (токен) и множества эмитентов/майнеров (криптовалюта), а также цели выпуска»[2]. То есть на момент внесения законопроекта в Государственную Думу в нем не только употреблялись термины *«криптовалюта»* и *«токен»*, но и проводилось разграничение между ними. Однако после внесения проекта Закона о ЦФА на рассмотрение в Государственную Думу поступил проект Закона о ЦП, одна из статей которого была посвящена непосредственно *«цифровым деньгам»* (ст. 141.2). Возникла коллизия двух законопроектов, что подтверждали слова руководителя профильного Комитета Государственной Думы: «Понятие “цифровые деньги” и “цифровая валюта” совершенно точно уйдут из оборота, они вообще нигде не будут фигурировать в законодательстве. Но факти-

[1] В публикациях поясняется: «Цифровой рубль, согласно документу, будет иметь форму уникального цифрового кода (как номер бумажной купюры), который будет выпускаться и храниться на специальном электронном кошельке в Центробанке. Клиенты получат доступ к цифровому рублю через свои банки, при этом для офлайн-расчетов придется пользоваться вторым кошельком, созданным на смартфоне. Передача цифрового рубля между пользователями будет выглядеть как перемещение цифрового кода с одного электронного кошелька на другой. Владельцы цифровых рублей будут иметь возможность свободно переводить рубли из одной формы в другую» (ЦБ рассказал все про цифровой рубль: форму выпуска, способы обращения и сроки обкатки. 09.04.2021 (URL: https://biz.cnews.ru/news/top/2021-04-09_tsentrobank_provedet_obkatku_(дата обращения: 30.03.2021))).

[2] Пояснительная записка к проекту федерального закона № № 419059-7 «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в редакции на дату его внесения – 20.03.2018 (URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/419059-7 (дата обращения: 30.03.2021).)

чески цифровые деньги будут фигурировать как “цифровые права”, обмен которых будет разрешен»[1]. В процессе доработки триады законопроектов (о ЦП, краудфандинге, ЦФА) закрепляемые подходы неоднократно менялись. И в итоге термин «цифровая валюта» вошел в Закон о ЦФА, причем, как подчеркивают Л.В. Санникова и Ю.С. Харитонова, «законодатель намеренно отграничил цифровую валюту от цифровых прав, чтобы ограничить выпуск и обращение цифровой валюты на территории Российской Федерации»[2].

Избранный законодателем термин сложно признать удачным, но он получил легальное закрепление. В то же время в научно-практических работах вполне допустимо использовать общепринятую или получившую распространение на практике терминологию, вследствие чего в дальнейшем в настоящей работе понятия «криптовалюта» и «цифровая валюта» будут употребляться как взаимозаменяемые (без попыток рассматривать их как различающиеся категории, как это делают некоторые авторы).

Итак, ч. 3 ст. 1 Закона о ЦФА содержит следующее определение: «Цифровой валютой признается совокупность электронных данных (цифрового кода или обозначения), содержащихся в информационной системе, которые предлагаются и (или) могут быть приняты в качестве средства платежа, не являющегося денежной единицей Российской Федерации, денежной единицей иностранного государства и (или) международной денежной или расчетной единицей, и (или) в качестве инвестиций и в отношении которых отсутствует лицо, обязанное перед каждым обладателем таких электронных данных, за исключением оператора и (или) узлов информационной системы, обязанных только обеспечивать соответствие порядка выпуска этих электронных данных и осуществления в их отношении действий по внесению (изменению) записей в такую информационную систему ее правилам».

Обращает на себя внимание то, что законодатель в процитированном определении отказался от прямой ссылки на *распределенный реестр* (блокчейн): как и при определении понятия цифровых прав, информационная система упоминается безотносительно к *DLT*. Но отсылкой к распределенному реестру в ч. 3 ст. 1 Закона о ЦФА становится указание *«узлов информационной системы»*, которые в ч. 8 той же статьи

[1] Аксаков рассказал, почему вскоре исчезнет понятие «цифровые деньги» // РИА Новости. 13.06.2018. (URL: https://ria.ru/20180613/1522622548.html (дата обращения: 30.03.2021)).

[2] *Санникова Л.В.*, *Харитонова Ю.С.* Цифровые активы: правовой анализ: монография. М., 2020. С. 189.

определены как «пользователи информационной системы на основе распределенного реестра, обеспечивающие тождественность информации, содержащейся в указанной информационной системе, с использованием процедур подтверждения действительности вносимых в нее (изменяемых в ней) записей».

Еще более заметным является то, что в Законе о ЦФА отражено понимание цифровой валюты в *техническом* смысле, которое для целей правового регулирования оборота криптовалюты не имеет ровным счетом никакого значения. В данном случае было бы целесообразно раскрыть сущность цифровой валюты в экономическом ключе с учетом ее предназначения в качестве финансового инструмента, финансового актива или ином – это уже само по себе создавало бы некоторый базис правового режима цифровой валюты.

Между тем законодатель определил цифровую валюту как **совокупность электронных данных** (цифровой код или обозначение), содержащихся в информационной системе. Данное обстоятельство с учетом положений ч. 11 ст. 1 Закона о ЦФА позволило А.А. Ситнику сделать вывод о том, цифровые валюты «имеют особую правовую природу и не являются безналичными или электронными денежными средствами, а также не относятся к бездокументарным ценным бумагам»[1]. Впрочем, отметив необходимость отграничить «настоящие деньги» от криптовалюты, автор в итоге приходит к выводу, что цифровые валюты «являются частными деньгами» и выражены «в особых денежных единицах»[2].

Акцент на «особости» природы цифровой валюты заставляет пристальнее взглянуть на нее в контексте понимания как имущества. И в этом ключе обращают на себя внимание положения Закона о ЦФА, в силу которых цифровая валюта *признается* **имуществом** *для целей ряда федеральных законов*, в частности, «О несостоятельности (банкротстве)», «Об исполнительном производстве» и «О противодействии коррупции» (см. ст. 19, 21, 22). Равно как и недавно внесенный в Государственную Думу законопроект, которым предлагается признать цифровую валюту имуществом в налоговых целях (в нем спроектированы соответствующие дополнения ст. 38 Налогового кодекса РФ)[3].

---

[1] *Ситник А.А.* Цифровые валюты: проблемы правового регулирования // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 11 (120). С. 104.

[2] Там же. С. 107.

[3] Проект федерального закона № 1065710-7 «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения цифровой валюты)» – внесен 01.12.2020 (URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/1065710-7 (дата обращения: 30.03.2021)).

Публикации же пестрят предложениями о том, для целей каких еще законов надо было признать криптовалюту имуществом, приводя различные правовые ситуации, как, например, необходимость раздела совместно нажитого супругами имущества[1].

Изложенное позволяет задаться неожиданным вопросом: получается, что *по замыслу законодателя, в случаях, прямо не поименованных в законе, цифровая валюта... имуществом не является?* Подтверждение этого можно найти в заключении Комитета Совета Федерации по бюджету и финансовым рынкам, в котором в отношении принятого Закона о ЦФА отмечается следующее: «Существенным отличием цифровых финансовых активов от цифровых валют будет являться то, что в отношении цифрового финансового актива всегда существует обязанное лицо по требованию (обязательству), которое удостоверяет цифровой финансовый актив, в то же время в отношении цифровой валюты обязанного лица нет, как нет и требования (обязательства), лежащего в ее основе. При этом цифровой финансовый актив как разновидность цифрового права является объектом гражданских прав и в этой связи может выступать законным объектом гражданско-правовых сделок»[2]. В поддержку этой позиции выступает и звучавшее при разработке проекта Закона о ЦФА предложение о внесении в ст. 128 ГК РФ прямого указания на цифровую валюту со ссылками на то, что в противном случае она не может рассматриваться в качестве объекта гражданских прав.

Такая позиция не учитывает, что ст. 128 ГК РФ содержит *открытый перечень* объектов гражданских прав, позволяя широко трактовать понятие «имущество» и относить к имуществу в том числе и непоименованные в этой статье новые объекты прав, обладающие экономической значимостью и отличающиеся нематериальное природой, которая исключает возможность фактического (физического) обладания этими объектами и соответственно установление на них права собственности. Иными словами, ст. 128 ГК РФ создает правовую основу для признания имущественных прав, носящих абсолютный характер, в отношении

[1] Например, П. Караченцева пишет: «Вопрос о возможности признания криптовалюты имуществом для целей раздела совместно нажитого имущества супругов остается открытым. Странно, что депутаты не решили добавить, что для целей раздела совместного нажитого имущества крипта тоже является имуществом. Видимо, у кого-то был личный интерес» (*Караченцева П.* Криптовалюта и развод: как делить цифровую валюту? (URL: https://vc.ru/legal/218788-kriptovalyuta-i-razvod-kak-delit-cifrovuyu-valyutu (дата обращения: 30.03.2021))).

[2] Заключение Комитета Совета Федерации по бюджету и финансовым рынкам от 23.07.2020 № 3.5-03/1230. С. 2.

и таких экономических активов, которые прямо вовсе не упомянуты в отечественном законодательстве либо мельком упоминаются в законе применительно к другим правовым ситуациям, и таких, которые урегулированы в отечественном законодательстве, но в доктрине не были соответствующим образом классифицированы[1].

Вследствие сказанного отсутствие как прямого упоминания криптовалюты в ст. 128 ГК, так и лица, непосредственно обязанного перед обладателем цифровой валюты[2], вовсе не дает повод для утверждений, что криптовалюта не является объектом гражданских прав, а «криптовладелец» – обладателем имущественных прав.

Подтверждением того, что цифровая валюта является объектом гражданских прав, является закрепленное в ее определении положение, согласно которому криптовалюта может быть предложена или принята в качестве:

– **средства платежа** (в определении криптовалюты, правда, обращается внимание на то, что это – специфическое платежное средство, которое нельзя приравнивать к законным средствам платежа *денежной единицей РФ* (т.е. рублем), *денежной единицей иностранного государства* (т.е. иностранной валютой), *международной денежной или расчетной единицей* (по всей видимости, речь идет об искусственной наднациональной валютой типа ЭКЮ). Однако, как подчеркивает Л.А. Новоселова, «положения ч. 5 ст. 14 Закона о ЦФА подтверждают, что за исключением указанных в них случаев цифровые валюты могут выступать средством платежа наравне с другими видами денег»[3] (ограничения, устанавливаемые ч. 5 ст. 14 Закона о ЦФА касаются возможности принятия резидентами цифровой валюты *в качестве встречного предоставления за передаваемые товары, выполняемые работы, оказываемые услуги или иного способа, позволяющего предполагать оплату цифровой валютой товаров (работ, услуг)*). В своей позиции Л.А. Новоселова исходит из следующего: «...ограничения очевидно

[1] Подробнее об этом см.: *Рожкова М.А.* Имущественные права на новые нематериальные объекты в системе абсолютных прав // Право цифровой экономики – 2020 (16): ежегодник-антология / рук. и науч. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2020.

[2] В ч. 3 ст. 1 Закона о ЦФА специально подчеркивается, что оператор системы и ноды (узлы) обязаны обеспечивать правильность записей и поддержание информационной системы в целом, но ни оператор, ни ноды не являются должниками обладателей указанных электронных данных. Тем самым закреплено, что «держание» криптовалюты не порождает обязательственных отношений между «криптовладельцем» и оператором или нодами.

[3] *Новоселова Л.А.* О запрете использования криптовалют в Законе о цифровых финансовых активах // Хозяйство и право. 2021. № 3. С. 5.

не охватывают операции по перечислению денежных средств не для целей оплаты товаров (работ, услуг). Следовательно, любые перечисления цифровых валют для целей дарения, предоставления займа (кредита), возврата займа (кредита), выплаты процентов, возврата неосновательного обогащения, возмещения вреда, уплаты договорных убытков, внесение в уставный капитал, выплаты дохода (дивидендов), передачи в порядке наследования и другие многочисленные случаи перемещения средств платежа, не связанные с перемещением товаров, работ, услуг, данное положение не охватывает»[1];

– **инвестиций** (вопрос о границах допускаемого Законом о ЦФА использования криптовалюты и здесь имеет значение. Причем хотелось бы обратить внимание на закрепленное в ч. 4 ст. 14 Закона о ЦФА положение, согласно которому деятельность по оказанию услуг, направленных на обеспечение совершения гражданско-правовых сделок и (или) операций, влекущих за собой переход цифровой валюты от одного обладателя к другому – *организация обращения цифровой валюты,* – требует урегулирования специальным законом. Вследствие чего не исключено, что таким законом могут быть введены дополнительные ограничения в части различных операций с криптовалютой).

Подводя итоги, можно заключить, что в определении понятия «цифровая валюта», законодатель вовсе не ответил на вопрос, что же она собой представляет, ограничившись перечислением некоторых общих признаков, часть из которых характерна и для иных объектов гражданских прав. По всей видимости, это стало следствием того, что при разработке законопроекта уяснить природу и сущность криптовалюты толком не удалось, а, не выявив существо определяемого правового явления, невозможно сформулировать четкую и понятную дефиницию его понятия. Таким образом, следует констатировать, что *российский законодатель не справился с задачей легального определения категории «цифровая валюта»*.

Пристатейный библиографический список

1. *Абрамова А.И.* Кодификация российского законодательства: современность и перспективы развития // Журнал российского права. 2016. № 12. С. 30–45.

[1] *Новоселова Л.А.* О запрете использования криптовалют в Законе о цифровых финансовых активах // Хозяйство и право. 2021. № 3. С. 6.

2. *Агибалова Е.Н.* Цифровые права в системе объектов гражданских прав // Юридический вестник ДГУ. 2020. Т. 33. № 1. С. 90–99.

3. *Алексеев С.С.* Общие теоретические проблемы системы советского права. М., 1961.

4. *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972.

5. *Аржанов М.А.* О принципах построения системы советского социалистического права // Советское государство и право. 1939. № 3. С. 26–35.

6. *Архипов В.В.* Интернет-право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2016.

7. *Беккер Конрад.* Словарь тактической реальности. Культурная интеллигенция и социальный контроль / пер. О. Киреева. Вена: Selene, 2002.

8. *Варламова Н.В.* Цифровые права – новое поколение прав человека? // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 4. С. 10–46.

9. *Вышинский А.Я.* Основные задачи науки советского социалистического права // Советское государство и право. 1938. № 1. С. 4–55.

10. *Гаркуша-Божко С.Ю.* Международное гуманитарное право в киберпространстве: Ratione materiae, ratione temporis и проблема квалификации кибератак // Цифровое право. 2021. Т. 2. № 1. С. 64–82 (URL: https://www.digitallawjournal.org/jour/article/view/42?locale=ru_RU#tab1 (дата обращения: 30.03.2021)).

11. *Дейнеко А.Г.* Право киберпространства: pro et contra // Право в сфере Интернета: сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. С. 253–254.

12. *Детерманн Л.* Путеводитель в правовом регулировании персональных данных Лотара Детерманна. Международный корпоративный комплаенс. М.: Инфотропик, 2018.

13. *Иванов Н.* Осуществление цифровых прав по ГК и Закону о краудфандинге // Закон.ру. 22.11.2019 (URL: https://zakon.ru/blog/2019/11/22/osuschestvlenie_cifrovyh_prav_po_gk_i_zakonu_o_kraudfandinge (дата обращения: 30.03.2021)).

14. Инфокоммуникационный кодекс: необходимый акт или лишний документ (URL: https://pravo.ru/review/view/147324/ (дата обращения: 30.03.2021)).

15. *Коваленко А.Ю.* Комплексные отрасли права на современном этапе развития системы российского права // Известия Иркутской государственной экономической академии. 2013. № 4.

16. *Ковлер А.И.* Права человека в цифровую эпоху // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2019. № 6 (СПС «КонсультантПлюс»).

17. *Козлов С.В.* Правовое регулирование отношений в сети интернет, или что такое интернет-право (СПС «КонсультантПлюс»)

18. *Конобеевская И.М.* Цифровые права как новый объект гражданских прав // Известия Саратовского университета. Серия «Экономика. Управление. Право». 2019. Т. 19. Вып. 3. С. 330–334.

19. *Курбалийя Й.* Управление Интернетом. 7-е изд. М., 2016 (URL: https://cctld.ru/files/books/kurbaliya_7.pdf (дата обращения: 30.03.2021)).

20. *Левин В.О.* История информационных технологий. 2007.

21. *Михайлов С.В.* Что такое право на забвение? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2017. № 17 (сентябрь). С. 19–25 (URL: http://ipcmagazine.ru/legal-issues/what-is-the-right-to-oblivion (дата обращения: 30.03.2021)).

22. *Никитина Е.Е.* Система прав и свобод человека в условиях технологической революции // Журнал российского права. 2020. № 8. С. 27–44 (СПС «КонсультантПлюс»).

23. *Новоселова Л.А.* О запрете использования криптовалют в Законе о цифровых финансовых активах // Хозяйство и право. 2021. № 3. С. 3–8.

24. *Поленина С.В.* Система права и система законодательства в современных условиях // Правоведение. 1987. № 5. С. 29–37.

25. *Попов Н.А.* Технология распределенного реестра (блокчейн): исторический аспект // Интеллект. Инновации. Инвестиции. 2019. № 2. С. 65–72 (URL: http://intellekt-izdanie.osu.ru/arch/n2-2019-65.pdf (дата обращения: 30.03.2021)).

26. *Райхер В.К.* Общественно-исторические типы страхования. М.; Л.: АН СССР, 1947.

27. *Рассолов И.М.* Право и Интернет. Теоретические проблемы. М., 2003.

28. *Рожкова М.А.* Цифровые деньги: мобильная фиатная валюта, валюта виртуальных миров, валюта корпоративного значения, криптовалюта и национальная криптовалюта // Закон.ру. 07.10.2019 (URL: https://zakon.ru/blog/2019/10/07/cifrovye_dengi_mobilnaya_fiatnaya_valyuta_valyuta_virtualnyh_mirov_valyuta_korporativnogo_znacheniya (дата обращения: 30.03.2021)).

29. *Рожкова М.А.* Имущественные права на новые нематериальные объекты в системе абсолютных прав // Право цифровой экономики –

2020 (16): ежегодник-антология / Рук. и науч. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2020. С. 5–78.

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

31. *Санникова Л.В.* Цифровые эксперименты российского законодателя // Имущественные отношения в РФ. 2019. № 12 (219).

32. *Санникова Л.В., Харитонова Ю.С.* Цифровые активы: правовой анализ: монография. М., 2020.

33. *Свон М.* Блокчейн: схема новой экономики / пер. с англ. М.: Олимп-Бизнес, 2017.

34. *Синицын С.А.* К вопросу о возникновении новых отраслей в системе российского права (на примере спортивного права) // Законодательство. 2013. № 6. С. 78–87.

35. *Синицын С.А.* Российское и зарубежное гражданское право в условиях роботизации и цифровизации. Опыт междисциплинарного и отраслевого исследования: монография. М., 2021.

36. *Ситник А.А.* Цифровые валюты: проблемы правового регулирования // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 11 (120). С. 103–113.

37. *Толстой Ю.К.* О теоретических основах кодификации гражданского законодательства // Правоведение. 1957. № 1. С. 42–45.

38. *Толстой Ю.К.* Кодификация гражданского законодательства в СССР (1961–1965 гг.): автореф. дис. ... д.ю.н. Л., 1970.

39. *Хуснутдинов А.* Право на доступ в Интернет – новое право человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 4. С. 109–123.

40. *Черемисинова М.Е.* Правовой статус субъектов в сети Интернет: дис. ... к.ю.н. М., 2020.

41. *Чухвичев Д.В.* Основные методики кодификации. Французская школа // Вестник Московского университета МВД России. 2008. № 8. С. 75–80.

42. Экспертные заключения Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 2019 г. Материалы IX международной научно-практической конференции «Гражданское право России. Итоги года» 24 декабря 2019 г. М., 2019.

43. *Юрасов М.* Защита прав инвесторов при проведении ICO блокчейн-проектов // Закон.ру. 05.11.2017 (URL: https://zakon.ru/blog/2017/11/5/zaschita_prav_investorov_pri_provedenii_ico_blokchejn-proektov (дата обращения: 30.03.2021)).

44. *Ambrogi Robert J.* The Essential Guide to the Best (and Worst) Legal Sites on the Web. 2th edn. N.Y.: ALM Publishing, 2004.

45. *Awataguchi Taro.* Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2019 – Japan (URL: https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/japan (дата обращения: 30.03.2021)).

46. *Coccoli Jacopo.* The Challenges of New Technologies in the Implementation of Human Rights: An Analysis of Some Critical Issues in the Digital Era // Peace Human Rights Governance. 2017. Vol. 1. Iss. 2. P. 223–250.

47. *DiGiacomo John*. Internet Law: Everything You Need To Know. June 7, 2019. (URL: https://revisionlegal.com/internet-law/internet-law-everything-you-need-to-know/ (дата обращения: 30.03.2021)).

48. Digital freedom: the case for civil liberties on the Net. BBC News. 1999-03-04 (URL: http://news.bbc.co.uk/2/hi/special_report/1998/encryption/58154.stm (дата обращения: 30.03.2021)).

49. Government-Backed Bitcoin Industry Association to Launch in Japan (URL: https://www.coindesk.com/government-backed-bitcoin-industry-association-launch-japan (дата обращения: 30.03.2021)).

50. *Smith Graham J.H*. Internet Law and Regulation (Special Report). 4th edn. London: Sweet & Maxwell, 2007.

51. *Grimmelmann James*. Internet Law: Cases & Problems. 7th edn. 2017.

52. *Lloyd I.* Information Technology Law. 6th edn. Oxford University Press, 2011.

53. *Raysman Richard, Brown Peter.* Computer Law: Drafting and Negotiating Forms and Agreements. N.Y.: Law Journal Seminars-Press, 1984.

54. *Rosenoer J.* Cyber Law: The Law of the Internet. Springer, 1997.

55. *Martin Peter W.* Digital Law: Some Speculations on the Future of Legal Information in Technology. May 1995 (URL: http://www.law.cornell.edu/papers/fut95fnl.htm (дата обращения: 30.03.2021)).

56. *Smith Aaron*. Future of Money: Classifying Virtual Currency Systems (URL: http://bigthink.com/hybrid-reality/future-of-money-classifying-virtual-currency-systems (дата обращения: 30.03.2021)).

57. *Tomalty J.* Is There a Human Right to Internet Access? // Philosophy Now. 2017. Vol. 118. P. 6–8.

58. *Umeda Sayuri.* Regulation of Cryptocurrency: Japan (URL: https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/japan.php (дата обращения: 30.03.2021)).

59. *Cerf Vinton G.* Emergent Properties, Human Rights, and the Internet // IEEE Internet Computing. 2012. Vol. 16 (2). P. 87–88.

Н. Руйе

КРИПТОВАЛЮТЫ: СОВРЕМЕННЫЕ РЕАЛИИ, ФИЛОСОФСКИЕ ПРИНЦИПЫ И ПРАВОВЫЕ МЕХАНИЗМЫ

Аннотация. *В данной статье рассматриваются практические аспекты криптовалют, включая правовую структуру и инструменты, а также основные философские или политические подходы, которые мотивируют создателей криптовалют. Мотивы бывают разными. Общей характеристикой для большинства из них является идея децентрализованной финансовой экосистемы с сильно сниженной ролью посредников и организаций, выполняющих централизованные функции: как результат, власть распределяется, а автономия увеличивается.*

Ключевые слова: *криптовалюты, децентрализованная финансовая экосистема.*

Введение

Эта краткая статья является результатом нескольких лет юридических консультаций, предоставленных для решения весьма разнообразных вопросов, связанных с криптовалютами и корпоративными структурами, используемыми для запуска или администрирования (некоторых аспектов) криптовалют.

Помимо заголовков, которые периодически появляются в СМИ в связи с резким ростом или падением рыночных ставок или другими событиями, феномен криптовалют превратился в существенную и уже длительную социальную и экономическую реальность. В начале 2020 г. рыночная капитализация 100 крупнейших криптовалют (среди более чем 6 000 существующих) была близка к эквиваленту 300 млрд долл. США (плавая в диапазоне от 150 до 350 млрд долл. США в течение 2019 г.), а заявленные биржевые операции в день составляли около 100 млрд долл. США (в то время как дневные значения в 2019 г. составляли от 10 до 250 млрд долл. США, а средние – 60 млрд долл. США).

Практикующие в Швейцарии юристы получили особенно много возможностей столкнуться с этим феноменом, так как – несмотря на то, что она не приняла законодательную реформу, – Швейцария была выбрана в качестве юридического адреса организациями, которые

запускали некоторые из наиболее важных криптовалют – например, *Ethereum [ETH]* в 2014 г., который с тех пор находится на втором месте после *Bitcoin*, токен *Cardano [ADA]* в 2017 г., в настоящее время занимающий 11-е место, *Tez [XTZ]* в 2018 г., в настоящее время занимающий 10-е место, токен *Cosmos [ATOM]* в 2019 г., находящийся на 20-м месте, и многие другие важные проекты[1].

Первые годы работы подтверждают, что некоторые (фактически наиболее важные) правовые аспекты чрезвычайно просты и могут быть мгновенно поняты и легко применены на практике. Новые правовые понятия не являются ни необходимыми, ни полезными. То, что действительно необходимо и полезно, так это понимание технической реальности и строгое выполнение классических правовых концепций. Кроме того, определение фундаментальных целей, которые мотивируют или направляют лиц, создающих криптовалюты, полезно для правильного подхода ко многим практическим вопросам, в том числе и таким деликатным, как, например, борьба с отмыванием денег и выбор корпоративных правовых структур.

Именно поэтому в данной краткой статье будут рассмотрены те факторы, которые могут быть обозначены как «философия» или «философии», поддерживающие формирование и использование криптовалют.

Одна из главных трудностей концептуального подхода, которую нельзя недооценивать, заключается в разнообразии криптовалют. Каждая из них имеет свои особенности, но при этом все, кто занимается рекламой и продвижением новой криптовалюты, обязательно отмечают, что она является инновационной, если даже не революционной, по сравнению с уже существующими криптовалютами. Классификации и определения различий между «платежными токенами», «утилити токенами» и «инвестиционными токенами»[2] полезны и могут иметь практическое юридическое значение в рамках действующего законодательства, однако польза этих классификаций ограничена большим количеством гибридных токенов, которые включают в себя характеристики, принадлежащие к нескольким данным категориям сразу.

[1] Можно упомянуть проект *Libra*, объявленный *Facebook* в мае 2019 г., важный в связи с известностью и репутацией продвигавших его лиц, а также концептуально значимые новые проекты вроде токена *Solana*, воплощающего валидацию «доказательства истории» после «доказательства работы», использующего *Bitcoin* и его последователями, и «доказательства ставки», использующего *Tezos* (см. далее подраздел 1 настоящей статьи).

[2] См. далее подраздел 3 настоящей статьи.

1. Роль и аспекты «децентрализации»

Несмотря на разнообразие криптовалют, можно выделить некоторые общие характеристики, которые помогают очертить их сущность. В этом контексте можно согласиться с тем, что термины «токен» или «монета» относятся к обменной единице криптовалюты независимо от ее числового наименования, т.е. также к бесконечно малой части наименования[1]. Если придерживаться наиболее распространенного определения, то реальная (или настоящая) криптовалюта является «децентрализованной» (по крайней мере, в значительной степени и в некоторых отношениях независимо от вопроса о том, возможна ли абсолютная децентрализация)[1].

Децентрализованная структура, которая характеризует экосистему «настоящей» криптовалюты, основана на сочетании общеизвестного кода и эксплуатации, физически происходящей (с практической точки зрения и в упрощенном виде) через большое количество серверов (по крайней мере, несколько сотен), которые не принадлежат и не управляются конкретной единичной сущностью; они принадлежат и управляются независимыми лицами. Существует объективный реестр (*ledger*) подтвержденных операций (*blockchain*), идентичный на каждом из серверов этой экосистемы. Поэтому блокчейн является «децентрализованным», или «распределенным». Из этой децентрализованной идентичности вытекает, что изменить существующий реестр практически невозможно. Каждый исторический этап является узлом, или «блоком» (отсюда и пошло выражение *blockchain*, пер. с англ. – «цепочка блоков»).

Изменения в реестре, которые являются допустимыми, состоят из последующих дополнений к блокчейну, т.е. они хронологически являются более поздними. Способ осуществления и принятия таких изменений в блокчейн (*«подтверждение»*) варьируется от криптовалюты к криптовалюте и является одним из их отличительных элементов. Самый старый процесс подтверждения, используемый в экосистеме *Bitcoin*, происходит путем верификации, основанной на *«доказательстве работы»* (*Proof of Work*), выполняемой майнерами (*miner*), которые получают вознаграждение за эту работу. Альтернативным, более молодым процессом подтверждения (используемым, в частности, экосистемой *Tezos*) является *«доказательство ставки»* (*Proof of*

[1] Более подробное описание децентрализации см.: *Favier / Huguet / Takkal-Bataille, Bitcoin – Métamorphoses – De l'or des fous à l'or numérique*, Paris, 2018.

Stake), потребляющее значительно меньше энергии и выполняемое так называемыми бейкерами (*baker*). Другим альтернативным процессом подтверждения является *«доказательство истории»* (*Proof of History*), разработанное, в частности, в рамках проекта *Solana*.

Надежность и безопасность процессов подтверждения дополнений в блокчейн подчеркивают продвигающие их лица по отношению к большинству новых криптовалют, чтобы обосновать их появление. Другим обоснованием, характерным для новой криптовалюты и часто подчеркиваемым в рекламных целях, является качество управления и возможность принятия улучшений в экосистеме криптовалюты с помощью организованных демократических процедур[1]. Например, успешный проект *Tezos* был известен еще за несколько лет до запуска его «белой книги», названной «самоизменяющейся крипторуководящей книгой» *("A self-amending crypto-ledger"*[2]). Такой аспект можно также рассматривать как принадлежность к широкой концепции децентрализованной экосистемы (или «распределенной власти»).

Важным аспектом децентрализации является отсутствие посредничества в хранении и передаче «токена» или «монеты». Токен можно определить как фактическую способность управлять единицей, распознанной на блокчейне (т.е. признанной лицами, участвующими в экосистеме): контроль заключается либо в сохранении этой единицы без изменений, либо в передаче фактического управления этой единицей кому-то другому (т.е. с одного «адреса» на другой). Эта способность зависит не от посредника, а исключительно от отношений, возникших в системе блокчейна. Таким образом, «владение» токенами осуществляется без привлечения какого-либо другого хранителя, кроме системы блокчейна, а передача токена происходит непосредственно от участника к другому участнику без посредника (*peer to peer*). Если третьи лица предлагают использовать «интерфейс» (как правило, биржевую платформу), который показывает баланс участника и облегчает передачу токенов, это ничего не меняет в обозначенной выше существенной характеристике, согласно которой «держание» и передача токена возможны без какого-либо посредника.

[1] Определение квалифицированного большинства, достаточного для принятия изменения, и единицы голосов – процедура достаточно деликатная. Поскольку девиз «один токен – один голос» нельзя считать философски легко обоснованным, как девиз «один человек – один голос» в политических сообществах или «одна акция – один голос» в корпорациях, основанных на владении капиталом.

[2] *Гудман Л.М.* Самоизменяющееся криптохранилище. 2014. См. также: *Bozman / Iguernlala / Laporte / Le Fessant / Mebsout*, *Liquidity: OCaml pour la Blockchain,* 2018.

2. Роль криптовалют (то есть блок-схемы как платформы программирования) в «смарт-контрактах»

Помимо осуществления мгновенной передачи токенов, практическое преимущество криптовалют состоит в том, что они являются инструментом программирования и реализации так называемых смарт-контрактов (*smart contracts*).

Смарт-контракт – это согласованный сторонами программный код, в соответствии с которым транзакция будет происходить автоматически, когда события, описанные в этом программном коде, будут признаны наступившими. Другими словами, это условный контракт, выполнение которого происходит автоматически: человеческое вмешательство заключается только в программировании, а выполнение зависит от получения информации, предусмотренной в этой программе. Это может быть очень просто: например, определенное количество *ETH* будет переведено с одного адреса (*A*) на другой адрес (*B*) на блокчейне *Ethereum*, если и когда будет установлено, что определенное количество *XTZ* было переведено с одного адреса (*X*) на другой адрес (*Y*) на блокчейне *Tezos*. Адреса *A* и *Y* обычно контролируются одной договаривающейся стороной, а адреса *B* и *X* – второй договаривающейся стороной. Это простая операция обмена криптовалют. Тот факт, что договор запрограммирован на блокчейне и потому неизменяем, является практической гарантией того, что стороны смогут безопасно совершить эту операцию без посредника – но при условии, конечно, что программирование было выполнено корректно.

Смарт-контракты также могут быть гораздо более сложными: вместо того, чтобы запускаться переводом на другом блокчейне (как это было описано выше), перевод криптовалюты может происходить вследствие более сложного события или серии событий, что предусмотрено в программе. Например, в связи с несколькими переводами по нескольким блокчейнам или в связи с событием, произошедшим в «реальном мире». Действительно, некоторые события в «реальном мире» можно легко установить. Например, назначение нового директора и отстранение от должности уже назначенного директора в компании, зарегистрированной в Торговом реестре (Реестре компаний), который является общедоступным (находится в открытом доступе в сети Интернет)[1] и может быть «автоматически прочитан», если пра-

[1] Торговые реестры (или реестры недвижимости) во многих странах функционируют на самом деле как блокчейн (каждое изменение следует за предыдущей исторической ситуацией и строится на ней). Это также может быть выражено обратным образом.

вильное программирование на этот счет заложено в смарт-контракте. Благодаря такому смарт-контракту стороны сделки, по которой происходит переход имущественных прав и контроля над компанией при смене директора (так как директор ведет реестр акционеров), могут сделать это без какого-либо эскроу-агента. Очевидный положительный эффект заключается в том, что при низких затратах на программирование реализация смарт-контракта (сам платеж) практически ничего не стоит, в то время как аналогичные действия, выполняемые надежным эскроу-агентом, в большинстве стран обходятся очень дорого.

При этом некоторые события, на основании которых стороны хотят запустить передачу криптовалюты, не могут быть распознаны автоматически. В этом случае уведомление о произошедшем событии должно быть сделано физическим или юридическим лицом (лицо, подготавливающее это уведомление, часто называют «оракулом» – *oracle*), после чего оно будет признано программой в качестве наступления условия, от которого зависит автоматическое выполнение контракта, т.е. оплата. В таких ситуациях договаривающиеся стороны также могут обойтись без эскроу-агента, поэтому не требуется нанимать и выплачивать вознаграждение ни хранителю, ни депозитарию средств. Важно, чтобы третья сторона, подтверждающая факт наступления события, пользовалась доверием, причем во многих ситуациях такая третья сторона должна получить свое вознаграждение. Поэтому смарт-контракты не являются решением без каких-либо дополнительных затрат для всех без исключения сделок определенной сложности.

3. «Содержание» токенов

Некоторые токены являются чистыми средствами платежа и не дают никому никаких прав. Их юридическое содержание нельзя назвать не чем иным, нежели контролем позиции на блокчейне (т.е. возможностью сохранить ее в неизменном виде или перевести). Их ценность определяется так, как участники посчитают нужным. Это касается биткоина, *ETH, XRP (Ripple), Tezos* и большинства крупных криптовалют – их называют *«платежными токенами»*, а иногда и *«родными токенами»* (*native tokens*).

Отличающиеся от них некоторые другие токены дают их «держателю» право потребления каких-либо товаров или услуг, которые должны быть предоставлены производителем или третьим лицом. Эти токены называются *«утилити токенами»* (*utility tokens*). Их способ передачи, как правило, децентрализованный, а возможность использовать их в смарт-контрактах оправдывает то, что они называются криптовалю-

тами. В частности, они позволяют производителю (поставщику товаров или услуг) осуществлять обмен своих товаров или услуг на гораздо более ликвидном рынке, нежели в иных случаях.

Третья категория токенов называется *«инвестиционными токенами»*. Их содержанием может являться право собственности на эмитента (например, доля или право на получение доли в эмитенте) либо требование к эмитенту (например, в силу долга эмитента перед владельцем токена – в этом случае он является эквивалентом облигации). Их содержанием может быть также право на актив или на часть актива, принадлежащего эмитенту или контролируемого им, или на группу активов, принадлежащих эмитенту или управляемых им; токен в таких ситуациях эквивалентен участию в инвестиционном фонде. Иногда инвестиционные токены называют «токенами, обеспеченными активами». В то время как некоторые «утилити токены» также являются «обеспеченными активами» в той мере, в какой право требования также является «активом» (т.е. они создают право требования к эмитенту на будущий продукт или услугу).

В литературе отмечается, что токены обозначенной категории не являются нерушимыми друг для друга – они могут иметь характеристики, относящиеся одновременно к нескольким из этих категорий («гибридные токены»[1]).

Для большей определенности и во избежание возникновения недоразумений в отношении того, что владение токеном реальной криптовалюты не означает права на человека, здесь должно быть указано следующее. Если кто-либо (например, банк, который решает действовать в качестве хранителя криптовалюты) пообещает кредитору хранить и выдавать платежные токены (например, банк для своих клиентов), то в этом случае кредитор имеет право по отношению к определенному лицу (например, банку) передать эти токены (т.е. передать их по адресу на блокчейне, указанному клиентом – владельцем требования).

4. За пределами практического применения: денежные аспекты и философско-экономические мотивы лиц, продвигающих и рекламирующих криптовалюты

Децентрализация является важнейшим фактором среди разнообразных мотиваций для создателей и продвигающих криптовалюты лиц.

[1] См.: доклад Федерального совета Швейцарии от 06.12.2018 «Правовые рамки технологии распределенных бухгалтерских книг и блокчейнов в Швейцарии» (п. 6.2.4, 6.4.2.2, 7.4.2.3).

4.1. Криптоанархические мотивации

Для тех из них, кого можно было бы назвать «криптоанархистами» или «анархо-капиталистами», главным мотивирующим фактором является независимость от центральных властей – правительства и (или) банков, выступающих в качестве центральных финансовых посредников (или «центральных контрагентов»). Их власть может рассматриваться под углом существования контроля как такового или с точки зрения естественного стремления любого субъекта, обладающего определенной властью, расширять ее и, в конечном счете, злоупотреблять ею. Эти факторы могут относиться к их правам на эмиссию денег или к контролю над сделками (независимо от того, известно ли им об этом или же они могут препятствовать совершению сделок, например, путем любого рода замораживания). Возможность проведения одноранговых финансовых операций без какого-либо центрального учреждения, насколько это позволяют реальные криптовалюты, позволяет людям жить в обществе, где существует более низкий уровень контроля или, если эта возможность вообще ничем не ограничена, полностью отсутствует контроль над их личными решениями и действиями.

Соответствующие мотивы можно отнести к анархизму, либерализму или либертарианству – все эти понятия многогранны, а их содержание понимается довольно разнообразно. Одни «криптоанархисты» считают, что анонимность сделок имеет первостепенное значение[1], а другие, напротив, способствуют их полной прозрачности.

4.2. Демократически-правовые мотивации

Другая группа мотиваций скорее связана с созданием возможности для того, чтобы сделки, в том числе и сложные, включая сделки, содержащие элемент кредита (т.е. предшествующие исполнению обязательств одной стороной), осуществлялись по крайне низким ценам и без рисков, которые обычно существуют при отсутствии посредника, предоставляющего обеспечение (например, эскроу-агента или банка, выдающего гарантию кредитных писем). Тот факт, что криптовалюта создает платформу для программирования и реализации смарт-контрактов (например, *Ethereum* или *Tezos*), имеет решающее значение в этой перспективе. Минимизация расходов по таким опе-

[1] Известно, что криптовалюта *Monero* реализует эту точку зрения (см. там же, п. 2.3.5 в конце).

рациям чрезвычайно полезна для лиц, которые не могут позволить себе расходы, существующие в классическом финансовом секторе (например, расходы на эскроу-агента или банк, выдающий гарантию). Таким образом, криптовалюты, позволяющие заключать такие смарт-контракты, выполняют, с точки зрения их учредителей, функцию расширения прав и возможностей лиц со скромными финансовыми возможностями. В этом отношении эти мотивации можно назвать «демократическими» и «легалистическими» (в том смысле, что более широкое использование сложных правовых инструментов рассматривается как благородная цель, имеющая важное значение для развития общества).

4.3. Парадоксальная «ортодоксальная» монетарная мотивация

Независимо или в совокупности с любой из вышеупомянутых мотиваций лица, занимающиеся продвижением и рекламой криптовалют, могут посчитать, что внедрение и развитие новой криптовалюты жизненно необходимо в связи с тем, что правительства и центральные банки наиболее развитых и богатых стран мира сделали со своими полномочиями по эмиссии денежных средств (т.е. денег центральных банков[1]).

Можно сказать, что это полномочие технически не ограничено в США с момента отказа в 1971 г. от золотого стандарта применительно к доллару США[2]. То же самое можно сказать о Банке Англии, Банке Японии и Европейском центральном банке (далее – ЕЦБ), хотя полномочия последнего должны были быть строго ограничены Маастрихтским и Лиссабонским договорами (в частности, ЕЦБ не разрешалось финансировать государства – члены Европейского союза[3]). Экономические теории также защищали подход, согласно которому центральные банки

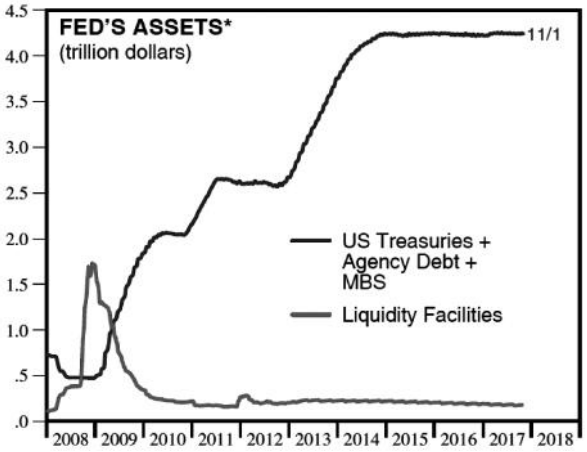
[1] См., например: Комитет по системам оплаты и установки. Роль денег Центрального банка в платежных системах. 2003.

[2] С 1933 г. эквивалент уже не состоял в «золотом стандарте» (Золотой стандарт 1900 г. был практически отменен исполнительными приказами в апреле и июне 1933 г.), а находился в международной конвертируемости по требованию в рамках Бреттон-Вудских соглашений 1945 г.

[3] Статья 123 Договора о функционировании ЕС и ст. 21.1 Устава Европейской системы центральных банков и Европейского центрального банка («...овердрафты или любой другой вид кредитной линии в ЕЦБ или национальных центральных банках в пользу учреждений, органов, отделений или агентств Союза, центральных правительств, региональных, местных или других органов государственной власти, других органов, регулируемых публичным правом, или государственных обязательств государств-чле-

должны были лишь очень осторожно увеличивать денежную массу («денежная ортодоксальность»), в противном случае включался бы механизм инфляции, при котором валюта «дебетуется». Гиперинфляция в Германии в 1922–1923 гг. и гораздо более свежие примеры в развивающихся странах наглядно показывают инфляционный эффект, наступающий при значительном увеличении денежной массы.

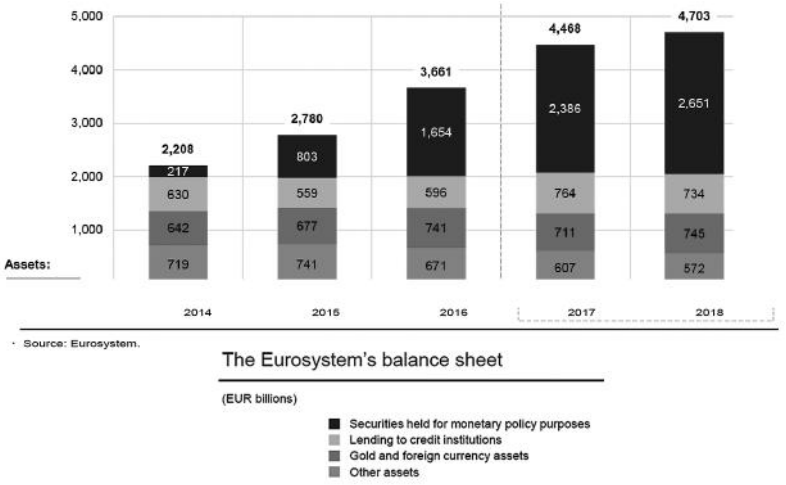
После финансового кризиса 2008 г. Центральный банк США (Федеральная резервная система) ввел в действие программы, называемые «количественным облегчением», заключающиеся с практической точки зрения в приобретении государственного долга и, таким образом, в финансировании дефицита государственного бюджета. С конца 2008 по 2014 г. объем государственного долга, находящегося в собственности Федеральной резервной системы, увеличился с примерно 500 млрд до более чем 4 000 млрд долл.



По этому же пути пошел и Совет Европы (с низкого уровня в 2009 г. до 375 млрд фунтов стерлингов в 2012 г.). ЕЦБ принял решение о «количественном смягчении», несмотря на явный запрет в договорах о финансировании государственного дефицита государств – членов ЕС. Баланс Евросистемы (ЕЦБ и Центробанки стран еврозоны) показывает, что «ценные бумаги, предназначенные для целей монетарной политики» выросли с 803 млрд евро на 31.12.2015 до 1 654 млрд евро

нов запрещаются, как и покупка долговых инструментов непосредственно у них ЕЦБ или национальными центральными банками»).

на 31.12.2016[1] (т.е. более чем удвоились за один год) и продолжили данную эволюцию до 2 386 млрд евро в 2017 г. и до 2 651 млрд евро в 2018 г.[2]



Таким образом, самыми большими активами на балансе Евросистемы являются государственные долговые обязательства государств – членов ЕС. Средством приобретения является эмиссия денег, а проще говоря – включение печатного станка.

Ситуация в Японии еще более острая: баланс Банка Японии в августе 2008 г. составил 109 900 млрд иен (т.е. около 1 000 млрд долл. США), из которых 45 200 млрд иен (т.е. около 40 %) составляли японские государственные облигации (*JGB*), а в ноябре 2019 г. – 578 500 трлн иен, из которых 478 500 тыс. иен приходились на японские государственные облигации (около 80 %). Таким образом, баланс Банка Японии состоит в основном из внутреннего государственного долга.

В другом контексте даже очень дисциплинированный Центральный банк Швейцарии значительно увеличил свой баланс, чтобы продать

[1] ЕЦБ назвал эти операции «Программами закупок активов» (ПЗА).

[2] После паузы, сделанной в период с конца 2018 до лета 2019 г., Совет управляющих ЕЦБ 12.09.2019 принял решение о том, что «чистые закупки будут возобновлены в рамках программы Совета управляющих по приобретению активов (ПЗА) в размере 20 млрд евро в месяц, начиная с 1 ноября 2019 года». Совет управляющих ожидает, что они будут действовать столько, сколько потребуется для усиления аккомодационного воздействия его политических ставок, и прекратятся незадолго до того, как он начнет повышать ключевые процентные ставки ЕЦБ.

швейцарские франки для покупки евро на различных этапах «еврокризиса» (греческий долг 2009–2010 гг., кипрский кризис 2013 г., ожидаемый дефолт *Deutsche Bank* в 2017 г. или итальянских банков в 2018 г. и т.д.). Денежные резервы выросли с 50 млрд швейцарских франков в 2008 г. до более чем 800 млрд швейцарских франков в 2019 г. Помимо радикально иной цели, которая заключалась в предотвращении чрезмерного повышения курса швейцарского франка к евро, разница с практикой ФРС, Совета Европы, ЕЦБ и Банка Японии заключается в том, что эти активы состоят не из внутренних государственных облигаций, а из иностранных активов (облигации иностранных государств или просто финансовые активы вроде акций «голубых фишек» компаний), но общая закономерность заключается в том, что средства для осуществления приобретения этих активов были не чем иным, как эмиссией денег Центрального банка[1] («печатанием денег»).

Вопреки ожиданиям, эти неортодоксальные меры не привели к массовой инфляции (по крайней мере, не к видимой), которая отражалась бы в стоимости потребительских товаров. Скорее всего, эти меры создали новые финансовые явления[2]. Что совершенно точно, так это то, что они сделали государственные валюты богатых развитых государств совершенно виртуальными. Данное наблюдение не предполагает негативного отношения к действиям центральных банков, так как можно очень хорошо понять, что в отсутствие других решений они должны были действовать в силу социальной и политической ответственности государственных органов (центральный банк действовал как последняя инстанция). Реальность такова, что экономическая сущность государственных валют в настоящее время заключается исключительно в доверии их пользователей к их будущей стоимости, а также в способности каждого правительства ограничивать возможность (если

[1] Этот этап денежных операций не обозначен явно как таковой, поскольку остается «неортодоксальным» по сравнению с основными денежными теориями и доктринами. Его можно вычислить из эволюции депозитов до востребования, которые коммерческие банки имеют в Национальном банке Швейцарии (*SNB*) (данная информация отображается в еженедельном отчете «Важные данные денежно-кредитной политики за неделю», в разделе «Среднее значение депозитов до востребования в швейцарских франках»). Проще говоря, *SNB* поручает коммерческим банкам покупку облигаций или акций, номинированных в евро или долларах США, и оплачивает покупную цену в швейцарских франках, причитающихся *BNS* этим банкам (для отношений между коммерческими банками и *BNS*, см., например: *Bauen / Rouiller, Swiss Banking*, Zurich, 2013, p. 18 sq.). Швейцарские франки создаются *BNS* и, таким образом, представляют собой увеличение денежной массы.

[2] См., например: *Morisod / Zaki, La finance de l'ombre a pris le contrôle,* 2016, esp., p. 40 sq.

оно так распоряжается) осуществлять платежи, подпадающие под его юрисдикцию, в своей валюте.

Это явление прибрело еще более серьезное значение в связи с очень заметными финансовыми обязательствами, взятыми на себя правительствами многих стран весной 2020 г. для борьбы с последствиями новой коронавирусной инфекции (пандемия Covid-19). Следует предположить, что эти обязательства будут в значительной степени финансироваться центральными банками, увеличивающими денежную массу[1]. Это означает, что «количественное смягчение» восстанавливается и, возможно, в пропорциях, которые были неизвестны до сего момента.

Подходы и мотивации некоторых лиц, занимающихся продвижением и рекламой криптовалют, относятся к структурно-инфляционным действиям центральных банков (даже если те еще не проявились в реальности, за исключением вероятных финансовых малозаметных явлений). Они считают, что строгая дисциплина в отношении денежной массы в хорошо управляемой криптовалюте способна обеспечить стабильность стоимости платежного средства, в то время как государственные валюты структурно дебетованы. Стоимость биткоина, для которого ограничена денежная масса, структурно не является инфляционной. Другие криптовалюты могут реализовать ту же или похожую идею, например, при строго определенном росте денежной массы (например, отсутствие роста предложения более чем на 1–2 % в год).

Интересно, что эти подходы совпадают с беспокойством и предложениями влиятельного лауреата Нобелевской премии по экономике 1974 г. Фридриха фон Хайека (известного, в частности, своим эссе «Дорога к крепостному праву» 1944 г., предупреждавшим об опасности для свободы, исходящей от любого «большого правительства», даже полностью демократического). В 1976 г., т.е. спустя пять лет

[1] Интересно отметить «активный» отказ Андреа Махлер, члена Правления Национального банка Швейцарии (*SNB*) в *NZZ* от 16.05.2020 (*“Eine einmalige Sonderausschüttung zur Finanzierung der Covid-19-Kosten, wie von einigen Politikern gefordert, lehnen Sie ab? Ja, das würde unsere Geldpolitik konterkarieren”*) и почти одновременное выступление бывшего председателя *SNB* в СМИ, как например, в *Le Temps*, 19.05.2020 (*“Un fonds Covid-19 financé par la BNS serait un dangereux recours à la planche à billets*”). Эти упреждающие интервенции, поскольку в то время политики не высказывали никаких конкретных предложений на этот счет, иллюстрируют политическое искушение использовать ресурсы, представленные валютными резервами центрального банка в странах, которые накапливают профицит в своем платежном балансе (соответственно часто, но не обязательно, к собственному капиталу в балансе центрального банка), что представляется значительным и структурным явлением.

после отмены золотого стандарта применительно к доллару США, он опубликовал эссе «Денационализация денег», в котором продвигал идею о том, что частные организации, запускающие валюты, являются самыми надежными, т.е. самыми дисциплинированными, со строгой политикой эмиссии денег, в связи с чем будут самыми успешными. Технические препятствия на пути к внедрению частных валют и фактической реализации его идей существовали еще в 1976 г., тогда как криптовалюты с 2008 г. показали, что это стало вполне возможным.

Как будет кратко описано далее, фактор «монетарной дисциплины» повлек за собой повсеместный и первоначально неожиданный выбор правовой структуры, принятой для запуска криптовалюты, т.е. юридической формы некоммерческого фонда.

4.4. Другие подходы и мотивации

Поскольку в мире существует более 6 000 криптовалют, невозможно описать все основные мотивы лиц, занимающихся их продвижением и рекламой.

Однако среди них в том числе интересны приверженцы философии «криптокоммунизма»[1], а также лица, преследующие самые разнообразные социальные цели, потенциально достижимые благодаря криптовалюте[2].

5. Правовые вопросы

5.1. Договорное право

В правовых системах, которые в значительной степени признают свободу договора, криптовалюты не представляют собой никакой юридической проблемы с точки зрения понимания того, как поступать с криптовалютами и смарт-контрактами. Платеж в криптовалюте является юридически действительным, а обязательство произвести платеж в криптовалюте имеет исковую силу при условии, что это оговорено в контракте. Никакой новой правовой концепции не требуется[3].

[1] См.: *Mark Alizart*, C*ryptocommunisme*, Paris, 2019.

[2] См., например: *Jerôme Blanc*, *Les monnaies alternatives*, Paris, 2018, p. 26 и далее; *Giorgini / Vailland, La fulgurante recréaction*, Montrouge, 2016, p. 139 и далее.

[3] По данным вопросам см.: *Rouiller N.*, *Legal Instruments and Environment of International Business,* Hong Kong, Tallinn, 2018 (главы VIII / 3.4 – p. 287 и далее, о замене аккредитива; XII / 5 – p. 484 и далее, об эскроу-договорах, затрагивающих блокчейны;

То же самое относится и к смарт-контрактам. При условии, что автоматическое исполнение соответствует тому, что стороны соглашения приняли по договору, оно имеет не только практическое значение, но и юридическую силу. При этом никакой новой правовой концепции не требуется.

Практическое исполнение может повлечь за собой определенную специфику, как правило, в виде замораживания активов или расторжения договора, если одна из сторон ссылается на ошибку или искажение фактов. Предотвращение выполнения смарт-контракта, по-видимому, потребует более широкого использования судебных запретов для принятия срочных мер правовой защиты. Это тоже не предполагает изменения каких-либо правовых понятий.

5.2. Корпоративное право

Использование криптовалют не требует введения новых понятий в бухгалтерском учете. Что касается их присутствия в бухгалтерском отчете, то определенное количество криптовалюты является активом, так как она практически переносится на наблюдаемую величину. Очень высокая волатильность (и, возможно, вопросы безопасности) позволит любому предприятию, владеющему криптовалютой, создавать большие резервы (вплоть до общей стоимости имеющихся криптовалют), если оно примет такое решение на основе разумного правила, известного в нескольких правовых системах как *принцип осмотрительности* (это лишь отсрочивает получение прибыли от операций с криптовалютой, так как прибыль становится окончательной, когда она состоит из прибыли в активах, которые не оправдывают резервы).

Другой вопрос заключается в том, можно ли использовать криптовалюты в качестве активов для внесения вклада в натуральной форме в капитал компании. Ответ кажется очевидным до определенной степени, поскольку криптовалюта имеет очевидную стоимость и, таким образом, может быть определена как актив. Некоторые страны принимают ее, по крайней мере, с 2017 г. (в частности, в Швейцарии – в кантонах Цуг и Невшателе[1]).

XIII / 4 – p. 524 и далее). Также см.: *Cryptomonnaies, registres distribués et entreprises, in Droit et gestion d'entreprise* (*Dürr / Lardi / Rouiller ed.*), 2e éd., Zurich, 2020, p. 427 и далее.

[1] См., например: Швейцарский официальный вестник торговли от 18.12.2017, касательно компании *IndéNodes Sàrl* (CHE-133.249.446), акционеры которой внесли три биткоина в уставный капитал (вклад в натуральной форме).

5.3. Правовые структуры

Как указано в общем перечне мотиваций и подходов, одним из наиболее интересных мотивов является выбор правильной правовой структуры для запуска и администрирования криптовалюты. В то время как биткоин был запущен без ссылки на какую-либо правовую систему и без юридического лица для его администрирования (анонимно), последующие криптовалюты были запущены более классическим способом в том смысле, что идентифицируемые лица объясняли планируемые действия, а также была произведена юридическая структуризация.

Значимые криптовалюты, такие как *Ethereum* в июле 2014 г., а также *Cardano* в 2016 г., *Interchain* и *Tezos* в 2017 г., выбрали структуру швейцарского фонда. Эта юридическая форма довольно примитивна (законодательство, относящееся к фонду, состоит примерно из 20 статей, изложенных на четырех страницах), но имеет в качестве одной из особенностей, обусловленной консервативным отсутствием акционеров в качестве владельцев, фиксированную цель: как только цель фонда определена, ее трудно изменить. Изменить цель фонда возможно только с одобрения государственного органа (орган по надзору за деятельностью фондов) в случае, если можно доказать, что изменение цели фонда необходимо для лучшего выполнения сущности изначально сформулированной цели. Это особенно важно в связи с озабоченностью, связанной с текущей структурно инфляционной монетарной политикой центральных банков. Было замечено, что они значительно увеличили денежную массу в связи с их социальной и политической ответственностью, что привело к девальвации государственной валюты. Напротив, если в уставе частного фонда, управляющего криптовалютой, будет определено, что предложение криптовалютной массы вообще не должно увеличиваться или должно увеличиваться только на 1 или 2 % годовых, то нет причин, по которым управляющий фондом мог бы увеличить криптовалютную массу сверх этого лимита. Очевидно, что в отсутствие владельцев с полномочиями, аналогичными полномочиям акционеров корпорации, эта цель не может быть изменена (кроме как в строгих пределах, совместимых с первоначальной целью). Таким образом, форма фонда подразумевает, что структурно не будут предприниматься никакие действия, имеющие последствия в виде инфляционного эффекта.

Кроме того, если фонд является некоммерческим (на что может указывать устав), это гарантирует, что прибыль (как правило, даже при очень низких сборах, возникающих в результате эксплуатации сети или увеличения стоимости криптовалюты) не будет распределена

между учредителями. В контексте децентрализации власти это важно для представления многочисленным членам «криптосообществ».

При этом также идеально подходят многие другие правовые формы (например, корпорации, коммерческие фонды). Важно, чтобы параметры и факторы были четко объяснены участникам и пользователям.

5.4. Уголовное право

Известно, что в связи с запуском и администрированием криптовалют имели место факты мошенничества, хищений и краж. Не похоже, что криптовалюты в этом смысле концептуально отличаются от обычных валют. Предотвращение фактов мошенничества всегда требовало особого внимания. Когда человеку наносится ущерб в результате операции с криптовалютой, несмотря на проявленную им разумную осторожность, поскольку было дано ложное обещание, то нанесение ущерба, скорее всего, является наказуемым мошенничеством в соответствии с уголовным законодательством. Руководители сетей или «криптообменников», а также эскроу-агенты, которые использовали доверенную криптовалюту в других целях, нежели оговоренные, скорее всего, совершили растрату. Если национальное уголовное законодательство сформулировано четко и ясно, то, по всей видимости, крупные изменения в законодательстве в этой связи нецелесообразны. Напротив, реализация правовых норм потребует от органов прокуратуры хорошего понимания практических реалий, характеризующих криптовалюты.

5.5. Аспекты административного права: налогообложение, право финансовых инструментов, банковское законодательство, превентивные меры по борьбе с отмыванием денег

Административное право в его многочисленных аспектах является той областью права, к которой законодатели могут применять самые разнообразные подходы.

Представляется, что во многих юрисдикциях принято за правило следующее: если криптовалюта представляет собой чистое платежное средство, то ее перевод сам по себе не является операцией, облагаемой налогом в соответствии с положениями о налоге на добавленную стоимость[1]. Что касается корпоративного налогообложения, то в данном

[1] См.: решение, вынесенное 22.10.2015 по делу *Hedqvist* (C 264/14) Судом ЕС в отношении биткоина, рассматриваемого в качестве договорного платежного средства, поль-

случае, вероятно, наиболее предпочтительно, чтобы налоговыми органами соблюдались подходы, принятые в соответствии с правилами бухгалтерского учета. В настоящее время данная практика представляется осторожной и все еще развивающейся[1].

Что касается закона о финансовых инструментах, то он, очевидно, находится в процессе эволюции, что можно заметить на примере развития европейского инфляционного законодательства, выросшего с Директивы «до-*MiFID*» из 20 страниц в 1993 г.[2] до первой *MiFID* в 2004 г., состоящей из 44 страниц[3], которая в течение последующих десяти лет была заменена вторым комплексом *MiFID*, состоящим примерно из 550 страниц[4].

В сфере надзора за финансовым рынком нельзя не отметить, что криптовалюты не должны позволять обходить режимы авторизации, установленные банковским законодательством. Опыт показывает, что созданные с этой целью организации преследуются и распускаются надзорными органами[5].

зующегося освобождением от ответственности, изложенное в подпункте ст. 135.1, лит. «e» Директивы 2006/112/CE касательно НДС. Это решение одобрено для швейцарского законодательства налоговыми органами Женевы (см., например: Руководство: Выпуск цифровых жетонов в кантоне Женева, версия на 05.12.2019), но оно рекомендует получить предварительное решение в Федеральной налоговой администрации, компетентной в области НДС.

[1] В отношении Швейцарии см., например: Директива Федерального налогового управления от 27.08.2019, где говорится о так называемом принципе детерминации (*principe de déterminance)*, в соответствии с которым надлежащий режим учета ограничивает действия налогового ведомства (см.: *Rouiller / Bauen / Bernet / Lasserre Rouiller, La société anonyme Suisse – Droit commercial, droit comptable, responsabilité, loi sur la fusion, droit boursier, droit fiscal*, 2e éd., Zurich, 2017, № 1059).

[2] Директива 93/22/ECE от 10.05.1993.

[3] Директива 2004/32/EC от 21.04.2004, в частности, критикуется *Hautcœur / Lagneau-Ymonet / Angelo Riva*, *De la concentration des ordres de bourse à la centralisation de l'information boursière. Enjeux et perspectives de la révision de la directive MIF – 2010* (От концентрации заказов на фондовом рынке до централизации информации о фондовом рынке. Проблемы и перспективы обзора Директивы *MIF* – 2010). Эти авторы ссылаются на извращенные последствия *MiFID*, такие как падение ликвидности (вызванное фрагментацией рынков, вытекающей из категорий, продиктованных *MiFID*), что, очевидно, наносит ущерб инвесторам.

[4] Директива 2014/65/EC от 15.05.2014 «MiFID II» состоит из 148 страниц, но ее следует читать вместе с Постановлением от 15.05.2014 № 600/2014/EC на 65 страницах (в Преамбуле говорится, что «...поэтому настоящее Постановление следует читать вместе с Директивой») и, в частности, с Постановлением от 31.03.2017 № 2017/565/EC.

[5] См., например, в Швейцарии решения органов финансового рынка (*FINMA*) по делам *E-Coin*, опубликованные 26.09.2017.

Что касается борьбы с отмыванием денег, то здесь очевидно, что классическое законодательство (в основном обнародованное в 1990 г.) было сосредоточено на надзоре за финансовыми посредниками, в частности с обязанностью объявлять о подозрительных сделках. Однако в той части, в которой некоторые операции с криптовалютами осуществляются без посредничества (*peer-to-peer*), эти правовые инструменты не действуют. Тем не менее по-прежнему ясно, что преступление в виде отмывания денег преследуется по закону также и в том случае, когда оно совершается лицами, действующими без посредничества. Более того, технология блокчейн представляет собой запись транзакций, которая в некотором отношении более удобочитаема для органов прокуратуры, чем банковские транзакции.

Таким образом, криптовалюты далеки от того, чтобы представлять повышенный риск отмывания денег, но только при условии, что органы прокуратуры хорошо понимают практические реалии данной специфики.

Конечно, следует воздерживаться от излишнего оптимизма или наивности, поскольку серьезные исследования сообщают о фактическом использовании криптовалюты террористическими группами[1]. Тем не менее шансы для государственных органов, которые понимают, как устроены криптовалюты, предотвращать и преследовать за их преступное использование, не слабее, чем для традиционных платежных средств, они даже сильнее.

Тот факт, что преступники используют криптовалюты наряду с остальными средствами платежей, не является причиной для уничтожения объективно полезных функций криптовалют – например, таких как расширение прав и возможностей людей благодаря одноранговым операциям и доступу к обеспеченным сделкам за небольшую часть

[1] См, например: *Dion-Schwarz / Manheim / Johnston*, *Terrorist Use of Cryptocurrencies – Technical and Organizational Barriers and Future Threats,* 2019; Отрывок – сбалансированного – резюме редактора Rand Corporation: «Текущие криптовалюты плохо сочетаются со всем набором функций, которые были бы необходимы и желательны для террористических групп, но могли бы использоваться для отдельных финансовых операций... Регулирование и надзор за криптовалютами наряду с международным сотрудничеством между правоохранительными органами и разведывательным сообществом станут важными шагами по предотвращению использования террористическими организациями криптовалюты для поддержки своей деятельности». См. также расследование, о котором сообщил *Nick Harley* 18.05.2020: «Опасения по поводу пропажи миллионов ИГИЛ, спрятанных в криптовалюте готовой к использованию в качестве военного сундука» (получено на сайте thenational.ae 09.05.2020). См. также то, о чем сообщил *Felipe Erazo* в *Cointelegraph* 21.05.2020: «Исследователи на Филиппинах отслеживают использование криптовалюты террористами».

цены, применяемой при использовании государственной валюты, и наличие структурно не инфляционных средств платежа).

Правильный ответ государственных органов на использование криптовалюты преступниками заключается в том, что превентивные органы хорошо разбираются в этих инструментах и используют фактические и постоянно улучшающиеся возможности отслеживания[1], тогда как органы прокуратуры эффективно применяют уже существующие правовые инструменты (и, при необходимости, выявлять недостатки и предоставлять практическую информацию законодателям, чтобы можно было провести необходимые законодательные реформы, что не означает запрета таких полезных для общества и человека инструментов, как криптовалюты).

6. Краткий вывод

Криптовалюты, очевидно, представляют собой инструменты, которые дают дополнительные практические возможности для отдельных лиц, организаций и общества. С макроэкономической точки зрения, а также с точки зрения способности людей контролировать переносимые резервы стоимости (то, что валюты должны позволять людям делать) они могут быть очень полезны в современном контексте, когда денежно-кредитная политика вынуждена была пойти по пути массового создания структурного инфляционного потенциала.

Частное право сразу же начинает действовать, чтобы удовлетворительно решать вопросы, возникающие в связи с использованием криптовалют.

Что же касается административного права, то ни один возникший в данной сфере вопрос не кажется непреодолимым.

Пристатейный библиографический список

1. Alizart Mark, *Cryptocommunisme*, Paris, 2019.

2. Bauen / Rouiller*, Swiss Banking*, Zurich 2013.

3. Blanc Jerôme, *Les monnaies alternatives*, Paris. 2018.

4. Bozman / Iguernlala / Laporte / Le Fessant / Mebsout, *Liquidity: OCaml pour la Blockchain,* 2018.

[1] См., например: *Yann Le Cun, Quand la machine apprend – La révolution des neurones artificiels et de l'apprentissage profond*, Paris. 2019.

5. Favier / Huguet / Takkal-Bataille*, Bitcoin – metamorphoses – De l'or des fous à l'or numérique*, Paris, 2018.

6. Giorgini / Vailland, *La fulgurante recréaction*, Montrouge, 2016.

7. Hautcœur / Lagneau-Ymonet / Angelo Riva, *De la concentration des ordres de bourse à la centralisation de l'information boursière. Enjeux et perspectives de la révision de la directive MIF – 2010.*

8. Le Cun Yann*, Quand la machine apprend – La révolution des neurones artificiels et de l'apprentissage profond*, Paris, 2019.

9. Morisod / Zaki*, La finance de l'ombre a pris le contrôle*, 2016.

10. Rouiller Nicolas, *Legal Instruments and Environment of International Business*, Hong Kong, Tallinn, 2018

11. Rouiller Nicolas, *Cryptomonnaies, registres distribués et entreprise*, in *Droit et gestion d'entreprise* (Dürr / Lardi / Rouiller ed.), 2e éd., Zurich, 2020.

12. Rouiller / Bauen / Bernet / Lasserre Rouiller*, La société anonyme Suisse – Droit commercial, droit comptable, responsabilité, loi sur la fusion, droit boursier, droit fiscal,* 2e éd., Zurich, 2017.

13. *Un fonds Covid-19 financé par la BNS serait un dangereux recours à la planche à billets,* in *Le Temps*, 19.05.2020.

14. *Гудман Л.М.* Самоизменяющееся криптохранилище. 2014.

15. Директивы 2006/112/CE.

16. Директива Федерального налогового управления от 27.08.2019.

17. Директива 93/22/ECE от 10.05.1993.

18. Директива 2004/32/EC от 21.04.2004.

19. Доклад Федерального совета Швейцарии от 06.12.2018 «Правовые рамки технологии распределенных бухгалтерских книг и блокчейнов в Швейцарии».

20. Договор о функционировании ЕС.

21. Комитет по системам оплаты и установки. Роль денег Центрального банка в платежных системах. 2003.

22. Решение, вынесенное Судом ЕС 22.10.2015 по делу *Hedqvist* (C 264/14).

23. Устав Европейской системы центральных банков и Европейского центрального банка (консолидированная версия Устава опубликована 07.06.2016 в Официальном журнале C 202, с. 230–250; ст. 21 не изменилась со времен Маастрихтского договора, см. Официальный журнал C 191/73 от 29.07.1992)

Г. Ното Ла Диега

ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ И БАЗЫ ДАННЫХ В ЭПОХУ БОЛЬШИХ МАШИННЫХ ДАННЫХ[1, 2]

Аннотация. *В данной статье рассматриваются базы данных, в которых используются технологии искусственного интеллекта для получения, проверки или представления содержимого базы данных («базы данных ИИ»). Главный исследовательский вопрос заключается в том, могут ли базы данных ИИ охраняться в рамках режимов авторского права и права sui generis, предусмотренных Директивой «О правовой охране баз данных». Предполагаемая неадекватность права sui generis для экономики данных и, в частности, для данных, генерируемых машинами, побудила Европейский парламент обратиться к Комиссии с призывом отменить указанное право, а Комиссию – предложить ввести право производителя данных в качестве нового имущественного права, которое сделало бы то, что не смогло сделать право sui generis. В данной статье доказывается, что, вопреки распространенному мнению, право sui generis пригодно для охраны баз данных ИИ и что иное решение привело бы к чрезмерной защите указанного объекта договорными средствами. Право sui generis может быть наилучшим, если не единственным, способом защиты произведений, «автором» которых является ИИ. Действительно, даже если произведения, созданные ИИ, в настоящее время не охраняются авторским правом ввиду отсутствия оригинальности, они, тем не менее, могут защищаться, если являются частью базы данных. Таким образом, благодаря ИИ право sui generis может стать более важным, чем когда-либо.*

Ключевые слова: *искусственный интеллект, интеллектуальная собственность, базы данных, авторское право, право sui generis, право ЕС, большие данные, машинные данные, промышленные данные, интернет вещей, машинное обучение, интеллектуальный анализ данных, договорное право.*

---

[1] Автор выражает признательность Эстель Дерклей, Марко Риколфи, Россане Дукато, Джеймсу К. Беллу и анонимному рецензенту за их полезные предложения, а также благодарность Валентине Боргезе и Алессии Палладино за драгоценную помощь в исследовании. Изложенные мнения и допущенные ошибки принадлежат исключительно автору.

[2] Перевод с согласия автора выполнила Д.А. Мотовилова.

> Не понимаю, почему бы человеку, который считает, что так могло произойти, не поверить также, что если изготовить из золота или из какого-нибудь другого материала в огромном количестве все двадцать одну буквы, а затем бросить эти буквы на землю, то из них сразу получатся «Анналы» Энния, так что их можно будет тут же и прочитать. Вряд ли по случайности может таким образом получиться даже одна строка.
>
> Цицерон. О природе богов. Кн. II. XXXVII[1]

1. Введение

Данное исследование посвящено базам данных, созданным с помощью технологий искусственного интеллекта[2] (далее – базы данных ИИ), которые могут использоваться на стадии получения содержимого баз данных, а также в процессе проверки и представления [содержимого базы данных][3]. Главный исследовательский вопрос заключается в том, могут ли базы данных ИИ охраняться в рамках режимов авторского права и специального правового режима (*sui generis*), предусмотренных Директивой «О правовой охране баз данных» (далее – Директива 96/9/ЕС)[4]. Эта тема тесно связана с некоторыми из наиболее актуальных вопросов в области авторского права, а именно: с предполагаемой непригодностью права *sui generis* для защиты машинных данных и больших машинных данных[5], оригинальностью произведений, созданных без участия человека[6], исключениями для целей ин-

[1] Цит. по: *Цицерон Марк Туллий*. Философские трактаты / пер. с лат. М.И. Рижского. М.: Наука, 1985. С. 131.

[2] Понятие «искусственный интеллект», служащее для обозначения автономных и «интеллектуальных» технологий, будет проанализировано в следующем разделе.

[3] Напротив, в этой статье будут оставлены без внимания те базы данных, изготовители которых используют ИИ в качестве вспомогательного средства, но при создании которых человеческий фактор остается доминирующим.

[4] Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 96/9/ЕС от 11.03.1996 «О правовой охране баз данных».

[5] JIIP and Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Final report*, European Commission, Brussels, 2018.

[6] См., например: Ihalainen, *Computer creativity: artificial intelligence and copyright*, in *JIPLP* 2018, IX, 724; Ramalho, *Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems* (13 June 2017) (URL: https://ssrn.com/abstract=2987757 (дата обращения: 30.10.2018)); Bridy, *Coding Creativity: Copyright*

теллектуального анализа текстов и данных[1] в контексте предлагаемой реформы авторского права ЕС[2], а также права на данные (например, печально известное право производителя данных)[3].

В 2018 г. Европейская комиссия оценила влияние Директивы 96/9/ЕС, уделив особое внимание праву *sui generis* и машинным данным[4]. Проект Директивы разрабатывался в эпоху компакт-дисков[5], когда ныне забытая песня *"End of the Road"* лидировала в чартах *Billboard*. С тех пор технологии радикально изменились и ИИ стал предоставлять беспрецедентные инструменты для извлечения ценности из больших машинных данных[6], а базы данных вернулись в моду благодаря блокчейну[7] и другим технологиям распределенных реестров[8]. Был выдви-

and the Artificially Intelligent Author, in *Stan Tech L Rev* 2012, V, 1; Guadamuz, *Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works*, in *IPQ* 2017, II, 169.

[1] Здесь и далее «интеллектуальный анализ текстов и данных» будет называться просто «интеллектуальный анализ данных» для удобства чтения.

[2] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM/2016/0593 final) (Draft Copyright Directive in the Digital Single Market).

[3] Commission Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy – accompanying the document Communication Building a European data economy, COM (2017) 9 final (10 January 2017).

[4] Commission Staff Working Document. Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases {SWD (2018) 147 final}.

[5] Тот факт, что проект Директивы 96/9/ЕС имел в качестве ориентира рынок компакт-дисков, подтверждается пояснительным меморандумом к Директиве. Об истории введения в действие Директивы 96/9/ЕС см.: Davison, *The legal protection of databases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 51 ff.

[6] Под «большими машинными данными» мы подразумеваем большое количество данных, производимых машинами, в частности в контексте понятий интернета вещей, ИИ, межмашинной коммуникации (M2M), промышленности 4.0, облачных вычислений и робототехники.

[7] Блокчейн – это технология, используемая в криптовалютах, таких как биткоин и эфир, но выходящая за рамки этого [использования], будучи «типом базы данных, который берет несколько записей и помещает их в блок... Каждый блок затем "приковывается" к следующему блоку, используя криптографическую подпись» (UK Government Chief Scientific Adviser, *Distributed Ledger Technology: Beyond block chain* 2016, Government Office for Science, London, 17). Его главными особенностями являются постоянно обновляемый и устойчивый к взлому учет соответствующих транзакций (например смарт-контрактов) и инфраструктура для аутентификации сторон в сделке. Bacon et al., *Blockchain Demystified*. Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper, No. 268/2017.

[8] Распределенные реестры – это тип базы данных, которая распределена по множеству сайтов и в которой «записи хранятся одна за другой в непрерывном реестре,

нут аргумент о том, что режим защиты баз данных более не является адекватным, в том числе в свете важности экономики данных, общая стоимость которой достигла 300 млрд евро в 2016 г., а к 2020 г. она должна возрасти до 739 млрд евро с общим влиянием в 4% на ВВП ЕС[1]. Напротив, рынок баз данных в ЕС находится в полном застое[2]. Указанная неадекватность [правового режима] заставила Европейский парламент призвать Комиссию отменить право *sui generis*[3], а Комиссию – принять решение о его сохранении[4], предложив взамен ввести право производителя данных как новое имущественное право, которое сделало бы то, что не смогло сделать право *sui generis*, и, таким образом, создать стимулы для инвестиций в производство данных[5].

В настоящей статье утверждается, что, вопреки распространенному мнению, право *sui generis* подходит для баз данных ИИ и что иное решение привело бы к чрезмерной защите указанного предмета с помощью договорных средств. Кроме того, если бы право *sui generis* было реанимировано, то появился бы веский аргумент в пользу отказа от любого предложения об имущественном праве на данные. Это утверждение имеет серьезные последствия, поскольку право *sui generis* может быть наилучшим, если не единственным, способом защиты произведений, «автором» которых выступает ИИ. Действительно, даже если в настоящее время произведения, созданные ИИ, не могут охраняться авторским правом в силу отсутствия оригинальности, они тем не менее могут охраняться, если являются частью базы данных. Таким образом, благодаря ИИ право *sui generis* может стать более важным, чем когда-либо.

Что касается методов, то в данной работе основное внимание уделяется законам и прецедентному праву в отношении баз данных с точки зрения права ЕС. Имплементация норм в национальное право будет рассматриваться лишь косвенно, а Великобритания будет главной от-

а не сортируются по блокам, и добавляются только тогда, когда участники достигают кворума» (UK Government Chief Scientific Adviser, op. cit., 17–18).

[1] IDC and Open Evidence, *European data market. Final report*, European Commission, Brussels, 2017, 126.

[2] JIIP and Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Annex 2: Economic analysis*, European Commission, Brussels, 2018.

[3] European Parliament resolution of 19 January 2016 on Towards a Digital Single Market Act (2015/2147(INI)) (2018/C 011/06), para. 108.

[4] Commission, Evaluation, cit.

[5] Commission, Free flow of data, cit.

правной точкой по трем причинам[1]. Во-первых, Великобритания стала первым государством – членом ЕС, которое регулирует произведения, созданные компьютером[2]. Во-вторых, хотя в принципе произведения ИИ вряд ли могут считаться оригинальными (в соответствии со стандартом оригинальности ЕС – собственным интеллектуальным творением автора)[3], они могут быть [признаны оригинальными] по британским стандартам, т.е. согласно критериям умения, труда или суждения (*skill, labour, or judgement*)[4]. В-третьих, Великобритания является самым продуктивным изготовителем баз данных в ЕС[5].

В статье рассматривается правовое регулирование в его нынешнем виде и оцениваются возможности и способы его применения в выбранной технологической среде. Рассуждения *de lege ferenda* будут сведены к минимуму. Основное внимание в данной статье уделено ИИ, создающему базы данных, однако ИИ актуален для сферы регулирования баз данных также и потому, что соответствующие технологии могут быть

[1] Copyright and Rights in Databases Regulations 1997, S.I. 1997 n. 3032, amending the Copyright, Designs and Patents Act 1998 (Part II), and introducing the "database right" (Part III). Не все государства – члены имплементировали нормы Директивы своевременно. Примечательно, что первые решения Суда справедливости по Директиве 96/9/ЕС признали государства – члены ЕС ответственными за неисполнение обязанности по имплементации. См.: Court of Justice 13 April 2000, *Commission v. Luxemburg*, case C-348/99, in *ECR* 2000, I, 2917 and Court of Justice 11 January 2001, *Commission v. Ireland*, case C-370/99, ivi, 2001, I, 297.

[2] Copyright, Designs, and Patents Act 1988, Section 9 (3), 12 (7), 79 (2) (c), 81 (2), 178, 214, 263.

[3] Court of Justice 16 July 2009, *Infopaq*, case C-5/08, in *ECR* 2009, I, 6569, para. 36. См.: Valenti's comment in this Journal, 2009, 428 ff.; DERCLAYE, *Wonderful or Worrisome? The Impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK Copright Law*, in *EIPR* 2010, V, 247 ff.; Trabuco, *Com onze palavrinhas apenas (...): a reprodução temporária de obras e a actividade de press clipping*, in *Cadernos de Direito Privado* 2009, 38 ff.

[4] Теоретически после дела *Infopaq* Великобритания восприняла стандарт Европейского союза в отношении оригинальности произведения, хотя, как утверждается, это не имеет практических последствий. См.: *The Newspaper Licensing Agency and others v. Meltwater Holding BV and others* [2011] EWCA Civ 890. Тем не менее после выхода Великобритании из Европейского союза страна может вернуться к прежнему, по-видимому, более низкому и, конечно, более благоприятному для ИИ стандарту оригинальности.

[5] JIIP and Technopolis Group, *Final report*, cit., 6. Этот аргумент используется как доказательство маловероятности того, что после *Brexit*'а Великобритания отменит режим баз данных, устанавливаемый ЕС. На это, в частности, указывают Ramalho and Gomez Garcia, *Copyright after Brexit*, in *JIPLP* 2017, VIII, 669, 670, которые ссылаются на данные, представленные в рабочих документах Генерального директората Европейской комиссии по внутреннему рынку и услугам. См.: DG Internal Market and Services Working Paper, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, Brussels, 12 December 2005.

использованы для нарушения прав на базы данных, предотвращения их нарушения и обеспечения соблюдения исключительных прав (например, фильтры и автоматизированные процедуры удаления). Эти аспекты будут рассматриваться только в той мере, в какой они могут способствовать ответу на основной вопрос исследования.

Структура данной работы выглядит следующим образом. В первой части дается введение в технологии ИИ и их актуальность с точки зрения баз данных. Во второй части будет проведен более глубокий анализ авторско-правовой охраны баз данных для решения проблем, связанных с авторством произведений, созданных ИИ, оригинальностью таких произведений и правами на базы данных ИИ. В третьей части будет исследовано то, какие аспекты права *sui generis* являются более актуальными и проблематичными. В четвертой части будет проведен критический анализ нарушений и исключений с акцентом на законность интеллектуального анализа данных посредством ИИ. Наконец, будет представлен анализ способов защиты баз данных, выходящих за рамки Директивы 96/9/ЕС, с акцентом на технические средства защиты, договоры и недобросовестную конкуренцию.

2. Искусственный интеллект, машинное обучение, глубокое обучение: дефиниции и достижения

В ходе наблюдений за дебатами об ИИ было отмечено[1], что существует поляризация между «сингуляриатами»[2] и «АИтеистами»[3]. Первые уверены, что истинный суперинтеллект не за горами, и он разрушит все, что мы знаем, что приведет к апокалипсическому сценарию, при котором человеческий труд станет бесполезным, а люди станут рабами машин. Вторые, в свою очередь, утверждают, что нелепо даже воображать создание разумной машины и в любом случае никакого реального краха не произойдет, так как мы сможем держать машины под своим

[1] Floridi L., *Should we be afraid of AI?*, in *Aeon*, 9 May 2016 (URL: https://aeon.co/essays/true-ai-is-both-logically-possible-and-utterly-implausible (дата обращения: 30.10.2018)).

[2] Для тех, кто не знаком с такого рода литературой, см.: Kurzweil K., *The singularity is near: When Humans Transcend Biology*, N.Y., Viking, 2006. Выдающимся интеллектуалом, принадлежавшим к данному классу, являлся Стивен Хокинг, который утверждал, что «развитие полного искусственного интеллекта может означать конец человеческого рода». (Cellan-Jones R., *Stephen Hawking warns artificial intelligence could end mankind,* 2 December 2014 (URL: http://www.bbc.co.uk/news/technology-30290540 (дата обращения: 30.10.2018)).

[3] См., например: Searle J.R., *What your computer can't know,* The New York Review of Books, 2014.

контролем. Несмотря на отсутствие согласия по поводу временных рамок и степени, в которой ИИ изменит наш мир, можно согласиться с тем, что этот набор технологий уже оказывает ощутимое влияние на некоторые аспекты нашей жизни[1], что влечет за собой широкомасштабные последствия, включая необходимость переосмысления некоторых принципов и норм права интеллектуальной собственности[2].

Несмотря на то, что общепринятого определения ИИ не существует, полезно вкратце остановиться на наиболее распространенных вариантах с тем, чтобы лучше определить сферу исследования данной работы.

Ученый, придумавший словосочетание[3] «искусственный интеллект»[4], определял его как «науку и инженерное искусство создания ин-

[1] Appenzeller, *The AI revolution in science, in Science*, 7 August 2017, и Harari, *Reboot for the AI revolution*, in *Nature* 2017, ⅤMMDCLXXVI, 324.

[2] Среди некоторых релевантных источников следует отметить следующие: Lupu, *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, in *World Patent Information* 2018, LIII, A1; Dickenson, Morgan, and Clark, *Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications*, in *EIPR* 2017, VIII, 457; Ihalainen, op. cit., 724; Ramalho, *Will Robots Rule*, cit.; Schafer, *Editorial: The future of IP law in an age of artificial intelligence*, in *Scripted* 2016, III, 283; Bridy, op. cit., 1; Ginsburg, *People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention*, in *IIC* 2018, II, 131; Guadamuz, op. cit., 169; Karaganis and Urban, *The Rise of the Robo Notice*, in *Communications of the ACM* 2015, IX, 28; Levendowski, *How copyright law can fix artificial intelligence's implicit bias problem*, in *Washington Law Review* 2018, II, 579; Perel and Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, in *Stan. Tech. L. Rev*. 2016, 473; Perel and Elkin-Koren, *Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement*, in *Fla. L. Rev*. 2017, 181; Yanisky-Ravid and Moorhead, *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Accountability and Copyright – The Human-Like Workers Are Already Here – A New Model*, in *Michigan State Law Review (forthcoming)*, и Noto La Diega, *Machine Rules. Of Drones, Robots, and the Info-Capitalist Society*, in *Italian LJ*. 2016, II, 367 ff. Литература по искусственному интеллекту и интеллектуальной собственности восходит к 80-м гг. XX в., и некоторые из первых работ являются основополагающими. Butler, *Can a Computer Be an Author-Copyright Aspects Of Artificial Intelligence*, in *Comm/Ent LS*. 1981, IV, 707 ff., и Samuelson, *Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works*, in *University of Pittsburgh Law Review* 1985, 1185 ff.

[3] В отличие от словосочетания «искусственный интеллект», концепция и соответствующие исследования восходят, по крайней мере, к ранним 40-м гг. XX в. и, в частности, к Mcculloch and Pitts, *A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity*, in *Bulletin of Mathematical Biophysics* 1943, IV, 115, как отмечается, в частности, в книге Russell and Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3rd ed., Prentice Hall, Upper Saddle River, 2009, 16.

[4] Джон Маккарти придумал этот термин в 1955 г., когда создал исследовательскую группу, а затем организовал Дартмутский летний исследовательский проект по искусственному интеллекту. См.: Mccarthy, Minsky, Rochester, and Shannon, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence,* 31 August 1955 (URL: http://raysolomon-off.com/dartmouth/boxa/dart564props.pdf (дата обращения: 30.10.2018)).

теллектуальных машин, в особенности интеллектуальных компьютерных программ»[1]. Согласно другому часто цитируемому определению[2] ИИ – это «симуляция человеческого интеллекта в машине с тем, чтобы сделать машину способной эффективно идентифицировать и использовать нужную часть "знаний" на данном этапе решения проблемы»[3]. Оба определения смещают проблему в сторону более точного понимания того, что же такое представляет из себя «интеллект» – ту самую проблему, которая имеет одно из самых удачных, хотя и открытых для критики[4] решений в тесте Тьюринга, согласно которому машина является умной, если, играя в «имитационную игру», человек не может отличить ответы машины от человеческих[5].

Одно из главных разграничений в данной области проводится между искусственным интеллектом общего назначения, именуемым также сильным или полным ИИ, с одной стороны, и прикладным, узким или слабым искусственным интеллектом, с другой стороны. В то время как ИИ общего назначения может в конечном счете заменить человека, поскольку он стремится «создать основанные на интеллекте общие теоретические модели на уровне человека»[6], узкий ИИ «разрабатывает программное обеспечение для решения ограниченных практических задач»[7], и, следовательно, по своей сути он направлен не на замену человека, а на улучшение его жизни, например в области предсказательной аналитики, автономных автомобилей, ухаживающих роботов, распознавания речи и интеллектуального анализа данных.

Роль Маккарти и конференции общепризнана, но см. критические замечания Kline, *Cybernetics, Automata Studies, and the Dartmouth Conference on Artificial Intelligence*, in *IEEE Annals of the History of Computing* 2010, IV, 5 ff.

[1] Mccarthy, *What is artificial intelligence?* 12 November 2007 (URL: http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai (дата обращения: 30.10.2018)).

[2] См., например: Shukla, Tiwari, and Kala, *Real Life Applications of Soft Computing*, CRC, Boca Raton, 2010, 9.

[3] Konar, *Artificial Intelligence and Soft Computing. Behavioral and Cognitive Modeling of the Human Brain*, CRC, Boca Raton, 1999, 1.2.

[4] Однако, похоже, что тест Тьюринга все еще является основным тестом для оценки работы машины. См.: Lacurts, *Criticisms of the Turing Test and why you should ignore (most of) them*, in *Official Blog of MIT's Course: Philosophy and Theoretical Computer Science* 2011.

[5] Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind* 1950, CCXXXVI, 433, 441.

[6] Goertzel, *The path to more general artificial intelligence,* in *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence* 2014, III, 343 ff.

[7] Ibid.

В то время как для некоторых ИИ общего назначения «начинает выглядеть как достижимая цель»[1], настоящая статья будет рассматривать в основном узкий ИИ по двум причинам. Во-первых, из-за методологической установки на текущие сценарии, а не на будущие. Во-вторых, из-за важности интеллектуального анализа данных – типичного примера применения узкого ИИ[2], в контексте создания баз данных и нарушения соответствующих прав, как будет пояснено ниже.

Для целей настоящей статьи «искусственный интеллект» является обобщающим понятием, охватывающим ряд технологий, которые делают машины (аппаратное и программное обеспечение) все более автономными[3] от людей (разработчиков и пользователей), главными из которых являются машинное обучение и глубокое изучение. Целесообразно вкратце рассмотреть упомянутые технологии.

Машинное обучение является составной частью ИИ, которая существует на стыке статистики, ИИ и информатики и направлена на извлечение знаний из наборов данных[4]. Оно обеспечивает возможность автоматизированного обучения за счет использования компьютеров, обучающихся на основе вводимых данных, т.е. преобразующих опыт в экспертизу или знания[5]. Ключевым элементом машинного обучения является ожидание того, что «точность компьютерного алгоритма со временем повысится... в результате обратной связи относительно предыдущей точности»[6]. Например, *Facebook* использует алгоритмы машинного обучения, в частности, для ранжирования новостных лент, рекламы и результатов поиска[7].

[1] Baroni et al., *CommAI: Evaluating the first steps towards a useful general AI*, in *ICLR* 2017: 5th International Conference on Learning Representations – Workshop Track, Toulon, 24–26 April 2017.

[2] Ibid.

[3] О связи между ИИ и автономностью см.: Morris, Schlenoff, and Srinivasan, *A Remarkable Resurgence of Artificial Intelligence and Its Impact on Automation and Autonomy*, in *IEEE Transactions on Automation Science and Engineering* 2017, II, 407 ff. Авторы подчеркивают, что «переход от автоматизации к автономии является одной из поразительных особенностей развития ИИ и [машинного обучения]».

[4] Davis, Hoffert, and Vanlandingham, *A taxonomy of artificial intelligence approaches for adaptive distributed real-time embedded systems*, in *2016 IEEE International Conference on Electro Information Technology* 2016, 233.

[5] Shalev-Shwartz and Ben-David, *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 1.

[6] Machine learning, in UPTON and COOK (eds), *A Dictionary of Statistics*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, ad vocem.

[7] Об аппаратной и программной инфраструктурах, поддерживающих алгоритмы машинного обучения Facebook, см.: Hazelwood et al., *Applied Machine Learning at Facebook:*

Алгоритмы глубокого обучения, в свою очередь, «вдохновляются структурой и функциями мозга, называемыми искусственными нейронными сетями»[1]. Компьютер, использующий глубокое обучение, разрабатывает «сложные понятия, выстраивая их из более простых»[2]. Диаграмма, изображающая то, как строятся концепции, является «глубокой», «со множеством слоев»[3].

Машинное обучение, независимо от того, глубокое оно или нет, обычно происходит под «контролем», когда обучение происходит в результате обучения алгоритма с маркированными наборами данных[4]. Например, распознавание изображений в *Facebook*[5] контролируется[6], что означает, что существует человеческий оператор, обозначающий картинку, скажем, кошки как «кошку». Важность участия человека в этом типе машинного обучения заставила некоторых исследователей категорично, хотя и небезосновательно, утверждать, что машинное обучение – это миф[7]. На противоположном конце спектра существует неконтролируемое обучение, где алгоритм обучается на основе немаркированных данных, поэтому такое обучение подобно человеческому, т.е. путем переживания мира, а не путем называния каждого предмета[8]. В последние годы, наконец, появилось и приобрело попу-

A Datacenter Infrastructure Perspective, 2017 (URL: https://research.fb.com/wp-content/uploads/2017/12/hpca-2018-facebook.pdf (дата обращения: 29.08.2018)).

[1] Davis, Hoffert, and Vanlandingham, op. cit., 233. Однако, как отмечается в работе Mueller, Reinhardt, and Strickland, *Neural Networks; An Introduction*, Springer Science & Business Media, Berlin-Heidelberg, 1995, 13, «...модели нейронных сетей можно считать производными от исследования природы мозга только в “свободном смысле”». Указывается, что нейронные сети, «...хотя они действительно имеют какое-то отношение к мозгу, их изучение также находится в контакте с другими отраслями науки, инженерии и математики» (Gurney, *An Introduction to Neural Networks*, CRC Press, Boca Raton, 2014, 1).

[2] Goodfellow, Bengio, and Courville, *Deep learning*, MIT Press, Cambridge (Ma), 2016, 2.

[3] Ibid.

[4] Lecun, Bengio, Hinton, *Deep learning*, in *Nature* 2015, VMMDLIII, 436 ff.

[5] Возможно, будет полезно иметь в виду, что истинная задача ИИ заключается в «решении задач, которые людям легко выполнить, но трудно описать формально – задач, которые мы решаем интуитивно, которые кажутся автоматическими, как распознавание произнесенных слов или лиц в образах» (Goodfellow, Bengio, and Courville, op. cit., 1).

[6] Mahajan et al., *Exploring the Limits of Weakly Supervised Pretraining*, in *ArXiv* 2018 (URL: https://research.fb.com/wp-content/uploads/2018/05/exploring_the_limits_of_weakly_supervised_pretraining.pdf (дата обращения: 30.10.2018)).

[7] Bradshaw, *Self-driving cars prove to be labour-intensive for humans*, in *Financial Times*, 9 July 2017. Здесь осуждаются неудовлетворительные условия труда соответствующих работников.

[8] Lecun, Bengio, Hinton, op. loc. ult. cit.

лярность полуконтролируемое обучение[1]. Примером решения менее трудозатратного, чем контролируемое обучение, и более точного[2], чем неконтролируемое обучение, является *Alexa* – виртуальный ассистент *Amazon* на основе ИИ, который учится расшифровывать голос своих пользователей как с помощью операторов, прослушивающих и маркирующих [записи], так и с помощью автономной интерпретации немаркированных данных[3].

С нашей точки зрения, отличия между различными формами обучения достаточно актуальны, поскольку в большинстве сценариев легче оценить, есть ли нарушения исключительных прав на базу данных, если данные извлекаются или иным образом используются с помощью модели контролируемого обучения. В самом деле, это потребует участия человеческих операторов для маркировки данных. И наоборот, может оказаться сложнее оценить, имело ли место нарушение, в тех случаях, когда в этом не принимали участия люди. Подробнее об этом – чуть позже.

В 80-е гг. XX в.[4] было предсказано, что интеграция ИИ и баз данных станет критической «для следующего поколения вычислений»[5].

---

[1] См., например: Rodriguez, *Google Expander and the Emergence of Semi-Supervised Learning*, in *Medium*, 20 November 2016 (URL: https://medium.com/@jrodthoughts/google-expander-and-the-emergence-of-semi-supervised-learning-1919592bfc49 (дата обращения: 29.08.2018)).

[2] Liang and Klein, *Analyzing the Errors of Unsupervised Learning*, in *Proceedings of ACL-08*, Columbus, Cwmbran, 2008, 879.

[3] Anders, *Alexa, Understand Me*, in *MIT Technology Review*, 9 August 2017 (URL: https://www.technologyreview.com/s/608571/alexa-understand-me/ (дата обращения: 29.08.2018)).

[4] В 80-е гг. XX в. исследователи в области искусственного интеллекта начали изучать взаимосвязь между искусственным интеллектом и базами данных. См., например: Schoen, Smith, and Buchanan, *Design of knowledge-based systems with a knowledge-based assistant*, in *IEEE Transactions on Software Engineering* 1988, XII, 1771; Mylopoulos and Brodie (eds), *Readings in Artificial Intelligence and Databases,* Kaufmann, San Mateo, 1989; the Working Conference on the Role of Artificial Intelligence in Databases and Information Systems, Guangzhou, PR China, 4–8 July 1988 (proceedings published as Meersman (ed), *Artificial Intelligence in Databases and Information Systems (DS-3),* Elsevier Science, N.Y., 1990). С тех пор интерес к этой теме постоянно рос, как видно на примерах работ 90-х гг. XX в.: Parsaye and Chignell, *Intelligent database tools & applications*, Wiley, 1993; Beynon-Davies, *Expert Database Systems: A Gentle Introduction, McGraw-hill*, 1991, и Marik and Lazansky, *Database and Expert Systems Applications*, Springer, 1993; на примерах работ 2000-х гг.: Last, Kandel, and Horst, *Data Mining In Time Series Databases, World Scientific,* 2004; Bertino, Catania, and Zarri, *Intelligent Database Systems*, Addison-Wesley, 2001, и MA, *Intelligent Databases, Idea Group*, 2007; и, наконец, в последнее десятилетие: LI, *Intelligent Multimedia Databases and Information Retrieval*, *IGI Global*, 2011; Brodie, Mylopoulos, and Schmidt, *On Conceptual Modelling*, Springer Science, Boca Raton, 2012, и Barbucha, Nguyen, and Batubara (eds), *New Trends in Intelligent Information and Database Systems*, Springer, Cham-Heidleberg-N.Y.-Dordrecht-London, 2015.

[5] Brodie, *Future Intelligent Information Systems: AI and Database Technologies Working Together*, in Mylopoulos and Brodie (eds), op. cit., 623.

Однако только в последнее время[1] базы данных ИИ становятся популярными благодаря тому, что ИИ обещает «одновременно поглощать, исследовать, анализировать и визуализировать быстро изменяющиеся, сложные данные в течение миллисекунд»[2]. Сохраняющаяся актуальность академических дебатов подтверждается ежегодной международной конференцией по ИИ и базам данных[3], а также Международным журналом интеллектуальных информационных систем и систем баз данных (*International Journal of Intelligent Information and Database Systems*).

Четыре сценария могут проиллюстрировать, как с точки зрения юриста взаимосвязаны ИИ и базы данных. В первых двух случаях речь идет о базах данных, созданных людьми, использующих данные, порождаемые ИИ, либо путем творческого отбора и упорядочения данных, либо путем вложения значительных средств в их получение, проверку или представление. В центре третьего сценария находится ИИ, который отбирает или упорядочивает данные из различных источников, в то время как последний сценарий рассматривает ИИ, который получает, проверяет или представляет упомянутые данные.

ИИ актуален с точки зрения правовой охраны баз данных по ряду причин, но главным образом потому, что, с одной стороны, лежащие в его основе технологии требуют использования больших наборов данных для обучения алгоритмов[4], в связи с чем возникает вопрос о том, является ли законным использование ИИ для интеллектуального анализа данных, скрейпинга и краулинга и могут ли охраняться ре-

[1] Интеграция ИИ и баз данных в последнее время приобретает коммерческий успех, однако это не новое явление. См., например: Schoen, Smith, and Buchanan, op. cit., 1771; Singh and Hihns, *Automating workflows for service order processing: integrating AI and database technologies*, in *IEEE Expert* 1994, V, 19 ff.

[2] На это указал пресс-секретарь компании по управлению данными *Kinetica* в интервью для журнала PC Magazine. См.: Marvin, *AI Databases: What they are and why your business should care*, in *PCMag UK*, 26 October 2017.

[3] 11-я сессия Азиатской конференции по интеллектуальным информационным системам и системам баз данных прошла в Индонезии с 8 по 11 апреля 2019 г.

[4] Вместе с тем существует ряд трудностей, связанных с использованием больших наборов данных. Было разработано несколько методик. См., например: Belabbas and Wolfe, *Spectral methods in machine learning and new strategies for very large datasets*, in *PNAS* 2009, II, 369 ff.; Xing et al., *Petuum: A New Platform for Distributed Machine Learning on Big Data*, in *IEEE Transactions on Big Data* 2015, II, 49 ff.; Ye et al., *Building feed-forward neural networks with random weights for large scale datasets*, in *Expert Systems With Applications* 2018, 233 ff.

зультаты этих процессов, а с другой стороны, ИИ производит большие машинные данные и может создавать базы данных с информацией, полученной на их основе. ИИ нуждается в больших данных[1], производит их с помощью интеллектуального анализа данных и других методов[2], имеет возможность создавать собственные базы данных и управлять ими[3]. При этом правовой режим баз данных ИИ представляется не вполне ясным[4].

В конечном счете с юридической точки зрения не имеет значения, может ли быть достигнут консенсус в отношении того, как определить ИИ и связанные с ним технологии. И наоборот, крайне важно помнить о двух обстоятельствах. Во-первых, большинство современных прикладных программ в области ИИ требуют участия человека, например, в виде маркировки данных в процессе контролируемого обучения и полуконтролируемого обучения. Во-вторых, интеллект и автономия ИИ все еще слабые. В то время как прикладной ИИ действительно становится повсеместно распространенным, сильного ИИ пока еще нет, хотя он и может быть уже не за горами. В то время как мы плывем по направлению к нему, подгоняемые сильным ветром, нам лучше сосредоточиться на правовых вопросах существующих технологий, представляющих для юристов и законодателей вызов, который невозможно игнорировать. Технологическая путаница между такими абстрактными понятиями, как «ИИ», «большие данные» и «интернет вещей», характеризует оценку Директивы 96/9/ЕС, произведенную Европейской комиссией в 2018 г., и может способствовать пониманию того, почему Комиссия, похоже, склонна считать, что право *sui generis* не подходит для машинных данных.

---

[1] См., например: Assefi Et Al., *Big data machine learning using apache spark MLlib*, in 2017 *IEEE International Conference on Big Data*, Boston, 11–14 December 2017; Huang and Liu, *Big data machine learning and graph analytics: Current state and future challenges*, in *2014 IEEE International Conference on Big Data*, Washington DC, 27–30 October 2014.

[2] См. далее: Xue and Zhang, *Evolutionary feature manipulation in data mining/big data*, in *ACM SIGEVOlu-tion* 2017, I, 4 ff.

[3] См., например: Varde, Maniruzzaman, and Sisson, *Quenchml: A semantics-preserving markup language for knowledge representation in quenching*, in *Artificial Intelligence for Engineering Design, Analysis and Manufacturing* 2013, I, 65; Rheinecker, *DB Networks Debuts AI-Based Agentless Data-base Activity Monitoring*, in *Wireless News*, 16 December 2016; Marvin, op. loc. ult. cit.; Schoen, Smith, and Buchanan, op. loc. ult. cit., и Singh and Hihns, op. loc. ult. cit.

[4] Commission, Evaluation, cit.

3. Контекст и определения Директивы «О правовой охране баз данных»

В начале 90-х гг. XX в. при поддержке ТРИПС[1] на уровне ЕС (тогдашнего Европейского сообщества) было решено, что необходимо что-то сделать для преодоления разрыва между процветающей американской индустрией баз данных и стагнирующей европейской[2]. Это было основным экономическим обоснованием создания столь спорного[3] права *sui generis*, защищающего инвестиции изготовителей баз данных безотносительно от их оригинальности. Наряду с этим считалось, что различные национальные законы о базах данных могут стать фактором фрагментации единого рынка, и поэтому Директива 96/9/ЕС гармонизировала (хотя и лишь частично) законы об авторском праве, применимые к оригинальным базам данных[4]. Третья цель заключалась в обеспечении «баланса интересов между пользователями баз данных и изготовителями баз данных»[5]. Оценки, произведенные Европейской комиссией в 2005[6] и 2018[7] гг., а также обзор соответствующего прецедентного права ЕС[8] подтверждают, что принятие и имплементация в национальное законодательство упомянутого акта не способствовали достижению ни одной из вышеперечисленных целей.

---

[1] Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), ст. 10 (2). Как указывает Гидини, несмотря на то, что ТРИПС дает обоснование авторского права на базы данных, международного основания для права *sui generis* не существует. Ghidini, *Re-thinking Intellectual Property. Balancing Conflicts of Interest in the Constitutional Paradigm*, Edward Elgar, 2018, 241–242.

[2] Директива 96/9/ЕС, п. 10 и 11 Преамбулы; Commission, Evaluation, cit., 18.

[3] Наиболее значимым делом в этом отношении является решение Суда справедливости от 15.01.2015 *Ryanair*, case C-30/14. См.: комментарий ELTESTE, *EU: Contractual Limitations for Database Use – Screen Scraping,* in *Computer Law Review International* 2015, 83. См. также: Vousden, *Autonomy, comparison websites, and Ryanair*, in *IPQ* 2015, 386; Castets-Renard, *La liberté contractuelle et la réservation de l'information des bases de données non protégées devant la CJUE*, in *Droit de l'immatériel* 2015, 8; Gupta and Devaiah, *Databases: The Database Directive "contracting out" bar: does it apply to unprotected databases?*, in *JIPLP* 2015, 669; ROSS, *"Not Getting into a Scrape": Dispute over "Screen Scrape" Data*, in *Computer and Telecommunications Law Review,* 2015, 103; Synodinou, *Databases and screen scraping: lawful user's rights and contractual restrictions do not fly together*, in *EIPR* 2016, V, 312.

[4] Директива 96/9/E, п. 2, 3 и 4 Преамбулы.

[5] JIIP and Technopolis Group, *Final report*, cit., ii.

[6] DG Internal Market and Services, cit., 24.

[7] Commission, Evaluation, cit., passim.

[8] *Ryanair*, cit., 312.

С точки зрения объема правовой охраны Директива № 96/9/ЕС дает широкое определение базе данных, устанавливая три требования[1]:

1) это совокупность независимых произведений, данных или иных материалов;

2) систематическая или методическая организация;

3) индивидуальная доступность элементов базы данных.

Прежде всего материалы должны быть отдельными и не должны взаимодействовать друг с другом[2]. Материалы должны быть отделимы друг от друга без ущерба информационной, литературной, художественной, музыкальной или иной ценности их содержания[3]. Понятие независимости было широко интерпретировано в деле *Verlag Esterbauer*[4], где Суд справедливости ЕС (далее – Суд ЕС) счел несущественным уменьшение автономной ценности после извлечения и указал, что «автономная информационная ценность материала, который был извлечен из коллекции, должна оцениваться в свете ценности информации не для типичного пользователя соответствующей коллекции, а для любой третьей стороны, заинтересованной в извлеченном материале»[5]. Понятие «материалы» охватывает как охраняемые, так

[1] Директива, ст. 1(1).

[2] Pila and Torremans, *European Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 510.

[3] См.: Court of Justice 9 November 2004, *Fixtures Marketing v. OPAP*, case C-444/02, paras. 29 and 33, in this *Journal* 2005, 407 ff. with a comment by COGO. См. также: Aplin, *The ECJ elucidates the Database Right*, in *IPQ* 2005, 204. По этой причине фонограмма, аудиовизуальное, кинематографическое, литературное или музыкальное произведение как таковые не подпадают под действие Директивы 96/9/ЕС (п. 17 Преамбулы). Это связано с «семантической непрерывностью» таких произведений, как отмечено Ottolia, *Big data e innovazione computazionale,* in *I quaderni di AIDA*, n. 28, Giappichelli, Torino, 73. См. также: Court of Justice 26 October 2011, *Dufour*, case T-436/09, in *ECR* 2011, II, 7727, paras. 87, 102. Об этом деле см.: Larché, *Accès aux documents*, in *Europe* 2011, XII, 14 ff. В последнем деле Суда ЕС, связанном с базами данных, Суд указал, что «географическая информация, извлеченная из топографической карты третьей стороной с тем, чтобы эта информация могла быть использована для производства и продвижения на рынок другой карты, сохраняет после ее извлечения достаточную информативную ценность, чтобы быть классифицированной как "независимые материалы", "базы данных" по смыслу указанного положения» (Court of Justice 29 October 2015, *Verlag Esterbauer*, case C-490/14, in *Dir. inf.* 2016, 191, para. 30, см.: комментарий Resta, *Sulla tutelabilità delle carte geografiche ai sensi della direttiva sulle banche di dati*). См. также: Wiebe, *Landkarten als Datenbanken: Der Informationswert von daten*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht PRAX* 2016, III, 49 ff.

[4] *Verlag Esterbauer*, cit.

[5] Там же, § 27.

и неохраняемые авторским правом произведения[1]. Это имеет двоякое последствие.

Во-первых, право *sui generis* можно было бы использовать для охраны произведений, созданных ИИ (например, песни, написанной ИИ), даже если сами по себе они не охраняются авторским правом, например, в силу нерешенности проблемы оригинальности. Таким образом, право *sui generis* может иметь беспрецедентное значение для предоставления некоторой косвенной защиты произведениям, созданным ИИ, в качестве крайней меры. Во-вторых, учитывая, что базы данных могут включать также произведения, охраняемые авторским правом, ИИ или его владельцы должны будут запросить разрешение у автора произведения, к которому они хотят получить доступ, или полагаться на какое-либо иное законное основание (например, исключение из авторского права для целей научного исследования)[2]. В свою очередь, «данные» подразумевают, что база данных может включать также персональные данные, при условии соблюдения соответствующих требований по защите данных.

Следует иметь в виду, что право доступа, признаваемое *GDPR*, не должно негативно влиять на интеллектуальную собственность других лиц, которая, в свою очередь, не может быть использована для отказа в предоставлении всей информации субъекту персональных данных[3]. Если ИИ включает персональные данные в базу данных, это имеет три последствия:

а) субъекты персональных данных могут получать доступ к своим данным до тех пор, пока это не повлияет неблагоприятным образом на права на базу данных;

б) даже если доступ неблагоприятно влияет на права на базу данных, созданную ИИ, это не является веским основанием для отказа в предоставлении всей информации;

---

[1] Директива 96/9/ЕС «не ущемляет свободу авторов решать, как и каким образом они разрешают включать свои произведения в базу данных» (п. 18 Преамбулы).

[2] Как указано в решении по делу *Apis-Hristovich EOOD v. Lakorda AD* от 05.03.2009, case C-545/07, in *ECR* 2009, I, 1627, para. 71, тот факт, что «материалы, содержащиеся в правовой информационной системе, в силу своего официального характера не охраняются авторским правом, сам по себе не является основанием для отказа в квалификации в качестве “базы данных” совокупности таких материалов». Об этом решении см.: Cogo, in this *Journal* 2009, 405 ff.; Eickemeier, *Relevanter Zeitpunkt und Umfang einer Datenentnahme*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2009, 578 и Rambaud, *Droit sui generis des bases de données: vers un équilibre?*, in *Droit de l'immatériel* 2009, 6.

[3] GDPR, п. 63 Преамбулы.

в) права другого субъекта данных не обусловлены ненарушением права интеллектуальной собственности, поэтому, например, запросы о переносе данных не могут быть отклонены.

Второе условие для классификации в качестве базы данных заключается в том, что внутренний элемент базы данных должен организовывать информацию в соответствии с методическими критериями, например хронологическим порядком[1]. Напротив, нет необходимости, чтобы эти материалы «физически хранились организованно»[2]. В принципе, элементы базы данных не представлены «в некоем установленном, неизменном порядке, но могут быть представлены во множестве различных комбинаций, с использованием имеющихся технических и других средств»[3].

В-третьих, база данных должна иметь систему поиска каждого из составляющих ее материалов[4]. Это, однако, не означает, что правообладатель не может ограничивать доступ только к части базы данных[5]. Поэтому, например, коллекция *Alexa* компании *Amazon*, содержащая независимые данные, в том числе голос конечного пользователя, организованная в хронологическом порядке и доступная для извлечения по отдельности, может быть квалифицирована как база данных, даже если пользователь может получить доступ только к своим данным, а не ко всей коллекции в целом. Другие пользователи, например операторы, которые обучают алгоритм и маркируют данные, могут получить доступ ко всей базе данных[6]. Компьютерные программы, используемые при создании или работе с базами данных, выходят за рамки регулирования Директивы 96/9/ЕС[7]. Следовательно, программное обеспечение на основе ИИ, например *Alexa*, может охраняться в соот-

[1] Способ, которым достигается организация, несущественен, если только организация не обеспечивается элементом, внешним по отношению к базе данных. См.: Court of Justice 19 December 2013, *Innoweb*, case C-202/12, in *JIPLP* 2014, 458, с комментариями Bonadio and Rovati, *Use of dedicated meta-search engine infringes database right: the CJEU's stance in Innoweb v. Wegener*. Например, поисковые системы не создают базу данных интернета, потому что они являются внешними по отношению к самой коллекции.

[2] Директива 96/9/ЕС, п. 21 Преамбулы.

[3] *Dufour*, cit., para. 107.

[4] *Fixtures Marketing v. OPAP*, cit., paras. 31–32.

[5] Статья 6 (1) Директивы 96/9/ЕС позволяет сделать такой вывод.

[6] Тем не менее эта база данных может выйти за рамки права *sui generis*, поскольку ее можно рассматривать как «побочный продукт» (*spin-off*). Этот вопрос будет рассмотрен далее.

[7] Директива 96/9/ЕС, ст. 1 (2).

ветствии с Директивой «О правовой охране компьютерных программ»[1] или в качестве изобретения, реализованного с помощью компьютера, если соблюдены соответствующие требования патентоспособности[2], в то время как в отношении соответствующего алгоритма с большей долей вероятности будет установлен режим коммерческой тайны[3].

Представляется, что определение базы данных достаточно широко, чтобы быть применимым в контексте ИИ и связанных с ним явлений, поэтому автор настоящей статьи не разделяет точку зрения тех исследователей, которые считают «необходимым прояснить и решить проблему больших данных, интернета вещей, генерируемых датчиками данных как части определения»[4].

4. Авторское право на базу данных: в поисках автора

Независимо от права *sui generis*[5], защита авторских прав распространяется только на оригинальные базы данных, определяемые как «базы данных, которые в силу подбора или организации их содержания являются собственным интеллектуальным творением автора и охраняются как таковые авторским правом»[6]. Охрана распространяется на структуру материалов, и, соответственно, творческие усилия имеют значение только в том случае, если речь идет о подборе и организации материалов, а не об их создании, как указано в деле *Football Dataco v. Yahoo*[7]. Охрана относится только к самой базе данных, а не ее содер-

[1] Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2009/24/ЕС от 23.04.2009 «О правовой охране компьютерных программ» [2009] OJ L 111/16.

[2] О правовой охране программного обеспечения см.: Noto La Diega, *Software patents and the Internet of Things in Europe, the United States, and India*, in *EIPR* 2017, III, 173 ff.

[3] Noto La Diega, *Against the dehumanisation of decision-making. Algorithmic decisions at the crossroads of intellectual property, data protection, and freedom of information*, in *JIPITEC* 2018, I, 3, 12 and passim.

[4] Допуская в интересах научной дискуссии аргумент, что в будущем определение базы данных потребует пересмотра, крайне важно, чтобы это происходило в соответствии с принципом технологической нейтральности. См., среди прочего: Craig, *Technological neutrality: Recalibrating copyright in the information age*, in *Theoretical Inquiries in Law* 2016, II, 60 ff.

[5] Может существовать двойная защита (авторское право и *sui generis*) в отношении одного и того же права, а также только авторское право или только право *sui generis*. См.: Директива 96/9/ЕС, ст. 7 (4).

[6] Директива 96/9/ЕС, ст. 3 (1).

[7] Court of Justice 1 March 2012, *Football Dataco v. Yahoo! UK*, case C-604/10, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 2012, 269, см.: комментарий Adobati, *La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 96/9/CE sulla tutela giuridica delle banche dati*.

жанию, на которое могут распространяться или не распространяться иные права интеллектуальной собственности[1].

Оригинальность играет ключевую роль, когда речь идет о базах данных, созданных ИИ, по сравнению с иными охраняемыми авторским правом произведениями, поскольку это единственный критерий защиты авторского права на базу данных[2] и потому что оригинальность или ее отсутствие, вероятно, является основным аргументом в пользу непригодности авторского права для защиты произведений, созданных ИИ. Понимание оригинальности баз данных, созданных ИИ, требует предварительного понимания оригинальности произведений, созданных ИИ.

ИИ все чаще создает произведения, которые, если бы они были созданы людьми, вероятно, отвечали бы требованиям авторского права. Достаточно только подумать, что в августе 2018 г. аукционный дом *Christie's* выставил на продажу произведение, созданное ИИ[3], тем самым дав понять, что покупатели могут рассматривать такие произведения как искусство[4]. Другим примером изменения представлений о творчестве является тот факт, что алгоритм генерации изображений искусственным интеллектом был признан «самым большим достижением года»[5]. Многие правовые системы признают, что охраняемые авторским правом произведения могут создаваться с помощью программных и аппаратных технологий. Известным примером является британский режим охраны произведений, созданных компьютером[6],

[1] Директива 96/9/ЕС, ст. 3 (1).

[2] Директива 96/9/ЕС, ст. 3 (1) и п. 15 Преамбулы.

[3] *Is artificial intelligence set to become art's next medium*?, in *Christie's,* 20 August 2018 (URL: https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx (дата обращения: 30.10.2018)).

[4] Nugent, *The Painter Behind These Artworks Is an AI Program. Do They Still Count as Art?*, in *Time*, 20 August 2018.

[5] Chun, *It's getting hard to tell if a painting was made by a computer or a human*, in *Artsy*, 21 September 2017. Исследования Лаборатории искусств и искусственного интеллекта (Рутгерский университет) направлены на использование искусственного интеллекта для создания собственного искусства. Их публикации доступны по ссылке: https://sites.google.com/site/digihumanlab/publications (дата обращения: 30.10.2018).

[6] Copyright, Designs, and Patents Act 1988, Section 9 (3), 12 (7), 79 (2) (c), 81 (2), 178, 214, 263. В Италии считается, что произведения, созданные машинами, охраняются при условии, что они отличаются от компьютерной программы, которая их создала, и являются оригинальными, однако законодатель не занял никакой позиции в отношении их авторства. См., например: Gutierrez, *La tutela del diritto di autore,* Milano, Giuffrè, 2008, 43 и Ercolani, *Computer-generated* works, in *Dir. aut.* 1998, 604.

которые «создаются в обстоятельствах, когда нет человека – автора произведения»[1] и автором которых является лицо, осуществившее необходимые приготовления для создания произведения[2]. Несмотря на довольно продвинутый режим, положения о произведениях, созданных компьютером, не подходят для сильного ИИ и неконтролируемого машинного обучения, поскольку они постулируют присутствие лица, которое должно осуществить необходимые приготовления для создания произведения и которое будет его автором[3]. Напротив, режим охраны произведений, созданных компьютером, может подходить для некоторых узких применений ИИ и контролируемого машинного обучения (в случае решения проблемы оригинальности). Учитывая, что в Италии не существует специальных положений о произведениях, созданных компьютером, и что итальянский закон об авторском праве не ограничивает понятие автора людьми[4], можно утверждать, что итальянский режим больше подходит для сценария ИИ, чем британский[5],

[1] Copyright, Designs, and Patents Act 1988, Section 178.

[2] Ibid., Section 9 (3).

[3] Copyright, Designs, and Patents Act 1988, Section 9 (3). Этот раздел должен трактоваться в связи с положением, определяющим произведения, созданные компьютером, как произведения, созданные «в таких обстоятельствах, когда *нет человека – автора произведения*» (раздел 178, курсив автора). Можно сделать вывод, что этот режим применяется только к произведениям, где люди осуществили необходимые приготовления для создания произведения. Однако он неприменим к крайностям спектра – произведениям, в которых человек-автор создает произведение с помощью машины (например, автор данной статьи использует текстовый редактор Microsoft Word), и произведениям, созданным ИИ без участия человека.

[4] Согласно ст. 8 (1) Закона от 22.04.1941 № 633 «Об охране авторского права и иных прав, связанных с его осуществлением» (Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (aggiornata con le modifiche introdotte dal decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64)) автором является лицо (необязательно человек), указанное в качестве автора в соответствии с обычаями или указанное в качестве автора в выступлении, исполнении, представлении или при передаче произведения в эфир. Таким образом, для понимания того, кто является автором, важно прочитать договоры или условия предоставления услуг.

[5] Потребуется *ad hoc* режим или пересмотр действующего общего режима, чтобы учесть специфические характеристики произведений, созданных машинами. Например, машины не умирают, поэтому обычные сроки правовой охраны (семьдесят лет после смерти автора) были бы непригодны. Можно было бы либо предусмотреть механизмы *ad hoc* (например, британскую систему, при которой произведения, созданные машинами, переходят в общественное достояние по истечении пятидесяти лет с момента их создания), либо рост числа машин предоставил бы хорошую возможность для пересмотра существующей системы, например ограничив срок действия авторского права жизнью автора.

поскольку он позволяет машинам быть авторами и, следовательно, владельцами произведений, которые они создают[1]. Нет нужды говорить о том, что этот режим будет применяться только в том случае, если будет решена проблема оригинальности.

Создание авторских и предпринимательских произведений полностью без участия человека требует либо широкой интерпретации, либо, что лучше, законодательной реформы, проясняющей важнейшие моменты авторства и прав на произведения, созданные ИИ. В этой области рассуждение об авторстве и правах на произведения должно вестись в обратном порядке. Если обычно принято начинать с авторства, потому что право на произведение следует за правом авторства[2], то в отношении произведений, созданных ИИ, необходимо сначала решить, признаются или нет вообще права на такие произведения – и если да, то как они распределяются. Вопрос о том, следует ли охранять произведения, созданные ИИ, носит политико-правовой характер, поскольку решение, объявляющее такие произведения общественным достоянием, может быть сочтено неуместным некоторыми обладателями прав ИС, в то время как разрешение на повсеместную практику присвоения прав на произведения, созданные ИИ, скорее всего, ограничит доступ к знаниям и затруднит творческую деятельность.

Можно привести как минимум пять аргументов в пользу слабой или вообще отсутствующей защиты авторских прав на произведения, созданные ИИ. Во-первых, решающее значение имеет предотвращение монополизации культуры. Достаточно вспомнить знаменитую метафору про обезьян, которые, ударяя случайным образом по клавиатуре печатной машинки в течение бесконечного времени, могли бы написать полные произведения Шекспира[3]. Действительно, ИИ может

[1] С учетом нынешнего развития ИИ все еще актуальна теория Samuelson, *Allocating*, cit. 1185, согласно которой удобнее рассматривать пользователя в качестве первоначального владельца произведения (хотя в каждом конкретном случае следует оценивать индивидуальный вклад пользователя).

[2] Например, в Соединенном Королевстве Закон «Об авторском праве, дизайне и патентах» 1988 г. сначала определяет автора как лицо, которое создает произведение (раздел 9), а затем устанавливает принцип, согласно которому автор является первым владельцем (раздел 1).

[3] Обычно считается, что первая формулировка теоремы о бесконечных обезьянах принадлежит Borel, *La mécanique statique et l'irréversibilité*, in *J. Phys. Theor. Appl.* 1913, I, 189 ff., который хотел доказать, что нарушение законов статистической механики невозможно, в противоположность невероятному. Однако эта концепция прослеживается еще в «Метафизике» Аристотеля. См.: Borges and Helft, *La biblioteca total*, in *Sur* 1939, VIII, 13 ff.

создавать потенциально охраноспособные произведения быстрее, чем группа обезьян, работающих вечно, но, в отличие от них, «набор текста» не будет полностью случайным в том смысле, что машина будет учиться и совершенствоваться с течением времени[1]. Поэтому в один прекрасный день каждый человек, сочиняющий песню, пишущий книгу или создающий базу данных, может рискнуть получить от искусственного интеллекта письмо о прекращении действий, нарушающих авторское право[2]. Сравнительный анализ предоставляет дополнительные доказательства непригодности авторского права для произведений, созданных ИИ, при этом ни одна из известных юрисдикций явным образом не допускает авторско-правовой охраны таких работ, а США изменили свою практику в 2017 г., чтобы явным образом указать, что автором может быть только человек[3]. В-третьих, традиционное обоснование имущественных прав в этой области вряд ли применимо к произведениям, созданным ИИ, авторско-правовая

[1] Многие исследователи размышляют над творениями животных, чтобы глубже понять фактор авторского права в эпоху искусственного интеллекта. См., например: Guadamuz, *The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction*, in *(I)nternet Policy Review* 2016, I, 1 ff., и Rosati, *The Monkey Selfie case and the concept of authorship: an EU perspective*, in *JIPLP* 2017, XII, 973 ff.

[2] Проблема «авторско-правовых троллей», однако, будет иметь меньше негативных последствий по сравнению с «патентными троллями» (или организациями, не использующими изобретения), поскольку авторское право, не являясь монополией, допускает независимые идентичные творения – принцип, который выражается в требовании к истцу доказать причинно-следственную связь в производстве по делу о нарушении авторских прав. Точно так же важность доказательства того, что человеческое произведение предшествует произведению, созданному ИИ, может привести к распространению методов регистрации вмешательства, которые, в свою очередь, могут быть реализованы с помощью технологии блокчейн. О возникающем феномене «авторско-правовых троллей» см.: Debriyn, *Shedding light on copyright trolls: An analysis of mass copyright litigation in the age of statutory damages*, in *UCLA Ent. L. Rev.* 2012, 79 ff.; Greenberg, *Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses*, in *University of Colorado Law Review* 2014, 53 ff.; SAG and Haskell, *Defense Against the Dark Arts of Copyright Trolling*, in *Iowa Law Review* 2018, 571 ff. О «патентных троллях» см.: Lemley and Melamed, *Missing the forest for the trolls*, in *Columbia Law Review* 2013, VIII, 2117; Chien, *Startups and patent trolls*, in *Stan. Tech. L. Rev.* 2014, 461 ff.; Reilly, *Patent "trolls" and claim construction*, in *Notre Dame L. Rev.* 2016, 1045 ff.; Cohen, Gurun, and Kominers, *Patent Trolls: Evidence from Targeted Firms*, Harvard Business School Finance Working Paper No. 15–002, 8 June 2018. О регистрации авторских прав с помощью технологии блокчейн см.: Noto La Diega and Stacey, *Legal and regulatory issues in the blockchain: A focus on copyright law*, in Ragnedda and Destafanis, *Blockchain and Web 3.0. Social, Economic, and Technological Challenges,* Routledge, 2019, 30 ff.

[3] Согласно разъяснениям Бюро по авторским правам США *Compendium of U.S. Copyright Office Practices § 101*, USPTO, Alexandria, 2017, 313.2, «для признания в качестве "авторского" произведение должно быть создано человеком».

охрана которых вряд ли может быть оправдана с использованием моральных и экономических основ авторского права[1]. На самом деле ИИ не трудится в поте лица[2] и ему не нужны стимулы для продолжения творческой деятельности[3]. Другой аргумент в пользу слабой охраны или полного отказа в охране произведениям, созданным ИИ, может быть обусловлен тем фактом, что законодатель показал, что произведения, созданные компьютером, в меньшей степени заслуживают охраны, чем произведения, полностью созданные человеком. В частности, это проявляется в сокращении срока охраны до пятидесяти лет с конца года, в котором было создано произведение, и исключении моральных прав[4]. В настоящей статье утверждается, что с дальнейшим исчезновением «человеческого компонента», которое можно было бы наблюдать при наличии произведений, созданных ИИ самостоятельно, авторско-правовая охрана должна соответствующим образом ослабнуть.

Самым весомым аргументом в пользу того, что произведения, созданные ИИ, заслуживают слабую авторско-правовую охрану или вовсе ее не заслуживают, является отсутствие оригинальности, что

[1] См.: фундаментальные исследования Breyer, *The uneasy case for copyright: A study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, in *Harvard Law Review* 1970, 281; Landes and Posner, *An economic analysis of copyright law*, in *The Journal of Legal Studies* 1989, II, 325 ff.; Jehoram, *Critical reflections on the economic importance of copyright*, in *IIC* 1989, IV, 485 ff.

[2] О доктрине «В поте лица» см.: Ginsburg, *No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information After Feist v. Rural Telephone,* in *Columbia Law Review* 1992, II,338 ff. Эта доктрина основывается на теории собственности Джона Локка. Согласно Локку «Бог, отдавший мир всем людям вместе, наделил их также разумом, чтобы они наилучшим образом использовали этот мир для жизни и удобства... Хотя земли и все низшие существа принадлежат сообща всем людям, все же каждый человек обладает некоторой собственностью, заключающейся в его собственной личности, на которую никто, кроме него самого, не имеет никаких прав. Мы можем сказать, что труд его тела и работа его рук по самому строгому счету принадлежат ему. Что бы тогда человек ни извлекал из того состояния, в котором природа этот предмет создала и сохранила, он сочетает его со своим трудом и присоединяет к нему нечто, принадлежащее лично ему, и тем самым делает его своей собственностью». (Цит. по: *Локк Дж.* Сочинения: в 3 т. / пер. с англ. А.Н. Савина; ред. и сост., авт. примеч. А.Л. Субботин. М.: Мысль, 1988. С. 276–277).

[3] См. далее: Zimmerman, *Authorship without Ownership: Reconsidering Incentives in the Digital Age*, in *DePaul L. Rev*. 2002–2003, 1121 ff. Обоснования, сосредоточенные на стимулах, часто упускают из виду то обстоятельство, что «общественный интерес действительно достигается только в том случае, если законодательство об авторском праве предусматривает надлежащие стимулы для всех вовлеченных сторон». Geiger, Griffiths, Hilty, and Suthersanen, *Declaration on a balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law*, in *IIC* 2008, I, 707 ff.

[4] Copyright, Designs, and Patents Act 1988, Section 79 and 81.

создавало проблемы для исследований в области ИИ с момента их зарождения. В одной из своих первых работ под названием «Вычислительная техника и интеллект» Тьюринг переформулировал вопрос о том, может ли машина думать, представляя так называемую имитационную игру. Однако ему пришлось ответить на ряд критических замечаний, по крайней мере одно из которых непосредственно связано с рассматриваемой проблемой[1]. Согласно так называемому возражению леди Лавлейс[2], компьютеры не мыслят, потому что они неспособны к оригинальности, которая, в свою очередь, зависит главным образом от того, что они не учатся самостоятельно. На это Тьюринг ответил, что графиня в 1843 г. не имела доказательств, которые убедили бы ее в том, что машина действительно может думать, и, в любом случае, «кто может быть уверен, что "оригинальное произведение", которое он создал, не являлось лишь ростком того семени, которое попало в него при обучении, или результатом следования хорошо известным общим принципам»[3]. Контраргумент Тьюринга неприменим к оригинальности в том смысле, как она понимается в авторском праве. Действительно, авторское право знает, что

[1] Другой важный аргумент указывает на отсутствие сознания, что было отмечено Jefferson, *The Mind of Mechanical Man*, in *British Medical Journal*, 25 June 1949, 1 (4616), 1105, 1110: «Только когда машина сможет написать сонет или сочинить концерт, где чувствуются мысли и эмоции, а не случайное совпадение символов, мы сможем согласиться, что машина равна мозгу». Аргумент о так называемой китайской комнате восходит к Searle, *Minds, brains, and programs*, in *Behavioral and brain sciences* 1980, III, 417 ff.

[2] Согласно леди Лавлейс (см.: Lovelace, *Notes by the translator*, in Taylor (ed), *Scientific Memoirs*, 3, Taylor, London, 1843, 666, note G) «Аналитическая машина не претендует на то, чтобы *порождать* что-либо. Она может делать только то, что мы *знаем, как приказать ей это* выполнить. Она может *следовать* анализу, но не способна *предвосхищать* какие-либо аналитические отношения или истины» (курсив в оригинале). Аналитическая машина была нереализованным изобретением Чарльза Бэббиджа, которое считается предшественником электронных вычислительных машин. См.: Fuegi and Francis, *Lovelace & Babbage and the Creation of the 1843 "Notes"*, in *IEEE Annals of the History of Computing* 2003, IV, 16 ff. (Ада Лавлейс (1815–1852 гг.), дочь лорда Байрона, считается первым в мире программистом. Она описала алгоритм вычисления чисел Бернулли на аналитической машине (*the Analytical Engine*), созданной профессором математики Кембриджского университета Чарльзом Бэббиджем (1791–1871 гг.). Аналитическая машина Бэббиджа включала в себя арифметическое устройство (названное изобретателем «мельницей»), регистры памяти, еобъединенные в единое целое («склад»), и устройство ввода-вывода, реализованное с помощью перфокарт етрех типов. – *Прим. пер.*).

[3] Turing, op. cit., 450. Ibid. Автор переформулировал возражение следующим образом: «Машины не могут застать нас врасплох», но эта формулировка еще менее актуальна с точки зрения авторского права.

мы – карлики, стоящие на плечах гигантов[1], и что, следовательно, человеческое творчество основывается на существующем знании: необходима лишь связь между произведением и интеллектуальным усилием автора.

Однако понимание оригинальности в авторском праве было и остается нелегкой задачей[2] еще и потому, что содержание данного концепта должно быть истолковано в том конкретном значении, которое оно имеет применительно к базам данных[3]. Как было верно отмечено[4], следует рассматривать по отдельности базы данных, основанные на подборе материалов, и базы данных, охраняемые в силу организации материалов. Примером баз данных первого типа может служить путеводитель, где автор должен выбирать только определенную информацию для сообщения туристу и который охраняется в силу того, что автор проявил творческую свободу при выборе содержания[5]. Интеллектуальный анализ данных, краулинг и скрейпинг будут проанализированы ниже на предмет того, могут ли они быть расценены как выражение творческой свободы. В свою очередь, понятие «орга-

[1] Общеизвестно, что Иоанн Солсберийский приписывал это выражение Бернару Шартрскому (см.: John of Salisbury, *Metalogicon* (1159), trans. Doyle MacGarry, University of California Press, Oakland, 1955, 167). Полная фраза звучит следующим образом: «Мы подобны карликам, усевшимся на плечах великанов. Мы видим больше и дальше, чем они, не потому, что обладаем лучшим зрением, и не потому, что выше их, но потому, что они нас подняли и увеличили наш рост собственным величием» (Бернар Шартрский (в изложении Иоанна Солсберийского)). – *Прим. пер.*).

[2] Как свидетельство того, что проблема оригинальности так и не была решена, см., например: Algardi, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Milano, Giuffrè, 1966; Olson, *Copyright originality*, in *Missouri Law Review* 1983, I, 29; Parchomovsky and Stein, *Originality*, in *Virginia Law Review* 2009, VI, 1505; Rosati, *Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the Infopaq Decision*, in *J. Copyright Soc'y USA* 2010, LVIII, 795; Rosati, *Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2013; LIU, *Of originality: originality in English copyright law: past and present*, in *EIPR* 2014, VI, 376 ff.; MARGONI, *The harmonisation of EU copyright law: the originality standard*, in Perry (ed), *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century*, Springer, Cham, 2016, 85 ff.; Casaburi, *Originalità, creatività, elaborazione creative, citazione e plagio: Profili evolutivi*, in *Foro it.* 2017, XII, 3779; Rosati, *Why originality in copyright is not and should not be a meaningless requirement*, in *JIPLP* 2018, VIII, 597 ff.

[3] Первыми исследователями, которые подчеркивали данное обстоятельство, были L.C. Ubertazzi, *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore: prime riflessioni*, in Alpa (ed), *La tutela giuridica del software*, Giuffré, Milano, 1984, 51 and 53, и Di Cataldo, *Banche-dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in *this Journal* 1997, 20 and 21.

[4] Spada, *Banche dati e diritto d'autore (il «genere» del diritto d'autore sulle banche dati)*, in *this Journal* 1997, 5.

[5] Ibid., 6.

низация» соответствует координации и расположению материалов, как в деле *Feist*[1], т.е. имеются связи между содержанием базы данных и заданным порядком[2]. Если существует творческая свобода в том, как организовано или скоординировано содержание базы данных, то база данных будет охраняться авторским правом как произведение. Искусственный интеллект и (в частности, но не только) глубокое обучение могут быть использованы для поиска закономерностей, которые люди упустили, и, следовательно, это может привести к небанальной связи между данными. Однако будет ли это являться собственным интеллектуальным творением автора? Нет, если автор является разработчиком или владельцем ИИ, потому что это не их собственное творение. Нет, если автором является ИИ, потому что согласно действующему законодательству ИИ не является личностью.

В области баз данных действие Директивы 96/9/ЕС распространяется на «базы данных, которые в силу подбора или организации их содержания являются собственным интеллектуальным творением автора и должны охраняться как таковые авторским правом»[3]. Такое понимание выходит за рамки концепции понимания «оригинального» как нескопированного – как в интуиции Паоло Спада[4]. В подготовительных материалах к Директиве 96/9/ЕС можно обнаружить прямое указание на присутствие автора – человека в качестве общего принципа, в то время как юридические лица как владельцы баз данных являются просто «допустимыми отклонениями от этих правил»[5]. Указание на автора – человека может быть объяснено двояко. Во-первых, технологии уже позволяли автоматизировать базы данных[6]. Во-вторых, базы данных по своей природе являются менее творческими, чем традиционные

[1] *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991). См. комм.: Zoppini, *Itinerari americani ed europei nella tutela delle compilazione: dagli annuari alle banche dati*, in *Dir. inf.* 1992, 111. Сравнительный анализ правового регулирования в США и ЕС см.: Mazumder, *Database Law: Persepctives from India*, Springer, Singapore, 2016; Davison, op. cit., 160 ff., и Derclaye, *The legal protection*, cit., 223 ff.; Derclaye, *Intellectual property rights on information and market power – comparing European and American protection of databases,* in *IIC* 2007, III, 275 ff., и Tabrez and Sourav, *Comparative Analysis of Copyright Protection of Databases: The Path to Follow*, in *Journal of Intellectual Property Rights* 2011, II.

[2] Эта точка зрения, впервые высказанная Спада, недавно получила развитие в работе Gupta, *Footprints of Feist in European Database Directive: A legal analysis of IP Law-making in Europe*, Springer, Singapore, 2017.

[3] Директива 96/9/ЕС, ст. 3.

[4] Spada, op. cit., 10.

[5] Ramalho, *Will robot rule,* cit., 7.

[6] См., например: Schoen, Smith, and Buchanan, op. cit., 1771.

авторские произведения, и уточнение «человеческого фактора» могло бы служить ограничением объема правовой охраны. Однако хотя они и представляют определенный интерес, подготовительные материалы не будут играть ключевую роль в интерпретации Директивы 96/9/ЕС, поскольку они не нашли отражения ни в одном из положений Директивы[1].

Суд ЕС предоставил нам определенные ориентиры в деле *Football Dataco,* определив оригинальность как творческую способность автора сделать свободный и творческий выбор в подборе и организации содержания базы данных, оставляя таким образом свои характерные черты (*personal touch*) на базе данных[2]. Иными словами, Суд ЕС не приложил усилий к тому, чтобы дать определение оригинальности, которое учитывало бы характеристики, присущие объекту правовой охраны. Он лишь сослался на ведущие дела по вопросам оригинальности[3]. «Характерные черты» – расплывчатое понятие, которое можно относительно легко применить к художественным произведениям или традиционным литературным произведениям – книгам. И наоборот, трудно представить, как база данных может демонстрировать характерные черты своего автора. Возможно, дело обстояло бы иначе, если бы порог оригинальности был традиционным британским стандартом умения, труда или суждения[4], потому что для создания базы данных может потребоваться много умения, труда и суждения. Однако Суд ЕС прямо исключил применение любого критерия, кроме критерия оригинальности[5], а это означает, по крайней мере, два момента. Во-первых, не имеет значения, включает ли отбор или организация содержания «добавление важного значения»[6] к нему. Во-вторых, что более

[1] О преимуществах и недостатках использования подобных материалов для толкования содержания правовых норм см.: Prislan, *Domestic explanatory documents and treaty interpretation*, in *International & Comparative Law Quarterly* 2017, IV, 923 ff.

[2] *Football Dataco*, cit., para 38.

[3] *Infopaq International*, cit., para. 45; Court of Justice 22 December 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, case C-393/09, para. 50, in *ECR* 2010, I, I3971; and Court of Justice 1 December 2011, *Painer*, case C-145/10, paras. 89 and 92, in this *Journal* 2012, 486. О последнем деле с акцентом на проблему оригинальности см. также: Michaux, *La notion d'originalité en droit d'auteur: une harmonisation communatuaire en marche accélérée*, in *Revue de droit commercial belge* 2012, 599 ff.

[4] *The Newspaper Licensing Agency Ltd. and Others v. Meltwater Holding Bv and Others CA* [2011] EWCA Civ 890, [2012] RPC 1, [2012] Bus LR 53).

[5] *Football Dataco*, cit., paras. 40 and 53.

[6] *Football Dataco*, cit., para. 41.

важно, умение, труд и суждение не имеют значения, «если этот труд и это умение не выражают какой-либо оригинальности при отборе или организации»[1]. Недостаток указаний Суда ЕС выражается в том, что, несмотря на утверждение о том, что стандарт оригинальности для охраны авторского права в отношении баз данных был гармонизирован «во всех государствах – членах ЕС, есть свидетельства того, что национальные суды все еще не уверены в том, как его применять»[2]. Несмотря на то, что национальные различия не должны оставаться без внимания, в принципе стандарт оригинальности ЕС оставляет мало возможностей для охраны баз данных авторским правом, и это тем более относится к базам данных ИИ. Действительно, база данных не является оригинальной, если ее создание «продиктовано техническими соображениями, правилами или ограничениями, которые не оставляют места для творческой свободы»[3]. Это предложение следует понимать как означающее, что базы данных, условия создания которых продиктованы техническими соображениями, правилами или ограничениями, могут быть оригинальными, если есть еще место для творческой свободы автора. В нынешней системе эпицентром является человек – автор, поэтому правовой охране подлежат только такие базы данных, которые являются выражением интеллектуального творчества человека[4]. Вероятно, большинство баз данных ИИ не подлежит правовой охране в силу того, что они не могут соответствовать стандарту ЕС в отношении оригинальности[5]. Действительно, в случае узкого ИИ, искусственный интеллект вряд ли сможет сделать свободный выбор, поскольку он в принципе будет полностью продиктован

[1] *Football Dataco*, cit., para. 42.

[2] JIIP and Technopolis Group, *Final report*, cit., vi.

[3] *Football Dataco*, cit., para. 39.

[4] Как отметил Генеральный адвокат (*Advocate General*) в деле *Painer* (cit., at para. 121), правовой охране подлежат только человеческие творения, хотя они «могут также включать в себя такие, для создания которых человек использует техническое средство, такое как фотоаппарат» (там же). Однако в случае баз данных ИИ (и вообще произведений, созданных ИИ) искусственный интеллект – это не просто техническое средство. Это сам создатель и (или) изготовитель. И наоборот, если автоматизированная технология является простым техническим средством, то допустимо применять режим, предусмотренный для произведений, созданных компьютером, или, в его отсутствие, расширить прецедентное право в отношении оригинальности фотографии.

[5] Bently, Sherman, Gangjee, and Johnson, *Intellectual Property* Law, Oxford University Press, Oxford, 2018, 118. Авторы ссылаются на это утверждение в отношении всех произведений, созданных компьютером, которые, однако, могут быть защищены смежными правами или законодательством о недобросовестной конкуренции.

техническими ограничениями. Напротив, базы данных, созданные сильным ИИ, вряд ли будут оригинальными и, следовательно, охраноспособными. Выбор при отборе или организации содержания может быть свободным, но не творческим, так как концепция творчества кажется тесно связанной с участием автора – человека. Вывод был бы иным в двух сценариях. Во-первых, если бы ИИ развился до такой степени, что мы предоставили бы ему правосубъектность, и наше непринятие машинного творчества снизилось бы. Сама Директива 96/9/ЕС позволяет государствам – членам ЕС признавать юридические лица в качестве владельцев базы данных, и можно выдвинуть аргумент о том, что это будет применяться к ИИ, если он будет признан в качестве лица[1]. Однако само по себе признание правосубъектности ИИ не решит проблему оригинальности. Во-вторых, если выход Великобритании из Европейского Союза привел бы к возвращению стандарта «умения, труда или суждения», которое «одновременно является и вызовом, и возможностью адаптации»[2], это сделало бы британское авторское право более дружественным по отношению к ИИ, а базы данных ИИ, возможно, было бы легче охранять с помощью авторского права. Следует, однако, отметить, что реализация последнего сценария затрудняется тем обстоятельством, что европейский стандарт оригинальности проник в британское законодательство о базах данных[3]. Таким образом, изменение судебной практики могло бы повлиять на общую концепцию оригинальности авторского права, но не на ту ее часть, которая применяется к базам данных, для чего потребовалась бы законодательная реформа. Наконец, следует отметить, то обстоятельство, что авторское право не распространяется на базы данных ИИ в принципе, вряд ли будет иметь существенные практические последствия, поскольку авторское право не распространяется на большинство традиционных баз данных и в свете его ограниченной полезности, в том смысле, что оно не может быть использовано против независимо созданных творений[4].

Если вопреки позиции, высказанной в данной статье, предпочтение будет отдано авторско-правовой охране баз данных ИИ, то возможны-

[1] Директива 96/9/ЕС, ст. 4.

[2] Ramalho and Gomez Garcia, op. cit., 670.

[3] Copyright Designs and Patents Act 1988, Section 3A (2). Это единственное упоминание собственного интеллектуального творения автора во всем законодательном акте.

[4] Zoppini, *Commento alla Direttiva 96/9 dell'11 marzo 1996 sulla tutela giuridica delle banche dati*, in *Dir. inf*. 1996, 490, 491.

ми владельцами такого результата будут владелец ИИ, разработчик, конечный пользователь, также возможна некая форма совместного владения[1]. Владелец ИИ мог бы быть признан правообладателем базы данных, если бы применялся режим служебного произведения, однако данный режим предназначен только для результатов, созданных работниками-людьми. Скорее всего, разработчик может иметь некоторые права на код или программу в целом, но не на конечную базу данных. Конечный пользователь может иметь некоторые права, но только в том случае, если он внесет существенный вклад в подбор или организацию содержания, тем самым оставляя свои характерные черты на базе данных. Это исключает все неконтролируемые системы, и, возможно, сама маркировка данных будет недостаточной для выполнения требования об оригинальности, поскольку соответствующий процесс продиктован техническими ограничениями и не является выражением свободного и творческого выбора. Совместное владение, наконец, будет решением, ведущим к неопределенности, и не принесет много предсказуемых выгод. В свете трудностей, связанных с распределением владения и контроля, можно ожидать, что важнейшую роль будут играть договоры. Например, «*Amazon* сохраняет права на все материалы, включенные в любую службу *Amazon Service* или доступные через нее»[2], включая в том числе компиляцию данных и аудиоклипы. В частности, эти материалы охраняются «авторским правом Люксембурга и международным авторским правом, законами об авторских правах и правах на базы данных»[3]. Кроме того, указанные законы распространяются на «объединение всех материалов, включенных или размещенных посредством любого из сервисов *Amazon*[4]; они являются “исключительной собственностью *Amazon*”»[5]. Сфера действия этого договорного положения неясна, поскольку взаимодействие между конечным пользователем и *Alexa* может квалифицироваться как сбор данных и клипов, а также как пользовательский контент, который принадлежит пользователю и на который пользователь выдает лицензию *Amazon*[6]. В целом распределение имущественных прав будет одним из аспектов, требующих особого внимания в контексте реформы, до-

[1] Dickenson, Morgan, and Clark, op. loc. cit.

[2] Amazon Conditions of Use & Sale, last updated on 24 May 2018, clause 3.

[3] Ibid.

[4] Ibid.

[5] Ibid., clause 8.

[6] Ibid.

пускающей охрану авторского права для баз данных, созданных ИИ, и произведений в целом.

Наконец, выбор в пользу усиления охраны произведений, созданных ИИ, может получить поддержку только в том случае, если в один прекрасный день за ИИ будет признана правосубъектность либо вследствие приобретения им сознания, либо в том случае, если ЕС приступит к осуществлению своих планов в отношении электронной личности[1]. Несмотря на то, что выбор в пользу признания произведений, созданных ИИ, общественным достоянием представляется предпочтительным в научной литературе, возможно, стоит изучить вопрос о том, позволит ли право *sui generis* владельцам ИИ извлекать ценность из произведений, созданных ИИ, избегая при этом недостатков установления режима исключительного права с помощью авторского права или договорных средств.

5. Право особого рода на базу данных?

Право *sui generis* является главной новеллой Директивы 96/9/ЕС[2] и было категорично охарактеризовано как юридическое чудовище[3]. Оно подверглось критике за его антиконкурентный эффект, поскольку оригинальность и дихотомия идеи и выражения не ограничивают соответствующую монополию и в действительности право *sui generis* «создает монополию в коллекциях фактов и других неохраняемых авторским правом объектов, которую трудно или иногда даже невозможно обойти»[4]. Более того, утверждалось, что право *sui generis* противоречит

[1] Об этом предложении см.: Noto La Diega, *The European strategy on robotics and artificial intelligence: Too much ethics, too little security*, in *European Cybersecurity Journal* 2017, II, 6 ff. Утверждается, что в случае наделения ИИ правосубъектностью права и обязанности систем ИИ будут отличаться от прав и обязанностей других субъектов, и они «могут иметь только права и обязанности, строго определенные законодателями» (Cerka, Grigiene, and Sirbikyte, *Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?*, in *Computer Law & Security Review* 2017, V, 685).

[2] Вероятно, базы данных охранялись авторским правом еще до появления Директивы 96/9/ЕС. См., например: Derclaye, *The Legal Protection*, cit., 45 и Bender, *Computer Law*, 2, 4, Bender, N.Y., 1978, 10.

[3] Reichman, *Legal Hybrids* between the patent and copyright paradigms, in *Colum. L. Rev.* 1994, 2432, 2496, quoted in Ghidini, *Rethinking,* cit., 242.

[4] Hugenholtz, *Abuse of Database Right Sole-source information banks under the EU Database Directive*, in Lévêque and Shelanski (eds), *Antitrust, patents and copyright: EU and US perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005, 203. Cf., more generally and recently, Falce, Ghidini, Olivieri, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, 2018.

принципу, «не допускающему исключительные права на “представление информации”»[1]. Недовольство, высказанное в научной литературе, можно объяснить тем, что, в отличие от авторского права, право *sui generis* не вознаграждает интеллектуальный труд: здесь исключительное право служит поощрением или стимулом для тех, кто делает значительные инвестиции в получение, проверку или представление содержимого базы данных[2]. Эти критические замечания могли послужить основой для решений Суда ЕС, вынесенных в 2004 г.[3], которые слишком узко интерпретировали сферу действия Директивы 96/9/ЕС, заявив, что только инвестиции, связанные с получением, проверкой или представлением

[1] Ghidini, *Rethinking*, cit., 242, ссылается на ст. 52 (2) (d) Европейской патентной конвенции. Однако можно было бы выдвинуть контраргумент, согласно которому указанное положение касается исключительно патентов и не является выражением общего принципа. Например, утверждается, что это исключение можно объяснить тем, что представление информации рассматривается как слишком абстрактное и интеллектуальное по своему характеру, чтобы быть патентоспособным. (Bently, Sherman, Gangjee, and Johnson, *Intellectual Property Law*, Oxford, 2018, 474). Это правило применяется к патентам и, возможно, секретам производства (*Bailey & Williams v. Levi Roots* [2011] EWHC 3098), но уж точно не к другим областям интеллектуальной собственности, таким как авторское право, где представление информации хотя и носит абстрактный и интеллектуальный характер, но может охраняться как литературное или драматическое произведение, если соответствующее выражение будет оригинальным.

[2] Директива № 96/9/ЕС, ст. 7 (1). Хотя ссылка на *“sui generis”* может наводить на мысль, что это право – право нового вида, совершенно отличное от авторского права, эта догадка была бы неточной. В действительности это право не является *sui generis*, если принять во внимание, что само авторское право на протяжении многих лет подвергалось генетической модификации, становясь всеохватывающей универсальной и социально-экономически нейтральной формой охраны, которая доступна в тех случаях, когда производство товара может быть лишено стимула из-за легкости копирования, обеспечиваемой новыми технологиями и свободной конкуренцией. Этот тезис был впервые сформулирован Spada, op. cit., 17. Cf., из недавних работ см.: Hugenholtz, *Something Completely Different: Europe’s Sui Generis Database Right*, in Frankel and Gervais (eds), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, 205.

[3] Court of Justice 9 November 2004, *British Horseracing Board v. William Hill Organization*, case C-203/02, in *ECR* 2004, I, 10415; Court of Justice 9 November 2004, *Fixtures Marketing v. Svenska Spel*, case C-338/02, in *ECR* 2004, I, 10497; *Fixtures Marketing v. OPAP*, cit.; Court of Justice 9 November 2004, *Fixtures Marketing v. Oy Veikkaus Ab*, case C-46/02, in *ECR* 2004, I, 10365. Об этих решениях см.: Ragonesi, *Nota alle sentenze della Corte di Giustizia sulle banche dati*, in this *Journal* 2005, 575 ff.; Derclaye, *The Court of Justice Interprets the Database sui generis Right for the First Time*, in *European Law Review* 2005, 420; Manavello, *Prima decisione della Corte di Giustizia sulla protezione delle banche di dati*, in *Dir. Ind.* 2005, IV, 420; Bertani, *Banche dati ed appropriazione delle informazioni*, in *Europa e diritto privato* 2006, 319; Masson, *Creation of Database or Creation of Data: Crucial Choices in the Matter of Database Protection*, in *EIPR* 2006, 261; Aplin, op. cit., 204.

существующих независимых материалов, имеют значение для предоставления охраны правом *sui generis*; напротив, ресурсы, используемые для создания данных, не охватываются этим правом. Это, а не нормы, содержащиеся в Директиве 96/9/ЕС, является основной причиной того, что Директива 96/9/ЕС может оказаться непригодной для охраны баз данных ИИ. Такая узкая трактовка объясняет, почему некоторые эксперты[1] в связи с пересмотром Директивы 96/9/ЕС отметили, что неясно, охватывает ли нынешнее определение базы данных данные, генерируемые ИИ и алгоритмами, и «должны ли они охраняться правом *sui generis*»[2]. По этой же причине заинтересованные стороны[3] сетуют на то, что Директива 96/9/ЕС устарела, поскольку в ней не учитывается ряд технологических разработок, в том числе «промышленное агрегирование данных и большие данные; автоматическая генерация данных; передовые вычислительные методы анализа, информирования и принятия решений»[4]. В настоящее время, если право *sui generis* подходит для баз данных, созданных ИИ, то это право может сыграть беспрецедентно важную роль в качестве главного способа защиты произведений, созданных ИИ, которые сейчас не могут охраняться авторским правом ввиду отсутствия оригинальности. И наоборот, если базы данных, созданных ИИ, не подпадают под действие Директивы 96/9/ЕС, существует риск чрезмерной защиты в результате совокупного эффекта договоров и технических мер защиты, которые не будут ограничены исключениями, существующими в Директиве[5].

Перед тем как проанализировать основные препятствия при использовании права *sui generis* для защиты баз данных ИИ, следует вкратце рассмотреть его основные особенности. Правообладатель[6]

[1] JIIP and Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Final report, European Commission,* Brussels, 2018.

[2] Ibid.

[3] Под «заинтересованными сторонами» здесь подразумеваются создатели коммерческих баз данных, малые и средние предприятия, стартапы и научно-исследовательское сообщество, которые предоставили доказательства в рамках подготовки доклада в поддержку оценки Директивы 96/9/ЕС.

[4] Ivi, iv.

[5] Ryanair, cit., 83. См.: Borghi and Karapapa, *Contractual Restrictions on Lawful Use of Information: Sole-source Databases Protected by the Back Door?*, in *EIPR* 2015, VIII, 505, и CIANI, *Property rights model v Contractual approach: How protecting non-personal data in cyberspace?*, in *Dir. Com. Internaz.* 2017, IV, 831.

[6] В деле *Innoweb* (cit., para. 36) имеется прямое указание на «лицо, которое взяло на себя инициативу и приняло на себя риск осуществления значительных инвестиций».

имеет право препятствовать извлечению или повторному использованию всего или значительной части содержимого базы данных, которое должно быть оценено количественно или качественно[1]. В разделе 6 настоящей статьи далее будет рассмотрено, может ли интеллектуальный анализ данных с помощью ИИ представлять собой незаконное извлечение или повторное использование существенной части базы данных, или же он может подпадать под одно из исключений из авторского права и права *sui generis*. Действительно, законный пользователь может осуществлять несущественное извлечение и повторное использование содержимого, и он может извлекать или повторно использовать существенную часть содержимого базы данных в личных целях (только если это не электронная база данных), в целях обучения, для научных исследований и в интересах общественной безопасности. Срок правовой охраны весьма своеобразен, поскольку даже если теоретически право *sui generis* истекает через 15 лет[2], практически его легко превратить в вечное право путем существенного изменения содержания базы данных, даже если изменение происходит в результате накопления последовательных добавлений, удалений или изменений[3]. Итак, учитывая, что ИИ может упростить внесение изменений в содержимое базы данных, можно утверждать, что ИИ может с легкостью инициировать применение этой нормы, что потенциально может привести к постоянной охране базы данных, охватывая также и то содержимое, которое не было изменено[4]. В случае реанимирования права *sui generis*, как утверждается в настоящей статье, вопрос о потенциально вечном сроке охраны этого права должен быть рассмотрен Судом ЕС. Наконец, право *sui generis* применяется только к базам данных, созданным в ЕС[5], однако Совет может заключать соглашения по предложению

В указанном деле Суд также ссылается на дела *British Horseracing* (cit., paras. 32 and 46); *Fixtures Marketing* (cit., para. 35); *Directmedia Publishing* (cit., para. 33).

[1] Директива 96/9/ЕС, ст. 7 (1).

[2] Там же, ст. 10 (1)–(2).

[3] Там же, ст. 10 (3). См.: позиция генерального адвоката в деле *British Horseracing* (paras. 139–155, cit., in *ECR* 2004, I, 10415).

[4] Pila and Torremans, op. loc. cit. критически оценивают вечную охрану, охватывающую старое содержание.

[5] Под базами данных, созданными в ЕС, мы понимаем базы данных, производители или правообладатели которых являются гражданами одного из государств – членов ЕС, имеют свое обычное место жительства в ЕС, или если компания имеет юридический адрес, центральную администрацию или основное место ведения бизнеса в ЕС, или, если это только юридический адрес, также подлинную постоянную связь с экономикой одного из государств – членов ЕС. См.: Директива 96/9/ЕС, ст. 11 (1)–(2).

Европейской комиссии[1]. Такие соглашения могут быть необходимы для защиты британских баз данных в ЕС по причине выхода Великобритании из ЕС. Директива 96/9/ЕС была имплементирована в законодательство Соединенного Королевства, и в июне 2018 г. Закон о выходе Великобритании из Европейского союза прямо сохранил все правовые нормы ЕС[2]. Однако многое будет зависеть от того, будет ли Великобритания считаться третьей страной по истечении срока действия соглашения о выходе из ЕС[3].

С точки зрения настоящей статьи, основной вопрос заключается в том, можно ли рассматривать значительные инвестиции в ИИ как квалифицирующую инвестицию в получение, проверку или представление содержимого базы данных. Ответ требует подробного рассмотрения четырех дел, решение по которым было принято Судом ЕС в конце 2004 г.[4] Будет показано, что это решение может быть подвергнуто критике и что толкование, которое ученые и Комиссия дают этим решениям в форме теории побочного продукта (*spin-off theory*), является неверным.

В деле *British Horseracing* спор касался использования Уильямом Хиллом информации, взятой из базы данных истца, для организации ставок на лошадиные скачки. База данных содержала большой объем информации, предоставленной владельцами лошадей и другими заинтересованными сторонами индустрии скачек[5]. Часть содержимого базы данных составляют списки лошадей, участвующих в скачках, которые формируются с помощью контактного центра с обслуживающим персоналом. Помимо всего прочего, операторы должны выяснять, может ли лошадь быть допущена к участию в скачках[6]. Организация базы данных частично автоматизирована, потому что имеется компью-

[1] Директива 96/9/ЕС, ст. 11 (3).

[2] European Union (Withdrawal) Act 2018, Section 2. Хотя о последствия Brexit'а для сферы интеллектуальной собственности сказано много, базам данных уделяется крайне мало внимания. См., например: Traub and Dennis, *Brexit – What Could Happen to My IP Rights?*, in *Intellectual Property & Technology Law Journal* 2017, XI, 20; Farrand, *Bold and newly Independent, or Isolated and Cast Adrift? The Implications of Brexit for Intellectual Property Law and Policy*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, VI, 1306; Ramalho and Gomez Garcia, op. cit., 669.

[3] Ramalho and Gomez Garcia, op. cit., 670.

[4] *British Horseracing v. William Hill*, cit.; *Fixtures Marketing v. Oy Veikkaus*, cit.; *Fixtures Marketing v. Svenska Spel*, cit.; *Fixtures Marketing v. OPAP*, cit.

[5] *British Horseracing v. William Hill*, cit., para. 10.

[6] Ivi, para. 14.

тер, который присваивает каждой лошади номер на седельной ткани и определяет стойло, из которого она будет стартовать[1]. С точки зрения инвестиций, ведение этой базы данных стоило примерно 4 млн фунтов стерлингов в год[2]. Уильям Хилл был законным пользователем баз данных и реорганизовал небольшую часть ее содержимого[3]. Истец, однако, полагал, что даже если отдельные извлечения могли рассматриваться как незначительные, деятельность ответчика все равно нарушала его право *sui generis*, поскольку она по крайней мере квалифицировалась бы как многократное и систематическое извлечение и (или) повторное использование незначительных частей содержимого, противоречащее нормальному использованию базы данных[4]. С точки зрения баз данных ИИ, основной вопрос, рассматриваемый в решении по данному делу, заключается в том, что понимать под «инвестицией в получение» данных.

Что касается «получения» данных, то основная аргументация Суда ЕС посвящена цели права *sui generis*, как можно сделать вывод из некоторых, возможно, чрезмерно акцентированных цитат из Директивы 96/9/ЕС[5]. В частности, цель охраны баз данных правом *sui generis* (в действительности одна из целей) состоит в том, чтобы «способствовать созданию систем хранения и обработки имеющейся информации, а не созданию материалов, которые впоследствии можно было бы собирать в базе данных»[6]. Таким образом, неизбежным выводом является то, что под «инвестициями в получение» следует понимать «ресурсы, используемые для поиска существующих независимых материалов и их сбора в базе данных, а не ресурсы, используемые для создания самостоятельных материалов как таковых»[7]. Если обратиться к пунктам Преамбулы Директивы 96/9/ЕС, на которых суд основывал свое решение, то они могут быть использованы для противоположного толкования сферы

[1] Ivi, para. 14.

[2] Ivi, para. 15.

[3] Ivi, paras. 17 and 19.

[4] Ivi, para. 20 и Директива 96/9/ЕС.

[5] Директива 96/9/ЕС, п. 9, 10, 12, 19 и 49 Преамбулы.

[6] *British Horseracing v. William Hill*, cit., para. 31 (see also para. 30).

[7] Ivi, para. 31. То же самое относится и к концепции проверки [данных]. Действительно, по мнению суда, в контексте оценки инвестиции судья не может принимать во внимание «ресурсы, используемые для проверки на этапе создания данных или других материалов, которые впоследствии размещаются в базе данных» (ivi, п. 34). То же *ratio decidendi* можно найти в серии решений с участием *Fixtures Marketing Ltd.* См.: *Svenska Spel* para. 39, *OPAP* paras. 39–40 и *Oy Veikkaus* paras. 33–34, 41–42, 44–46, 49.

действия Директивы. Во-первых, базы данных являются важнейшим инструментом в развитии информационного рынка[1]. Это справедливо, однако сужение сферы действия Директивы 96/9/ЕС вряд ли будет способствовать росту данного рынка. Во-вторых, примечательно, что Директива 96/9/ЕС упоминает экспоненциальный рост объема «генерируемой и обрабатываемой информации»[2] и, соответственно, требует значительных инвестиций в передовые системы обработки информации. Прямая ссылка на «генерируемую» информацию может рассматриваться в качестве охватывающей как созданные, так и полученные данные. В-третьих, отмечается, что эти инвестиции в системы хранения и обработки информации требуют «стабильной и единообразной правовой защиты баз данных»[3]. Можно утверждать, что стерилизация Директивы 96/9/ЕС не привела к стабильной защите баз данных и не стимулировала соответствующую отрасль. Единственным аргументом, который мог бы иметь некоторое основание, был тезис, основанный на положении Преамбулы[4], исключающем из сферы действия права *sui generis* компиляцию нескольких записей музыкальных исполнений на компакт-диске, в том числе потому, что она не представляет собой достаточно существенную инвестицию. Хотя это можно интерпретировать как исключение из созданных данных, это положение также можно рассматривать как означающее, что обычные (с финансовой точки зрения) операции, такие как сбор записей, в принципе являются недостаточными инвестициями. В любом случае, не похоже, что подобное рассуждение может оправдать судебную практику, которая в сущности способствует стерилизации Директивы 96/9/ЕС. Действительно, даже если расплывчатая формулировка Директивы 96/9/ЕС допускает такую интерпретацию, нельзя сказать, что она ее поддерживает[5].

Наряду с неуместным акцентом на некоторых пунктах Преамбулы имеются также веские аргументы против выводов, сделанных Судом ЕС в решениях 2004 г. Во-первых, следует иметь в виду, что одной из основных целей Директивы 96/9/ЕС было стимулирование инвестиций с тем, чтобы сократить разрыв между индустриями баз данных ЕС и США. Этот факт должен быть проанализирован в свете эмпири-

[1] Директива 96/9/ЕС, п. 9 Преамбулы.

[2] Там же, п. 10 Преамбулы.

[3] Там же, п. 12 Преамбулы.

[4] Там же, п. 19 Преамбулы.

[5] См.: мнение генерального адвоката Стикс-Хакль по делу *British Horseracing v. William Hill*, delivered on 8 June 2004, case C-203/02, in *ECR* 2005, I, 10515, paras. 41–46.

ческих данных, явно демонстрирующих, что большинство инвестиций, сделанных владельцами баз данных, касается скорее сбора данных, чем создания самой базы данных[1]. Во-вторых, и это, пожалуй, более важно, трудно провести грань между концепциями создания и получения. Это подтверждается тем фактом, что оперативные футбольные данные считаются «полученными» в Великобритании[2], но «созданными» в Германии[3]. Даже в научной литературе нет единого мнения о том, где провести черту между созданием и получением данных[4]. Интеллектуальный анализ данных сам по себе является хорошим примером невозможности разграничения создания и получения данных, поскольку он приводит к обнаружению корреляций между существующими данными[5], поэтому можно утверждать, что это создание данных или, что представляется более обоснованным, получение данных. Невозможность разграничения создания и получения данных косвенно[6] признается Европейской комиссией, когда она отмечает, что «в контексте автоматизированного сбора данных... становится все труднее проводить различие между созданием данных и получением данных, когда уже существует систематическая категоризация данных по объекту, собирающему данные»[7]. Построение *ratio decidendi* на таких слабых основаниях не согласуется с принципом правовой определенности и не отражает универсальности ИИ[8], процесс создания базы данных которым не может быть разделен на этапы, такие как создание и получение содержимого базы данных. Критикуемый подход имеет глубокие последствия для практической значимости Директивы 96/9/ЕС и для прав пользователей. Действительно, на основании совместного дей-

[1] Commission, Evaluation, cit., 36.

[2] *Football Dataco Ltd. v. Stan James Ltd.* (№ 2) [2013] EWCA Civ 27.

[3] Commission, Evaluation, cit., 25.

[4] См., например: различные предложения Derclaye, *Databases Sui Generis Right: Should We Adopt the Spin-Off Theory?*, in *EIPR* 2004, 402, и Ottolia, op. cit., 79.

[5] Проект Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», ст. 2 (2). (Директива (ЕС) 2019/790 Европейского парламента и Совета Европейского союза об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке и о внесении изменений в Директивы 96/9/ЕС и 2001/29/ЕС. – *Прим. пер.*).

[6] «Косвенно», потому что это замечание относится к оборудованным датчиками, связанным объектам интернета вещей, но то же самое относится и к большинству сценариев ИИ.

[7] Commission, Evaluation, cit., 15.

[8] См.: Nazemi and Pedram, *Deploying Customized Data Representation and Approximate Computing*, in *Machine Learning Applications*, in *arXiv*, 3 June 2018.

ствия решений 2004 г., ограничивающих сферу действия Директивы, и дела *Ryanair*[1] утверждается, что не существует ограничений договорной автономии в случаях, когда база данных не охраняется в рамках Директивы 96/9/ЕС. Таким образом, Директива 96/9/ЕС не смогла ограничить присвоение данных договорными средствами, что будет более подробно разъяснено далее в разделе 7 настоящей статьи.

Стерилизующий эффект указанного прецедентного права усугубляется тем фактом, что решения 2004 г. были проинтерпретированы так, как будто они ввели теорию побочного продукта, т.е. как будто базы данных, представляющие собой только побочную деятельность компании, не подлежат правовой охране[2]. В настоящей статье утверждается[3], что теорию побочного продукта не следует трактовать как означающую, что если создание баз данных не является основным видом деятельности, то Директива 96/9/ЕС не будет применяться[4]. Такое широкое толкование выходит за рамки того, что в действительности решил Суд ЕС, и отрицательно сказывается на базах данных, созданных ИИ, поскольку приводит к распространенному мнению, что «базы данных, созданные машинами... можно в значительной степени считать "побочными" базами данных»[5]. Фактически суд пояснил, что создание базы данных может быть «связано с осуществлением основной деятельности, при которой лицо, создающее базу данных, является также создателем материалов, содержащихся в базе данных»[6]. Необ-

[1] *Ryanair*, cit., 386.

[2] Указания, содержащиеся в докладе Европейской комиссии (Commission, Evaluation, cit., 15), являются, вероятно, неточными, когда утверждают, что «базы данных, являющиеся побочным продуктом основной деятельности хозяйствующего субъекта ("spin-off" databases), в принципе не защищены правом *sui generis*, так как они не преодолевают порог "существенных инвестиций"» (аналогично ivi, 24). См. также: Hugenholtz, *Abuse*, cit., 203, который рассматривает теорию побочного продукта как способ избежать монополизации баз данных с единственным источником. Однако автор указывает на то, что указанного прецедентного права, даже широко трактуемого, недостаточно для того, чтобы противостоять монополизации баз данных с единственным источником, не подпадающим под действие теории побочного продукта.

[3] См. также: Ottolia, op. cit., 76, согласно которому решения 2004 г. не вводят жесткого разграничения между компаниями, которые производят данные, и компаниями, которые их организуют. Тот факт, что база данных попадает или не попадает в сферу действия Директивы 96/9/ЕС, на самом деле не зависит от абстрактного и общего понятия производства данных.

[4] Более детализированную версию этой интерпретации можно найти в Hugenholtz, *Abuse*, cit., 203.

[5] Commission, Evaluation, cit., 35.

[6] *British Horseracing*, cit., para. 35.

ходимо лишь установить, что получение, проверка или представление также «требовали значительных инвестиций... независимо от средств, использованных для создания этих материалов»[1]. Даже если, к сожалению, эта теория основана на несостоятельном противопоставлении создания и получения данных, ее узкое толкование в том виде, в каком оно предлагается здесь, оставляет возможности для охраны баз данных ИИ правом *sui generis*. Так, например, если лицо инвестировало в два различных приложения для ИИ, одно из которых предназначено для интеллектуального анализа данных, а другое — для создания базы данных (получение, проверка, представление данных), то соответствующая база данных ИИ может быть защищена, если вторая инвестиция является существенной, независимо от того, является ли создание базы данных первичной или вторичной деятельностью[2].

ИИ может сделать пригодными для использования большие данные, имеющиеся в компаниях, путем обработки, структурирования и оптимизации этих данных. Было высказано предположение[3], что, поскольку в решениях 2004 г. не рассматривались вопросы проверки и представления данных, можно было бы признать право *sui generis* на базы данных ИИ, если бы такая деятельность была связана со значительными инвестициями[4]. В конечном счете это может «повлиять на правовое регулирование формирующихся бизнес-моделей, основанных на анализе “больших данных” данных, генерируемых машинами, и интернета вещей»[5].

С целью разъяснения случаев, когда инвестиция является существенной, Суд ЕС ограничился констатацией того, что «лицо, которое взяло на себя инициативу и риск осуществления существенных инвестиций с точки зрения человеческих, технических и (или) финансовых ресурсов при создании и эксплуатации базы данных, получает доход

[1] *British Horseracing*, cit., para. 35.

[2] См.: Derclaye, *Databases Sui Generis Right*, cit., 402, где, в частности, автор указывает, что «если теория побочного продукта, как представляется, указывает на более широкое понимание, что любая база данных, которая является побочным продуктом другой деятельности, не подлежит правовой охране, то она заходит слишком далеко».

[3] Commission, Evaluation, cit., 25.

[4] Об использовании ИИ для проверки данных см., например: Amrani, Lúcio, Bibal, *ML + FV = $\heartsuit$? A Survey on the Application of Machine Learning to Formal Verification*, in *arXiv*, 10 June 2018. Об использовании ИИ для представления данных см., например: Soto, Kiros, Keselj, Milios, *Machine learning meets visualization for extracting insights from text data*, in *AI Matters* 2016, II, 15 ff.

[5] Ibid.

от своих инвестиций, защищая себя от несанкционированного присвоения результатов этой инвестиции»[1]. Существенность может быть качественной или количественной характеристикой, при этом количественная оценка относится к «поддающимся количественному измерению ресурсам, а качественная оценка – к усилиям, которые не поддаются количественному измерению, таким как интеллектуальные усилия или энергия»[2]. В свете столь ограниченного круга руководящих указаний необходимо рассмотреть национальные подходы. В национальных судебных решениях, как правило, не уточняется понятие существенности инвестиций. Это объясняется тем, что «в большинстве случаев капиталовложения настолько огромны, что нет нужды обсуждать, достигнут ли требуемый уровень существенности»[3]. Исследователи, подробно изучившие данный вопрос, пришли к следующим выводам[4]. Во-первых, «инвестиции» следует определять широко, включая время, энергию или деньги. Во-вторых, порог существенности должен быть установлен на низком уровне[5]. Эта позиция недавно нашла свое подтверждение в проведенном по заказу Европейской комиссии исследовании в поддержку оценки Директивы 96/9/ЕС, где было отмечено, что «национальные суды были великодушны и предоставляли защиту для относительно небольших инвестиций»[6]. Этот вывод был подтвержден

[1] *Innoweb,* cit., para. 39, italics added, referring to *British Horseracing Board*, cit., paras. 32 and 46; *Fixtures Marketing*, cit., para. 35; Court of Justice 9 October 2008, *Directmedia Publishing*, case C-304/07, para. 33, in *ECR* 2008, I, 7565 and in this *Journal* 2009, 374 ff., см.: комм. Cogo. См. Также: Arezzo, *L'estrazione non autorizzata del contenuto di una banca dati,* in *Dir. ind*. 2009, 192, и Sammarco, *Sull'ampiezza del diritto sui generis in relazione all'attività di estrazione del contenuto di una banca di dati non avente carattere creativo*, in *Dir. inf*. 2008, 780.

[2] Параграфы 28 (Svenska Spel), 43 (OPAP), 38 (Veikkaus) ссылаются на п. 7, 39 и 40 Преамбулы Директивы 96/9/ЕС. Из соображений краткости в данной статье не будут раскрыты понятия качественной и количественной существенности инвестиции. Подробнее об этих понятиях см.: Derclaye, *The legal protection*, cit., 91.

[3] Derclaye, *Databases Sui Generis Right: What is a Substantial Investment? A Tentative Definition*, in *IIC* 2005, 2 ff.

[4] Ivi, 4.

[5] Например, во Франции см.: Cour de Cassation 23 March 2010, in *RIDA* 2010, 273, и в Италии Court of Rome 10 December 2009, упомянутые в Commission, Evaluation, cit, 27. Только в некоторых случаях национальные суды отказывали в защите ввиду отсутствия существенности инвестиций. См., например: во Франции Cour de Cassation 19 June 2013, 12–18.623, *Réseau fleuri v. L'Agitateur floral* (см.: JIIP and Technopolis Group, *Final report*, cit., 7) и Trib. com. Paris 16 February 2001, *AMC Promotion v. CD Publishers Construct Data Verlag GmbH* (см.: CARON, *Liberté d'expression et liberté de la presse contre droit de propriété intellectuelle*, in *Communication Commerce Electronique* 2002, II, 25).

[6] JIIP and Technopolis Group, op. ult. cit., 8.

Комиссией, которая пояснила, что «по общему правилу инвестиции должны быть более чем минимальными, что указывает на относительно низкий пороговый уровень»[1]. Таким образом, представляется очевидным, что отнюдь не существенность инвестиций препятствует охране баз данных ИИ в рамках Директивы 96/9/ЕС. Настоящей проблемой является противопоставление создания и получения данных. Соответственно, выдвинутое некоторыми изготовителями баз данных[2] предложение о том, чтобы требовать лишь несущественных инвестиций, не будет (в противоположность мнению Комиссии) «расширять сферу охраны и тем самым потенциально распространять право *sui generis* на область больших данных»[3].

При рассмотрении вопроса о том, отвечают ли базы данных ИИ критериям правовой охраны, необходимо помнить о великодушном подходе к вопросам существенности инвестиций и широкой трактовке инвестирования. Если приложение ИИ разработано специально для создания определенной базы данных, то инвестиции в ИИ в принципе будут достаточными для того, чтобы претендовать на охрану правом *sui generis*. Вопрос усложняется, если ИИ сможет создавать базы данных серийно. В этом случае можно утверждать, что требование значительных инвестиций будет выполнено только для первой базы данных, если создание последующих баз данных не требует автономных человеческих, технических или финансовых усилий. Для первой базы данных было бы несущественно, если бы в ее создании принимал участие человек, поскольку инвестиции могут быть значительными по причине финансовых затрат на приложение ИИ. Таким образом, даже базы данных, создание которых было полностью автоматизировано, могут быть охвачены правом *sui generis*[4]. Напротив, если приложение для ИИ требует вмешательства человека всякий раз, когда оно создает базу данных (например, маркировка в случае контролируемого обучения), или приложения иных усилий, можно утверждать, что последующие базы данных, созданные ИИ, также могут охраняться правом *sui generis*.

[1] Commission, Evaluation, cit., 27.

[2] Ivi, 28.

[3] Ibid.

[4] Это мнение, как представляется, не разделяется Commission, Evaluation, cit. 36, где говорится, что если данные «требуют не только автоматической обработки и форматирования, но и ручной обработки и проверки качества... существует судебная практика, где относительно небольшие инвестиции давали основания для охраны правом *sui generis*». Это толкование основано на критикуемой выше теории побочного продукта и противопоставлении создания и получения данных.

В 2017 и 2018 гг. Европейская комиссия собрала доказательства[1] для принятия решения по вопросу о пересмотре Директивы 96/9/ЕС. Представляется очевидным, что главную озабоченность вызывало то, что право *sui generis* не подходило для автоматического сбора данных, генерируемых машинами, и интернета вещей. В ходе общественных консультаций 42 % респондентов указали, что право *sui generis* не подходит для указанных данных, которые должны охраняться (хотя и не объясняли, почему)[2]. Убеждение, что базы данных, созданные с помощью машин, не охватываются правом *sui generis*, преобладает в научной литературе[3]. Противоположная позиция была высказана в ходе семинара, организованного в рамках исследования Комиссии в поддержку оценки Директивы 96/9/ЕС, большинство участников которого «сочли, что неясно, применяется ли право *sui generis* к данным, генерируемым машинами»[4]. О применимости права *sui generis* для машинных данных высказывается меньшинство ученых[5], а также Федеральный верховный суд Германии в деле *Autobahnmaut*[6]. В указанном деле суд пришел к выводу, что данные об автодорожных сборах, генерируемые машинами, должны были охраняться правом *sui generis*, поскольку автодорожное предприятие вложило значительные финансовые средства в регистрацию ранее существовавших данных об автомобилях, использующих автостраду, а также в проверку и представление этих данных с помощью компьютерной программы. Это имеет большое значение для баз данных ИИ не только потому, что показывает невозможность разграничения создания и получения данных, но и потому, что инвестиции в некоторое программное обеспечение, обеспечивающее проверку и представление содержимого, могут быть достаточными для защиты баз данных ИИ правом *sui generis*.

[1] Они включали в себя консультации с общественностью, встречи с заинтересованными сторонами, исследование по заказу Европейской комиссии, в том числе онлайн-исследование, углубленные интервью и семинар (JIIP and Technopolis Group, *Final report*, cit.).

[2] *Synopsis report on the responses to the public consultation activities on the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, para. 1.2.5.

[3] Leistner, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in Lohsse, Schulze, and Staudenmayer (eds), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools,* Nomos, Baden-Baden, 2017, 25.

[4] JIIP and Technopolis Group, *Final report*, cit., 25.

[5] Ivi, 28. Данная интерпретация прецедентного права Судом ЕС критикуется в докладе и, в частности, в деле *British Horseracing* и *Fixtures Marketing*.

[6] *Autobahnmaut*, BGH I ZR 47/08 (25 March 2010).

Несмотря на различные сигналы, авторы доклада, подготовленного по заказу Европейской комиссии, пришли к выводу о том, что «Директива “О правовой охране баз данных” не применяется к базам данных, созданным с помощью... искусственного интеллекта. Фактически создание этих баз данных тесно связано с созданием их содержания»[1]. Даже если с этим утверждением можно было бы согласиться, возникают по крайней мере два возражения. Во-первых, такое исключение баз данных ИИ из-под действия Директивы 96/9/ЕС вытекает не из Директивы, а из ее узкой трактовки Судом ЕС в целях ограничения рисков монополизации. И действительно, Комиссия указала, что «толкование сферы применения в постановлениях Суда справедливости от 2004 года... исключает опасения по поводу того, что право *sui generis* играет антиконкурентную роль»[2]. Такое толкование основано на чрезмерном акценте на некоторых пунктах Преамбулы Директивы 96/9/ЕС и на невозможности разграничения создания и получении данных. Если станет ясно, что, не угрожая свободному доступу к знаниям, Директива 96/9/ЕС может сыграть позитивную роль в предотвращении договорных злоупотреблений, то можно ожидать обращения вспять судебной практики, которая прояснит применимость права *sui generis* к базам данных ИИ. Решение может заключаться не в отмене права *sui generis*, как того требуют те, кто обнаружил, что оно не стимулирует инвестиции[3], а в его расширении[4]. Во-вторых, базы данных ИИ – это не только базы данных, в которых ИИ создает данные, но это также базы данных, в которых ИИ получает, проверяет или представляет их содержимое. В последнем случае право *sui generis*, даже в узком толковании, данном Судом ЕС, применяется к некоторым базам данных ИИ. Например, можно утверждать, что информация *Amazon Echo* является базой данных, не-

[1] Ivi, ii. Те же авторы, однако, переформулировали эту позицию более деликатно, утверждая, что «интернет вещей, искусственный интеллект, данные, генерируемые алгоритмами и сенсорами, большие данные приобретают все большее экономическое значение. Тем не менее, неясно... охватывает ли их нынешнее определение базы данных и, что еще более важно, должны ли они пользоваться защитой в соответствии с правом *sui generis*» (ivi, 5).

[2] Ivi, 21, где такой эффект также связан с «повсеместным распространением договоров» (там же). Эта довольно неясная ссылка не должна толковаться как означающая, что повсеместное распространение договоров в индустрии баз данных не имеет антиконкурентных последствий.

[3] Ibid.

[4] Это мнение не является единственным – см., например: ivi, iii.

смотря на то что это не основной вид деятельности, осуществляемой компанией *Amazon*, если можно доказать, что были произведены существенные инвестиции в получение, проверку и представление данных. Информация о человеческом вкладе в эту базу данных и об иных потенциальных усилиях не является общественным достоянием, поэтому нельзя сделать определенный вывод. Однако даже в случае незначительного или нулевого участия человека порог существенности все равно может быть достигнут при условии доказательств финансовых затрат на разработку технологии ИИ.

Как было указано ранее, вопреки позиции данной статьи доминирующей является позиция, что право *sui generis* вряд ли будет охватывать базы данных ИИ и большие машинные данные. Для исправления этой ситуации Европейская комиссия предложила ввести право производителя данных (*data producer's right*) на неперсональные или анонимизированные данные[1]. Право производителя данных, которое может быть помещено в контекст обсуждения владения данными[2], будет представлять собой «право использовать и разрешать использование неперсональных данных»[3], предоставленное производителю данных, т.е. «владельцу или долгосрочному пользователю (т.е. арендатору) устройства»[4]. Таким образом, пользователи будут «использовать свои данные и тем самым способствовать разблокированию данных, генерируемых устройством»[5].

Основания для данного предложения могут показаться *prima facie* неоспоримыми. Действительно, по мнению Европейской комиссии, поскольку право *sui generis* имеет ограниченное применение в контексте больших машинных данных и поскольку последнее имеет ос-

[1] Commission, *Free Flow of Data*, cit.

[2] Hoeren, *Big data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe*, in *EIPR* 2014, XII, 751 ff.; Zech, *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data*, in *JIPLP* 2016, VI, 460 ff.; Burns, *Regulating machine data: less is more for global growth*, in *WIPO Magazine* 2017, VI; Stalla-Bourdillon et al., *Building the European data economy. Position paper on the proposal for a new right in non-personal data* (URL: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-30/consultation_data_eco-knight_65284C58-BC45-BD3E-6F27AD94A35F71EC_46162.pdf (дата обращения: 30.10.2018)); Hugenholtz, *Against data Property: Unwelcome Guest in the House of IP*, in Ulrich, Drahos, and Ghidini, *Kritika. Essays on Intellectual Property*, 3, Elgar, Cheltenham, 2018, 48; Drexl, op. loc. cit.

[3] Commission, *Free Flow of Data*, cit., 13.

[4] Ibid.

[5] Ibid.

новополагающее значение для экономики данных, то из этого следует, что нам необходимо ввести упомянутое новое право. Однако это двойное предположение не доказано и, напротив, настоящая статья способствует доказательству того, что оно просто ошибочно. Действительно, право *sui generis* может охватывать базы данных ИИ, а в отношении данных, выходящих за рамки Директивы, эффективная (если не чрезмерная) защита может осуществляться с помощью договоров, технических средств защиты, режима коммерческой тайны и законов о недобросовестной конкуренции[1]. При столь надежной защите, как представляется, нет необходимости в дополнительных стимулах в виде новых прав. Более того, доступ к такой форме защиты может препятствовать использованию права *sui generis*, способствуя тем самым стерилизации Директивы 96/9/ЕС[2]. В целом можно сказать, что введение права производителя данных было бы неправильным решением надуманной проблемы.

Сохранение права *sui generis*, таким образом, могло бы принести тройную выгоду. Прежде всего, это обеспечило бы определенную форму защиты для произведений ИИ, содержащихся в базе данных, произведений ИИ, которые в противном случае оказались бы в общественном достоянии ввиду отсутствия оригинальности. Это позволило бы извлечь ценность из произведений ИИ, в то же время препятствуя их монополизации. Во-вторых, пересмотренное право *sui generis* позволило бы предотвратить ненадлежащее присвоение данных договорными средствами путем уменьшения негативных последствий дела *Ryanair*, провозгласившего неограниченную договорную автономию. Наконец, предоставление некой формы защиты данным существенно ослабило бы новое право производителя данных, которое больше не являлось бы необходимым для европейской экономики данных.

6. Нарушение авторских прав, исключения и интеллектуальный анализ данных на едином цифровом рынке

При наличии инвестиций в ИИ, которые явно используются для получения, проверки и представления содержимого базы данных, скорее всего, будет применяться право *sui generis*. Основная проблема, как мы видели, заключается в определении «получения» данных, принимая во внимание выработанное судебной практикой противопоставление

[1] Drexl, op. loc. ult. cit.

[2] Burns, op. loc. cit.

между созданием и получением данных. Отличным примером невозможности разграничения создания и получения данных является интеллектуальный анализ данных, растущее значение которого тесно связано с развитием технологий ИИ. Интеллектуальный анализ данных выявляет корреляцию между существующими данными[1], поэтому хотя на первый взгляд этот процесс можно рассматривать как «создание» данных, скорее всего это все-таки «получение» данных. Возможность доказать и то, и другое подтверждает, что следует отказаться от противопоставления создания и получения данных.

Значение интеллектуального анализа данных было признано Европейской комиссией, которая, соответственно, сделала специальное исключение в предложенной реформе авторского права ЕС. Однако необходимо оценить, в какой степени существующие исключения могут представлять собой законное основание для интеллектуального анализа данных в целях защиты в случае судебного спора о нарушении исключительных прав.

Итак, понятия «нарушение» и «база данных ИИ» можно проанализировать с двух точек зрения — либо как нарушение права на базу данных ИИ, либо как нарушение, совершенное ИИ при создании базы данных. Первый аспект будет проанализирован лишь вкратце, поскольку нет никаких существенных различий между нарушением права на базу данных ИИ и традиционными нормами авторского права[2]. Напротив, второй сценарий имеет первостепенное значение с точки зрения данной статьи, поскольку если интеллектуальный анализ данных рассматривать как правонарушение *per se*, то это существенно ограничило бы потенциал влияния ИИ на рынок баз данных.

Нарушение авторского права на базу данных лишь частично регулируется Директивой 96/9/ЕС, поэтому соответствующий режим следует трактовать, исходя из общих принципов нарушения авторского права, т.е. необходимо доказать наличие запрещенного действия[3],

[1] Проект Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», ст. 2 (2). (Согласно принятому тексту Директивы (ЕС) 2019/790 «интеллектуальный анализ текстов и данных» означает любой автоматизированный аналитический метод, направленный на анализ текстов и данных в цифровой форме с целью получения информации, которая включает в себя, но не ограничивается ими, модели, тенденции и корреляции. – *Прим. пер.*).

[2] Более подробный анализ нарушения исключительных прав на базу данных см.: Derclaye, *The legal protection*, cit., 100 ff., и JIIP and Technopolis Group, *Legal annex,* cit., 27–43, 69–96.

[3] Директива 96/9/ЕС, ст. 5.

причинно-следственной связи[1] и существенности[2]. Таким образом, нарушение авторского права на базу данных имеет место, когда кто-либо без разрешения владельца базы данных ИИ воспроизводит, изменяет, распространяет или сообщает для всеобщего сведения всю или существенную часть базы данных[3], при условии, что новая база данных создана на основе той, права на которую были нарушены.

Существенность – единственный аспект, заслуживающий более пристального внимания. Действительно, это вопрос качества, а не количества, в том смысле, что «воспроизведение части, которая сама по себе не имеет оригинальности, как правило, не является существенной частью авторского права и потому не будет охраняться»[4]. Следовательно, поскольку оригинальность имеет ограниченную сферу применения в области баз данных, третьим лицам будет разрешено более обширное копирование содержания (по сравнению с традиционными авторскими произведениями) до тех пор, пока они не используют оригинальное выражение идей автора. Наконец, в случае выполнения указанных требований законный пользователь все же может полагаться на возражения или исключения, установленные Директивой 96/9/ЕС[5], в частности, если он сможет доказать, что выполненное действие было необходимо для доступа к содержимому базы данных или находится в пределах ее обычного использования, что не требует разрешения владельца[6]. Это единственное обязательное исключение из авторского права на базу данных, которое не может быть отменено договором[7]. Кроме того, государства – члены ЕС имеют право по своему усмотрению расширять общие исключения из авторского права

[1] Если нет доказательств прямого копирования, то основное внимание будет уделено доказательству доступа и тому, что сходства между двумя базами данных достаточно многочисленны, близки или обширны, чтобы сделать вероятным предположение о том, что сходство связано с копированием, а не с совпадением. *Designers Guild v. Russell Williams* [2001] FSR 113. Доступ к базе данных должен быть легко доказан, если она может использоваться только зарегистрированными пользователями или если имеется какая-то система протоколирования.

[2] *Infopaq*, cit.

[3] Исключительное право владельца базы данных поддерживается авторским правом ЕС. См.: Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2001/29/ЕС от 22.05.2001 «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе». Ст. 2–4.

[4] *Ladbroke v. William Hill* [1964] 1 W.L.R. 273, 293.

[5] Директива 96/9/ЕС, ст. 6 (1).

[6] Там же, ст. 6 (2).

[7] Там же, ст. 15.

и вводить исключения для воспроизведения в личных целях (но только для неэлектронных баз данных) в целях общественной безопасности, преподавания или научных исследований. Последнее исключение, которое применяется также к праву *sui generis*, заслуживает большего внимания, поскольку его могут использовать владельцы баз данных ИИ, которые создают свои базы данных, используя интеллектуальный анализ данных, ориентированный на содержание баз данных третьих лиц. Такой интеллектуальный анализ данных будет законным только в том случае, если его единственной целью является некоммерческое научное исследование и при должном указании источника[1]. В отношении последнего положения следует иметь в виду необходимость «указания имен авторов и (или) источников, что не всегда имеет смысл для анализа данных»[2]. Хотя это исключение является менее узким, чем предусмотренное проектом Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке» (как будет показано ниже), должное указание, возможность исключить его договором[3] и его необязательность могут существенно снизить его практическую значимость[4]. Кроме того, оценивая сферу действия указанного исключения, необходимо помнить, что все исключения из прав на базу данных подвергаются так называемому трехступенчатому тесту и, следовательно, не могут необоснованно ущемлять законные интересы владельца базы данных ИИ или вступать в конфликт с нормальным использованием базы данных[5].

Что касается средств правовой защиты, то Директива 96/9/ЕС лишь предписывает их введение, оставляя за государствами – членами ЕС

[1] Директива 96/9/ЕС, ст. 6 (2) (b).

[2] Triaille, De Meeûs D'argenteuil, and De Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, Publications Office, Luxembourg, 2014, 116.

[3] Об использовании договоров для отмены исключений из авторского права см.: Aronsson-Storrier, *Submission to Australian Department of Communication and the Arts, Copyright Modernisation Consultation: Contracting out of Copyright Exceptions*, in *SSRN*, 3 July 2018 (URL: https://ssrn.com/abstract=3211946).

[4] Dutilh, op. cit., 545 указывает, что, по мнению некоторых заинтересованных сторон, «исключения (в целях образования и науки) должны быть обязательными. Поскольку это исключение не является обязательным, Франция, Италия и Ирландия не применяют его». Следует отметить, что в Италии существует исключение для баз данных, связанное с исследованиями (см.: Article 64 sexies, para. 1, lett. a, l.a.).

[5] Ст. 6 (3) Директивы 96/9/ЕС предусматривает трехступенчатый тест, применяемый к авторскому праву на базы данных. Статья 8 (2) Директивы 96/9/ЕС содержит аналогичное положение в сфере применения права *sui generis*. Это может показаться двухступенчатым тестом, хотя ссылка на Бернскую конвенцию об охране литературных и художественных произведений, вероятно, будет означать, что перечень исключений является исчерпывающим (Бернская конвенция, ст. 9 (2)).

право решать, как их регулировать[1]. Почти десять лет спустя Европейская комиссия пояснила, что Директива 2004/48/ЕС[2] применяется к авторскому праву, смежным правам и праву *sui generis*[3]. Таким образом, владелец базы данных, созданной ИИ, сможет реагировать на нарушения со стороны третьих лиц, используя корректирующие меры[4], судебные запреты[5], компенсационные действия[6] или иные средства правовой защиты, предусмотренные применимым национальным законодательством[7].

Хотя средства правовой защиты одни и те же, остальная часть режима нарушения авторского права и права *sui generis* отличается. Нарушение последнего имеет место в случае несанкционированного извлечения или повторного использования содержимого базы данных или ее значительной части, оцененное качественно или количественно[8]. Правонарушитель извлекает содержимое, если он постоянно или временно переносит данные на другой носитель информации любым способом и в любой форме[9]. В свою очередь, повторным использованием содержимого базы данных считается ее доведение до всеобщего сведения в любой форме, за исключением ее использования публичными библиотеками[10]. В то время как ознакомление с базой данных само по себе не является нарушением авторских прав, передача или доведение до всеобщего сведения содержимого базы данных для последующего просмотра на экране представляет собой потенциальное нарушение авторских прав[11]. С точки зрения искусственного интеллекта также важно помнить, что извлечение

[1] Директива 96/9/ЕС, ст. 12.

[2] *Statement by the Commission concerning Article 2 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights* (2005/295/EC) [2005] OJ L 94/37.

[3] Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2004/48/ЕС от 29.04.2004 «Об обеспечении прав интеллектуальной собственности».

[4] Там же, ст. 10.

[5] Там же, ст. 11.

[6] Там же, ст. 13.

[7] Там же, ст. 16.

[8] Директива 96/9/ЕС, ст. 7 (1).

[9] Там же, ст. 7 (2) (a).

[10] Там же, ст. 7 (2) (b), которая включает распространение копий, прокат, онлайн и иные формы передачи.

[11] *Directmedia Publishing*, cit., paras. 34–36.

и повторное использование толкуются широко и включают в себя полностью автоматизированное извлечение и повторное использование[1]. Количественная оценка существенности подразумевает объем данных, извлеченных или повторно использованных, «и должна оцениваться по отношению к объему содержимого всей этой базы данных»[2]. Качественная оценка существенности, в свою очередь, означает рассмотрение масштаба инвестиций в получение, проверку или представление, независимо от объема извлеченных или повторно использованных данных[3]. Хотя эти понятия кажутся достаточно широкими, чтобы охватить большинство правонарушений, важно помнить, что тот факт, что извлечение или повторное использование содержимого влияет на ценность содержимого базы данных, не имеет значения при оценке нарушения права *sui generis*[4]. С точки зрения данной статьи важно отметить, что, учитывая общую, хотя и открытую для критики тенденцию к отрицанию возможности защиты баз данных ИИ правом *sui generis*, можно предположить, что только базы данных ИИ, в отношении которых будут доказаны очень существенные инвестиции, будут признаны охраноспособными указанным правом. Таким образом, по сравнению с традиционными базами данных более вероятно, что нарушение будет связано с извлечением или повторным использованием существенной части содержимого, оцененного с качественной точки зрения.

Суд ЕС дал некоторые указания относительно того, охватывает ли термин «извлечение» также материалы, полученные косвенным путем из базы данных в случае отсутствия прямого доступа к ней[5]. Ответ на этот вопрос имеет решающее значение в свете того, что после решения по делу *Ryanair* стало ясно, что договоры в сочетании с техническими средствами защиты могут предоставить сильнейшую форму защиты владельцам баз данных, за единственным исключением в виде защиты от третьих лиц, не являющихся стороной договора. В силу частного характера договорной связи использование и распространение данных,

[1] *Innoweb*, cit., 28, and 33, отсылающее к *British Horseracing*, cit., para. 51, и *Football Dataco*, cit., para. 20.

[2] *British Horseracing*, cit., para. 70.

[3] Ivi, para. 71, где суд добавляет, что «количественно незначительная часть содержимого базы данных может на самом деле представлять собой, с точки зрения получения, проверки или представления, значительные человеческие, технические или финансовые инвестиции».

[4] Пункт 46 Преамбулы Директивы 96/9/ЕС и *British Horseracing*, cit., para. 72.

[5] *British Horseracing*, cit., paras. 51 ff.

полученных только косвенным путем из базы данных, не является противозаконным, если последняя выходит за рамки действия Директивы 96/9/ЕС, например, потому что значительные инвестиции были сделаны в создание данных, а не в их получение, проверку или представление. По этому вопросу Суд ЕС указал, что «извлечение» также распространяется на материалы, которые хотя и были первоначально получены из защищенной базы данных, но были получены из нее только косвенным образом. Действительно, другое решение оставило бы «изготовителя базы данных без защиты от несанкционированного копирования с копии базы данных»[1] и «нанесло бы ущерб инвестициям изготовителя базы данных»[2]. Наглядным свидетельством тому служит тот факт, что принцип исчерпания применяется в этой области только в отношении контроля над перепродажей базы данных, в то время как первоначальный владелец все еще может контролировать извлечение и повторное использование[3].

С точки зрения ИИ крайне важно понимать положение[4], согласно которому новая база данных и, соответственно, новый срок охраны возникают в случае «любого существенного изменения, оцененного качественно или количественно, содержимого базы данных, включая любые существенные изменения в результате накопления последовательных добавлений, исключений или изменений, которые привели бы к тому, что база данных рассматривалась бы в качестве новой существенной инвестиции, оцененной качественно или количественно»[5]. Таким образом, учитывая, что ИИ может облегчить внесение изменений в содержимое базы данных, можно утверждать, что ИИ может легко инициировать это положение, что потенциально может привести к вечной охране базы данных, охватывая также и те части содержимого, которые не были изменены[6].

Итак, нарушение права на базы данных ИИ может быть вызвано неоднократным и систематическим извлечением или повторным использованием несущественных частей содержимого в противоречии с нормальным использованием этой базы данных или необоснованно

[1] Ivi, para. 52.

[2] Ivi, para. 53.

[3] Директива 96/9/ЕС, ст. 7 (2) (b).

[4] Там же, ст. 10 (3).

[5] Директива 96/9/ЕС, ст. 10 (3).

[6] Pila and Torremans, op. loc. cit. критически оценивают вечную охрану, охватывающую старое содержание.

ущемляющим законные интересы изготовителя[1]. Цель данного положения заключается в том, чтобы избежать извлечения или повторного использования значительной части содержимого «с черного хода»[2]. Указанные неоднократные и систематические действия становятся нарушением только в том случае, если кумулятивный эффект наносит серьезный ущерб инвестициям[3], приводя к несанкционированному «восстановлению базы данных в целом или, по крайней мере, ее существенной части»[4]. Кроме того, следует иметь в виду, что правонарушение не обязательно должно осуществляться с целью создания другой базы данных[5]. Таким образом, например, было бы противозаконно, если бы путем интеллектуального анализа данных извлекались несущественные части базы данных ИИ, из которых в дальнейшем восстанавливалась существенная часть базы данных.

В настоящее время в отсутствие требований о повторном извлечении договорные положения, ограничивающие право законного пользователя на извлечение или повторное использование несущественных частей базы данных, охраняемой правом *sui generis*, являются недействительными[6]. Таким образом, например, договорное положение компании *Amazon*, направленное на предотвращение извлечения или повторного использования какого-либо содержимого ее сервисов, не имеет исковой силы[7]. Аналогичным образом можно утверждать, что положение, запрещающее «интеллектуальный анализ данных, роботов или аналогичные инструменты для сбора и извлечения данных (однократно или многократно)»[8], не имеет юридической силы. В настоящей статье утверждается, что если указанные действия подпадают под право на несущественное извлечение или любое обязательное исключение, то такие договорные положения будут считаться недействительными. С точки зрения настоящей статьи все акты неоднократного несущественного извлечения или повторного использования являются законными, а не только акты, осуществляемые в некоммерческих целях;

[1] Директива 96/9/ЕС, ст. 7 (5).

[2] Common Position (EC) № 20/95 adopted by the Council on 10 July 1995, OJ 1995 C 288, 14.

[3] *British Horseracing*, cit., para. 86.

[4] Ivi, para. 87.

[5] Ivi, para. 86.

[6] Директива 96/9/ЕС, ст. 15.

[7] *Amazon Conditions of Use and Sale*, clause 3.

[8] Ibid.

при этом указание источника не требуется[1]. В сочетании с широким распространением договоров это делает данное право более привлекательным для исследователей данных, чем исключение в целях научных исследований – при условии, что они разрабатывают модель таким образом, чтобы она была нацелена на ряд различных баз данных и извлекала или повторно использовала содержимое каждой из них, не выходя за порог существенности. Главная проблема, по всей видимости, заключается в том, как кодировать «существенность», поскольку это довольно расплывчатое понятие. Поэтому в этой связи было бы весьма желательно получить дальнейшие указания от Суда ЕС[2].

Второй важнейший исследовательский вопрос заключается в том, является ли законным интеллектуальный анализ данных, используемый для создания базы данных. Основные препятствия представляются договорными (например, если условия использования сайта препятствуют этому)[3], а также обусловленными тем фактом, что по крайней мере часть текста и извлекаемых данных может охраняться правами интеллектуальной собственности[4].

В проекте Директивы об авторском праве на цифровом едином рынке интеллектуальный анализ данных определяется как «любой автоматизированный аналитический метод, направленный на анализ текстов и данных в цифровой форме с целью получения такой информации, как закономерности, тенденции и корреляции»[5]. Для понимания того, как работает интеллектуальный анализ данных, соответствующий процесс можно разделить на четыре этапа[6]. Первый

[1] Директива 96/9/ЕС, ст. 8 (1).

[2] О проблеме кодирования юридических понятий, которая стала безотлагательной в связи с обязательством проектируемой конфиденциальности в соответствии с Общим регламентом о защите персональных данных см.: Noto La Diega, *Against the dehumanisation*, cit., 3 and passim.

[3] См., например: Facebook's Automated Data Collection Terms, last updated on 15 April 2010, и Amazon's Conditions of Use and Sale, clause 3. Об этом аспекте см.: Ducato and Strowel, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to "Machine Legibility"* in *IIC* 50, 649–684 (2019) в контексте умных систем раскрытия информации и, в частности, автоматизированного анализа договоров и политики конфиденциальности в целях повышения осведомленности потребителей.

[4] См.: скрупулезную работу Montagnani and Aime, *Il text and data mining e il diritto d'autore*, in this *Journal* 2017, 376 ff., к которой можно найти глубокий анализ и библиографические ссылки.

[5] Проект Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», Article 2 (2).

[6] Caspers and Guibault, *Baseline Report of Policies and Barriers of TDM in Europe*, Future TDM, Wien, 2016, 9.

этап (не всегда присутствующий) включает в себя скрейпинг[1] и краулинг[2], используемые разработчиком для поиска соответствующего содержания и извлечения информации, например, путем сохранения ее на собственном устройстве или в облаке. Вторым этапом является создание целевого набора данных. Это может включать преобразование содержимого в целях стандартизации, его обогащение метаданными, а также выбор только части содержимого, которая считается необходимой для анализа. Разработчик извлекает указанное содержание в новый набор данных, который он будет использовать для третьего этапа процесса, т.е. анализа, который осуществляется с помощью программного обеспечения для интеллектуального анализа, алгоритм которого может быть разработан разработчиком специально (но это необязательно). Последним этапом является публикация результатов интеллектуального анализа, которая может принимать различные формы, от академической работы до собственной базы данных[3].

Можно предположить, что поскольку разработчики делают свободный и творческий выбор при подборе содержания базы данных, как это видно на третьем этапе процесса, то они оставляют свои характерные черты на базе данных, которая, таким образом, была бы оригинальной, а значит, охранялась бы авторским правом[4]. Однако оригинальность должна учитывать выбор уже существующего содержания, а не создание нового, что составляет суть процесса интеллектуального анализа данных.

Специалисты по компьютерным наукам жалуются на то, что на вопрос о законности интеллектуального анализа данных не было дано

[1] Скрейпинг – это «процесс создания полуструктурированного документа из интернета... и анализа документа для получения определенных данных со страницы, которые будут использоваться для других целей» (Kurnjawati and Triawan, *Increased information retrieval capabilities on e-commerce websites using scraping techniques*, in *2017 International Conference on Sustainable Information Engineering and Technology*, IEEE, Piscataway, 2018, 226). Иными словами, это «метод извлечения данных из Всемирной паутины... и сохранения их в файловой системе или базе данных для поиска или последующего анализа» (там же).

[2] Скрейпинг и краулинг пересекаются, но скрейпинг может быть осуществлен «вручную пользователем или автоматически – ботом или веб-краулером» (Kurnjawati и Triawan, op. loc. cit.). Кроме того, веб-скрейпер можно рассматривать как сочетание веб-краулера для сканирования ссылок и экстрактора данных для отсканированных ссылок. Mahto and Singh, *A dive into Web Scraper world*, in *2016 3rd International Conference on Com-puting for Sustainable Global Development*, IEEE, Piscataway, 2016, 689, 690.

[3] Ibid.

[4] *Football Dataco*, cit., para 38.

адекватного ответа[1]. В США некоторая определенность могла быть достигнута в деле *eBay v. Bidder's Edge*[2], где судья инновационным образом применил к онлайн-деятельности норму о нарушении границ движимого имущества и, соответственно, выдал знаменитому порталу электронной коммерции судебный запрет, запрещающий краулинг веб-сайта в целях агрегирования данных на аукционах. С точки зрения данной работы важно подчеркнуть, что суд счел существенным тот факт, что *Bidder's Edge* должен был принять условия обслуживания *eBay*. Данное дело, однако, не может считаться достоверным прецедентом, поскольку спор был урегулирован во внесудебном порядке[3], а также потому, что последующие дела вызывали определенные сомнения в его обоснованности[4]. Другие дела в США подтверждают законность (или, по крайней мере, отсутствие неправомерности) краулинга, поскольку эта деятельность не нарушает законы о борьбе со взломами, хотя другие авторы считают это нарушением авторских прав[5].

В Европе в настоящее время не существует исключений в отношении интеллектуального анализа данных[6], однако можно предположить, что они могут подпадать под действие существующих исключений[7]. Основные положения относятся к исключениям в отношении временного воспроизведения[8], воспроизведения в личных целях[9], использования в целях преподавания и научных исследований[10].

---

[1] Mahto and Singh, op. cit., 689, статья посвящена веб-краулингу, но рассуждения применимы ко всем видам интеллектуального анализа данных.

[2] 100 F.Supp.2d 1058 (N.D. Cal. 2000).

[3] Mahto and Singh, op. loc. ult. cit.

[4] *Intel Corp. v. Hamidi*, 30 Cal. 4th 1342 (2003), и *White Buffalo Ventures*, *LLC v. Univ. of Tex. at Austin*, 420 F.3d 366, 370–374 (5th. Cir. 2005).

[5] Mahto and Singh, op. cit., 689–690. See inter alia *Linkedin v. Doe Defendants,* case № 5:16-cv-4463 (US District Court, Aug. 8, 2016), *Linkedin v. Robocog*, Case № C14-00068 (WHA) (US District Court, January 6, 2014), and *Southwest Airlines Co. v. Boardfirst LLC*, Civ. Act. № 3:06-CV-0891-B (N.D. Texas, 12 September 2007).

[6] Однако отдельные государства – члены ЕС ввели такое исключение. См., например: в Великобритании Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 29A as inserted by The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014 (S.I. 2014/1372).

[7] Сфера действия исключения в исследовательских целях и законные права пользователя в соответствии с Директивой 96/9/ЕС были проанализированы выше.

[8] Директива 2001/29/ЕС, ст. 5 (1).

[9] Там же, ст. 5 (2) (b).

[10] Там же, ст. 5 (3) (a).

Во-первых, следует задаться вопросом, можно ли рассматривать интеллектуальный анализ данных на всех его этапах как простое преходящее или случайное воспроизведение, направленное исключительно на передачу по сети посредником между третьими сторонами, или правомерное использование произведения, которое не имеет независимого экономического значения. С другой стороны, это исключение является обязательным, поэтому оно присутствует в законодательстве всех государств – членов ЕС, хотя в некоторых из них от него можно отказаться в договорном порядке[1]. Основная проблема здесь заключается в том, что данное исключение предназначено для кэширования и просмотра интернет-страниц[2] и Суд ЕС истолковал соответствующие требования узко[3].

Как видно из описанного выше четырехэтапного процесса, интеллектуальный поиск данных может привести к созданию копий, которые не являются временными или вспомогательными[4]. Более того, в то время как результаты интеллектуального анализа данных заранее не определены, указанное исключение применяется только для определенных целей, таких как передача по сети между третьими сторонами. Такое временное воспроизведение не может «вести к модификации данного произведения»[5]. Это требование исключает возможность использования данного исключения в нашем контексте, поскольку интеллектуальный анализ данных в большинстве случаев приводит к указанной модификации, например если на этапе анализа произведение трансформируется таким образом, чтобы машина могла его обработать[6].

---

[1] Более подробную информацию см., например: Kretschmer, Derclaye, Favale, and Watt, *The relationship between copyright and contract law*, *Intellectual Property Office Research Paper № 2010/4*, а также Aronsson-Storrier, op. loc. ult. cit.

[2] Директива 2001/29/ЕС, п. 33 Преамбулы.

[3] Court of Justice 5 June 2014, *Public Relations Consultants Association v. Newspaper Licensing Agency*, case C-360/13, in this *Journal* 2014, 1591, *Infopaq*, cit., и Court of Justice 4 October 2011, *Football Association Premier League v. QC Leisure*, case C-403/08, in *ECR* 2011, I, 9083. См.: Alberti, *Radiodiffusione via satellite e clausole di esclusiva territoriale: note a margine di CEG, 4 ottobre 2011*, in *Europa e diritto privato* 2012, 256; Bonadio and Santo, *Communication to the Public*, in *FAPL v. QC Leisure and Murphy v. Media Protection Services (C-403/08 and C-429/08)*, in *EIPR* 2012, 277 ff.; Gietzelt and Ungerer, *Die urheberrechtliche Dimension des Internetbrowsens und Caching*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2014, 278 ff.

[4] Triaille, De Meeûs D'argenteuil, and De Francquen, op. loc. ult. cit.

[5] *Infopaq*, cit., para. 54.

[6] Triaille, De Meeûs D'argenteuil, and De Francquen, op. loc. ult. cit., 31–32.

Что касается исключения в целях научных исследований, то, в отличие от аналогичного исключения в отношении прав на базу данных, в данном случае указание источника необходимо только тогда, когда это возможно, чего, как правило, не происходит, если речь идет об интеллектуальном анализе данных. Однако, возможно, это исключение еще меньше подходит для интеллектуального анализа данных, поскольку оно ограничено единственной целью – быть иллюстрацией для обучения или некоммерческих научных исследований[1]. Кроме того, государства – члены ЕС могут имплементировать его по своему усмотрению. Первое препятствие заключается в том, что в национальном законодательстве данное исключение было истолковано узко – как охватывающее главным образом «воспроизведение в личных целях, использование в целях обучения или маломасштабного исследования»[2]. Кроме того, его применение в онлайн-среде ограничено[3]. Аналогичные проблемы характеризуют исключение в отношении воспроизведения произведений в личных целях, которое истолковывается как создание копий физическими лицами в семейном кругу в целях, которые не являются даже косвенно коммерческими, и подразумевает компенсацию правообладателям[4]. Более того, оно является необязательным, о чем свидетельствует тот факт, что в Великобритании больше не действует исключение в отношении воспроизведения произведений в личных целях[5]. Эти исключения вряд ли применимы к большинству видов деятельности, связанных с интеллектуальным анализом данных.

В целом такие исключения способны не наделять потребителей эффективными правами: они являются узкими, обычно необязательными, преодолеваются с помощью договоров или технических средств защиты, непоследовательно имплементированы и, что более важно,

[1] Более глубокий анализ см.: Guibault, Westkamp, and Rieber-Mohn, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, European Commission, Brussels, 2007, 49 ff.

[2] Caspers and Guibault, op. cit., 34.

[3] Geiger, Griffiths, Hilty, and Suthersanen, op. loc. ult. cit.

[4] Valenti, sub art. 12 l. a., in Marchetti e Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1514.

[5] В Соединенном Королевстве исключение в отношении воспроизведения в личных целях было отменено в 2015 году, и нет никаких признаков возможного восстановления. См.: Noto La Diega, *In light of the ends. Copyright hysteresis and private copy exception after the British Academy of Songwriters, Composers and Authors (BASCA) and others v Secretary of State for Business, Innovation and Skills case*, in *Diritto Mercato tecnologia* 2015, II, 1 ff.

не охватывают большинство этапов и видов деятельности, связанных с интеллектуальным анализом данных[1].

В свете методологического решения, предусматривающего сведение к минимуму политических соображений и сосредоточение внимания на действующих нормах, необходимо сказать пару слов о предлагаемом исключении в отношении интеллектуального анализа текстов и данных, предусмотренном проектом Директивы об авторском праве на цифровом едином рынке[2]. Наиболее позитивная и актуальная инновация заключается в том, что это исключение является обязательным[3] и не может быть отменено договором[4]. Второй аспект, который следует отметить с точки зрения данной статьи, заключается в том, что оно прямо применяется к общему авторскому праву, авторскому праву на базы данных, праву *sui generis* и предлагаемому праву издателей[5]. Основное ограничение заключается в том, что только исследовательские организации могут воспользоваться этим исключением и только в целях научных исследований — при условии, что у них был законный доступ к произведениям. Это исключение распространяется на повторное использование содержимого базы данных[6]. Если это положение не изменится, оно будет столь

[1] Strowel and Ducato, op. cit., 10, и Helberger et al., *Digital Content Contracts for Consumers*, in *J Consum Policy* 2013, I, 37.

[2] Проект Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», ст. 3.

[3] Там же, ст. 3 (1).

[4] Там же, ст. 3 (2).

[5] Там же, ст. 3 (1). Предложенное новое право издателей в отношении цифрового использования публикаций в прессе (ст. 11) вызвало горячие дебаты и критику, которые весьма хорошо представлены в работах Ricolfi, Xalabarder, and Van Eechoud, *Academics against Press Publishers' Right, Statement from 169 EU academics*, 24 April 2018 (URL: https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/ (дата обращения: 30.10.2018)); Stalla-Bourdillon et al., *Open Letter to the European Commission – On the Importance of Preserving the Consistency and Integrity of the EU Acquis Relating to Content Monitoring within the Information Society*, in *SSRN,* 19 October 2016 (URL: https://ssrn.com/abstract=2850483 (дата обращения: 30.10.2018)); Bently and Kretschmer, *Strenghtening the position of press publishers and authors and performers in the Copyright Directive*, European Parliament, Strasbourg, 2017; Hilty and Moscon (eds), *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 28 September 2017 (URL: https://www.ip.mpg.de/de/projekte/details/modernisierung-des-eu-urheberrechts.html (дата обращения: 30.10.2018)); и Senftleben et al., *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *EIPR* 2018, III, 149 ff. Более оптимистичный взгляд см.: Melzi D'eril and Vigevani, *La buona informazioni che garantisce diritti*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 September 2018.

[6] Проект Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», ст. 3 (1).

же малозначительным с точки зрения интеллектуального анализа данных, как и старое исключение[1] для целей научных исследований, но с единственным преимуществом: оно не будет прямо ограничено некоммерческими целями[2] и будет императивным и обязательным для имплементации государствами – членами ЕС. Европейский парламент еще более ослабил это положение, предложив, чтобы не только интеллектуальный анализ данных, но и исследования, подготовительным этапом которых он является, проводились упомянутыми научно-исследовательскими организациями. Вероятно, это означает, что университеты и исследовательские центры не смогут полагаться на исключение в отношении интеллектуального анализа текста и данных в случае, если они решат коммерциализировать свои данные. Нечто подобное относится также к образовательным учреждениям и учреждениям культурного наследия. Совет и Парламент допустили возможность того, что эти лица, а не только исследовательские организации, могли воспользоваться указанным исключением, но только в том случае, если предприятие, контролирующее их, не получит выгоды от данного исключения[3]. Таким образом, последняя версия текста предписывает некие формы технических средств защиты или мер безопасности, в соответствии с которыми воспроизведение и извлечения, сделанные в целях интеллектуального анализа текстов и данных, должны храниться в надежном месте. Это можно рассматривать как часть более широкой тенденции к технологическо-

[1] Интересно, что версия, принятая Европейским парламентом 12.09.2018, позволяет государствам – членам ЕС «продолжать предоставлять исключения в отношении интеллектуального анализа текстов и данных в соответствии с пунктом (а) статьи 5 (3) Директивы 2001/29/ЕС» (ст. 3 (4)). Следует, однако, сказать, что это положение следует толковать как означающее, что новое исключение не заменяет исключение в целях научных исследований, а дополняет его. И наоборот, его не следует толковать как означающее, что если государства-члены имплементировали исключение в целях научных исследований, то им нет необходимости имплементировать исключение, касающееся интеллектуального анализа данных.

[2] Поскольку исключение в целях научных исследований охватывает только использование «с единственной целью... научного исследования» (Директива 2001/29/ЕС, ст. 5 (3) (а)), указание только на исследования в исключении, касающемся интеллектуального анализа текстов и данных, должно интерпретироваться как означающее, что это исключение может использоваться в смешанных проектах, где исследования сочетаются с иными целями. См.: Triaille, De Meeus D'argenteuil, and De Francquen, op. cit., 116.

[3] Именно это значение автор придает заключительному предложению ст. 3 (1) проекта Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», одобренной Парламентом 12.09.2018. Однако формулировка положения настолько туманна, что предложенная интерпретация может быть совершенно ошибочна.

му обеспечению прав интеллектуальной собственности, и ее смысл может заключаться в предотвращении повторного использования или дальнейшего распространения данных таким образом, чтобы это необоснованно ущемляло права правообладателя. Более интересно то, что реформа направлена на предотвращение злоупотреблений техническими средствами защиты, предусматривая, что правообладатели могут принимать меры для обеспечения безопасности и целостности баз данных и сети, но это не может выходить за рамки того, что необходимо для достижения указанной цели[1]. Учитывая, что чрезмерная защита баз данных вытекает главным образом из договоров и технических средств защиты, обязательный характер этого исключения и его ограничение в отношении технических средств защиты, вероятно, сыграют положительную роль в восстановлении равновесия между пользователями и правообладателями.

В целом предлагаемое исключение в отношении интеллектуального анализа текстов и данных является слишком робкой попыткой решить проблему, связанную с таким видом деятельности, как интеллектуальный анализ данных, получающий все большее распространение и от которого может зависеть будущее исследований[2]. Напротив, исключение из права *sui generis*, разрешающее извлечение или повторное использование несущественных частей базы данных, может лучше подходить для интеллектуального анализа данных, поскольку наряду с тем, что оно является обязательным и не требует указания источника, оно не ограничивается исследовательскими целями и исследовательскими организациями. Даже исключение из права *sui generis* для целей исследований лучше, чем общее исключение из авторского права, поскольку оно охватывает также те виды деятельности, в которых «исследования» не являются единственными целями. Это дополнительные причины для возрождения права *sui generis*[3]. Наконец, следует помнить, что даже в том случае,

[1] Статья 3 (3) проекта Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке» осталась без изменений.

[2] Triaille, De Meeus D'argenteuil, and De Francquen, op. cit., 114.

[3] Однако это не означает, что изменение предлагаемого исключения в отношении интеллектуального анализа текстов и данных не имеет первостепенного значения. Есть надежда, что трехсторонние консультации приведут к изменению упомянутого исключения, что избавит его от проблемных аспектов, упомянутых выше. Это связано с тем, что интеллектуальный анализ данных может привести к нарушению не только права *sui generis*, но и иных прав интеллектуальной собственности на содержимое базы данных.

если интеллектуальный анализ данных будет рассматриваться как правонарушение, получившаяся база данных ИИ все же может быть охраноспособной, по меньшей мере, в трех[1] сценариях. Во-первых, существует отдельная инвестиция в получение, создание, представление содержимого. Во-вторых, интеллектуальный анализ данных сам по себе рассматривается как «получение» данных. В-третьих, последующая судебная практика отказывается от противопоставления создания и получения данных.

7. Арсенал владельца базы данных ИИ за рамками действия Директивы «О правовой охране баз данных»: технические средства защиты, договоры и недобросовестная конкуренция

Существование специального правового акта, такого как Директива 96/9/ЕС, не должно вводить в заблуждение относительно того, что базы данных защищались и защищаются широким набором правовых инструментов[2]. В частности, в данном разделе будут проанализированы технические средства защиты, договоры и нормы о недобросовестной конкуренции, совместное использование которых может привести к чрезмерной защите баз данных. Эмпирические доказательства и доктринальные исследования[3] подтверждают точку зрения, согласно которой указанные правовые режимы имеют большее значение, чем авторское право и право *sui generis* в эпоху больших машинных данных (рис. 1). Иные правовые режимы, которые могут применяться и которые не будут анализироваться в настоящей работе, включают патенты, товарные знаки, права на промышленные образцы, охрану национального достояния, законы о безопасности, конфиденциальности, защите данных, неприкосновенности част-

[1] В соответствии с предпосылками данной статьи мы не рассматриваем защиту авторским правом в качестве возможного сценария, хотя в будущем это может потребовать дальнейших размышлений, если человеческий фактор будет считаться необходимым, чтобы удовлетворять требованию оригинальности, или если от этого требования будет решено отказаться.

[2] Всеобъемлющий, хотя и частично устаревший обзор см.: Derclaye, *The Legal Protection of Databases*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, passim. Более свежий, но менее полный обзор см.: Drexl, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, in *Jipitec* 2017, VIII, 257. Более общие вопросы см.: JIIP and Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Annex 1: In-depth analysis of the Database Directive, article by article*, European Commission, Brussels, 2018 (далее – *Legal annex*).

[3] Drexl, op. cit., para. 42 and passim, и *Legal annex*, cit., 134.

ной жизни и доступе к общественной информации[1]. Несмотря на то что Директива 96/9/ЕС упоминает конфиденциальность как один из режимов, которые ей не затрагиваются[2], автор настоящей статьи убежден, что режим секрета производства не является подходящим инструментом для защиты баз данных, которые предназначены для доведения до всеобщего сведения[3].

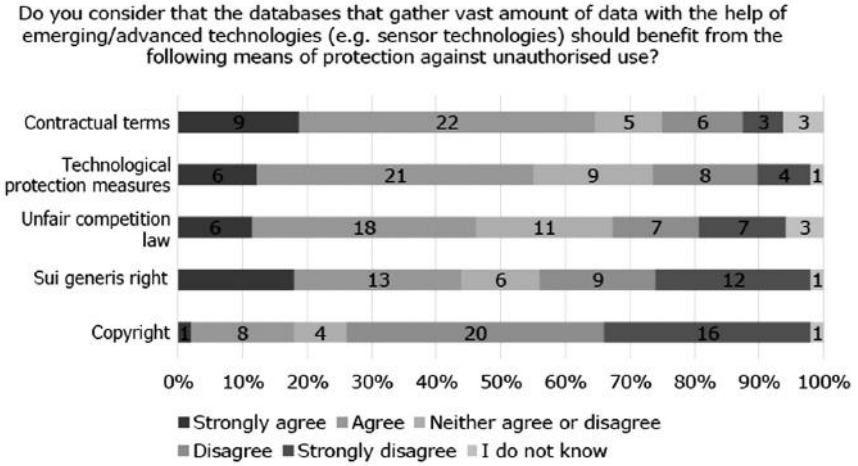


Рис. 1. Экспертные мнения о средствах защиты базы данных, созданных новыми передовыми технологиями[4]

[1] Эти правовые режимы не затрагиваются Директивой 96/9/ЕС, которая предусматривает их дальнейшее применение согласно ст. 13.

[2] Директива 96/9/ЕС, ст. 13.

[3] Drexl, op. cit., об охране посредством секретов производства. Тем не менее, *Drexl* сосредоточен на машинных данных и необработанных данных в более общем смысле, а не на соответствующих базах данных. Действительно, база данных предназначена для того, чтобы ее содержимое было доступным и извлекаемым, в то время как секрет производства касается информации, которая не является легкодоступной и требует принятия мер по ее сохранению в тайне. О несовместимости между базами данных и секретами производства см.: Trib. Bologna sez. Impresa civ 4 July 2017 n. 1371, unpublished. Понимание такой несовместимости отсутствует у Chalton, *The legal protection of databases, Thorogood*, London, 2001, 86–87. Определение секрета производства см.: Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2016/943 от 08.06.2016 «Об охране конфиденциальных ноу-хау и деловой информации (секретов производства) от незаконного приобретения, использования и раскрытия» [2016] OJ L 157/1, ст. 2(1).

[4] *Legal annex*, cit., 134.

Начиная с технических средств защиты[1], полезно иметь в виду, что Директива 2001/29/ЕС, по общему признанию, не затрагивает и ни в коей мере не влияет на правовую охрану баз данных[2]. Тем не менее она добавляет два уровня защиты — цифровое управление правами и технические средства защиты[3]. Они имеют большое значение, поскольку производители данных могут использовать эти меры для чрезмерной защиты своих баз данных «сверх защиты, предоставляемой правом *sui generis*»[4]. Во-первых, государства – члены ЕС должны обеспечить защиту от любого лица, которое сознательно[5] распространяет, импортирует для распространения, передает в эфир, сообщает или доводит до всеобщего сведения любые материалы, охраняемые авторским правом, и базы данных, охраняемые правом *sui generis,* и из которых цифровая информации об авторском праве «была удалена или изменена без разрешения»[6]. Во-вторых, государства – члены ЕС

[1] Технические средства защиты заслуживают особого внимания, поскольку они могут быть использованы для ограничения доступа, в том числе к содержимому, не охраняемому правом интеллектуальной собственности. См., например: Hugenholtz, *Abuse*, cit., 219, и Derclaye, *The legal protection*, cit., 191.

[2] Директива 2001/29/ЕС, ст. 1 (2), п. 20 Преамбулы.

[3] Международно-правовым основанием подобных мер является ст. 11 Договора ВОИС по авторскому праву. Многие правовые системы содержат сходные положения. См., например: US Digital Millennium Copyright Act (17 U.S. Code § 1201) и the Swiss Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Article 39a. См. также: Bechtold, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, in *American Journal of Comparative Law* 2004, 323 ff.; Gasser, *Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model*, Berkman Center Research Publication № 2006-04; Kerr, *Digital Locks and the Automation of Virtue*, in Geist (ed), *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Irwin Law, Toronto, 2010, 247, и Iwahashi, *How to Circumvent Technological Protection Measures Without Violating the DMCA: An Examination of Technological Protection Measures Under Current Legal Standards*, in *Berkeley Technology Law Journal* 2011, 491 ff.

[4] Derclaye, *The legal protection*, cit., 191.

[5] Лицо знает или имеет разумные основания полагать, что, совершая эти действия, оно побуждает, позволяет, способствует или скрывает нарушение авторского права или права *sui generis*. Директива 2001/29/ЕС, ст. 7 (1).

[6] Директива 2001/29/ЕС, ст. 7 (1) (b). Статья 7 (2) Директивы 2001/29/ЕС определяет информацию об управлении правами как «любую информацию, предоставленную правообладателями, которая идентифицирует произведение или иной охраняемый объект, упомянутый в настоящей Директиве или охваченный правом *sui generis*, предусмотренным в Главе III Директивы 96/9/ЕС, автора или любого другого правообладателя, или информацию относительно сроков и условий использования произведения или иного охраняемого объекта, и любые числа или коды, которые представляют такую информацию».

должны предотвращать обход любых технических средств защиты, «об осуществлении которого соответствующее лицо знает или должно знать, что оно преследует эту цель»[1].

ИИ очень важен, когда речь идет о технических средствах защиты и цифровом управлении правами, по двум причинам. С одной стороны, субъективный элемент в действиях в отношении удаления цифровой информации об авторском праве и обхода технических средств защиты может сделать применение этого положения проблематичным, когда меры обхода полностью автоматизированы, особенно при сильном ИИ, поскольку будет трудно доказать, что нарушение было совершено сознательно. Кроме того, важно помнить, что, как указано в деле *Nintendo v. PC Box*[2], при оценке цели устройств, продуктов или компонентов, потенциально предназначенных для обхода технических средств защиты, национальные суды могут изучить, как часто они «фактически используются для нарушения авторских прав и как часто они используются в целях, которые не нарушают авторских прав»[3]. Хотя ИИ в целом является универсальным инструментом, пригодным для разнообразного использования, нельзя исключать того, что конкретные приложения ИИ могут рассматриваться как незаконно обходящие технические средства защиты. Более того, Директива 2001/29/ЕС[4] исключает производство, импорт и т.д. продуктов, которые рекламируются как обходящие технические средства защиты, имеют только ограниченную коммерчески значимую цель или использование, иную, нежели обход технических средств защиты, или в первую очередь предназначены для того, чтобы способствовать или облегчать такой обход. Чем больше мы продвигаемся в направлении сильного и общего ИИ, многоцелевого по своей сути, тем более маловероятным будет применение этого режима к ИИ, обходящему технические средства защиты.

[1] Директива 2001/29/ЕС, ст. 6 (1). Ст. 6 (3) Директивы 2001/29/ЕС определяет технические средства защиты как любую технологию, устройство или компонент, которые в процессе нормального функционирования разработаны для предотвращения или ограничения действий в отношении произведений или иных охраняемых объектов, которые не разрешены обладателем любого авторского или любого смежного права, как это предусмотрено законом или специальным правом, установленным Главой III Директивы 96/9/ЕС».

[2] Court of Justice 23 January 2014, *Nintendo v. PC Box*, case C-355/12, in *EIPR* 2014, 335, с комментарием Minero, *Videogames, consoles and technological measures: the Nintendo v PC Box and 9Net Case*. См. также: Rendas, *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures*, in *EU Copyright Law*, ivi, 2015, 39.

[3] *Nintendo v. PC Box*, cit., para. 39.

[4] Директива 2001/29/ЕС, ст. 6 (2).

ИИ все шире используется для предотвращения нарушений таким образом, который плохо справляется с исключениями и ограничениями авторского права[1], а также с принципом исчерпания[2], ведущим к чрезмерной защите[3] и препятствующим культурному разнообразию[4]. Искусственный интеллект и другие технологии, такие как блокчейн, усугубляют проблемы с техническими средствами защиты и исключениями, но последние предшествуют первым[5]. Технические средства защиты и цифровое управление правами, основанные на ИИ, являются лишь подтверждением того, что двоичный код можно рассматривать как форму закона[6], но закон нельзя сводить к коду[7], поскольку он отражает сложность своего языка и политики, которая его порождает[8].

Примечательно, что хотя все общие положения, касающиеся технических средств защиты и цифрового управления правами, применяются к базам данных *sic et simpliciter*[9], в отношении обязатель-

[1] Именно национальный суд должен определить, был ли достигнут справедливый баланс и могут ли другие меры «привести к меньшему вмешательству в деятельность третьих сторон или ограничению этой деятельности, обеспечивая при этом сопоставимую защиту прав правообладателя» (там же). Проблема технических средств защиты и исключений частично решена в проекте Директивы «Об авторском праве на едином цифровом рынке», которая делает определенные исключения обязательными и неотменимыми договором.

[2] О возможности преодоления принципа исчерпания посредством технических средств защиты см.: Derclaye, *The legal protection*, cit., 211.

[3] Karaganis and Urban, op. loc. ult. cit., и Perel and Elkin-Koren, op. loc. ult. cit.

[4] Jacques, Garstka, Hviid, and Street, *Automated anti-piracy systems as copyright enforcement mechanism: a need to consider cultural diversity*, in *EIPR* 2018, IV, 218.

[5] Braun, *The interface between the protection of technological measures and the exercise of exceptions to copyright and related rights: comparing the situation in the United States and the European Community*, in *EIPR* 2003, XI, 496 ff. О блокчейне, ТСЗ и цифровом управлении правами см.: De Filippi, and Hassan, *Blockchain Technology as a Regulatory Technology: From Code is Law to Law is Code*, in *First Monday* 2016, XII, где подчеркивается, как цифровое управление правами может «препятствовать законному доступу пользователей к копиям произведения или их воспроизведению, поскольку код редко различается между разными типами пользователей».

[6] Очевидная ссылка на Lessig, *Code v2*, Basic Books, N.Y., 2006. Идея кода как закона получила ряд четко выраженных возражений, некоторые из которых очень хорошо сформулированы в O'HARA, *Smart Contracts – Dumb idea*, in *IEEE Internet Computing* 2017, II, 97 ff.

[7] Пример такого редукционистского подхода см.: Casey and Niblett, *The death of rules and standards*, in *Ind. LJ.* 2016, 1401. Прекрасный критический ответ был дан Michaels, *Abstract Innovation, Virtual Ideas, and Artificial Legal Thought,* in *14 J. Bus. & Tech. L.* 1 (2019).

[8] Подробнее об этих аспектах см.: Noto La Diega, *Against the dehumanisation*, cit., 3 ff.

[9] Лат.: так, и именно так. – *Прим. пер.*

ства государств – членов ЕС предпринять соответствующие меры для того, чтобы правообладатели обеспечили доступность исключения или ограничения для лиц, пользующихся таким исключением или ограничением, предусмотренными в национальном законе[1], указано, что средства получения выгоды от этого исключения или ограничения должны применяться только в контексте Директивы 96/9/ЕС «с внесением соответствующих изменений»[2]. Не совсем ясно, какая часть соответствующего режима нуждается в доработке. По мнению автора, нормативный фрагмент, который неприменим к базам данных, это тот, который обеспечивает неприменение указанного режима к исключениям, если произведение «доводится до всеобщего сведения на согласованных договорных условиях таким образом, что представители публики могут получить к нему доступ из места и в такое время, которые они выберут по собственному усмотрению»[3]. Действительно, применение этого положения к базам данных могло бы привести к тому, что большинство из них не подпадало бы под его действие.

Хотя утверждается[4], что технические средства защиты необязательно приводят к чрезмерной защите, этого нельзя сказать о базах данных с единственным источником[5] и иных ситуациях, когда на рынке отсутствует или практически отсутствует конкуренция, что делает цифровую блокировку весьма вероятной[6]. На высококонкурентных рынках конкурент может использовать злоупотребление техническими средствами защиты со своей стороны для продажи более «открытой» базы данных, которая может привлечь часть рынка[7]. Нет никаких доказательств того,

[1] Директива 2001/29/ЕС, ст. 5 (2) (a)–(e), (3) (b) и (3) (e).

[2] Там же, ст. 6 (4).

[3] Там же, ст. 6 (4).

[4] Derclaye, *The legal protection*, cit., 193, которая, как представляется, сводит указанную точку зрения к базам данных, созданным на основе многих источников.

[5] Базой данных с единственным источником (*sole-source database*) признается база данных, которая является единственным доступным источником определенных данных. Антонимом служит понятие «база данных, созданная на основе многих источников» (*multiple source database*).

[6] Strowel, *La protection des mesures techniques: une couche en trop? Quelques remarques à propos du texte de Kamiel Koelman*, in *Auteurs & Média* 2001, 90; Strowel, *L'émergence d'un droit d'accès en droit d'auteur? Quelques réflexions sur le devenir du droit d'auteur*, in Doutrelepont and Dubuisson (eds), *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique*, Bruylant, Brussels, 2008, 61; Rothchild, *Economic analysis of technological protection measures*, in *Oregon Law Review* 2005, 489, 561; Samuelson, *Intellectual Property and the digital economy: Why the anti-circumvention provisions need to be revisited*, in *Berkeley Technology Law Journal* 1999, 519.

[7] Samuelson, op. ult. cit., 566.

является ли рынок баз данных ИИ олигополистическим, поскольку, учитывая отсутствие требования о регистрации, вряд ли можно с точностью описать соответствующий рынок[1]. Однако большинство источников по антимонопольному праву указывает на то, насколько ИИ сокращает конкуренцию – вплоть до того, что он «положит конец конкуренции в том виде, в каком мы ее знаем»[2]. Поэтому разумно предположить, что невидимая рука рынка не исправит злоупотребление властью, ставшее возможным благодаря цифровой блокировке, что приводит нас к разговору об инструментах антимонопольного законодательства, способных защитить базы данных. Законодательство о конкуренции играет ключевую роль, поскольку в информационном обществе большинство услуг опирается на данные и, соответственно, суть дела сводится к тому, чтобы «контролировать данные, т.е. информацию, как источник "доминирующих положений"»[3].

Сама Директива 96/9/ЕС признает, что (в то время не гармонизированное[4]) законодательство о недобросовестной конкуренции охватывает базы данных и может предотвращать несанкционированное извлечение и (или) повторное использование содержимого баз данных[5].

---

[1] Таким образом, последний эмпирический анализ индустрии баз данных в Европе опирается на Справочник баз данных *GALE (GALE Directory of Databases)*. JIIP и Technopolis Group, *Economic analysis*, cit., 3. Однако важно отметить, что на семинаре, организованном для сбора доказательств в контексте упомянутого исследования, было отмечено, что данные «находятся в руках немногих игроков, которые будут осуществлять излишнюю монопольную власть в отношении информации, которая должна быть открытыми данными» (ivi, 27), и это мнение разделяют два из опрошенных экспертов.

[2] Ezrachi and Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 2016, 218. В том же ключе см.: Mehra, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in *Minn. L. Rev*. 2016, 1323 ff.; Surblyte, *Data-Driven Economy and Artificial Intelligence: Emerging Competition Law Issues*, in *WuW* 2017, 120 ff.; Calo, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review* 2014, 995 ff.; Contra and Petit, *Antitrust and Artificial Intelligence: A research Agenda*, in *Journal of European Competition Law & Practice* 2017, VI, 361 ff.

[3] Ghidini, *Rethinking*, cit., 244.

[4] См. действующую Директиву Европейского парламента и Совета Европейского союза 2005/29/ЕС от 11.05.2005 «О недобросовестной коммерческой практике по отношению к потребителям на внутреннем рынке и о внесении изменений в Директиву Совета ЕС 84/450/ЕЭС, Директивы 97/7/ЕС, 98/27/ЕС и 2002/65/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС, а также в Регламент 2006/2004/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС» (Директива «О недобросовестной коммерческой практике»).

[5] Директива 96/9/ЕС, п. 6 Преамбулы. О правах на базу данных как барьерах для входа на рынок см.: Pezzoli, *Big Data e Antitrust: un'comparione per tornare ad occuparci di struttura?,* in Falce, Ghidini, Olivieri, op. cit., ch. 12, и Falce, *Copyrights on data and competition policy in the digital single market strategy*, in *Italian Antitrust Review* 2018, I, 32.

Более того, подтверждается, что право запрещать извлечение и (или) повторное использование «относится не только к производству паразитирующего конкурирующего продукта, но и к любому пользователю, который своими действиями наносит инвестиции значительный ущерб, оцениваемый качественно или количественно»[1]. Аналогичным образом указанная Директива прямо признает, что право *sui generis* само по себе приводит к злоупотреблениям в ущерб конкуренции, в частности когда правообладатель является доминирующим предприятием. Таким образом, положения Директивы 96/9/ЕС применяются «без ущерба применению норм Сообщества или национальных норм в области конкуренции»[2]. Весьма примечательно, что Проект[3] Директивы 96/9/ЕС содержал положения об обязательном лицензировании на справедливых и недискриминационных условиях[4], которые были вычеркнуты в процессе ее принятия. Осталась лишь обязанность Европейской комиссии каждые три года представлять доклад для проверки «в особенности того, привело ли применение права *sui generis* к злоупотреблению доминирующим положением или к иному вмешательству в свободную конкуренцию»[5]. Учитывая, что за десятилетия, прошедшие после принятия Директивы, доклад был опубликован только один раз[6], можно сделать вывод о том, что рассмотрение антимонопольных аспектов прав на базу данных не является для Комиссии одним из главных приоритетов[7].

Когда разрабатывалась Директива 96/9/ЕС, связь между правами на базу данных и конкуренцией была значительно сильнее. Действительно, право *sui generis* было «очень близко к иску о недобросовест-

[1] Директива 96/9/ЕС, п. 42 Преамбулы.

[2] Там же, п. 47 Преамбулы. См. также ст. 13.

[3] *Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases* (92/C 156 /03) COM (92) 24 final (Draft Database Directive).

[4] Статья 8 (2) проекта Директивы «О правовой охране баз данных» предусматривала, что «право на извлечение и повторное использование содержимого базы данных также должно быть лицензировано на справедливых и недискриминационных условиях, если база данных доведена до всеобщего сведения государственным органом, который либо создан для сбора или раскрытия информации в соответствии с законодательством, либо обязан сделать это в соответствии с общей обязанностью». См. также: первоначальную редакцию п. 31–35 Преамбулы.

[5] Директива 96/9/ЕС, ст. 16 (3).

[6] Dutilh, *The implementation and application of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, European Commission, Brussels, 2001.

[7] Hugenholtz, *Abuse*, cit., 219 высказал предположение, что доклад «бесконечно откладывается».

ной конкуренции, о слепом подражании или паразитировании»[1]. Это соответствует тому обстоятельству, что законы о недобросовестной конкуренции выступают в качестве «инкубатора для возникновения новых видов прав, которые впоследствии интегрируются в корпус традиционных законов об интеллектуальной собственности или трансформируются в права *sui generis*»[2]. Тот факт, что в окончательной редакции Директивы 96/9/ЕС указанный подход был отменен в пользу проприетарного, не означает, однако, что законодательство о защите конкуренции становится неактуальным. Действительно, его можно использовать как для защиты пользователей от злоупотреблений правами на базы данных[3], так и для защиты правообладателей от недобросовестной практики, которая не квалифицируется как нарушение.

Единственным случаем, когда Суд ЕС рассматривал базы данных с точки зрения законодательства о защите конкуренции, было дело *Compass-Datenbank*[4], где рассматривался вопрос о предполагаемом злоупотреблении правом *sui generis*. В этом контексте Суд ЕС постановил, что государственный орган не осуществляет хозяйственную деятель-

[1] JIIP and Technopolis Group, *Legal annex*, cit., 120.

[2] Kur, *What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*, in Lee, Westkamp, Kur, and Ohly (eds), *Intellectual property, unfair competition and publicity: convergences and development*, Elgar, Cheltenham, 2014, 11.

[3] О злоупотреблении правами на базу данных см.: Falce, *Copyrights*, cit., 41, и Hugenholtz, *Abuse*, cit., 219. О злоупотреблении авторским правом как о концептуализации защиты от претензий правообладателя, апеллирующей к общественным интересам, см.: Burrell and Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact,* Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 287. О злоупотреблении правом применительно к правам интеллектуальной собственности см.: Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998; MOYSE, *Abus et propriété intellectuelle ou du bon usage des droits,* in Scassa, Goudreau, Saginur, Doagoo (eds), *Intellectual Property for the 21st Century: Multidisciplinary Perspectives on Intellectual Property Law*, Irwin Law, Toronto, 2014, 114; Zenker, *Kartellrecht und Rechtsmissbrauch*, Nomos, Baden-Baden, 2018, и, кроме того: Ricolfi, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, in *Dir. aut.* 2002, II, 215, который ссылается на Marzano, *Diritto d'autore ed antitrust tra mercati concorrenziali e network economies*, in *Dir. aut.* 1998, 430, и Patterson, *Copyright Misuse and Modified Copyleft: New Solutions to the Challenges of Internet Standardization*, in *Michigan Law Review*, 2000, 1351. О злоупотреблении правом в общем см.: недавние работы Furgiuele, *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2017, и Capotorti, *L'abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Doctor thesis – University of Milan, 2017.

[4] Court of Justice 12 July 2012, *Compass-Datenbank*, case C-138/11, in *Europe* 2012, X, 40 с комментарием IDOT, *Champ d'application materiel*. См.: Lundqvist, *"Turning Government Data Into Gold": The Interface Between EU Competition Law and the Public Sector Information Directive*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2013, 79 ff., и Robin, *Prérogative de puissance publique n'est pas activité économique en droit de la concurrence*, in *Revue Lamy de la Concurrence* 2013, 28 ff.

ность, если он хранит в базе данных сведения, которые предприятия обязаны сообщать в установленном законом порядке, позволяет заинтересованным сторонам осуществлять поиск этих данных и предоставляет им распечатки. При этом указанный государственный орган не должен «рассматриваться в ходе этой деятельности как предприятие по смыслу ст. 102 TFEU»[1] о злоупотреблении доминирующим положением. Более того, запрет любого использования, основанный на праве *sui generis* или на осуществлении любого иного права интеллектуальной собственности, еще недостаточен для квалификации этой деятельности как экономической[2]. Хотя это решение имеет определенное значение с точки зрения законодательства о защите конкуренции, то же самое нельзя сказать с точки зрения охраны баз данных[3]. С этой точки зрения данное решение не имеет большого значения. Действительно, частные предприятия, полагающиеся на права в отношении баз данных, скорее всего, подпадут под действие ст. 102 *TFEU*, если все требования будут соблюдены.

Примером может служить дело *Nuovoimaie*[4], в котором итальянский антимонопольный орган установил, что компания, являющаяся доминирующим оператором на рынке управления смежными правами и посредничества, злоупотребляла своим положением, в частности лишая новых участников доступа к общему архиву произведений и исполнителей. В последующем антимонопольный орган одобрил обязательства *Nuovoimaie* по лицензированию доступа либо бесплатно к базе данных по состоянию на середину марта 2014 г., либо к полной базе данных за ежегодную лицензионную плату в размере 4,5% от общей суммы управляемых роялти[5]. Это соответствует судебной

[1] *Compass-Datenbank*, cit., para. 53.

[2] Ivi, para. 51.

[3] В отсутствие специальных указаний рекомендуется иметь в виду, что основная цель права *sui generis* состоит в стимулировании инвестиций, а не только в их поощрении. Следовательно, любое злоупотребление, которое «явно противоречит заявленной цели права на базу данных, было бы подвержено риску квалификации как нарушающее законодательство о защите конкуренции» (Hugenholtz, *Abuse*, cit., 218).

[4] *Italian Competition Authority (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)* 22 March 2017 n. A489.

[5] Более свежим примером является расследование, начатое итальянским антимонопольным органом в отношении основных операторов распределения и продажи электроэнергии, стратегия которых предусматривала возможное коммерческое использование базы данных и биллинговых данных клиентов. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* 4 May 2017 nn. A511, A512, A513 (URL: http://www.agcm.it/stampa/comunicati/8752-istruttoria-nei-confronti-di-enel,-a2a-e-acea-per-condotte-anticoncor-

практике[1], согласно которой в случае если обладатели прав интеллектуальной собственности при осуществлении своих исключительных прав угрожают конкуренции и потребительскому выбору, то они могут быть привлечены к ответственности за злоупотребление доминирующим положением[2].

Даже те, кто выступает против права *sui generis* на данные, генерируемые машинами, соглашаются с тем, что его последствия для конкуренции могут быть смягчены путем использования антимонопольных средств защиты и, в частности, злоупотребления доминирующим положением[3]. Положительным моментом является то, что органы по вопросам конкуренции начинают изучать персональные и неперсональные данные[4], а потому антимонопольные категории, такие как доктрина основных средств, могут играть ключевую роль в недопущении злоупотребления имущественными правами[5]. Кроме того, поскольку суд признал, что злоупотребление правом является общим принципом права ЕС[6], злоупотреблению правами владельцами

renziali-nel-mercato-della-vendita-di-energia-elettrica.html (дата обращения: 06.09.2018)). На момент написания статьи орган еще не вынес решение.

[1] Court of Justice 8 September 2016, *Lundbeck*, case T-472/13, in *Competition Law Insight* 2016, X, 12, с комментарием Cole and Robert, *A landmark judgment: The General Court has affirmed the Lundbeck pay-for-delay decision*; Court of Justice 16 July 2015, *Huawei v. ZTE*, case C-170/13, in *GRUR Int* 2015, 781, с комментарием Hilty and Slowinski, *Standardessentielle Patente – Perspektiven außerhalb des Kartellrechts*; Final report of the Hearing Officer in Case COMP/38.636 – *Rambus* [2010] OJ C 30/15; Court of Justice 1 July 2010, *AstraZeneca*, case T-321/05, in *World Competition* 2011, II, 245, с комментарием Maggiolino and Montagnani, *Astrazeneca's Abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Anti-Trust Offence, Abuse of Rights, and IPR Misuse*; Court of Justice 17 September 2007, *Microsoft*, case T-201/04, in *ECR* 2007, II, 3601; Commission Decision of 21 December 1988 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/31.851 – *Magill*) [1989] OJ L 78/43.

[2] О проблеме в общем см.: Ricolfi, cit., и Capuano, *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione europei*, Editoriale Scientifica, Naples, 2012. Cf.; Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in Falce, Ghidini, Olivieri, op. cit., ch. 1.

[3] Falce, *Copyright*, cit. 41, выступает против защиты *sui generis* для данных, генерируемых машинами, но с оговоркой, что «в случае сохранения системы защиты *sui generis* можно было бы предложить полагаться на ту роль, которую антимонопольные нормы могут играть в качестве антиконкурентных антител». Согласно Ghidini, *Rethinking*, cit. 243, недобросовестная конкуренция была бы лучшей формой защиты неперсональных данных по сравнению с правом *sui generis*.

[4] Ghidini, *Rethinking*, cit., 243.

[5] Ivi, 244. Идея больших данных как основного средства была разработана GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms*, Wolters Kluwer, 2016.

[6] *Halifax* et. al., C-255/02, EU: C:2006:121, 68; *SICES* e a., C-155/13, EU:C:2014:145, 29, quoted in Falce, op. ult. cit., 41, fn 43.

баз данных можно противостоять и при отсутствии доминирующего положения[1].

С противоположной точки зрения (конкуренция как способ защиты правообладателей) основным указанием является слепое подражание как форма недобросовестной конкуренции, которая устраняет риск введения в заблуждение потребителей отдельно[2] от простого воспроизведения. Слепое подражание имеет место в том случае, если база данных несущественно скопирована или иным образом использована в отличительных элементах[3], когда нет технических причин для ее копирования или использования с целью иной, нежели получение выгоды от исследований, разработок и маркетинга конкурента[4]. В деле *Football Dataco*[5] перед Судом ЕС был поставлен вопрос о том, препятствует ли Директива 96/9/ЕС применению национальных норм авторского права в отношении баз данных, отличных от тех, которые предусмотрены самой Директивой. Адекватный ответ мог бы прояснить связь между правами на базы данных и законодательством о недобросовестной конкуренции. Однако, к сожалению, Суд ЕС истолковал вопрос узко, как если бы он касался только вопроса о том, могут ли национальные законы подчинять авторское право на базы данных критериям, отличным от критерия оригинальности (на что был дан отрицательный ответ)[6]. Тем не менее решение по делу *Football Dataco* было истолковано широко – как означающее, что «невозможно использовать одновременно с правом *sui generis* слепое подражание или

[1] *Halifax* et. al., C-255/02, EU: C:2006:121, 68; *SICES* e a., C-155/13, EU:C:2014:145, 29, quoted in Falce, op. ult. cit., 41, fn 43.

[2] JIIP and Technopolis Group, *Legal annex*, cit., 120.

[3] Следовательно, если в базе данных нет элементов, которые выступают в качестве идентификатора ее происхождения, или если новая база данных содержит такие изменения, которые исключают введение в заблуждение потребителей, то соответствующее средство правовой защиты не должно быть доступно. См., например: Tribunale di Napoli 4 March 2014, in *Redazione Giuffre'* и Trib. Milan, sez. Impresa 24 December 2013, in *Riv. dir. ind.* 2014, II, 41 with a comment by Capra.

[4] Данное определение является адаптированной версией определения Steckler, *Unfair trade practices under German law: "slavish imitation" of commercial and industrial activities*, in *EIPR* 1996, VII, 390. Более свежие работы см.: Sujecki, *Slavish imitation and trade mark protection: a Dutch perspective*, in *EIPR* 2011, XII, 743 ff. Более общие работы см.: La Villa, *Imitazione servile e forme di mercato*, Giuffre', Milan, 1976; Di Cataldo, *L'imitazione servile*, Giuffre', Milan, 1979, и Arcidiacono, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, Giappichelli, Turin, 2017.

[5] *Football Dataco*, cit., para. 24 (2).

[6] Ivi, paras. 47 and 52.

паразитирование»[1]. Такое толкование, по-видимому, заходит слишком далеко, поскольку в пункте постановления, на который оно ссылается, просто говорится, что Директива 96/9/ЕС гармонизировала критерии защиты авторского права, «как очевидно из п. 60» Преамбулы[2], который указывает на то, каким образом эти критерии гармонизированы, не затрагивая при этом срока охраны. Эта интерпретация, наряду с тем, что она противоречит четкому пониманию дела *Football Dataco*, не учитывает того, что в Директиве 96/9/ЕС явным образом указано, что она применяется «без ущерба применению правил Сообщества или национального законодательства о защите конкуренции»[3]. Более весомым аргументом против совместного использования права *sui generis* и доктрины паразитирования является то, что Директива 96/9/ЕС рассматривала существовавшее в то время законодательство об охране баз данных как имевшее различные свойства[4] и потому негативно влияющее на функционирование внутреннего рынка[5]. Однако, помимо того, что Директива 96/9/ЕС прямо заявляет о применении законодательства о защите конкуренции[6], очевидно, что основным препятствием свободному перемещению баз данных является авторское право[7]. При этом явно предусмотрено, что различия в национальном законодательстве, «не влияющие отрицательно на функционирование внутреннего рынка или на развитие рынка информации внутри Сообщества, не требуют их устранения или предотвращения»[8]. Кроме того, различия в законодательстве о недобросовестной коммерческой практике были сокращены[9] после принятия Директивы о недобросовестной коммерческой практике[10]. Таким образом, нельзя исключить сочетание

[1] JIIP and Technopolis Group, *Legal annex*, cit., 120, *interpreting Football Dataco*, cit., para. 49.

[2] *Football Dataco*, cit., para. 49.

[3] Директива 96/9/ЕС, п. 47 Преамбулы. См. также ст. 13.

[4] Там же, п. 1 Преамбулы.

[5] Там же, п. 2 Преамбулы.

[6] Там же, ст. 13.

[7] *Football Dataco*, cit., para. 48; Директива 96/9/ЕС, п. 1 Преамбулы.

[8] Директива 96/9/ЕС, п. 3 Преамбулы.

[9] Сокращены, но не устранены, поскольку Директива 2005/29/ЕС применяется только к отношениям между предпринимателями и потребителями, а также поскольку некоторые аспекты не были гармонизированы.

[10] Эта Директива была имплементирована во всех государствах – членах ЕС. Например, в Италии см.: *decreto legislativo* 6 September 2005 n. 206 (*Codice del consumo*), Articles 18–27 quater.

паразитирования и права *sui generis*. И действительно, если взглянуть на национальные правовые системы, то многие государства – члены ЕС «все еще сочетают слепое подражание с правом *sui generis* и (или) авторским правом»[1], несмотря на то что большая часть соответствующей литературы выступает против этого. Ярким примером является Франция[2], где, несмотря на то что Кассационный суд не поддерживает пересечение права *sui generis* и паразитирования[3], французские суды первой инстанции разделились по этому вопросу[4], а недавние решения Кассационного суда допускают пересечение слепого подражания и иных прав интеллектуальной собственности[5]. В настоящее время, хотя окончательного заключения по этому вопросу достичь не удается, представляется, что обращение к режиму недобросовестной коммерческой практики вряд ли приведет к чрезмерной защите баз данных, поскольку большинство разработчиков не знакомо с ней[6] и аргументы о недобросовестной конкуренции редко используется в судебных разбирательствах, связанных с базами данных[7], в отличие от договоров, которые являются важнейшим элементом во многих спорах, связанных с базами данных.

Даже когда база данных не охраняется авторским правом и правом *sui generis,* договоры и технические средства защиты используются для ограничения доступа к базам данных таким образом, что это вызывает вопросы, особенно когда речь идет о «фактической монополизации

[1] *Legal annex*, cit., 121.

[2] Аналогично в Испании: Tribunal Supremo 30 January 2008 n. 14, in Ortega Doménech, *El derecho de autor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Reus, Madrid, 2013, 27; в Германии: BGH Bundergerightshof 6 May 1999, I ZR 199/96; в Италии, например: Trib. Milan sez. impresa 1 August 2016, in this *Journal* 2017, 1815; Corte app. Bologna 10 February 2017 n. 356, Giurisprudenza delle Imprese.

[3] Court of Cassation 12 November 2015 n. 14-14501, *Pressimmo on Ligne v. Yakaz,* unpublished, but available at https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte= JURITEXT000031478862 (дата обращения: 06.09.2018).

[4] *Legal annex*, cit., 121.

[5] Derclaye and Leistner, *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Hart, Oxford, 2011, 173.

[6] Около 60 % изготовителей баз данных, опрошенных в ходе исследования JIIP and Technopolis Group, *Legal annex*, cit., 123, ответили: «Я не знаю» на вопрос: «Как бы вы сравнили защиту ваших баз данных посредством законодательства о недобросовестной конкуренции с их защитой посредством права *sui generis*?»

[7] 65 % респондентов подтвердили, что они никогда не встречали судебных процессов, где законодательство о недобросовестной конкуренции использовалось бы для защиты баз данных. Там же.

данных производителями баз данных с единственным источником»[1]. Возможные решения включают в себя обязательное лицензирование и обязательство со стороны провайдера «фактически поставлять данные на справедливых и недискриминационных условиях»[2], как в области патентов, ставших стандартами отрасли[3] и телекоммуникационного права[4].

Действительно, пагубные последствия использования договоров при защите базы данных были наглядно продемонстрированы в деле *Ryanair v. PR Aviation*[5], что особенно актуально с точки зрения ИИ, поскольку речь идет об автоматизированном мета-поисковом движке. Ответчик выступал в роли оператора сайта, предоставляющего возможность потребителям осуществлять поиск по рейсам бюджетных авиакомпаний, сравнивать условия и бронировать авиабилеты. Его мета-поисковая система получала данные в автоматическом режиме из набора данных, связанного с сайтом *Ryanair*. Осуществлявшийся ответчиком скрейпинг, т.е. автоматическое извлечение данных с сайта[6], был признан нарушением условий использования сайта[7], которые устанавливают эксклюзивную систему распространения и препятствуют продаже рейсов *Ryanair* неавторизованными сайтами. Использование сайта было ограничено частными некоммерческими целями.

Итак, аргументы ответчика, поддержанные национальным судом, сводились к тому, что имплементация Директивы 96/9/ЕС предусматривала некоторые ограничения договорной автономии. В частности, правообладатель не может препятствовать законному пользователю

[1] Hugenholtz, *Abuse*, cit., 219.

[2] Ibid.

[3] См.: Bosworth, Mangum, and Matolo, *Frand Commitments and Royalties for Standard Essential Patents*, in Bharadwaj Devaiah, and Gupta (eds), *Complications and Quandaries in the ICT Sector*, Springer, Singapore, 2018, 19 ff.

[4] Court of Justice 25 November 2004, *KPN v. OPTA*, case C-109/03, in *ECR* 2004, I, 11273. См.: PACE, *Comunicazioni elettroniche, servizio di repertoriazione e superdominanza*, in *Europa e diritto privato* 2006, 851.

[5] *Ryanair*, cit., 312.

[6] Caspers and Guibault, op. cit., 9.

[7] Действующая версия условий использования сайта от 05.09.2018 более не содержит таких положений. См.: *Ryanair General Terms & Conditions of Carriage* (URL: https://www.ryanair.com/gb/en/useful-info/help-centre/terms-and-conditions (дата обращения: 30.10.2018)).

в доступе к содержимому и его нормальному использованию[1], и это исключение не может быть отменено договором[2]. Тем не менее национальный суд отметил, что указанная база данных не охранялась ввиду отсутствия оригинальности и существенных инвестиций. Следовательно, вопрос к Суду ЕС заключался в том, распространяется ли действие Директивы 96/9/ЕС на неохраняемые базы данных и, соответственно, применяются ли ограничения договорной свободы, вытекающие из исключений, не устранимых договором, и прав пользователей[3], к таким базам данных[4].

По мнению Суда ЕС, не имеет значения, что база данных *Ryanair* соответствует определению базы данных, данному в Директиве 96/9/ЕС. Последняя предусматривает два различных набора прав и обязанностей, которые применяются только при соблюдении соответствующих критериев (соответственно, оригинальность и существенные инвестиции). Таким образом, по мысли Суда ЕС, если изготовитель базы данных не имеет права согласно Директиве 96/9/ЕС, то против него нельзя ссылаться на исключения. Вывод Суда ЕС[5] заключается в том, что Директива 96/9/ЕС неприменима к базе данных, которая не охраняется ни авторским правом, ни правом *sui generis*, поэтому нет никаких ограничений для свободы правообладателя устанавливать договорные ограничения на ее использование третьими лицами, так как исключения, предусмотренные Директивой 96/9/ЕС, не будут применяться.

Эта мотивировка решения неубедительна по трем взаимосвязанным причинам. Во-первых, в ст. 1 Директивы 96/9/ЕС дается не просто определение баз данных, как указано в решении по делу *Ryanair*. Она прямо касается сферы действия Директивы. Любая база данных в любой форме подпадает под действие Директивы 96/9/ЕС при условии,

[1] Закон об авторском праве Нидерландов (*Auteurswet*), ст. 24a (1), который соответствует ст. 6 (1) Директивы 96/9/ЕС. Суд ЕС не ссылается на аналогичное положение, применимое к праву *sui generis*, признающее за законным пользователем право на несущественное извлечение и повторное использование содержимого базы данных (ст. 8 Директивы 96/9/ЕС).

[2] Закон об авторском праве Нидерландов (*Auteurswet*), ст. 24a (3), который соответствует ст. 15 Директивы 96/9/ЕС.

[3] Формулировка немного отличается, хотя содержание одинаково. С одной стороны, имеются исключения из авторского права на базы данных (ст. 6). С другой стороны, права и обязанности законного пользователя охватываются правом *sui generis* (ст. 8).

[4] *Ryanair*, cit., para. 28.

[5] Ibid., para. 49.

что материалы являются независимыми, организованы систематически или методически и доступны по отдельности. Таким образом, поскольку сайт компании *Ryanair* подпадает под действие Директивы, нет причин не признавать применимость положения об обязательном характере исключений. Сложность применения того или иного положения, будь то положение об авторском праве или положение о праве *sui generis*, является только практической, которую можно было бы преодолеть, например, найдя общий знаменатель между ст. 6 и ст. 8, что не представляется сложным, поскольку эти положения действительно весьма схожи. Иное решение действительно было бы неразумным, потому что оно привело бы к признанию более сильной охраны тех баз данных, в отношении которых автор не приложил никаких интеллектуальных усилий либо не произвел никаких значимых инвестиций. Более того, главным обоснованием Директивы 96/9/ЕС является стимулирование инвестиций в индустрию баз данных для преодоления разрыва между США и ЕС. Эта цель не может быть достигнута при применении логики дела *Ryanair*, поскольку в интересах разработчиков баз данных не создавать оригинальные базы данных и не инвестировать значительные средства в получение, проверку и представление контента. Таким образом, они окажутся за пределами действия Директивы 96/9/ЕС и смогут беспрепятственно ограничить права пользователей. В то время как, возможно, дело *Ryanair* делает договоры ключевым инструментом защиты баз данных, разработчики баз данных должны опасаться внутренних ограничений договорного права, главным из которых является принцип частного характера договорной связи[1]. Как правило, обязательства не могут налагаться на тех, кто не является стороной договора, поэтому с момента извлечения невозможно препятствовать дальнейшему распространению информации от третьих лиц[2].

Важно помнить о решении по делу *Ryanair* при анализе решений *British Horseracing* и *Fixtures Marketing*. Достаточно сказать, что тенден-

[1] Принцип частного характера договорной связи *(privity)* является принципом общего права, но сходные концепты имеются во многих юрисдикциях как выражение принципа *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* (решение тяжбы между двумя лицами не может быть ни во вред, ни на пользу для третьего лица. – *Прим. пер.*). См.: Rădulescu, *The principle of relative effect of contracts. A historical view and aspects of comparative law*, in *Challenges of the Knowledge Society* 2018, XII, 292.

[2] Synodinou, *Ryanair Ltd. v. PR Aviation BV: contracts, rights and users in a low cost database law*, in *Kluwer Copyright Blog*, 26 January 2015 (URL: http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2015/01/26/ryanair-ltd-v-pr-aviation-bv-contracts-rights-and-users-in-a-low-cost-database-law/ (дата обращения: 30.10.2018)).

ция к сужению сферы действия Директивы 96/9/ЕС может привести к непредвиденным результатам в виде обострения проблемы монополизации информации и необработанных данных, что может быть легко достигнуто, если договорная свобода ничем не ограничена[1]. Указанную тенденцию можно рассматривать как замедленную решениями по делам *Verlag Esterbauer* и *Apis-Hristovich*, в которых широкое определение базы данных частично компенсирует проблемы, возникшие в результате совместного действия *Ryanair* и *Fixtures Marketing*. Таким образом, реформа Директивы 96/9/ЕС должна либо уточнить и расширить сферу ее применения, либо перенести положения об исключениях в гл. 4 об общих положениях[2]. Более амбициозные планы могут включать гармонизацию договорного права, которое может быть сосредоточено на договорах в области интеллектуальной собственности или охватывать основные принципы договорного права, в особенности теперь, когда в результате выхода Великобритании из ЕС наблюдается большая однородность между традициями договорного права государств – членов ЕС.

Все это имеет значение и с точки зрения искусственного интеллекта. Действительно, поскольку базы данных ИИ вряд ли будут считаться оригинальными и будут охраняться правом *sui generis*, это означает, что у владельцев баз данных есть стимул вкладывать средства в базы данных ИИ, а не в традиционные базы данных, поскольку первые будут более надежно защищены посредством договоров[3] и технических средств защиты[4]. Европейская комиссия в своей оценке Директивы 96/9/ЕС отметила, что «право *sui generis*, как правило, игнорируется в договорных схемах»[5]. Однако это не следует трактовать как то, что договоры не играют ключевой роли в процессе присвоения данных, а лишь как

[1] Commission, Evaluation, cit., 25, где утверждается, что «сужение сферы действия может оказаться под давлением в будущем, что потенциально может привести к непредвиденным результатам в отношении больших данных, генерируемых машинами и датчиками».

[2] JIIP and Technopolis Group, *Legal annex,* cit., 117. Как указывает Drexl, op. cit., para. 184, законодательный орган мог бы «содействовать доступу с помощью исключений и ограничений, которые не допускают возможности их отмены, в рамках всеобъемлющего законодательства о владении данными».

[3] Drexl, op. cit., para. 42, подчеркивает, что «фактический контроль над данными может позволять держателю данных коммерциализировать эти данные без дополнительной правовой защиты, опираясь на договорное право».

[4] Ivi, para. 183.

[5] Commission, Evaluation, cit., 17.

то, что «право *sui generis*, как представляется, не широко используется в качестве инструмента лицензирования»[1].

В заключение стоит отметить, что могущественные игроки экономики данных присваивают наши данные, превращая в товар, с помощью многовекторной стратегии, основными элементами которой являются технические средства защиты, которые невозможно обойти[2], а также условия обслуживания и политики конфиденциальности, которые большинство людей не читает, не говоря уже о том, чтобы понимать или обсуждать[3]. Таким образом, ограничения свободы договора, предусмотренные Директивой 96/9/ЕС, могут играть жизненно важную роль в обеспечении более сбалансированного учета конкурирующих интересов индустрии баз данных и общественности.

8. Не конец пути

Настоящая работа приходит к следующим четырем выводам.

Во-первых, для того чтобы понять базы данных ИИ, важно осознать, что ИИ – это общий термин, охватывающий ряд различных технологий, где степень автономии и «интеллекта» сильно варьируется. Общий (или сильный) ИИ еще не достигнут, но приложения ИИ становятся все более изощренными и сложными, поэтому изучение надлежащих работ по искусственному интеллекту уже не является чем-то из области научной фантастики, а считается одним из наиболее актуальных вопросов, с которым юристам, занимающимся вопросами интеллектуальной собственности, настоятельно рекомендуется разобраться.

Во-вторых, ИИ является мощным инструментом для интеллектуального анализа текстов и данных, который, в свою очередь, играет решающую роль в развитии индустрии баз данных и исследований во всем мире. Существующие исключения из авторского права могут охватывать некоторые этапы этого процесса, но в целом они не соответствуют цели и могут быть отменены договором. Реформа авторского права ЕС на едином цифровом рынке предусматривает исключение из авторского права в отношении интеллектуального анализа текстов и данных, которое, к сожалению, является слишком слабой попыт-

[1] Commission, Evaluation, cit., 17.

[2] Colston, *Protecting Databases – A call for regulation*, 2007, IXX, 85.

[3] См., например: Noto La Diega, *Uber law and awareness by design. An empirical study on online platforms and dehumanised negotiations*, in *Revue européenne de droit de la consommation* 2016, II, 383 ff., и Ducato, *House of Terms: Fixing the Information Paradigm with Legal Design*, in *Bileta* 2018, Aberdeen, 10–11 April 2018.

кой, в особенности потому, что оно ограничено исследовательскими организациями и исследовательскими целями. Тот факт, что интеллектуальный анализ данных не всегда имеет под собой правовую основу, не означает, однако, что получаемая в результате база данных не будет охраняться Директивой 96/9/ЕС, если будут соблюдены соответствующие требования.

В-третьих, действующее авторское право ЕС в интерпретации Суда ЕС не допускает авторского права на произведения ИИ, включая базы данных. Главным, хотя и не единственным препятствием является проблема оригинальности. Оригинальность означает, что произведение должно быть собственным интеллектуальным творением автора. В отношении произведений ИИ, если рассматривать человека как автора, нельзя сказать, что это его собственное интеллектуальное творение, потому что ИИ не может оставить свои характерные черты[1]. Сам ИИ не может считаться автором, а тем более владельцем, главным образом из-за проблем, связанных с отсутствием правосубъектности, которые, как представляется, еще далеки от решения. Это, наряду с другими аргументами, лежит в основе твердой убежденности в том, что произведения ИИ должны получать низкую степень защиты, которая может принимать форму права *sui generis*.

Наконец, и что более важно, вопреки распространенному мнению, базы данных ИИ могут охраняться правом *sui generis*. Развитие ИИ, скорее всего, приведет к обновлению и, возможно, беспрецедентному значению права *sui generis* как предпочтительной формы защиты для произведений ИИ. Действительно, произведения ИИ, сами по себе не охраняемые авторским правом, могут получить защиту, если они организованы в базе данных. Спор о том, что право *sui generis* не подходит для ИИ, основан не на положениях Директивы 96/9/ЕС, а на ограничительном толковании, которое Суд ЕС дал сфере его применения в своих решениях 2004 г. Эти решения были основаны на ошибочном предположении о том, что существует противопоставление между созданием данных и получением данных, в то время как это различие больше не приводится в экономике данных, как это видно из того, как работает интеллектуальный анализ данных. Стерилизирующий эффект решения 2004 г. может быть уменьшен за счет преодоления распространенного заблуждения о том, что суд ввел теорию побочного продукта, интерпретируемую как означающую, что если создание баз

[1] Эта статья основана на убеждении, что произведения, созданные машиной, это не то же самое, что произведения ИИ.

данных не является основной деятельностью компании (побочные базы данных), то эта база данных не подпадает под действие права *sui generis*. Фактически базы данных могут охраняться и в том случае, если владелец докажет значительные инвестиции, оцененные количественно или качественно. ИИ является гибким инструментом и позволяет оптимизировать процессы получения, проверки и представления содержимого. Представляется особенно вероятным, что если имеются значительные инвестиции в приложение ИИ, разработанное для создания базы данных, то последняя будет охвачена правом *sui generis*.

В заключение следует отметить, что противодействие узкому толкованию сферы применения Директивы 96/9/ЕС, данному Судом ЕС, может иметь три позитивных последствия.

Во-первых, она обеспечила бы определенную форму охраны произведений ИИ, которые в ином случае оказались бы в общественном достоянии, тем самым установив равновесие между интересами коммерциализации произведений ИИ и доступом к знаниям. Во-вторых, это уменьшило бы негативные последствия решения по делу *Ryanair*, позволяющего злоупотреблять договорами для достижения чрезмерной защиты данных и баз данных. Те, кто опасался, что право *sui generis* приведет к катастрофической монополизации информации, не могут не заметить, что в области экономики данных присвоение данных является совокупным результатом договоров, технических средств защиты и секретов производства, которые приводят к чрезмерной защите данных. В-третьих, в зародыше исчезали бы неудачные предложения о новом праве производителя данных, в котором больше не было бы необходимости, поскольку право *sui generis* обеспечило бы достаточную защиту. Таким образом, вместо отмены Директивы 96/9/ЕС существуют сильные аргументы в пользу перезапуска права *sui generis*, которое благодаря ИИ в конце концов покинет периферию сферы интеллектуальной собственности.

Пристатейный библиографический список

1. Algardi, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Milano, Giuffrè, 1966.

2. Arcidiacono, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, Giappichelli, Turin, 2017.

3. Arezzo, *L'estrazione non autorizzata del contenuto di una banca dati*, in *Dir. ind.* 2009, 192.

4. Bacon et al., *Blockchain Demystified*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper № 268/2017.

5. Baroni et al., *CommAI: Evaluating the first steps towards a useful general AI*, in *ICLR* 2017: 5th International Conference on Learning Representations – Workshop Track, Toulon, 24–26 April 2017.

6. Bechtold, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 2004, 323.

7. Bently and Kretschmer, *Strengthening the position of press publishers and authors and performers in the Copyright Directive*, European Parliament, Strasbourg, 2017.

8. Bently, Sherman, Gangjee, and Johnson, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

9. Borghi and Karapapa, *Contractual Restrictions on Lawful Use of Information: Sole-source Databases Protected by the Back Door?*, in *EIPR* 2015, VIII, 505.

10. Breyer, *The uneasy case for copyright: A study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, in *Harvard Law Review* 1970, 281.

11. Bridy, *Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author*, in *Stan Tech L Rev* 2012, V, 1.

12. Burns, *Regulating machine data: less is more for global growth*, in *WIPO Magazine* 2017, VI.

13. Burrell and Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

14. Butler, *Can a Computer Be an Author-Copyright Aspects Of Artificial Intelligence*, in *Comm/Ent LS*. 1981, IV, 707.

15. Calo, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review* 2014, 995.

16. Capuano, *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione europei*, Editoriale Scientifica, Naples, 2012.

17. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998.

18. Casaburi, *Originalità, creatività, elaborazione creative, citazione e plagio: Profili evolutivi*, in *Foro it.* 2017, XII, 3779.

19. Caspers and Guibault, *Baseline Report of Policies and Barriers of TDM in Europe*, Future TDM, Wien, 2016.

20. *Cellan-Jones R.,* Stephen Hawking warns artificial intelligence could end mankind, 2 December 2014 (URL: http://www.bbc.co.uk/news/technology-30290540 (дата обращения: 30.10.2018).

21. Cerka, Grigiene, and Sirbikyte, *Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?*, in *Computer Law & Security Review* 2017, V, 685.

22. Chalton, *The legal protection of databases*, Thorogood, London, 2001.

23. Chien, *Startups and patent trolls*, in *Stan. Tech. L. Rev.* 2014.

24. Ciani, *Property rights model v Contractual approach: How protecting non-personal data in cyberspace?*, in *Dir. Com. Internaz*. 2017, IV, 461.

25. Cohen, Gurun, and Kominers, *Patent Trolls: Evidence from Targeted Firms*, Harvard Business School Finance Working Paper No. 15-002, 8 June 2018.

26. Commission Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy – accompanying the document Communication Building a European data economy, COM (2017) 9 final, 10 January 2017.

27. Commission Staff Working Document, Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases {SWD (2018) 147 final}.

28. Contra and Petit, *Antitrust and Artificial Intelligence: A research Agenda*, in *Journal of European Competition Law & Practice* 2017, VI, 831.

29. Davis, Hoffert, and Vanlandingham, *A Taxonomy of Artificial Intelligence Approaches for Adaptive Distributed Real-Time Embedded Systems*, in *2016 IEEE International Conference on Electro Information Technology*, 2016.

30. Davidson, *The Legal Protection of Databases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

31. De Filippi, and Hassan, *Blockchain Technology as a Regulatory Technology: From Code is Law to Law is Code*, in *First Monday* 2016, XII.

32. Debriyn, *Shedding light on copyright trolls: An analysis of mass copyright litigation in the age of statutory damages*, in *UCLA Ent. L. Rev.* 2012, 79.

33. Derclaye and Leistner, *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Hart, Oxford, 2011.

34. Derclaye, *Databases Sui Generis Right: Should We Adopt the Spin-Off Theory?*, in *EIPR* 2004, 402.

35. Derclaye, *Databases Sui Generis Right: What is a Substantial Investment? A Tentative Definition*, in *IIC* 2005, 2.

36. Derclaye, Intellectual property rights on information and market power – comparing European and American protection of databases, in IIC 2007, III, 275.

37. Di Cataldo, *Banche-dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in this *Journal* 1997, 20.

38. Di Cataldo, *L'imitazione servile*, Giuffre', Milan, 1979.

39. Dickenson, Morgan and Clark, *Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications*, in *EIPR* 2017, VIII.

40. Drexl, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, in *JIPITEC* 2017, VIII, 257.

41. Ducato, *House of Terms: Fixing the Information Paradigm with Legal Design*, in *BILETA 2018*, Aberdeen, 10–11 April 2018.

42. Ducato and Strowel, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to "Machine Legibility"*, in *IIC* 50, 649.

43. Dutilh, *The implementation and application of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, European Commission, Brussels, 2001.

44. Ercolani, *Computer-generated works*, in *Dir. aut.* 1998, 604.

45. Ezrachi and Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 2016.

46. Falce, *Copyrights on data and competition policy in the digital single market strategy*, in *Italian Antitrust Review* 2018, 32.

47. Falce, Ghidini, Olivieri, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, 2018.

48. Farrand, *Bold and newly Independent, or Isolated and Cast Adrift? The Implications of Brexit for Intellectual Property Law and Policy*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, VI, 1306.

49. Floridi L. *Should we be afraid of AI?*, in *Aeon*, 9 May 2016 (URL: https://aeon.co/essays/true-ai-is-both-logically-possible-and-utterly-implausible (дата обращения: 30.10.2018)).

50. Fuegi and Francis, *Lovelace & Babbage and the Creation of the 1843 "Notes"*, in *IEEE Annals of the History of Computing* 2003, IV, 16.

51. Gasser, *Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model*, Berkman Center Research Publication № 2006-04.

52. Geiger, Griffiths, Hilty, and Suthersanen, *Declaration on a balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law*, in *IIC* 2008, I, 707.

53. Ghidini, *Re-thinking Intellectual Property. Balancing Conflicts of Interest in the Constitutional Paradigm*, Edward Elgar, 2018.

54. Ginsburg, *No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information After Feist v. Rural Telephone*, in *Columbia Law Review* 1992, II, 338.

55. Ginsburg, *People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention*, in *IIC* 2018, II, 131.

56. Goertzel, *The path to more general artificial intelligence*, in *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence* 2014, III, 343.

57. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms*, Wolters Kluwer, 2016.

58. Greenberg, *Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses*, in *University of Colorado Law Review* 2014, 53.

59. Guadamuz, *Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works*, in *IPQ* 2017, II, 169.

60. Guadamuz, *The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction*, in *Internet Policy Review* 2016, I, 1.

61. Guibault, Westkamp, and Rieber-Mohn, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, European Commission, Brussels, 2007.

62. Gupta, *Footprints of Feist in European Database Directive: A legal analysis of IP Law-making in Europe*, Springer, Singapore, 2017.

63. Gutierrez, *La tutela del diritto di autore*, Milano, Giuffrè, 2008.

64. Helberger et al., *Digital Content Contracts for Consumers*, in *J Consum Policy* 2013, I, 37.

65. HILTY and MOSCON (eds), *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 28 September 2017 (URL: https://www.ip.mpg.de/de/projekte/details/modernisierung-des-eu-urheberrechts.html (дата обращения: 30.10.2018)).

66. Hoeren, *Big data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe*, in *EIPR* 2014, XII, 751.

67. Hugenholtz, *Abuse of Database Right Sole-source information banks under the EU Database Directive*, in LÉVÊQUE and SHELANSKI (eds), *Antitrust, patents and copyright: EU and US perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005.

68. Hugenholtz, *Against Data Property: Unwelcome Guest in the House of IP*, in Ulrich, Drahos, and Ghidini, *Kritika. Essays on Intellectual Property*, 3, Elgar, Cheltenham, 2018, 48.

69. Hugenholtz, *Something Completely Different: Europe's Sui Generis Database Right*, in FRANKEL and GERVAIS (eds), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016.

70. *Idc and Open Evidence, European data market. Final report*, European Commission, Brussels, 2017.

71. Ihalainen, *Computer Creativity: Artificial Intelligence and Copyright*, in *JIPLP* 2018, IX, 724.

72. Iwahashi, *How to Circumvent Technological Protection Measures Without Violating the DMCA: An Examination of Technological Protection Measures Under Current Legal Standards*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2011, 491.

73. Jacques, Garstka, Hviid, and Street, *Automated Anti-Piracy Systems as Copyright Enforcement Mechanism: A Need to Consider Cultural Diversity*, in *EIPR* 2018, 218.

74. Jehoram, *Critical reflections on the economic importance of copyright*, in *IIC* 1989, IV, 485.

75. JIIP and Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Final report*, European Commission, Brussels, 2018.

76. Karaganis and Urban, *The Rise of the Robo Notice*, in *Communications of the ACM* 2015, IX, 28.

77. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in FALCE, GHIDINI, OLIVIERI, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, 2018.

78. Kerr, *Digital Locks and the Automation of Virtue*, in GEIST (ed), *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Irwin Law, Toronto, 2010.

79. Kretschmer, Derclaye, Favale, and Watt, *The relationship between copyright and contract law*, Intellectual Property Office Research Paper № 2010/4.

80. Kur, *What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*, in LEE, WESTKAMP, KUR, and OHLY (eds), *Intellectual property, unfair competition and publicity: convergences and development*, Elgar, Cheltenham, 2014.

81. Kurzweil K. *The singularity is near: When Humans Transcend Biology*. N.Y.: Viking, 2006.

82. La Villa, *Imitazione servile e forme di mercato*, Giuffre', Milan, 1976.

83. Landes and Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, in *The Journal of Legal Studies* 1989, II, 325.

84. Leistner, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in LOHSSE, SCHULZE, and STAUDENMAYER (eds), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

85. Lemley and Melamed, *Missing the forest for the trolls*, in *Columbia Law Review* 2013, VIII, 2117.

86. Levendowski, *How copyright law can fix artificial intelligence's implicit bias problem*, in *Washington Law Review*, 2018, II, 579.

87. Liu, *Of originality: originality in English copyright law: past and present*, in *EIPR* 2014, VI, 376.

88. Locke, *Two Treaties of Government, II, Of Civil Government*, London, 1690, 5, § 25, now in *Two Treaties of Government, II, Of Civil Government*, London, 1821.

89. Lovelace, *Notes by the translator*, in TAYLOR (ed), *Scientific Memoirs*, 3, Taylor, London, 1843.

90. Lundqvist, *"Turning Government Data Into Gold": The Interface Between EU Competition Law and the Public Sector Information Directive*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2013, 79.

91. Lupu, *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, in *World Patent Information*, 2018, LIII, A1.

92. Marchetti e Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016.

93. Margoni, *The harmonisation of EU copyright law: the originality standard*, in PERRY (ed), *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century*, Springer, Cham, 2016, 85.

94. Mccarthy, *What is artificial intelligence?* 12 November 2007 (URL: http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai (дата обращения: 30.10.2018)).

95. Mehra, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in *Minn. L. Rev.* 2016, 1323.

96. Melzi D'eril and Vigevani, *La buona informazioni che garantisce diritti*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 September 2018.

97. Montagnani and Aime, *Il text and data mining e il diritto d'autore*, in this *Journal* 2017, 376.

98. Morris, Schlenoff, and Srinivasan, *A Remarkable Resurgence of Artificial Intelligence and Its Impact on Automation and Autonomy*, in *IEEE Transactions on Automation Science and Engineering*, 2017, II, 407.

99. Moyse, *Abus et propriété intellectuelle ou du bon usage des droits*, in SCASSA, GOUDREAU, SAGINUR, DOAGOO (eds), *Intellectual Property for the 21st Century: Multidisciplinary Perspectives on Intellectual Property Law*, Irwin Law, Toronto, 2014.

100. Noto La Diega, *Against the dehumanisation of decision-making. Algorithmic decisions at the crossroads of intellectual property, data protection, and freedom of information*, in *JIPITEC* 2018, 3.

101. Noto La Diega, *In light of the ends. Copyright hysteresis and private copy exception after the British Academy of Songwriters, Composers and Authors (BASCA) and others v Secretary of State for Business, Innovation and Skills case*, in *Diritto Mercato tecnologia*, 2015, II, 1.

102. Noto La Diega, *Machine Rules. Of Drones, Robots, and the Info-Capitalist Society*, in *Italian LJ*. 2016, II, 367.

103. Noto La Diega, *Software patents and the Internet of Things in Europe, the United States, and India*, in *EIPR* 2017, III, 173.

104. Noto La Diega, *The European strategy on robotics and artificial intelligence: Too much ethics, too little security*, in *European Cybersecurity Journal* 2017, II, 6.

105. Noto La Diega, *Uber law and awareness by design. An empirical study on online platforms and dehumanised negotiations*, in *Revue européenne de droit de la consommation* 2016, II, 383.

106. Noto La Diega and Stacey, *Legal and regulatory issues in the blockchain: A focus on copyright law*, in RAGNEDDA and DESTAFANIS, *Blockchain and Web 3.0. Social, Economic, and Technological Challenges*, Routledge, 2019.

107. Olson, *Copyright originality*, in *Missouri Law Review* 1983, I, 29.

108. Ottolia, *Big data e innovazione computazionale*, in *I quaderni di AIDA*, n. 28, Giappichelli, Torino, 73.

109. Parchomovsky and STEIN, *Originality*, in *Virginia Law Review*, 2009, VI, 1505.

110. Patterson, *Copyright Misuse and Modified Copyleft: New Solutions to the Challenges of Internet Standardization*, in *Michigan Law Review*, 2000, 1351.

111. Perel and Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, in *Stan. Tech. L. Rev.* 2016, 473.

112. Perel and Elkin-Koren, *Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement*, in *Fla. L. Rev.* 2017, 181.

113. Pezzoli, *Big Data e Antitrust: un'comparione per tornare ad occuparci di struttura?*, in FALCE, GHIDINI, OLIVIERI, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, 2018.

114. Pila and Torremans, *European Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

115. Rădulescu, *The principle of relative effect of contracts. A historical view and aspects of comparative law*, in *Challenges of the Knowledge Society* 2018, XII, 292.

116. Ramalho, *Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems*, 13 June 2017 (URL: https://ssrn.com/abstract=2987757 (дата обращения: 30.10.2018)).

117. Ramalho and GOMEZ GARCIA, *Copyright after Brexit*, in *JIPLP* 2017, VIII, 669.

118. Reichman, *Legal Hybrids between the patent and copyright paradigms*, in *Colum. L. Rev.* 1994, 2432.

119. Reilly, *Patent "trolls" and claim construction*, in *Notre Dame L. Rev*. 2016, 1045.

120. Ricolfi, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, in *Dir. aut.* 2002, II, 215.

121. Ricolfi, Xalabarder, and Van Eechoud, *Academics against Press Publishers' Right, Statement from 169 EU academics*, 24 April 2018 (URL: https://

www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/ (дата обращения: 30.10.2018)).

122. Robin, *Prérogative de puissance publique n'est pas activité économique en droit de la concurrence*, in *Revue Lamy de la Concurrence* 2013, 28.

123. Rosati, *Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the Infopaq Decision*, in *J. Copyright Soc'y USA* 2010, LVIII, 795.

124. Rosati, *Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2013.

125. Rosati, *The Monkey Selfie case and the concept of authorship: an EU perspective*, in *JIPLP* 2017, XII, 973.

126. Rosati, *Why originality in copyright is not and should not be a meaningless requirement*, in *JIPLP* 2018, VIII, 597.

127. Rothchild, *Economic analysis of technological protection measures*, in *Oregon Law Review* 2005, 489.

128. Russell and Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3rd ed, Prentice Hall, Upper Saddle River, 2009.

129. Sag and Haskell, *Defense Against the Dark Arts of Copyright Trolling*, in *Iowa Law Review* 2018, 571.

130. Sammarco, *Sull'ampiezza del diritto sui generis in relazione all'attività di estrazione del contenuto di una banca di dati non avente carattere creativo*, in *Dir. inf.* 2008, 780.

131. Samuelson, *Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works*, in *University of Pittsburgh Law Review* 1985, 1185.

132. Samuelson, *Intellectual Property and the digital economy: why the anti-circumvention provisions need to be revisited*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 1999, 519.

133. Schafer, *Editorial: The future of IP law in an age of artificial intelligence*, in *Scripted* 2016, III, 283.

134. Senftleben et al., *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *EIPR* 2018, III, 149.

135. Shalev-Shwartz and Ben-David, *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

136. Spada, *Banche dati e diritto d'autore (il "genere" del diritto d'autore sulle banche dati)*, in this *Journal* 1997, 5.

137. Stalla-Bourdillon et al., *Building the European data economy. Position paper on the proposal for a new right in non-personal data* (URL: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-30/consultation_data_eco-knight_65284C58-BC45-BD3E-6F27AD94A35F71EC_46162.pdf (дата обращения: 30.10.2018)).

138. Stalla-Bourdillon et al., *Open Letter to the European Commission – On the Importance of Preserving the Consistency and Integrity of the EU Acquis Relating to Content Monitoring within the Information Society*, in *SSRN*, 19 October 2016 (URL: https://ssrn.com/abstract=2850483 (дата обращения: 30.10.2018)).

139. Steckler, *Unfair trade practices under German law: "slavish imitation" of commercial and industrial activities*, in *EIPR* 1996, VII, 390.

140. Strowel, *L'émergence d'un droit d'accès en droit d'auteur? Quelques réflexions sur le devenir du droit d'auteur*, in DOUTRELEPONT and DUBUISSON (eds), *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique*, Bruylant, Brussels, 2008.

141. Strowel, *La protection des mesures techniques: une couche en trop? Quelques remarques à propos du texte de Kamiel Koelman*, in *Auteurs & Média*, 90.

142. Sujecki, *Slavish imitation and trade mark protection: a Dutch perspective*, in *EIPR* 2011, XII, 743.

143. Surblyte, *Data-Driven Economy and Artificial Intelligence: Emerging Competition Law Issues*, in *WuW* 2017, 120.

144. Tabrez and Sourav, *Comparative Analysis of Copyright Protection of Databases: The Path to Follow*, in *Journal of Intellectual Property Rights* 2011, II.

145. Traub and Dennis, *Brexit – What Could Happen to My IP Rights?*, in *Intellectual Property & Technology Law Journal* 2017, XI, 20.

146. Triaille, De Meeûs D'argenteuil, and De Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, Publications Office, Luxembourg, 2014.

147. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind* 1950, CCXXXVI, 433, 441.

148. Ubertazzi L.C. *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore: prime riflessioni*, in ALPA (ed), *La tutela giuridica del software*, Giuffré, Milano, 1984.

149. UK Government Chief Scientific Adviser, *Distributed Ledger Technology: Beyond block chain*, Government Office for Science, London, 2016.

150. Yanisky-Ravid and Moorhead, *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Accountability and Copyright – The Human-Like Workers Are Already Here – A New Model*, in *2017 Michigan State Law Review.* 659.

151. Zech, *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data*, in *JIPLP* 2016, VI, 460.

152. Zenker, *Kartellrecht und Rechtsmissbrauch*, Nomos, Baden-Baden, 2018.

153. Zimmerman, *Authorship without Ownership: Reconsidering Incentives in the Digital Age*, in *DePaul L. Rev.* 2002–2003, 1121.

В.Н. Глонина, А.А. Семенова

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ОХРАНЫ НЕТВОРЧЕСКИХ БАЗ ДАННЫХ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ

Аннотация. *Настоящая статья посвящена вопросам правовой охраны нетворческих баз данных. Авторы анализируют национальное и зарубежное законодательство, судебную практику и доктрину по вопросу охраноспособности нетворческих баз данных, а также рассматривают конкретные критерии, которые вырабатываются в различных юрисдикциях для соблюдения баланса между необходимостью обеспечить свободу распространения информации и охрану усилий и затрат изготовителей баз данных.*

Ключевые слова: *база данных, информация, смежные права, sui generis.*

Правовая охрана нетворческих баз данных является одним из наиболее дискуссионных вопросов в праве интеллектуальной собственности. Особенно остро проблемы определения границ и критериев правовой охраны нетворческих баз данных проявляются в условиях цифровизации, которая приводит к некоторому размыванию самого понятия «база данных» и усилению конфликта между свободой распространения информации и интересами изготовителей баз данных.

Громкое судебное дело «ВКонтакте v. *Double Data*»[1] (о базе данных, состоящей из аккаунтов пользователей) – яркий, но далеко не единственный пример. Известно уже немало споров, в рамках которых в качестве баз данных пытаются охранять: сайты с вакансиями (например, дело «Хэдхантер v. Стафори»)[2], ранжированные перечни команд – участниц соревнований (например, рассматриваемые судом ЕС дела по искам *Fixtures Marketing Ltd.*)[3], подборки данных о месторасположении медицинских центров (например, испанское дело *Infonis v. IMS*

[1] Дело № А40-18827/2017 (URL: http://kad.arbitr.ru/Card/1f33e071-4a16-4bf9-ab17-4df80f6c1556 (дата обращения: 27.05.2020)).

[2] Дело № 3-91/2018 (URL: https://www.mos-gorsud.ru/mgs/services/cases/first-civil/details/45981b48-0c88-415e-bd70-01e0c8e61fe0 (дата обращения: 27.05.2020)).

[3] *Fixtures Marketing Ltd. v. Svenska AB* (C-338/02); *Fixtures Marketing Ltd. v. OPAP* (C-444/02); *Fixtures Marketing Ltd. v. Oy Veikkaus Ab* (C-46/02).

Health)[1] и др. И во всех названных делах первостепенное значение приобретает вопрос о сущности нетворческой базы данных, отграничении охраняемой формы от неохраняемой информации.

Проблемы терминологии: информация, данные, базы данных

Применительно к базам данных и их охраноспособности помимо анализа самого термина «база данных» как объекта интеллектуальной собственности зачастую возникает вопрос о соотношении понятий «данные» и «информация». В российском праве основу для разграничения терминов «данные» и «информация» дает дефиниция, содержащаяся в Законе об информации, в которой данные определены как разновидность информации (п. 1 ст. 2).

Как пишет М.А. Рожкова, данные следует рассматривать как совокупность информации, объединенной и упорядоченной по какому-либо признаку, нескольким признакам или критериям[2]. Схожую позицию высказывает М.В. Якушев, высказывающийся в том ключе, что данные являются формой представления информации, пригодной для использования в упорядоченных информационных системах[3].

Вместе с тем разные авторы делают акценты на другие характеристики и определения информации и данных, приводя разнообразные критерии их разграничения. Так, в одном из стандартов Международной организации по стандартизации определено, что данные – это «поддающееся многократной интерпретации представление информации в формализованном виде, пригодном для передачи, связи или обработки»[4]. При этом информация определена как «результат интерпретации (смысл) такого представления»[5]. На основе этих определений

[1] *Infonis SL v. IMS Health Tribunal Supremo*. 31.01.2018 (URL: http://www.poderjudicial.es/search/ (дата обращения: 27.05.2020)).

[2] *Рожкова М.А.* Имущественные права на новые нематериальные объекты в системе абсолютных прав // Право цифровой экономики – 2020 (16): Ежегодник-антология / Рук. и науч. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2020. С. 36.

[3] *Якушев М.В.* Цифровая трансформация в праве: новые подходы в регулировании данных: устный доклад в рамках VIII Международной научно-практической конференции «Право в цифровую эпоху», 2018. (URL: https://pravo.hse.ru/mirror/pubs/share/direct/228383369 (дата обращения: 06.12.2019)).

[4] ISO/IEC 2382:2015 Information technology – Vocabulary (URL: https://www.iso.org/standard/63598.html (дата обращения: 06.03.2020)).

[5] ISO/IEC/IEEE 24765:2010 Systems and software engineering – Vocabulary (URL: https://www.iso.org/standard/50518.html (дата обращения: 06.03.2020)).

в стандартах А.И. Савельев приходит к заключению, что «один и тот же массив данных при его последующем анализе может порождать разную информацию»[1], и предлагает четко разграничивать понятия «данные» и «информация».

Изучение зарубежных доктринальных источников показывает, что термины «информация» (*information*) и «данные» (*data*) рассматриваются в разных аспектах.

Например, профессор Школы информационных технологий Калифорнийского Университета в Беркли Рэй Р. Ларсон проводит следующее разделение данных и информации: данные (*data*) – сырой, необработанный информационный материал, а информация (*information*) – кем-то структурированные и описанные данные[2]. Данное разделение строится на концепции *DIKW* (англ. *data, information, knowledge, wisdom* – данные, информация, знания, мудрость). Концепция *DIKW* строится на том, что имеется некая информационная иерархия, где каждый уровень добавляет определенные свойства к предыдущему уровню. Данная концепция используется для анализа данных, машинного обучения и других направлений в сфере информационных технологий.

В свою очередь профессор Лоттер Деттерман, комментируя концепцию *DIKW*, указывает: «Некоторые специалисты в сфере информационных технологий используют термин “данные” для того, чтобы описать дискретные, объективные факты или наблюдения, которые характеризуются такими признаками как неструктурированный и необработанный характер, а также отсутствием конкретного значения, при этом термин “информация” относится к данным, которые были преобразованы в форму, имеющую смысл и приобретшую тем самым пользу для человека»[3]. В то же время Лоттер Деттерман подчеркивает, что во многих научных работах и законодательных актах термины «информация» и «данные» являются синонимами, а трактовка по-

[1] *Савельев А.И.* Гражданско-правовые аспекты регулирования оборота данных в условиях попыток формирования цифровой экономики // Вестник гражданского права. 2020. № 1. С. 69.

[2] *Ray R. Larson.* Database management: Introduction to Terms and Concepts. University of California, Berkley. School of Information Management and Systems. 31 October 2000 (URL: https://slideplayer.com/slide/4954853/ (дата обращения: 07.02.2020), https://www.tutorialspoint.com/management_information_system/pdf/mis_quick_guide.pdf, https://theintactone.com/2020/01/07/information-concepts-information-a-quality-product-classification-of-the-information/ (дата обращения: 07.02.2020).

[3] *Determann L.* No One Owns Data (14 February 2018). UC Hastings Research Paper № 265 (URL: https://ssrn.com/abstract=3123957 (дата обращения: 06.02.2020)).

нятий зависит от конкретной дисциплины и избранного подхода. В развитии этого тезиса можно сослаться и на другие устоявшиеся понятия, которые в международно-правовой перспективе выражаются через различные термины «данные» или «информация»: *data scientist* – «информационный аналитик», *genetic data* – «генетическая информация» и другие.

Обращение к понятию «персональные данные» в том виде, как оно закреплено в законодательстве, дает основания для заключения, что в российском и европейском законодательствах используется термин «данные» (англ. *personal data*), тогда как в законодательстве США – термин «информация» (англ. *personal information*).

Учитывая изложенное, следует согласиться с М.А. Рожковой, сделавшей вывод о практической невозможности «провести в законодательстве четкий рубеж между понятиями “данные” и “информация”»[1]. Действительно, разграничение понятий «данные» и «информация» является довольно зыбким и определяется конкретным подходом и сферой, в которой данный термин применяется. При этом в сравнительно-правовом ключе также могут возникать разночтения, связанные исключительно или главным образом с особенностями перевода.

Соотношение понятий «данные» и «информация» с термином «база данных» также вызывает вопросы. Если исходить из технических характеристик баз данных, то, как отмечает Рэй Р. Ларсон, в широком смысле слова базой данных может являться вообще любой набор данных, однако для практических целей под базой данных понимается «совокупность данных, организованных по определенным правилам, предусматривающим общие принципы описания, хранения и управления данными, независимая от прикладных программ»[2].

Схожие определения можно найти в отечественной литературе по информационным технологиям. Так, в одном из учебников сформулировано: «База данных представляет собой совокупность специальным образом организованных данных, хранимых в памяти вычислительной системы и отображающих состояние объектов и их взаимосвязей в рассматриваемой предметной области»[3].

---

[1] *Рожкова М.А.* Наборы данных, массивы данных, банки данных, базы данных – что это такое и как их различать? // Закон.ру. 06.07.2020 (URL: https://zakon.ru/blog/2020/07/06/nabory_dannyh_massivy_dannyh_banki_dannyh_bazy_dannyh__chto_eto_takoe_i_kak_ih_razlichat (дата обращения: 06.03.2020)).

[2] *Ray R. Larson.* Op. cit.

[3] *Кумскова И.А.* Базы данных: учебник. 3-е изд., перераб. М.: Кнорус, 2018. С. 22 (URL: https://cdn1.ozone.ru/multimedia/1019240800.pdf (дата обращения: 06.03.2020)).

При этом в законодательстве и юридической литературе, как правило, понятие «база данных» раскрывается через иной понятийный аппарат, который существенно варьируется в зависимости от определенной юрисдикции и подхода конкретного автора.

Так, в российском законодательстве (абз. 2 п. 2 ст. 1260 ГК РФ) под базой данных понимается *«представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ)»*.

В то же время в европейском законодательстве дано другое определение базы данных: *«Собрание независимых произведений, данных или иных материалов, расположенных систематическим или методическим способом и индивидуально доступных через электронные и иные средства»*[1].

В американских источниках зачастую встречается определение базы данных как *«подборки большого количества отдельных информационных единиц, произведенной с целью их объединения в одном месте или через один источник так, чтобы обеспечивалась возможность доступа к ним»*[2]. Такое определение предлагалось закрепить на законодательном уровне в рамках так называемого законопроекта о базах данных и неправомерном присвоении информации, который рассматривался Конгрессом США в 2003 г., но так и не был принят[3].

В целом в юридической литературе признается, что основная ценность базы данных проявляется именно в упорядочивании и структурировании[4]. Иными словами, в отношении правовой охраны баз данных первостепенную ценность имеет вклад создателя базы данных

[1] Директива 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС «О правовой охране баз данных» от 11.03.1996, ст. 1 (2).

[2] См., например: *Samuel E.* Trosow Sui Generis Database Legislation: A Critical Analysis. Yale J.L. & Tech. 534 (URL: https://yjolt.org/sites/default/files/trosow-7-yjolt-534.pdf (дата обращения: 06.03.2020)).

[3] Database and Collections of Information Misappropriation Act, 108th Congress, H.R. 3261, section 2 (5) (A) (URL: https://www.congress.gov/bill/108th-congress/house-bill/3261 (дата обращения: 06.03.2020)).

[4] См., например: *Derclaye E.* The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis (Edward Elgar 2008). P. 47; *Nestor Duch-Brown Bertin Martens Frank Mueller-Lange*. The economics of ownership, access and trade in digital data. JRC Digital Economy Working Paper 2017-01. P. 13–14.

в преобразование отдельных элементов в организованные совокупности таких элементов, полученная структура базы данных.

Правовая охрана баз данных как самостоятельного объекта интеллектуальной собственности не означает наличия прав отдельных лиц на материалы, входящие в состав базы данных, и не запрещает третьим лицами использовать отдельные элементы, входящие в состав базы данных, или создавать свои собственные базы данных на основе аналогичных материалов.

Однако правовая охрана, предоставляемая базам данных, непосредственно затрагивает и отдельные составляющие таких баз данных: накладывает ограничения на извлечение и использование данных, которые могут входить в состав охраноспособной базы данных. Напротив, особый правовой режим объектов, которые входят в состав базы данных (например, персональные данные), предполагает введение соответствующих ограничений или дополнительных требований. В связи с этим возникают существенные сложности с определением правового режима базы данных и выработкой оптимальных критериев для признания охраноспособной конкретной базы данных.

Понятие «база данных» в российском праве

Правовая охрана баз данных в России (как и в большинстве зарубежных стран) основывается на их охране в качестве составных произведений (например, сборников), т.е. творческих объектов, созданных путем подбора и составления. Сам термин «база данных» в качестве объекта интеллектуальной собственности появился в советском законодательстве в 1991 г. (ст. 134 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.1991), а правовая охрана сборников, которые рассматривались как более широкая категория, включала в себя в том числе и охрану баз данных.

В действующем отечественном законодательстве базы данных стали объектом интеллектуальной собственности сразу в двух самостоятельных воплощениях – как *объекты авторского права* («творческие» базы данных, ст. 1260 ГК РФ) и как *объекты смежных прав* («нетворческие» базы данных, т.е. базы данных, создание которых хотя и не предусматривало творческого вклада, но требовало существенных затрат со стороны изготовителя, ст. 1334 ГК РФ). Базы данных как объекты авторского права охраняются на основании общих правил авторского права, т.е. в зависимости от наличия объективной формы выражения

и творческого характера при их составлении. Нетворческие базы данных получают правовую охрану на основании других критериев – наличия существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат на создание базы данных, причем презюмируется, что такие затраты имеются в случае, если база данных состоит не менее чем из 10 000 самостоятельных информационных элементов (материалов) (п. 1 ст. 1334 ГК РФ).

Концепция охраны смежных прав в российском праве имеет достаточно дискуссионный характер и доктринально слабо проработана. Большинство авторов придерживается той точки зрения, что под понятием «объекты смежных прав» понимаются различные объекты, предоставление правовой охраны которым обусловлено необходимостью экономической поддержки отдельных категорий лиц, чьи права не представляется возможным защитить механизмом авторского права, при том, что имеется некая схожесть охраняемых интересов и объектов[1]. В отношении нетворческих баз данных речь в первую очередь идет о защите инвестиций (затрат) на создание таких объектов, о признании и охране экономической ценности баз данных, которые могли быть созданы как творческих трудом, так и посредством использования различных алгоритмов и технологий, позволяющих упорядочить информацию[2].

Серьезные дискуссии вызывает само определение понятия «база данных». Причем основным вопросом является использование слова «материалы» в общем определении базы данных в п. 2 ст. 1260 ГК РФ, регулирующем творческие базы данных, и употребление явно более широкого понятия «информационные единицы» в определении базы данных как объекта смежных прав (п. 1 ст. 1334 ГК РФ).

Буквальная трактовка термина «*материалы*» (с учетом данных в п. 2 ст. 1260 ГК РФ примеров – статьи, расчеты, нормативные акты, судебные решения и иные подобные материалы) сводится только к неким статичным объектам, имеющим объективное выражение. Поэтому различные авторы часто задаются вопросом, чем руководствовался законодатель, используя в основе определения базы данных термин «*материалы*», и можно ли рассматривать такое понятие в более узком

[1] См., например: *Ворожевич А.С.* Границы смежных прав // ИС. Авторское право и смежные права. 2019. № 11. С. 29–42.

[2] В ряде случаев одна и та же база данных может одновременно охраняться и как объект авторского права, и как объект смежных прав (как это было в ранее упомянутом деле «Хэдхантер v. Стафори»), т.е. наличествует как творческий, так и материальный (финансовый) вклад ее изготовителя.

смысле – как исключающее из своего состава данные и (или) информацию из состава баз данных[1].

На мысль о более узком содержании термина «материалы» в российском законодательстве наводит первоначальный вариант законопроекта № 424632-7 (о цифровых правах)[2], которым предлагалось заменить слово «материалы» словосочетанием *«совокупность данных или сведений»*. Однако эта поправка не вошла в финальную версию законопроекта. Как указывалось в экспертном заключении на законопроект, понятием «материалы» охватываются «в том числе единицы носителей информации (данных, сведений)»[3]. Аналогичная позиция встречается и в литературе – так, В.О. Калятин и Е.А. Войниканис пишут, что термин «материалы» следует понимать как «любой объект, включаемый в базу данных»[4]. Причем названные авторы отмечают, что для целей возникновения прав изготовителя базы данных не имеют значения характеристики материалов, его охраноспособность и пр.

Важно заметить, что обозначенная дискуссия не является чисто теоретической, что доказывает судебная практика последних лет. Достаточно вспомнить нашумевшее дело «ВКонтакте v. *Double Data*»[5], в котором Суд по интеллектуальным правам признал, что пользовательские профили в социальной сети могут являться информационными элементами охраняемой базы данных, если соблюдаются все прочие критерии охраноспособности баз данных, установленные действующим законодательством. Аналогичным образом в деле «Хэдхантер v. Стафори»[6] суды рассматривали вопрос, может ли база данных состоять из информации (в данном случае *«из информации об опыте работы, основном и дополнительном образованиях, ключевых навыках,*

[1] См., например: *Донников Ю.Е.* Правовое регулирование создания и использования баз данных: дис. ... к.ю.н. 2020. С. 22 (URL: http://dis.rgiis.ru/files/dis/d40100102/donnikov/dissertaciya_-_donnikov_yu_e.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

[2] Проект федерального закона № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации».

[3] Экспертное заключение по проекту федерального закона № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 23.04.2018 № 175-2/2018 (СПС «Консультант Плюс»).

[4] *Войниканис Е.А., Калятин В.О.* База данных как объект правового регулирования: учебное пособие для вузов. М.: Статут, 2011. С. 68–74.

[5] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 24.07.2018 № С01-201/2018 по делу № А40-18827/2017.

[6] Дело № 3-91/2018 («Хэдхантер v. Стафори»).

гражданстве, желаемом доходе и другой»)[1], и в результате пришли к положительному решению[2].

Примечательными являются и дела по поводу охраны в качестве баз данных *пользовательских страниц и (или) групп в социальных сетях. Так, в делах* по поводу прав на волонтерскую группу «Мир тесен»[3] *и группу объявлений и новостей* «Тихвинская сорока»[4] судами исследовался вопрос, может ли группа в социальной сети «ВКонтакте» *(или контент такой группы) признаваться базой данных. Суды в обоих случаях пришли к выводу о принципиальной возможности охраны контента группы как нетворческой базы данных (при соблюдении установленных в законе критериев)*.

То есть во всех перечисленных выше делах суды пришли к выводу о том, что состав материалов (информационных единиц) базы данных может трактоваться расширительно и включать в себя самые разнообразные объекты, в том числе данные. Таким образом, судебная практика пошла по пути широкого толкования термина «материалы», включая в его состав практически любые объекты.

Важно отметить и тот момент, что в указанных делах фактически легитимируется *динамический характер* базы данных, т.е. принципиальная возможность базы данных состоять из различных данных и иного контента, постоянно подвергающихся изменениям. В связи с этим надо признать, что в судебной практике статичное понятие «материалы» трансформировалось в некое динамичное и максимально широкое понятие о любых информационных единицах, под которым

---

[1] Решение Московского городского суда от 27.04.2018 по делу № 3-91/2018.

[2] Доказать права на существование такой базы данных истцу удалось на основании договора об отчуждении исключительных прав с авторами базы данных, свидетельства о регистрации в Роспатенте (по отношению к базам данных такая процедура носит не правоустанавливающий, а правоподтверждающий характер), конкретных анкет соискателей, которые были перенесены из одной базы данных в другую, согласий на обработку персональных данных лиц, загружающих свои резюме, а также условий использования базы *HeadHunter*. Впрочем, подтвердить нарушение прав на базу данных истцу не удалось. Несмотря на вывод судов об охраноспособности такой базы данных, не было установлено нарушений ни в виде существенного извлечения (переноса) базы данных и последующего использования (п. 1 ст. 1334 ГК РФ), ни в виде извлечения и использования несущественной части базы данных, если такие действия противоречат нормальному использованию базы данных и ущемляют необоснованным образом законные интересы изготовителя базы данных (п. 3 ст. 1335.1 ГК РФ).

[3] Дело № А56-58781/2016 («Мир тесен» v. «Чемодан добрых дел»).

[4] Дело № 2-6001/2019 («Шиленокова С.А., действующая в интересах средства массовой информации “Тихвинская сорока”, v. Новоявчевой Е.А.»).

понимается, по сути, любая информация, объемы и форма представления которой отвечает установленным в законодательстве критериям.

С одной стороны, такое расширение понятия «база данных» соответствует потребностям современного развития технологий – появления и активного использования во всех сферах общественной жизни таких технологий, как большие данные и машинное обучение, сущностным признаком механизма работы которых является динамика, т.е. извлечение ценности из данных в режиме реального времени[1]. Однако с другой стороны, почти безграничное расширение понятия приводит к определенным последствиям: по всей видимости, уже однозначно можно говорить о том, что в отношении динамических баз данных цель правовой охраны несколько модифицируется. Кроме того, в случае постоянного изменения содержания базы данных оказывается под вопросом возможность индивидуализации такого объекта: правовую охрану фактически получают любые данные, что не вносит определенности в правовой режим как баз данных, так и самих данных, в том числе собираемых и анализируемых с помощью технологий больших данных.

Не меньше вопросов вызывает и тот факт, что зачастую элементами базы данных становятся данные и иной контент, размещенные не только правообладателем, но и третьими лицами (например, пользователями базы). Высказываются опасения, что правовая охрана, предоставляемая базам данных, созданным конкретным изготовителем, не может распространяться на ситуации, когда база данных составляется благодаря действиям третьих лиц, в отсутствие договорных отношений, содержащих однозначные положения о квалификации действий таких лиц по созданию конкретной базы данных.

Изложенное свидетельствует о том, что в отношении понятия базы данных в российском праве ведется множество дискуссий, и это становится камнем преткновения в судебных спорах.

Понятие «базы данных» в праве ЕС

Правовой режим баз данных, сформировавшийся в странах ЕС, предполагает их разделение на творческие, охраняемые как объекты авторского права, и нетворческие. Такое разделение введено Директи-

[1] Подробнее об этом см.: *Рожкова М.А.* Что такое большие данные (*big data*), чем они отличаются от обычных данных и в чем состоит проблема правового регулирования *big data* // Закон.ру. 22.04.2019 (URL: https://zakon.ru/blog/2019/4/22/chto_takoe_bolshie_dannye_big_data_chem_oni_otlichayutsya_ot_oby (дата обращения: 06.07.2020)).

вой 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС «О правовой охране баз данных» от 11.03.1996, которая прежде всего значима тем, что вводит режим *sui generis* для охраны баз данных, изготовление которых требует значительных человеческих, технических и финансовых ресурсов, но не творческого вклада (т.е. по сути нетворческих баз данных).

Как указано в Преамбуле Директивы 96/9/ЕС, введение права *sui generis* направлено на защиту экономических интересов изготовителей нетворческих баз данных: пресечение недобросовестной конкуренции, стимулирование инвестиций в информационный рынок ЕС. Отмечается, что неправомерное извлечение и (или) повторное использование содержания базы данных представляет собой действие, имеющее серьезные экономические и технические последствия.

В отечественной научной литературе подмечено, что европейское право *sui generis* «послужило источником вдохновения для российского законодателя»[1]. Однако нельзя говорить о полном совпадении европейского и российского правовых режимов нетворческих баз данных. Например, можно отметить следующие различия, лежащие на поверхности: в европейском регулировании прямо предусмотрена возможность охранять нецифровые базы данных, которая отсутствует в российском законодательстве. Кроме того, высказывается мнение, что в европейском регулировании сам режим *sui generis* не является полным аналогом режима смежных прав[2], что связано, в частности, с более широкими формулировками (определение базы данных, критериев нарушения) в Директиве 96/9/ЕС, а также сложившимися подходами к пониманию сущности режима *sui generis* в европейской доктрине и судебной практике.

Говоря о понятии «база данных» в Директиве 96/9/ЕС, нужно отметить, что в нем нашел отражение наиболее широкий подход к базе данных как к совокупности данных, независимых произведений или иных материалов. При этом ключевым критерием, который позволяет считать отдельные данные или какие-то иные объекты базой данных, является «*расположение систематическим или методическим способом*». То есть основная ценность базы данных состоит в систематизации данных, что позволяет исключить из понятия «база данных» случайные неструктурированные наборы данных[3]. Такая позиция обосновывается

[1] *Савельев А.И.* Указ. соч.

[2] См., например: *Донников Ю.Е.* Указ. соч. С. 82–85.

[3] *Virtanen P.* Evolution, practice and theory of European database IP law. Lappeenranta: Lappeenrannan. Teknillinen Yliopisto, 2008. P. 116.

ссылками на подготовительные документы, составленные при разработке Директивы 96/9/ЕС, в которых отмечается, что из определения базы данных исключаются «простые хранилища произведений или материалов в электронной форме»[1].

В то же время европейская судебная практика свидетельствует о том, что порог критерия «систематизированности» данных для того, чтобы они составляли базу данных, достаточно низкий. Например, базой данных могут быть признаны списки футбольных команд, которым предстоит сыграть в определенных матчах (дела *Fixtures Marketing Ltd.*)[2], или данные о скачках – названия, места, расстояния, даты скачек, критерии допуска к участию в скачках, информация о заявках для участия в скачках, подлежащий уплате вступительный взнос, окончательный список лошадей и жокеев для каждой конкретной скачки и т.д. (дело *BHB v. William Hill*)[3].

При этом в европейской доктрине признается возможность создания и существования динамических баз данных, хотя и отмечается, что в отношении них особенно проявляются проблемы критериев охраноспособности и «вечной» охраны[4] (в качестве примеров динамических баз данных приводятся вышеупомянутые дела *Fixtures Marketing Ltd* и *BHB v. William Hill*). В частности, в официальной позиции генерального адвоката по делу *Fixtures Marketing Ltd. v. Oy Veikkaus Ab* (C-46/02) прямо отмечается, что как статистические, так и динамические базы данных являются охраноспособными[5]. В самом же решении по этому делу также отражена позиция суда, согласно которой динамичный характер базы данных не препятствует ее охраноспособности при условии соблюдения общих критериев предоставления правовой охраны, установленных Директивой 96/9/ЕС.

---

[1] Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases. COM (92) 24 final, 13 May 1992 (URL: http://aei.pitt.edu/8653/ (дата обращения: 06.07.2020)).

[2] Судебные дела *Fixtures Marketing Ltd v. Svenska AB* (C-338/02), *Fixtures Marketing Ltd v. OPAP* (C-444/02) и *Fixtures Marketing Ltd. v. Oy Veikkaus Ab* (C-46/02).

[3] *The British Horseracing Board Ltd. & Ots v. William Hill Organization Ltd.* (C-203/02) 2004.

[4] См., например: *Colston C.* (2001) Sui Generis database right: ripe for review? Journal of Information, Law and Technology, 2001 (3) (URL: https://strathprints.strath.ac.uk/629/ (дата обращения: 06.07.2020)).

[5] *Opinion of Advocate General Stix-Hackl delivered on 8 June 2004 on the case Fixtures Marketing Ltd. v. Oy Veikkaus Ab* (C-46/02) (URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=8202546C9EB965FFDEE079CF46675335?text=&docid=48764&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11197742 (дата обращения: 06.07.2020)).

В ряде случаев суды полагали возможным говорить о синонимичности терминов «база данных» и «набор данных», признавая динамические наборы данных в качестве баз данных. Так, в деле, рассмотренном в Великобритании в 2019 г. между двумя картографическими (геолокационными) сервисами *77m Ltd.* (небольшой стартап, бизнес-модель которого построена на скрейпинге данных из других геолокационных сервисов) и *Ordnance Survey Ltd.* (сервис британского картографического агентства), в качестве базы данных признали подборки геолокационных и картографических данных, которые предоставлялись рядом геолокационных сервисов[1]. При этом в решении по делу было отмечено, что в данном случае наборы данных и есть базы данных, охраноспособность которых обосновывалась существенными затратами на верификацию данных.

Однако слишком широкий подход к понятию «база данных», а также феномен «вечной охраны» динамических баз данных вызывают критику европейских правоведов. Отмечается, что в результате постоянного изменения состава базы данных (формально каждое изменение может рассматриваться как создание нового производного произведения) срок охраны баз данных становится фактически бесконечным. В связи с этим делается следующий вывод: «Каждое закрепленное право интеллектуальной собственности имеет ограниченный срок действия. Этот срок дает стимул для развития и инновационного подъема, и, как только инвестиции, вложенные в создание объекта, окупаются и установленный срок охраны истекает, созданный объект попадает в общественное достояние»[2]. И на этом основании заключается: «Новая охрана “старых элементов” не способствует дальнейшим инвестициям, а предоставляет правообладателю необоснованное вознаграждение сверх своих первоначальных инвестиций, что приводит к неоправданной монополии»[3]. Этот вывод, кстати, схож с тем, который был сформулирован в знаменитой «битве книготорговцев» (еще на этапе зарождения авторского права в Англии): некоторые компании тогда получили практически монопольное, «вечное» право на печать опре-

[1] *77m Ltd. v. Ordnance Survey Ltd*. [2019] EWHC 3007 (Ch) (8 Nov 2019) (URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=2436B62ACF77B877A838786E91CAF7EA?text=&docid=77503&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2029354 (дата обращения: 06.07.2020)).

[2] *Derclaye E.,* Does the Directive on the Re-use of Public Sector Information affect the State’s database sui-generis right?, Knowledge Rights – Legal, societal and related technological aspects, Austrian Computer Society, 2008. P. 141–142.

[3] Ibid.

деленных произведений, и палата лордов своим решением признала неправомерность «вечного» исключительного права на произведение[1].

Другим проблемным аспектом является то, что в базы данных могут включаться персональные данные третьих лиц. Их включение в базы данных всегда требует наличия соответствующего правового основания, а также соблюдения изготовителем базы данных требований защиты персональных данных, прав субъектов персональных данных. Например, согласно европейскому законодательству о персональных данных субъекты персональных данных наделены правом на перенос данных (англ. *data portability right*), согласно которому субъект персональных данных может потребовать передать его данные третьему лицу[2]. В связи с этим ряд европейских юристов говорит о возможном конфликте правовой охраны баз данных с законодательством о защите персональных данных. Этот вопрос поднимается на уровне Европейской комиссии[3] в рамках последних инициатив о совершенствовании законодательства об охране баз данных (подробнее о них см. далее).

В целом в странах ЕС понятие «база данных» получило однозначно широкую трактовку как в силу заложенного в Директиве 96/9/ЕС определения «база данных», так и благодаря подходам, выработанным судебной практикой. Однако надо иметь в виду, что широкая трактовка «связывается» достаточно жесткими критериями охраноспособности баз данных и их толкования в судебной практике.

Критерии охраноспособности нетворческих баз данных: сравнительно-правовой анализ охраны в странах ЕС и в Российской Федерации

Согласно Директиве 96/9/ЕС ключевой критерий охраноспособности нетворческих баз данных – наличие существенных затрат на их создание. Каких-либо дополнительных пояснений, раскрывающих, что именно является «существенными затратами», не приводится.

[1] *Donaldson v. Becket* (1774) 2 Brown's Parl. Cases (2d ed.) 129, 1 Eng. Rep. 837; 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257; 17 Cobbett's Parl. Hist. 95.

[2] Article 20 of GDPR (URL: https://gdpr-info.eu/art-20-gdpr/ (дата обращения: 06.07.2020)).

[3] *European Commission, Commission Staff Working Document, Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases,* SWD (2018) P. 69 (URL: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=51764 (дата обращения: 06.07.2020)); *Sabine Rijnen. In what way can Article 20 of the General Data Protection Regulation empower data subjects regarding their personal data? Tilburg Institute for Law, Technology and Society*. 18 June 2018 (URL: http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=145758#page16 (дата обращения: 27.05.2020)).

Сложившийся в европейской доктрине и отраженный в практике (в частности, в упомянутых ранее делах *Fixtures Marketing Ltd.*) подход подразумевает, что под «затратами» могут пониматься деньги, время, усилия, энергия[1], поэтому нет оснований для узкого определения термина «затраты». При этом отмечается, что критерий «существенности» имеет достаточно низкий порог, зависящий от количественного (количество элементов, количество потраченных денежных средств или времени) и качественного (например, маркетинговые затраты, затраты на визуализацию и цифровизацию базы данных)[2] факторов. То есть чем больше затрат (как количественных, так и качественных) вложено изготовителем в базу данных, тем больше шансов получить правовую охрану этой базы.

Для охраноспособности базы данных важно, чтобы имелась направленность затрат на изготовление самой базы данных. Под изготовлением понимается не создание как творческий процесс, а поиск (подборка), верификация или расположение элементов базы данных (ст. 7 Директивы 96/9/ЕС). Такой логики придерживался Суд ЕС, в частности, в вышеупомянутых делах *Fixtures Marketing Ltd.*, где была признана принципиальная возможность охраноспособности базы данных в виде подборки списков футбольных команд и информации о матчах. Отказ же в данном случае в правовой защите такой базы данных был обусловлен тем, что не было доказано наличие существенных затрат непосредственно на поиск или верификацию данных. Суд отметил, что затраты в виде 11,5 млн фунтов стерлингов действительно имели место, но они были направлены на проведение игр в целом, а затрат непосредственно на подбор списков команд и иной сопутствующей информации, составляющей базу данных, не имелось.

Схожей логикой руководствовался суд и в деле *BHB v. William Hill o* базе данных в виде подборок данных о скачках. В этом деле Суд ЕС также пришел к выводу, что затраты на подбор лошадей и проведение скачек в целом нельзя считать равнозначными затратам на изготовление базы данных.

Указанные решения Суда ЕС иногда расцениваются в научной литературе как вынесенные в русле так называемой доктрины «побочного продукта» (*"spin-off doctrine"*), в силу которой не получают правовой

[1] *Derclaye E.,* Databases Sui Generis Right: What is a Substantial Investment? A Tentative Definition. International Review of Intellectual Property and Competition Law. 36. (2008).

[2] *Derclaye E.,* Databases Sui Generis Right: What is a Substantial Investment? A Tentative Definition. International Review of Intellectual Property and Competition Law.

охраны действия по созданию и подбору материалов, осуществляемые как неотъемлемая часть коммерческой деятельности компании, в том числе работы по созданию какого-то другого объекта интеллектуальной собственности[1]. Действительно, вышеизложенные дела вполне соответствуют духу указанной доктрины, но нельзя говорить об их полном совпадении. Это связано с тем, что Суд ЕС основывал свою позицию на тексте Директивы 96/9/ЕС и формальных понятиях, которые там заложены (терминах «получение (подбор)», «верификация» или «расположение»), в противовес созданию данных и материалов, которые являются составляющими частями баз данных. С учетом этого ряд авторов, анализируя дела *Fixtures* и дело *BHB v. William Hill*, приходит к выводу, что, напротив, доктрина «побочного продукта» (в том виде, в котором она применялась в Голландии) была отвергнута Судом ЕС и он выработал собственные критерии для оценки охраноспособности нетворческих баз данных[2].

В этом контексте интересно проанализировать дальнейшее развитие подходов отдельных стран ЕС к защите нетворческих баз данных.

Так, в Англии в деле *Football Dataco Ltd. and others v. Stan James plc and others, Sportradar and others [2013] EWCA Civ 27, Court of Appeal, England and Wales* было признано, что база данных, состоящая из данных о футбольных матчах (как забитых голах, так и информации об игроках и статистических данных), в том числе получаемых в режиме реального времени, является охраноспособной базой данных. Несмотря на то что ответчики утверждали, что затраты истца связаны с инвестированием в создание контента, Апелляционный суд Англии назвал такой подход «абсурдным», отметив, что, следуя логике ответчиков, права на базу данных в принципе не могут возникнуть, ведь даже в случае простого ввода ранее существовавших данных можно говорить о создании объекта. В итоге суд пришел к выводу, что в рассматриваемом деле истец надлежащим образом доказал наличие существенных затрат на создание базы данных и, как результат, охраноспособность своей базы данных. Извлечение и использование материалов было признано существенным и, как следствие, нарушающим права истца на базу данных.

[1] Исторически доктрина «побочного продукта» возникла в Нидерландах, в частности, она применяется в следующих судебных делах: *Algemeen Dagblad v. Eureka* (2002), *NV Holdingmaatschappij de Telegraaf v. Nederlandse Omroep Stichting* (2002).

[2] *Aplin T.,* Copyright Law in the Digital Society: The Challenges of Multimedia Hart Publishing 2005. P. 71–73.

Другим успешным делом по защите прав на базу данных в Англии является дело *Technomed Ltd. and Another v. Bluecrest Health Screening Ltd. and Another [2017] EWHC 2142 (Ch),* в котором рассматривалась охраноспособность базы данных компании *Technomed*, а именно: комбинации данных в виде отчетов в формате *.pdf*, файлов *XML*, диаграмм и поясняющих надписей, которые составлялись в облачной телемедицинской системе для ЭКГ-аналитики.

Компания *Technomed*, правообладатель указанной телемедицинской системы, предоставляла права на ее использование компании *Bluecrest*, которая решила прекратить сотрудничество с *Technomed* и заказала другому поставщику воссоздать телемедицинскую систему *Technomed*. В свою очередь компания *Technomed* посчитала, что такие действия *Bluecrest* нарушают авторские права на изображения и поясняющие материалы, а также на базу данных, под которой понимается совокупность *pdf*-файлов, файлов в *XML*-формате и материалов отчета. В качестве доказательств наличия существенных затрат приводились доказательства многократных модификаций данных в составе базы данных (184 зафиксированных модификации наполнения базы данных), наличия классификации данных, создания различных цифровых опций для удобства пользователей. Суд согласился с компанией *Technomed*, признав, что действия *Bluecrest* по воспроизведению базы данных *Technomed* являются нарушением прав на базу данных.

Не менее интересным является испанское дело *Infonis Sl v. Ims Health Tribunal Supremo* от 31.01.2018. В этом деле испанская компания *Infonis*, по ее данным, вложила около 2 700 000 евро в составление базы данных о местах расположения медицинских центров в Испании и подборку информации о них. *Infonis* предоставляла доступ к своей базе данных на коммерческой основе различным компаниям, в том числе и ответчику – компании *IMS Health*. После нескольких лет сотрудничества *IMS Health* вышла из договорных отношений с *Infonis* и создала свой коммерческий продукт – *Sanibricks*, который в том числе содержал данные о местах расположения медицинских центров в Испании по аналогии с базой данных *Infonis*. По итогам рассмотрения дела суды Испании, в том числе Верховный суд, согласились с аргументацией *Infonis* об охраноспособности базы данных и наличием в действиях *IMS Health* нарушения прав *Infonis* (в частности, данные *Sanibricks* содержали те же ошибки, что и в базе данных *Infonis*). По решению суда *IMS Health* должна выплатить *Infonis* убытки в размере 5 млн евро.

Следовательно, в основе охраны нетворческих баз данных в ЕС лежит критерий **«существенных затрат» непосредственно на изготовление базы данных (подборку, верификацию и расположение данных), а не на создание самих данных.**

В этой части положения российского законодательства об охране нетворческих баз данных во многом схожи с европейским регулированием. Однако нельзя говорить о полном совпадении критериев охраноспособности. Так, российское законодательство содержит презумпцию охраноспособности баз данных, которые состоят более чем из 10 тыс. элементов. При этом прямо не проводится разграничение между созданием данных и их подборкой, верификацией. Кроме того, критерий «существенности» затрат упоминается в российском законодательстве, но не раскрывается, что затрудняет его понимание и применение.

Примечательно, что одним из дискуссионных в российской практике остается вопрос о том, есть ли необходимость определять, что затраты понесены в рамках изготовления базы данных, а не создания самих данных или осуществления какой-то иной коммерческой деятельности. Иными словами, нужно ли ориентироваться на доктрину «побочного продукта» и отграничивать поиск данных от создания данных, что наблюдается в европейской практике.

Обозначенный вопрос стал одним из ключевых в рамках известного дела «ВКонтакте v. *Double Data*». Ответчик ссылался в том числе и на то, что база данных «ВКонтакте» – это побочный продукт, доказательств наличия существенных затрат на который истцом не представлено. Между тем суды апелляционной и кассационной инстанций не согласились с данным подходом, отметив, что российский закон не требует исследовать субъективную составляющую намерений изготовителя базы данных, а только лишь любые объективные затраты, которые были понесены на создание базы данных – например, затраты на создание и поддержание инфраструктуры, закупку необходимого оборудования и серверов, затраты на человеческие ресурсы и т.д.[1]

Многие специалисты не соглашаются с таким подходом, говоря о том, что в случае если учитывать вообще любые затраты, связанные с базой данных, будет иметь место нарушение балансов интересов, что повлечет негативные последствия, в том числе возможность неоправ-

[1] Постановления Девятого Арбитражного апелляционного Суда от 06.02.2018 № 09АП-61593/2017-ГК (отменен судом касссацинной инстанции) и Суда по интеллектуальным правам от 24.07.2018 № С01-201/2018 по делу № А40-18827/2017.

данной монополизации данных, входящих в состав нетворческих баз данных, нарушения права на свободу распространения информации[1]. Это будет «особенно ощутимо в ситуации с базами данными из “одного источника” (*sole source*), когда монополия производителя базы данных охватывает также рынок связанных с ней услуг и продуктов»[2]: например, радио- и телевизионные источники, биржевые сводки, расписания авиаперелетов и железнодорожных перевозок.

Изложенное позволяет охарактеризовать подходы российского и европейского законодательства по охране нетворческих баз данных как относительно близкие. Впрочем, как европейский, так и формирующийся в России подход к охране нетворческих баз данных вызывают критику в части сложности применения такого режима к новым технологиям (аналитике больших данных, машинному обучению и т.д.). Отмечается необходимость выработки критериев баланса интересов в части охраны имущественных интересов организаций, работающих с данными, и свободой распространения информации.

Альтернативные подходы к охране нетворческих баз данных

Примечательно, что в мировой перспективе охрана нетворческих баз данных не является общепризнанной, как не разработано и международного соглашения по охране баз данных. Поэтому многие государства не вводят специальную правовую охрану баз данных или же предоставляют им охрану лишь в некоторых случаях, основываясь на совершенно иных критериях и подходах, нежели в России и странах ЕС (например, США, Япония, Китай, Австралия, Сингапур)[3].

В этом контексте интересно проанализировать опыт США. Со времен одного из первых дел по защите прав на нетворческую базу данных (дела *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) о защите прав изготовителя телефонного справочника от копирования конкурентами) в США правовая охрана баз данных строится на положениях, которые заложены в авторском праве. В литературе отмечается, что основной смысл такого подхода состоит в том, чтобы

[1] *Сергеев А.П., Терещенко Т.А.* База данных как объект смежных прав: условия правовой квалификации // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2018. № 8. С. 5–6.

[2] *Войниканис Е.А., Калятин В.О.* Указ. соч.

[3] *Wilks J.* IP Rights in Data Handbook. September 2014 Edition (URL: https://www.dlapiper.com/en/australia/insights/publications/2014/09/ip-rights-in-data-handbook/ (дата обращения: 27.05.2020)).

не допустить ущемление публичных интересов (в частности, право на свободу информации и свободу доступа к информации)[1].

В то же время сказанное не означает, что защитить права на нетворческую базу данных в США в принципе невозможно. До определенной степени правовая охрана баз данных в США основывается на законодательстве о защите конкуренции, а именно: доктрины «неправомерного присвоения» (*misappropriation*[2]) или ее частного случая – доктрины «актуальных новостей» (*hot news*). Прецедентным делом здесь является дело *National Basketball Association v. Motorola*, 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997), в котором ответчик создал сервис, позволяющий клиентам на основе данных *NBA* в режиме реального времени получать информацию о результате и текущем счете игры. Истец утверждал, что такие действия нарушают как авторское право, так и имущественные права *NBA* на игру. В этом деле суд однозначно сказал, что авторское право не охраняет информацию (данные об играх), однако это не означает, что усилия изготовителя вовсе не подлежат охране. Охраняться от несогласованного использования будет информация, которая удовлетворяет следующим критериям:

1) обладателем данных были затрачены существенные усилия для получения этих данных;

2) информация имеет особую ценность именно в настоящий момент (*time sensitive*);

3) ответчик бесплатно воспользовался возможностью получить эти сведения;

4) ответчик является конкурентом истца;

5) появившаяся у других лиц благодаря усилиям истца возможность свободно использовать эти сведения несет риск уменьшить его стимул к производству продукта или услуги, так что его существование или качество материала окажутся под существенной угрозой[3].

Таким образом, в США вырабатывается своеобразный механизм защиты нетворческих баз данных, который хотя и не позволяет говорить о таких базах данных как о самостоятельном охраноспособном объекте, но позволяет защищать усилия на создание баз данных, а так-

[1] *Bastian M.J.* Protection of "Noncreative" Databases: Harmonization of United States, Foreign and International Law, 22 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 425 (1999), P. 430–432.

[2] *Leo J. Raskind.* The Misappropriation Doctrine as a Competitive Norm of Intellectual Property Law, 75 MINN. L. REV. 875, 875 (1991).

[3] *Djavaherian D.* Hot News & No Cold Facts: NBA v. Motorola and the Protection of Database Contents, 5 Rich. J.L. & Tech 8 (1998) (URL: http://scholarship.richmond.edu/jolt/vol5/iss2/5 (дата обращения: 27.05.2020)).

же особо ценные данные от недобросовестной конкуренции. То есть критерии в таком случае также затрагивают непосредственно данные, составляющие базу данных.

Возможность использовать институт пресечения недобросовестной конкуренции для защиты нетворческих баз данных, а также «сырых данных» (*raw data*) реализуется и в некоторых других государствах, где такие объекты не получают специальной правовой охраны. В частности, в судебной практике Китая удалось обнаружить интересное дело – *Shanghai Hantao v. Beijing Baidu*[1], в котором китайской компании *Hantao* удалось доказать неправомерность копирования пользовательских отзывов с ее сайта в различные сервисы поисковой системы *Baidu*. Как отмечается китайскими авторами, в данном деле суд фактически защитил затраты компании на создание базы таких пользовательских отзывов и пресек «безбилетничество»[2].

Примечательно, что законодательство большинства стран ЕС, равно как и законодательство Российской Федерации о защите конкуренции, также позволяет защищать базы данных и составляющие их данные, не являющиеся объектами интеллектуальной собственности, от недобросовестной конкуренции.

Например, защита прав на базу данных с помощью законодательства о защите конкуренции была реализована в деле «Авито v. ЦИАН» (2018)[3]. В данном деле онлайн-классифайд «Авито» обратился в ФАС России с заявлением о недобросовестной конкуренции со стороны компании «ЦИАН», которая с помощью технологий скрапинга переносила материалы (пользовательские объявления) на свой сайт. Рассмотрев данное дело, ФАС России сделал вывод о наличии признаков недобросовестной конкуренции по ст. 14.8 Федерального закона «О защите конкуренции[4]». В отношении «ЦИАН» было вынесено предупреждение о необходимости прекращения указанных действий.

---

[1] Shanghai Intellectual Property Court civil judgment (2016) Hu 73 Min Zhong No. 242 – Shanghai Pudong New District People's Court civil judgment (2015) Pu Min San (Zhi) ChuZi № 528.

[2] *Huang A.* Hantao v. Baidu – 'scraping' third-party information as unfair competition (URL: https://www.hlmediacomms.com/2016/06/30/hantao-v-baidu-scraping-third-party-information-as-unfair-competition/ (дата обращения: 27.05.2020)).

[3] Предупреждение № ИА/9397/18. Предупреждение ФАС России ООО «Айриэлтор» (сайт «ЦИАН») от 13.02.2018 (о защите прав на данные и товарные знаки известного онлайн-классифайда «Авито» от копирования и переноса объявлений на сайт «ЦИАН»).

[4] Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (СПС «КонсультантПлюс»).

В целом же нормы законодательства о защите конкуренции хотя и являются достаточно гибкими, но не могут рассматриваться как полноценная альтернатива правового режима *sui generis* в странах ЕС или смежных прав в Российской Федерации. В связи с этим в странах ЕС набирает популярность предложение о пересмотре Директивы 96/9/ЕС или внесении в нее существенных изменений в целях создания нового имущественного режима в отношении данных, в частности введения так называемого *data producer's right*[1], который позволит предоставлять охрану не столько затратам на систематизацию и структурирование данных, сколько усилиям по созданию (генерации) таких данных, в том числе с помощью машинного обучения, интернета вещей, технологий анализа больших данных.

Так, с 2017 г. в Европейской комиссии рассматривается возможность введения имущественного права *sui generis* для так называемых изготовителей данных[2]. Эта инициатива является одной из нескольких инициатив по выработке правового режима данных в ЕС. Основной особенностью предлагаемого правового режима является направленность на охрану именно неперсональных данных, в частности технических данных, которые собираются и генерируются в рамках использования технологий больших данных и машинного обучения. То есть речь идет об охране самих данных, усилий по получению и сбору таких данных, а не затрат на систематизацию и структурирование уже имеющихся данных, как это закрепляется Директивой 96/9/ЕС.

Однако в обоснование необходимости введения такого права европейские исследователи говорят не столько о потребности в предоставлении правовой охраны непосредственно данным, сколько о неэффективности режима правовой охраны баз данных в том виде, в котором

[1] *Sophie Stalla-Bourdillon, Alison Knight, Eleonora Rosati, Elena Simperl, Johanna Walker.* Position paper on the proposal for a new right in non-personal data – European Commission. April. 2017 (URL: https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-30/consultation_data_eco-knight_65284C58-BC45-BD3E-6F27AD94A35F71EC_46162.pdf (дата обращения: 27.05.2020)); *Christophe Geiger.* Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK. 2020. P. 389–391; *Peter K. Yu.* Data Producer's Right and the Protection of Machine-Generated Data, 93 Tul. L. Rev. 859 (2019) (URL: https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/1318 (дата обращения: 27.05.2020)).

[2] Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy (2017) (URL: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-free-flow-data-and-emerging-issues-european-data-economy (дата обращения: 06.07.2020)).

она закреплена в Директиве 96/9/ЕС[1]. Так, в докладе Европейского парламента о едином цифровом рынке 2016 г., в котором предлагалось отменить Директиву 96/9/ЕС и вместо нее создать новое имущественное право на данные[2], указывалось на то, что эта Директива не смогла достичь целей, которые ставились при ее принятии: поддержка инвестиций в рынок баз данных ЕС, повышения конкурентоспособности рынков баз данных ЕС, усиление доступности данных, гармонизация законодательства ЕС[3].

Однако выработка такого нового режима как минимум сопряжена с существенными практическими проблемами, в частности с обоснованиями предоставления монополии на данные, выработки критериев охраноспособности самих данных и нарушения прав изготовителя данных, разрешения проблемы с соотношением персональных и неперсональных данных. Кроме того, как справедливо отмечается в научной литературе, инициативы по созданию нового имущественного права для данных не находятся в прямой зависимости от правового режима баз данных (базы данных не предоставляют охраны непосредственно данным), а также не дают ответа на вопрос, каким образом новое право изготовителя данных достигнет заявленных целей (в частности, повышения конкурентоспособности рынков баз данных ЕС, повышения доступности данных и обеспечения гармонизированного правового режима)[4].

Вследствие сказанного есть определенные сомнения в том, что предлагаемые инициативы в части правовой охраны данных станут действительной альтернативой правовому режиму нетворческих баз данных. Их реализация сама по себе не является полноценной альтернативой правовой охраны баз данных как затрат на структурирование, систематизацию и верификацию данных и других элементов, которые могут составлять базу данных.

---

[1] Ibid.; European Parliament resolution of 19 January 2016 on Towards a Digital Single Market Act (2015/2147(INI) (URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0009_EN.html (дата обращения: 06.07.2020)); *Susy Frankel, Daniel Gervais.* The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property. 2016 Kluwer Law International BV, The Netherlands (URL: https://www.ivir.nl/publicaties/download/Chapter9_ILS37.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

[2] European Parliament resolution of 19 January 2016 on Towards a Digital Single Market Act., 108. Ibid.

[3] Staff Working Document on the free flow. Ibid.

[4] См., например: *Julia Reda.* Learning from Past Mistakes: Similarities in the European Commission's Justifications of the Sui Generis Database Right and the Data Producers' Right (URL: https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2019/09/Reda2017_database_directive.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

Выводы

Подводя итоги, можно сказать о том, что вопрос об охраноспособности нетворческих баз данных в условиях цифровизации является достаточно сложным как в России, так и в других государствах. В мировой практике используются различные подходы и правовые механизмы для нахождения баланса между интересами изготовителей базы данных и свободой распространения информации, а также в целях недопущения монополизации информации и в то же время обеспечения поддержки инвестиций в создание баз данных и развития технологий. Наиболее близок для России подход стран ЕС, где установлены схожий правовой режим и критерии охраноспособности нетворческих баз данных (нетворческие усилия и затраты, направленные на создание базы данных). В то же время последние тенденции российской судебной практики показывают сложность применения европейских критериев охраноспособности нетворческих баз данных, поскольку на практике пока так и не сложился единый подход к оценке направленности усилий на создание именно базы данных. Исходя из этого и с учетом достаточно гибких и широких критериев охраноспособности баз данных в законодательстве Российской Федерации и формирующейся судебной практики, было бы правильным обеспечить выработку наиболее оптимальных критериев правовой охраны баз данных на уровне высших судов.

Пристатейный библиографический список

1. *Войниканис Е.А., Калятин В.О.* База данных как объект правового регулирования: учеб. пособие для вузов. М.: Статут, 2011. С. 68–74.

2. *Ворожевич А.С.* Границы смежных прав // ИС. Авторское право и смежные права. 2019. № 11. С. 29–42.

3. *Донников Ю.Е.* Правовое регулирование создания и использования баз данных: дис. ... к.ю.н. РГАИС, 2020 (URL: http://dis.rgiis.ru/files/dis/d40100102/donnikov/dissertaciya_-_donnikov_yu_e.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

4. *Донников Е.Ю.* О содержании понятий «нормальное использование» и «неущемление законных интересов изготовителя базы данных» // Патенты и Лицензии. 2020. № 6. С. 33–41.

5. *Кумскова И.А.* Базы данных: учебник. 3-е изд., перераб. М.: Кнорус, 2018 (URL: https://cdn1.ozone.ru/multimedia/1019240800.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

6. *Рожкова М.А.* Имущественные права на новые нематериальные объекты в системе абсолютных прав // Право цифровой экономики – 2020 (16): Ежегодник-антология / Рук. и науч. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2020.

7. *Рожкова М.А.* Наборы данных, массивы данных, банки данных, базы данных – что это такое и как их различать? // Закон.ру. 06.07.2020 (URL: https://zakon.ru/blog/2020/7/6/nabory_dannyh_massivy_dannyh_banki_dannyh_bazy_dannyh__cht (дата обращения: 06.07.2020)).

8. *Рожкова М.А.* Что такое большие данные (big data), чем они отличаются от обычных данных и в чем состоит проблема правового регулирования big data // Закон.ру. 22.04.2019 (URL: https://zakon.ru/blog/2019/4/22/chto_takoe_bolshie_dannye_big_data_chem_oni_otlichayutsya_ot_oby (дата обращения: 06.07.2020)).

9. *Савельев А.И.* Гражданско-правовые аспекты регулирования оборота данных в условиях попыток формирования цифровой экономики // Вестник гражданского права. 2020. № 1. С. 60–92.

10. *Сергеев А.П., Терещенко Т.А.* База данных как объект смежных прав: условия правовой квалификации // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2018. № 8. С. 2–14.

11. *Якушев М.В.* «Цифровая трансформация в праве: новые подходы в регулировании данных»: устный доклад в рамках VIII Международной научно-практической конференции «Право в цифровую эпоху». 2018 (URL: https://pravo.hse.ru/mirror/pubs/share/direct/228383369 (дата обращения: 06.07.2020)).

12. *Aplin T.* Copyright Law in the Digital Society: The Challenges of Multimedia Hart Publishing 2005. P. 71–73.

13. *Bastian M.J.* Protection of "Noncreative" Databases: Harmonization of United States, Foreign and International Law, 22 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 425 (1999), P. 430–432.

14. *Colston C.* (2001) Sui Generis database right: ripe for review? Journal of Information, Law and Technology, 2001 (3) (URL: https://strathprints.strath.ac.uk/629/ (дата обращения: 06.07.2020)).

15. *Christophe Geiger.* Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK. 2020. P. 389–391.

16. *Christian Geib*. From infringement to exception: why the rules on data mining in Europe need to change. CREATe Working Paper 2016/07 (June 2016) (URL: https://www.create.ac.uk/blog/2016/06/28/from-infringement-to-exception-why-the-rules-on-data-mining-in-europe-need-to-change/ (дата обращения: 06.07.2020)).

17. *Derclaye E.* Databases Sui Generis Right: What is a Substantial Investment? A Tentative Definition. International Review of Intellectual Property and Competition Law. 36. (2008).

18. *Determann Lothar.* No One Owns Data (February 14, 2018). UC Hastings Research Paper № 265 (URL: https://ssrn.com/abstract=3123957 (дата обращения: 06.07.2020)).

19. *Djavaherian D.* Hot News & No Cold Facts: NBA v. Motorola and the Protection of Database Contents, 5 Rich. J.L. & Tech 8 (1998) (URL: http://scholarship.richmond.edu/jolt/vol5/iss2/5 (дата обращения: 27.05.2020)).

20. European Commission, Commission Staff Working Document, Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, SWD (2018) P. 69 (URL: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=51764 (дата обращения: 27.05.2020)).

21. *Sabine Rijnen.* In what way can Article 20 of the General Data Protection Regulation empower data subjects regarding their personal data? Tilburg Institute for Law, Technology and Society – June 18, 2018 (URL: http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=145758#page16 (дата обращения: 27.05.2020)).

22. *Julia Reda.* Learning from Past Mistakes: Similarities in the European Commission's Justifications of the Sui Generis Database Right and the Data Producers' Right (URL: https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2019/09/Reda2017_database_directive.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

23. *Huang A.* Hantao v. Baidu – 'scraping' third-party information as unfair competition (URL: https://www.hlmediacomms.com/2016/06/30/hantao-v-baidu-scraping-third-party-information-as-unfair-competition/ (дата обращения: 27.05.2020)).

24. *Lehtioksa J.* Big Data as an Essential Facility: the Possible Implications for Data Privacy (URL: https://www.paulo.fi/sites/default/files/inline-files/Lehtioksa%20Jere_pro%20gradu.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

25. *Leo J. Raskind*. The Misappropriation Doctrine as a Competitive Norm ofIntellectual Property Law, 75 MINN. L. REV. 875, 875 (1991).

26. *Sophie Stalla-Bourdillon, Alison Knight, Eleonora Rosati, Elena Simperl, Johanna Walker.* Position paper on the proposal for a new right in non-personal data – European Commission. April. 2017 (URL: https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-30/consultation_data_eco-knight_65284C58-BC45-BD3E-6F27AD94A35F71EC_46162.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

27. *Peter K. Yu*. Data Producer's Right and the Protection of Machine-Generated Data, 93 Tul. L. Rev. 859 (2019) (URL: https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/1318 (дата обращения: 27.05.2020)).

28. *Rachel Montagnon and Mark Shillito.* Rights in databases: success at last (URL: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-520-0284?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true (дата обращения: 06.07.2020)).

29. *Ray R. Larson.* Database management: Introduction to Terms and Concepts. University of California, Berkley. School of Information Management and Systems. 31 October 2000.

30. *Samuel E.* Trosow Sui Generis Database Legislation: A Critical Analysis. Yale J.L. & Tech. 534 (URL: https://yjolt.org/sites/default/files/trosow-7-yjolt-534.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

31. *Sabine Rijnen.* In what way can Article 20 of the General Data Protection Regulation empower data subjects regarding their personal data? Tilburg Institute for Law, Technology and Society, 18 June 2018 (URL: http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=145758#page16 (дата обращения: 06.07.2020)).

32. *Sophie Stalla-Bourdillon, Alison Knight, Eleonora Rosati, Elena Simperl, Johanna Walker.* Position paper on the proposal for a new right in non-personal data – European Commission. April. 2017 (URL: https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-30/consultation_data_eco-knight_65284C58-BC45-BD3E-6F27AD94A35F71EC_46162.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

33. *Susy Frankel, Daniel Gervais.* The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property. 2016 Kluwer Law International BV, The Netherlands (URL: https://www.ivir.nl/publicaties/download/Chapter9_ILS37.pdf (дата обращения: 06.07.2020)).

34. *Virtanen P.* Evolution, practice and theory of European database IP law. Lappeenranta: Lappeenrannan. Teknillinen Yliopisto, 2008.

35. *Wilks J.* IP Rights in Data Handbook. September 2014 Edition (URL: https://www.dlapiper.com/en/australia/insights/publications/2014/09/ip-rights-in-data-handbook/ (дата обращения: 06.07.2020)).

М.Ю. Козлова,
Д.В. Кожемякин,
О.А. Сергачева

ЗАЩИТА КОНКУРЕНЦИИ В УСЛОВИЯХ ВНЕДРЕНИЯ ЦИФРОВЫХ ТЕХНОЛОГИЙ

Аннотация. *В статье представлен анализ вызовов, стоящих перед антимонопольным регулированием в условиях широкого распространения и развития технологий обработки больших массивов данных. Авторы исследуют влияние на конкурентную среду цифровых платформ и алгоритмов ценообразования, практику их применения для целей монополизации рынка и возможности противодействия данной практике с точки зрения антимонопольного законодательства*.

Ключевые слова: *конкуренция на цифровых рынках, цифровые платформы, антимонопольные иммунитеты, цифровые картели, алгоритмизация ценообразования*.

Введение

В Стратегии развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период до 2030 года[1] (утв. протоколом Президиума ФАС России от 03.07.2019 № 6) отмечается, что в условиях изменения структуры современных рынков и нарастающего на них влияния технологий (в первую очередь цифровых технологий), информации, цифровых и информационных платформ, интеллектуальной собственности необходимо обеспечить развитие конкуренции с учетом современных вызовов.

Реализация этой задачи неизбежно приводит к необходимости обеспечения и защиты конкуренции на цифровых рынках, обладающих рядом специфических черт по сравнению с традиционными. Так, определяющим фактором в данной сфере является выстраивание рынка вокруг конкуренции цифровых платформ, формирующих инфраструктуру для оказания услуг и продажи товаров.

[1] Документ не был опубликован (СПС «КонсультантПлюс»).

Европейская комиссия определяет цифровую онлайн-платформу как «предприятие, действующее на двухсторонних (или многосторонних) рынках, которое использует Интернет для обеспечения взаимодействия между двумя или более отдельными, но взаимозависимыми группами пользователей в целях создания стоимости по крайней мере для одной из этих групп»[1]. Особенностью функционирования таких платформ является применение алгоритмов для обработки большого числа аккумулируемых в них данных с целью координации деятельности пользователей данной платформы, регулирования их поведения, формирования ценовой политики.

В настоящее время применение бизнес-модели на основе цифровых платформ выходит за рамки оказания услуг и продажи товаров в сети Интернет, как это было еще недавно. Традиционные офлайн-сервисы, такие как пассажирские и грузоперевозки, как оказалось, также могут управляться на основе платформенных решений и применения алгоритмов. При этом Интернет здесь выступает уже не как среда оказания услуг, как в случае, например, с цифровым контентом, но лишь как необходимый технологический элемент функционирования платформы.

Таким образом, платформенные решения и применяемые ими технологии алгоритмизации получают распространение и за пределами собственно цифровых рынков, влияя на конкуренцию на рынках традиционных. Применение же алгоритмизации бизнес-процессов создает новые возможности для координации деятельности хозяйствующих субъектов, а значит, и новые пути для монополизации. Так, Организация экономического сотрудничества и развития[2] отмечает, что одним из ключевых вызовов для конкурентной политики, связанных с распространением цифровых данных, является использование цифровых алгоритмов (формализованных компьютерных процедур) и создание картелей с их применением.

Далее мы остановимся на анализе практики применения цифровых платформ и алгоритмов для целей монополизации рынка и возможности противодействия им с точки зрения антимонопольного законодательства.

---

[1] *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy* (URL: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud (дата обращения: 20.08.2020)).

[2] *Дои К.* Обсуждение в ОЭСР проблем распространения цифровых технологий // ОЭСР. Информационный бюллетень. 2018. № 11. С. 13–19.

1. Цифровые платформы и их влияние на конкуренцию

Проблематика цифровых платформ в конкурентной практике широко известна и довольно подробно изучена. В основе нее лежит эффект контроля правообладателя платформы над рынками товаров и услуг за счет того, что цифровая платформа является точкой входа на эти рынки как для потребителей, так и для поставщиков. При этом сама платформа является коммуникативным сервисом, позволяющим потребителю найти поставщика, и наоборот, правообладатель платформы контролирует не только рынок собственных услуг, но и все прочие рынки, где коммуникация между контрагентами происходит за счет использования платформы[1].

Конечно, такого рода контроль становится достижимым только в случае отсутствия достаточно большого числа конкурирующих на рынке платформ и концентрации подавляющего количества потребителей и поставщиков вокруг платформы-монополиста. Однако именно такая ситуация и складывается на большинстве цифровых рынков.

Появлению платформ-монополистов способствуют два фактора. Первый связан с тем, что разработка, внедрение и продвижение цифровых платформ требуют значительных экономических и организационных ресурсов, которые, как правило, отсутствуют у молодых технологических компаний, но зато с избытком имеются у технологических гигантов. Таким образом, появлению большого числа конкурирующих цифровых платформ препятствует высокая цена входа на рынок оказываемых ими услуг. Ситуация усугубляется также тем, что значительное число услуг, оказываемых правообладателем платформы, предоставляется бесплатно, что исключает возможность быстрой окупаемости вложений.

Второй фактор, препятствующий появлению большого числа платформ, это так называемые сетевые эффекты. Будучи коммуникативным сервисом, обеспечивающим связь контрагентов на рынке, цифровые платформы приобретают ценность и значение только в том случае, если у них имеется значительное число пользователей. При этом чем больше у платформы пользователей, тем ценнее она становится для них и тем больше она привлекает новой аудитории. Естественно, что

[1] *Иванов А.Ю., Доценко А.И.* Антимонопольное регулирование, цифровые платформы и инновации: Дело Google и выработка подходов к защите конкуренции в цифровой среде // Закон. 2016. № 3. С. 38.

преимуществами сетевого эффекта скорее могут воспользоваться те участники рынка, которые уже имеют лояльную аудиторию, использующую другие их продукты, нежели новые участники рынка.

Сетевой эффект усиливается также за счет препятствий для ухода с платформы. Такие препятствия, как правило, связаны с привыканием пользователя к определенным интерфейсам и возможностям и, соответственно, с необходимостью осваивать инструменты, предоставляемые конкурирующей платформой.

Таким образом, появление и доминирование на цифровых рынках небольшого числа цифровых платформ можно считать естественным следствием процесса их разработки и функционирования.

Между тем естественность небольшого числа цифровых платформ не означает, что антимонопольные органы должны устраниться от контроля над конкуренцией данных платформ друг с другом и их влиянием на связанные рынки. Так, доминирующее положение какой-либо цифровой платформы может приводить к введению неоправданно завышенных комиссий за пользование платформой для поставщиков товаров и услуг. Высокие комиссии на цифровых платформах в сочетании с ценовым регулированием со стороны платформы могут приводить к снижению качества или безопасности услуг, ухудшению условий труда работников в определенных отраслях экономики, как это, например, происходит сейчас на рынке услуг таксомоторных перевозок.

Рыночное влияние цифровых платформ также может обернуться поглощением и вытеснением независимых поставщиков, введением для них дискриминационных условий пользования платформой. Предоставляя поставщикам инструмент для продажи и оказания услуг, владельцы платформ, накопив достаточно данных, могут впоследствии расширить сферу бизнеса и начать уже напрямую конкурировать с поставщиками, использующими платформу, вытесняя их с рынка. Так, *Amazon*, изначально продавая книги, впоследствии стал продавать музыку, аудиокниги и другие товары, конкурируя с поставщиками на своей платформе.

В августе 2020 г. ФАС России рассмотрела дело по жалобе АО «Лаборатория Касперского» на *Apple Inc.* в связи со злоупотреблением доминирующим положением на рынке мобильных устройств под управлением операционной системы *iOS*. Так, *Apple Inc.* вынудила *Kaspersky* существенно ухудшить функциональность мобильного приложения для родительского контроля *Kaspersky Safe Kids* с целью продвижения собственного аналогичного (конкурирующего) приложения

«Экранное время». Комиссия ФАС России признала злоупотреблением доминирующим положением по смыслу ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) действия *Apple Inc.* по установлению условий допуска разработчиков B2C-приложений в магазин *App Store*, позволяющих правообладателю отклонить или не допустить любое приложение стороннего разработчика по любой причине. Также злоупотреблением доминирующим положением была признана совокупность действий *Apple* нормативного и поведенческого характера, приведших к существенному ухудшению функциональности приложений родительского контроля сторонних разработчиков[1].

Одним из эффективных инструментов поддержания конкурентной среды на цифровых рынках является недопущение объединения цифровых платформ посредством предварительного контроля слияний и поглощений[2].

В качестве успешного применения данного инструмента можно привести отказ ФАС России согласовать соглашение о совместной деятельности между группами компаний, владеющих агрегаторами такси «Яндекс.Такси» и «Везет»[3]. В результате проведенного антимонопольным органом анализа установлено, что в случае осуществления данной сделки доля компаний на рынке увеличится до 70% в географических границах Российской Федерации, свыше 80% в географических границах девятнадцати субъектов Российской Федерации и свыше 50% в географических границах тридцати двух субъектов Российской Федерации.

Между тем приведенные выше примеры успешной реакции антимонопольного органа и предотвращения монополизации рынка при помощи цифровых платформ – скорее исключение, нежели правило.

Так, Тим У утверждает, что антимонопольное законодательство само по себе не подходит для регулирования информационной отрасли,

[1] Решение № АД/74808-ДСП/20 от 28.08.2020 // База решений ФАС (URL: https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/b70e9d96-8d39-46f5-9d7d-342da95b354b/?query=App%20Store (дата обращения: 10.09.2020)).

[2] Вопросы конкуренции в цифровой экономике (TD/B/C.I/CLP/54) // Материалы Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию. Женева, 10–12 июля 2019 г. (URL: https://undocs.org/ru/TD/B/C.I/CLP/54 (дата обращения: 10.09.2020)).

[3] Решение ФАС России № ИА/49910/20 от 11.06.2020 // База решений ФАС (URL: https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/2b16e00b-8fd3-4df7-a551-a46d814248ee/ (дата обращения: 10.09.2020)).

поскольку его применение ограничено случаями манипулирования потребительскими ценами или другими, не прямо поименованными видами злоупотреблений, которые, однако, необязательно характерны для деятельности компаний, владеющих цифровыми платформами[1].

А.Ю. Иванов и А.В. Доценко отмечают, что экономическая концентрация и усиление рыночной власти цифровых платформ связаны главным образом со сбором и концентрацией значительного числа информации о пользователях. Однако традиционные подходы антимонопольного регулирования не рассматривают такую информацию как актив и ориентируются главным образом на цены, что с учетом бесплатности многих услуг со стороны платформ является бессмысленным[2].

Необходимо отметить, что применение положений конкурентного законодательства к деятельности субъектов, связанной с использованием платформенных решений и технологий обработки данных, до определенной степени лимитировано из-за существования антимонопольных иммунитетов.

Под антимонопольными иммунитетами понимают установленные законом исключения в отношении запретов злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений для случаев осуществления интеллектуальных прав.

Так, в соответствии с ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции запреты, установленные данными статьями, не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации.

Принимая во внимание, что основным активом на цифровых рынках являются как раз объекты интеллектуальных прав, и в особенности программы для ЭВМ, а отношения опосредуются через заключение лицензионных договоров, наличие антимонопольных иммунитетов сильно сужает возможности ФАС России по контролю над цифровыми платформами[3].

Так, например, в деле № 1-10-42/00-11-18 ФАС России отказала в признании злоупотреблением доминирующим положением в виде установления монопольно высокой цены действий АО «ТЦИ» и АНО

---

[1] *Wu T.* The master switch: The rise and fall of information empires. Vintage, 2010.

[2] *Иванов А.Ю., Доценко А.И.* Указ. соч. С. 38.

[3] См., например: *Ворожевич А.С.* Антимонопольный иммунитет для интеллектуальной собственности в России при построении цифровой экономики: отменить или сохранить? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. №. 19. С. 55–71.

«КЦ» по немотивированному повышению стоимости регистрации, продления и передачи поддержки доменных имен в зонах .RU и .РФ с 70 (семидесяти) до 120 (ста двадцати) руб. Антимонопольным органом установлено, что увеличение стоимости услуг АО «ТЦИ» было связано с действиями АНО «КЦ» по увеличению для АО «ТЦИ» размера лицензионных отчислений по договору № 03/12-ТЦИ за использование результатов интеллектуальной деятельности (база данных «Главный реестр доменных имен домена .RU» и база данных «Главный реестр доменных имен домена .РФ»). При этом на такие действия, согласно положениям ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции, положения о запрете злоупотребления доминирующим положением не распространяются[1].

Наличие в конкурентном законодательстве антимонопольных иммунитетов, как правило, объясняется природой интеллектуальной собственности как легально установленной монополии. Так, в Определении от 22.04.2004 № 171-О КС РФ указал, что исключительное право является легальной монополией правообладателя в отношении принадлежащего ему объекта интеллектуальных прав[2]. Между тем такая характеристика исключительного права сама по себе не предопределяет невозможность применения к отношениям по осуществлению исключительных прав антимонопольного законодательства. Так, в Постановлении от 13.02.2018 № 8-П КС РФ отметил, что действующие в антимонопольном праве иммунитеты «не могут интерпретироваться и применяться как полностью выводящие коллизию интересов правообладателей товарных знаков и иных участников правоотношений по поводу товаров, на которых размещены соответствующие товарные знаки, и связанную с этим возможность оценки поведения сторон как недобросовестного из-под действия механизмов обеспечения баланса конституционно значимых ценностей»[3].

Несмотря на то что приведенный выше вывод КС РФ был сделан для товарных знаков, не существует каких-либо препятствий для его распространения и на иные объекты интеллектуальных прав, в том числе программы для ЭВМ и базы данных.

---

[1] Решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-114041/19 // Картотека арбитражных дел (URL: https://kad.arbitr.ru/ (дата обращения: 08.09.2020)).

[2] Определение КС РФ от 22.04.2004 № 171-О // Официальный сайт КС РФ (URL: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision32822.pdf (дата обращения: 08.09.2020)).

[3] Постановление КС РФ от 13.02.2018 № 8-П по делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «ПАГ» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2018. № 3.

В свою очередь снятие антимонопольных иммунитетов могло бы быть использовано для пресечения недобросовестных лицензионных практик – таких, как:

– отказ в заключении лицензионного договора с некоторыми покупателями в отсутствие экономических и (или) технологических причин;

– установление монопольно высокой цены на предоставление права использовать объект интеллектуальных прав;

– установление различных сумм вознаграждения за использование объектов интеллектуальных прав при прочих равных условиях;

– предоставление права на использование объекта интеллектуальных прав в совокупности с другими объектами (например, «пакетное» лицензирование).

2. Формализованные компьютерные процедуры и тайный сговор

Применение алгоритмов для сбора и анализа данных может использоваться не только для создания цифровых платформ и монополизации при помощи них цифровых рынков, но и для координации деятельности хозяйствующих субъектов как на цифровых, так и на традиционных рынках. Так, алгоритмизация может быть использована для выяснения уровня цен, выявления спроса. Этот процесс облегчает сговор, создание картелей. Для антимонопольных органов существует проблема выявления, а также установления ответственности за использование алгоритмов.

«Алгоритм» можно определить как способ (программу) решения вычислительных и других задач, точно предписывающий, как и в какой последовательности получить результат, однозначно определяемый исходными данными[1]. Данный термин используется различными науками, а в цифровую эпоху приобрел особый смысл для бизнес-процессов, а также для отношений по защите конкуренции.

Ценовой алгоритм – программный продукт, используемый для определения цен на товары, с использованием которого осуществляется расчет и (или) установление и (или) мониторинг цен, исходя из параметров, определяемых пользователем алгоритма[2].

[1] Большой энциклопедический словарь: [в 2 т.] / гл. ред. А.М. Прохоров. М.: Советская энциклопедия, 1991.

[2] Рекомендации Экспертного совета при ФАС России по развитию конкуренции в области информационных технологий и Экспертного совета при ФАС России по развитию конкуренции в сфере розничной торговли «О практиках в сфере использова-

Под ценовым алгоритмом ФАС России понимает программное обеспечение (программу для ЭВМ, совокупность таких программ или программно-аппаратных средств), доступ к которому обеспечивается путем его установки на ЭВМ пользователя или посредством информационно-телекоммуникационной сети Интернет, предназначенное в соответствии с заданными параметрами для мониторинга цен на товарном рынке, расчета цен на товары, установления цен на товары и (или) контроля цен на товары[1].

В проводимых в последние годы исследованиях делается акцент на необходимости всестороннего анализа механизмов ценообразования в цифровую эпоху, поскольку рассматриваемая сфера носит ярко выраженный междисциплинарный характер (экономика, юриспруденция, информатика, деонтология и т.д.).

Если вкратце остановиться на феномене ценообразования и поведения в связи с этим хозяйствующих субъектов на товарных рынках, то следует отметить, что, как правило, в литературе выделяют три основных вида ценообразования. Так, в исследовании П. Зееле, К. Диркмайера, Р. Хофштеттера и М. Шульца[2] исследуются:

1) динамическое ценообразование (*Dynamic pricing*) – ценообразование в режиме реального времени, когда происходит реагирование на складывающуюся рыночную ситуацию с неопределенным спросом;

2) персонализированное ценообразование (*Personalized pricing*) – ценообразование, называемое также ценовой дискриминацией первой степени, когда цена варьируется в зависимости от личности потребителя;

3) алгоритмическое ценообразование (*Algorithmic pricing*) – фактически результат стремительной цифровизации, сочетающий в себе черты как динамического, так и персонализированного ценообразования, при этом его основной чертой является то, что он базируется на алгоритмах как ключевых компонентах цифровизации.

Именно последствия применения хозяйствующими субъектами механизмов алгоритмического ценообразования представляют наибольший интерес для нас в рамках настоящего исследования.

ния информационных технологий в торговле, в том числе связанных с использованием ценовых алгоритмов» // Официальный сайт ФАС России (URL: https://fas.gov.ru/documents/684828 (дата обращения: 10.09.2020)).

[1] Постановление ФАС России от 21.06.2018 по делу № 4-14.32-340/00-22-18 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] *Seele P. et al.* Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing // Journal of Business Ethics. 2019. Pp. 1–23 (DOI: https://doi.org/10.1007/s10551-019-04371-w (дата обращения: 20.08.2020)).

Многие компании используют потенциал алгоритмизации в своем бизнесе, основываясь на анализе большого объема данных. Алгоритмы ценообразования доминируют в онлайн-продажах товаров для оптимизации цены на основе имеющихся запасов и ожидаемого спроса и широко используются при бронировании отелей и путешествий, розничной торговле, спорте и развлечениях[1].

Бизнес на основе алгоритмов включает в себя прогнозирование спроса, изменения цен, поведения и предпочтений клиентов, оценки рисков и предположений о потрясениях, которые могут повлиять на рыночную среду. Также прогнозирование может использоваться для оптимизации процесса принятия решений, разработки новых услуг.

Кроме того, алгоритмы могут быть использованы для оптимизации бизнес-процессов за счет сокращения издержек, сегментации потребителей, установления оптимальных цен[2].

Использование алгоритмов дает несомненное конкурентное преимущество в бизнесе, однако может ограничивать конкуренцию.

Как отмечается в научной литературе, ценовые решения все чаще находятся «в руках» искусственных алгоритмов. Ученые и антимонопольные органы выражают обеспокоенность по поводу того, что эти алгоритмы способны более эффективно обеспечивать результаты сговора, чем люди, принимающие решения[3].

Одним из первых дел, в котором был выявлен картельный сговор с использованием алгоритмов, было дело, расследуемое Министерством юстиции США, о сговоре с целью установления цен на постеры, продаваемые через *Amazon Marketplace*. Участниками картеля было достигнуто соглашение относительно цен на определенные постеры и использовалось программное обеспечение, которое устанавливало цены в соответствии с этим соглашением[4]. Хотя есть и примеры ис-

---

[1] *Ezrachi A., Stucke M.E.* Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition // U. Ill. L. Rev. 2017. Pp. 1780.

[2] *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age* // Официальный сайт. OECD (URL: www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm (дата обращения: 18.08.2020)).

[3] *Calvano E. et al.* Algorithmic pricing what implications for competition policy? // Review of industrial organization. 2019. Т. 55. №. 1. Pp. 155–171 (DOI: https://doi.org/10.1007/s11151-019-09689-3 (дата обращения: 20.08.2020)).

[4] Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace // Prosecution Department of Justice. Office of Public Affairs. 2015 (URL: https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace (дата обращения: 18.08.2020)).

пользования алгоритмов для сговора в «доцифровую» эпоху – это, например, дело о сговоре ведущих авиакомпаний США о тарифах на авиабилеты с использованием базы данных Компании по публикации тарифов авиакомпаний (ATPCO). Дело не было рассмотрено в суде, Министерство юстиции США, которое проводило расследование, заключило мировое соглашение с авиакомпаниями[1]. При этом подчеркивается, что влияние алгоритмов ценообразования оценивается в научной литературе неоднозначно. Выделяются две группы взглядов: приверженцы наиболее оптимистичных утверждают, что влияние алгоритмов ценообразования на рост числа картельных сговоров преувеличено и человеческий фактор влияет на количество картелей в большей степени. Однако представители иных, пессимистичных взглядов утверждают, что антиконкурентный потенциал алгоритмов ценообразования еще не полностью реализован, но будет, поскольку алгоритмы ценообразования пока находятся в начальной стадии развития, а антимонопольные органы пока не в силах противодействовать недобросовестному использованию подобного рода цифровых инструментов, поскольку не имеет необходимого уровня технического оснащения[2].

3. Защита от цифровых картелей в практике органов по защите конкуренции

Американские исследователи *Ezrachi* и *Stucke* выделяют четыре основных категории картелей, которые возможны с использованием алгоритмов – *Messenger* (картель с использованием программ обмена сообщениями), *Hub and Spoke* (разветвленный картель), *Predictable Agent* (предсказуемый агент) и *Digital Eye* («цифровой глаз»).

Первая категория картельных соглашений основана на применении программы обмена сообщениями – достигается картельное соглашение, и анализ данных при помощи компьютерных программ используется при создании, мониторинге и контроле картеля. К таким соглашениям можно применить традиционную модель сговора.

[1] См.: *Borenstein S.* Rapid price communication and coordination: The airline tariff publishing case (1994) // The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy. 2004. T. 4 (URL: https://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/pdf/kwoka/9780195322972_09.pdf (дата обращения: 20.08.2020)).

[2] Цит. по: *Calvano E. et al.* Algorithmic pricing what implications for competition policy? // Review of industrial organization. 2019. T. 55. №. 1. Pp. 155–171 (DOI: https://doi.org/10.1007/s11151-019-09689-3 (дата обращения: 20.08.2020)).

Конкуренты могут достигать соглашения об обмене информацией о ценах и о применении определенной модели поведения – например, об установлении определенной цены, применении скидок и т.д. Алгоритм может контролировать исполнение соглашения. Ограничение конкуренции происходит, если участники соглашения не имеют возможности устанавливать собственные цены.

В качестве примера можно привести практику ФАС России. Так, общество, которое является единственным лицом, официально осуществляющим импорт смартфонов *LG* и первичные продажи на территории Российской Федерации, определяло рекомендованные розничные цены на смартфоны, а в дальнейшем осуществляло контроль за их соблюдением реселлерами. При этом использовался специальный ценовой алгоритм. При выявлении отклонений от рекомендованных цен общество оказывало воздействие на реселлеров, применяя к ним санкции (прекращение отгрузок)[1]. Общество было признано виновным в совершении антиконкурентного соглашения и привлечено к административной ответственности.

Подобное же дело было рассмотрено в отношении организации, вводящей в оборот на территории Российской Федерации смартфоны и планшеты «Самсунг». При этом ценовые алгоритмы использовались как самой организацией, так и реселлерами. Незаконная координация экономической деятельности реселлеров смартфонов и планшетов *Samsung* привела к установлению и поддержанию цен на смартфоны и планшеты *Samsung*, реализуемые в розницу с использованием торговых объектов[2].

Вторая категория незаконных соглашений основана на использовании одного алгоритма определения рыночной цены несколькими субъектами. Одно вертикальное соглашение может не иметь антиконкурентного эффекта, но несколько вертикальных соглашений со многими субъектами могут привести к созданию классического разветвленного картеля, ведущего к повышению цен.

Третья категория («предсказуемый агент», «сознательный параллелизм») – на сложноорганизованном рынке возможна такая ситуация, когда различные субъекты используют собственные алгоритмы, программируя их определенным образом реагировать на изменение

[1] Постановление ФАС России от 21.06.2018 по делу № 4-14.32-340/00-22-18 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] Решение комиссии ФАС России от 22.04.2019 по делу № 1-11-11/00-22-19 (СПС «КонсультантПлюс»).

рыночной ситуации. В этом случае внедрение аналогичных алгоритмов во всей отрасли может привести к антиконкурентному эффекту за счет создания взаимозависимых действий. Чтобы облегчить использование алгоритмов цены, фирмы повышают прозрачность, что делает рынок более восприимчивым к скрытому сговору, при котором цены будут расти. Важно отметить, что рост цен не является результатом явного сговора, а скорее естественным результатом молчаливого сговора.

Сознательный параллелизм – алгоритм одного хозяйствующего субъекта взаимодействует с алгоритмами других. Например, в определенных условиях конкурентная борьба прекращается.

Посредством алгоритма можно наблюдать за ценами других хозяйствующих субъектов не только для объективного анализа, но и для осуществления координации.

Использование аукционных роботов на электронных торгах может приводить к созданию подобных картелей.

Четвертая категория (*Digital Eye*) – это когда конкуренты в одностороннем порядке создают и используют компьютерные алгоритмы для достижения заданной цели – например, максимизации прибыли. Алгоритмы являются самообучающимися, самостоятельно определяя средства достижения цели[1].

Сам факт использования ценовых алгоритмов при осуществлении деятельности хозяйствующими субъектами не рассматривается как нарушение законодательства о конкуренции, ведь фактически это инструмент хозяйственной деятельности. Однако посредством использования ценовых алгоритмов может осуществляться незаконная координация предпринимательской деятельности или достигаться картельные соглашения.

Как отмечается в п. 5.2 Рекомендаций Экспертного совета при ФАС России по развитию конкуренции в области информационных технологий и Экспертного совета при ФАС России по развитию конкуренции в сфере розничной торговли «О практиках в сфере использования информационных технологий в торговле, в том числе связанных с использованием ценовых алгоритмов»[2], «вертикальные» соглашения, которые приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товаров, за исключением установления макси-

[1] *Ezrachi A., Stucke M.E.* Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition // U. Ill. L. Rev. 2017. Pp. 1782–1784.

[2] https://fas.gov.ru/documents/684828 (дата обращения: 10.08.2020).

мальной цены, могут достигаться с использованием онлайн-систем и программных продуктов. Сообщения участников соглашения, сделанные с помощью указанных средств, могут служить доказательством сговора. Соглашение может быть признано допустимым по основаниям, определенным в Законе о защите конкуренции. Онлайн-платформы и программные продукты могут использоваться в качестве инструментов для недопустимой координации. Таким образом, использование онлайн-платформ и (или) программных продуктов в целях осуществления координации, которая влечет последствия, предусмотренные в ч. 1–3 ст. 11 Закона о защите конкуренции, является недопустимой практикой. При этом хозяйствующие субъекты вправе доказывать допустимость наступивших последствий в соответствии со ст. 12 и 13 Закона о защите конкуренции.

Органы по защите конкуренции используют в своей работе технологии, позволяющие выявлять алгоритмы, приводящие к ограничению конкуренции. Ведомство по защите конкуренции Южной Кореи было одним из первых, внедрившим такую систему.

BRIAS (*The Bid-Rigging Indicator Analysis System*) – система, призванная выявлять сговоры на торгах в Южной Корее, была разработана в 2006 г. и основывается на анализе больших объемов данных о публичных торгах, предоставляемых в Корейскую комиссию по справедливой торговле государственными учреждениями и государственными компаниями. Система анализирует процент выигравших заявок, количество компаний, участвовавших в аукционе, и цены заявок.

Оценка производится в три этапа. Первый – в течение 30 дней с момента объявления тендера собирается вся информация о торгах. Второй этап – проведение оценки вероятности сговора на торгах на основе исследования каждого фактора для анализа, на основе балльной системы (т.е. цена, предложенная победителем, количество участников торгов, метод конкуренции, количество заявок с ценой выше минимально установленной цены, разрыв между предложенной победителем ценой и ценами второго и третьего претендентов). Каждому из значимых факторов присваивается взвешенное значение, а затем баллы суммируются по каждому пункту оценки. Третий этап – проверка возможностей сговора на основе полученных баллов. Тендеры, набравшие больше определенного порога, подлежат изучению со стороны Корейской комиссии по справедливой торговле (*KFTC*).

В качестве маркеров возможного сговора используются: 1) высокий процент выигрышей компании; 2) малое количество участников; 3) наличие участников торгов, ставка которых превышает установленную

цену; 4) использование неконкурентных процедур; 5) существование большого разрыва между выигравшими и проигравшими предложениями цены. Однако эта схема эффективна только в том случае, если правильно настроена система критериев[1]. Например, в деле о сговоре на торгах на строительство здания в г. Соннаме *BRIAS* не смог обнаружить потенциальный сговор, поскольку был настроен на присвоение высокого балла в том случае, если количество участников было менее десяти. В том же случае участников было больше, поэтому система не отметила дело как потенциально опасное[2].

ФАС России использует программное обеспечение «Большой цифровой кот», которое позволяет получать большой объем данных и анализировать его на предмет соответствия заданным критериям, посредством чего выявлять картели или иные антиконкурентные соглашения, формировать доказательственную базу и в автоматическом режиме формировать шаблон итогового документа. Можно выявить три этапа работы «Цифрового кота»: выявление картеля в автоматическом режиме, сбор и оцифровка доказательственной базы, автоматическое формирование итогового документа (докладная, анализ рынка, решение по делу).

Например, для выявления картелей на торгах проводится скрининг данных Единой информационной системы в сфере закупок и электронных торговых площадок по следующим критериям:

1) минимальное снижение составляет 0–2 %;

2) попеременная победа участников;

3) победа одного и того же участника;

4) одинаковые IP/MAC-адреса;

5) одинаковые электронные адреса, ЭЦП-6, одни и те же даты и время загрузки заявок или шагов.

Далее формируются необходимые запросы (в ФНС, банки, интернет-провайдерам), ответы анализируются с целью установления связей между хозяйствующими субъектами. Проводится скрининг документации из личных кабинетов участников закупок по следующим критериям: авторство заявок и аукционной документации, сходство текстов заявок, дата и время создания заявок.

[1] Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age // Официальный сайт OECD (URL: www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm (дата обращения: 20.08.2020)).

[2] Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels // Официальный сайт OECD (URL: http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf (дата обращения: 19.08.2020)).

Затем проводится проверка веб-данных, устанавливаются связи между физическими лицами, хозяйствующими субъектами и формируется итоговый документ[1].

Имеются и иные неблагоприятные последствия для развития конкуренции при применении механизмов алгоритмического ценообразования.

Calvano, *Calzolari*, *Denicolo* и *Pastorello* подчеркивают, что использование алгоритмического ценообразования значительно расширяет возможности для ценовой дискриминации. Хотя прямое влияние ценовой дискриминации на конкуренцию, как правило, не прослеживается, вместе с тем цены, устанавливаемые под влиянием АЦ, могут зависеть не только от относительно невинной информации – такой, как время покупки или остаточные мощности фирмы, но и от всей прошлой истории покупок потребителя. Такое ценообразование «под условием» может привести к так называемому браконьерству потребителей либо к использованию эксклюзивности или скидок за долю на рынке: любое из этих последствий может иметь антиконкурентный эффект[2].

Заключение

В настоящее время распространение и интенсивное развитие цифровых платформ, а также применение технологий по обработке больших массивов данных за пределами исключительно цифровых рынков вынуждает пересматривать традиционные подходы к регулированию конкуренции.

Так, привычные маркеры злоупотребления рыночной властью (такие, как установление монопольно высоких или монопольно низких цен) могут быть неэффективными в отношении оценки деятельности цифровых платформ, усиление рыночной власти которых связано с концентрацией большого числа пользовательской информации и связанным с этим сетевым эффектом.

Кроме того, эффективному применению конкурентного законодательства на цифровых рынках препятствует также и наличие анти-

[1] Презентация А. Цариковского: «Антимонопольные расследования в эпоху больших данных» // Официальный сайт ФАС России (URL: https://fas.gov.ru/p/presentations/271 (дата обращения: 10.08.2020)).

[2] *Calvano E. et al.* Algorithmic pricing what implications for competition policy? // Review of industrial organization. 2019. Т. 55. № 1. Pp. 155–171 (DOI: https://doi.org/10.1007/s11151-019-09689-3 (дата обращения: 20.08.2020)).

монопольных иммунитетов, блокирующих применение положений о злоупотреблении доминирующим положением и соглашениях, ограничивающих конкуренцию, к отношениям по осуществлению исключительных прав.

Принимая во внимания, что большинство отношений в области использования цифровых платформ оформляется посредством заключения лицензионных договоров, наличие иммунитетов сильно сужает возможности ФАС России по контролю цифровых рынков, не позволяя блокировать недобросовестные лицензионные практики. Отмена же таких иммунитетов в целом могла бы положительно сказаться на развитии конкуренции в этой сфере.

Говоря о феномене алгоритмического ценообразования и его влияния на состояние конкуренции, следует отметить три основных возможных подхода к тому, каким образом следует регулировать использование цифровых инструментов ценообразования в целях обеспечения добросовестной конкуренции.

Первый подход: не приступать к разработке дополнительных нормативных инструментов и наблюдать – поскольку то, как именно влияет алгоритмическое ценообразование на состояние конкуренции, до сих пор не исследовано полностью.

Второй подход заключается в регулировании внедрения алгоритмов ценообразования *ex ante*, почти таким же образом, как и коммерциализация новых лекарств: любой новый алгоритм ценообразования должен быть протестирован регулирующим органом, чтобы установить, является ли он потенциально провоцирующим создание картеля (и в таком случае подлежит запрету со стороны регулятора) или же не является таковым (в этом случае применение алгоритма санкционируется регулирующим органом).

Введение такого предварительного регулирования поддерживается, в частности, в исследованиях *Ezrachi* и *Stucke*[1], которые отмечают возможность создания «цифровой песочницы», где алгоритмы ценообразования могли бы моделироваться и изучаться с последующим созданием по результатам таких прикладных исследований их нормативного регулирования.

Наконец, третий подход заключается в регулировании *ex post*, как это чаще всего происходит в конкурентном праве, но с использованием правовых стандартов, отличных от действующих. В частности,

[1] *Ezrachi A.*, *Stucke M.E.* Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition // U. Ill. L. Rev. 2017. P. 1775.

этот подход требует повторной оценки спорного вопроса о запрете молчаливого сговора.

В научной литературе встречается и четвертый подход, приверженцы которого призывают полностью запретить использование алгоритмического ценообразования, однако, на наш взгляд, такие меры нецелесообразны: очевидно, что использование цифровых инструментов в сфере конкурентного права в процессе ценообразования приносит пользу рынкам, поскольку само ценообразование становится более эффективным с экономической точки зрения.

Согласимся с мнением *Calvano* и *Calzolari*, которые отмечают, что правовое регулирование применения инструментов алгоритмического ценообразования сталкивается с недостаточной разработанностью их сущности и особенностей применения. В частности, свойства сговора алгоритмов ценообразования могут зависеть от того, с какими другими алгоритмами они взаимодействуют. Предположим, что алгоритм *A* был одобрен на основании доказательств того, что он не имеет тенденции вступать в сговор с существующими алгоритмами *B, C* и *D*. Предположим, однако, что впоследствии будет разработан новый, улучшенный алгоритм *E*. И предположим, что новый алгоритм *E* имеет тенденцию вступать в сговор с *A*, но не с *B, C* и *D*. Какой алгоритм следует запретить? *E* лучше, чем *A*, поэтому по соображениям эффективности следует одобрить *E*, а *A* – запретить. Но *A* был одобрен с самого начала, и запретить его на более позднем этапе может оказаться слишком дорогостоящим решением (например, фирмы могут вложить инвестиции в технологию *A*)[1].

Вместе с тем очевидно, что и крайности при определении мер регулирования неэффективны. Практикующим специалистам необходимо рассмотреть упреждающие подходы к предоставлению потребителям и властям в надзорных органах возможности проверять алгоритмы и использование ими личных данных на месте, чтобы сделать возможной оценку на основе воздействия[2]. Такой алгоритмический аудит может сопровождаться системой сертификации алгоритмов, а также сертификацией разработчиков алгоритмов с учетом кодексов этики[3].

[1] *Calvano E. et al.* Algorithmic pricing what implications for competition policy? // Review of industrial organization. 2019. Т. 55. № 1. Pp. 155–171 (DOI: https://doi.org/10.1007/s11151-019-09689-3 (дата обращения: 20.08.2020)).

[2] *Seele P. et al.* Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing // Journal of Business Ethics. 2019. Pp. 1–23.

[3] *Beranger J.* The Algorithmic code of Ethics: Ethics at the Bedside of the Digital revolution. John Wiley & Sons, 2018.

Говоря о том, какие же подходы к регулированию применения алгоритмов ценообразования следует реализовывать на практике, *M. Gal* приводит следующий интересный пример: «Комиссар Федеральной торговой комиссии США Морин Олхаузен предложила простой тест, который фиксирует многие из этих простых случаев: если слово "алгоритм" можно заменить фразой "парень по имени Боб", тогда с алгоритмами можно будет работать так же, как с традиционными соглашениями»[1]. В этом случае речь идет о ситуации, когда между хозяйствующими субъектами уже существует картельный сговор и алгоритмы служат лишь инструментами для реализации такого соглашения. Однако возможен и другой вариант, когда алгоритмы выступают как самообучающиеся программы, которые при определенных условиях самостоятельно регулируют цены, основываясь на показателях друг друга, взаимодействуя в целях регулирования цены. Отмечается при этом, что использование алгоритма правообладателями в подобных ситуациях может рассматриваться как картель, за исключением случаев, когда такое использование создает «значительные компенсационные выгоды» для потребителей.

Однако пока не существует однозначного ответа на вопрос, как квалифицировать координацию цен в отсутствие соглашения о такой координации. Иными словами, когда несколько хозяйствующих субъектов независимо друг от друга разрабатывают алгоритмы ценообразования, в которые закладываются принципы автономной работы, но после начала использования цена на рынке в результате их деятельности существенно возрастает.

Простое использование алгоритмов не предотвращает наложения юридической ответственности на их разработчиков и пользователей. Как заявил Еврокомиссар по конкуренции, «юридические лица должны нести ответственность за последствия алгоритмов, которые они выбрали для использования»[2]. Чтобы возникла юридическая ответственность, разработчик или пользователь должны знать о создаваемых ими ценовых эффектах. Это можно проиллюстрировать на примере *European Eturas*[3], в котором участвовали 30 литовских туристических агентств, использовавших ту же систему онлайн-бронирования.

[1] *Gal M.S.* Illegal pricing algorithms // Communications of the ACM. 2018. Т. 62. № 1. Pp. 18–20.

[2] Ibid. P. 18.

[3] *Eturas and other v. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba* (C-74/14) [2016] OJ C 98/3 ECLI:EU:C:2016:42 // InfoCuria Case-law (URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173680&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=523288 (дата обращения: 25.08.2020)).

Системный оператор запрограммировал алгоритм таким образом, чтобы агентства не могли предлагать скидки более 3%, и уведомил агентства об этом ограничении через свою внутреннюю систему обмена сообщениями. Агентства использовали алгоритм. Вопрос заключался в том, подразумевают ли эти события соглашение между туристическими агентствами об изменении алгоритма и сокращении конкуренции. Европейский суд признал осведомленность об изменении алгоритма как необходимое условие для выявления картеля. Пренебрежение вероятными эффектами алгоритма при некоторых обстоятельствах может быть достаточным для доказательства осведомленности. Остается открытым вопрос, какой тип осведомленности потребуется в случаях, когда алгоритм, который предназначен для автономного определения параметров принятия решения, способствует сговору[1]. В научной литературе такой феномен именуется «картелем машин»[2].

Логичным представляется, на наш взгляд, следующий подход: поскольку любые программные продукты, даже выполняя определенные, заранее заданные функции, тем не менее не действуют своей волей и подчинены контролю создателя и (или) правообладателя, то действия «картелей машин» по ценообразованию, нарушающие конкуренцию, являются прямым следствием поведения таких создателей (правообладателей). В результате логично, что за любые действия машин, даже относительно самостоятельные и основанные на автономных расчетах алгоритма, должны отвечать владельцы программ (поскольку даже бездействие, т.е. намеренное невмешательство в деятельность программы, может быть косвенным свидетельством согласованной антиконкурентной практики).

Пристатейный библиографический список

1. *Ворожевич А.С.* Антимонопольный иммунитет для интеллектуальной собственности в России при построении цифровой экономики: отменить или сохранить? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 19. С. 55–71.

[1] *Gal M.S.* Illegal pricing algorithms // Communications of the ACM. 2018. Т. 62. № 1. Pp. 18–20.

[2] *Gebicka A., Heinemann A.* Can Computers form Cartels? About the need for European institutions to revise the concertation doctrine in the information age // Journal of European Competition Law and Practice. 2016. № 7. Pp. 431–441. DOI: 10.1093/jeclap/lpw036 (URL: https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/129311/1/Heinemann_Computer_Cartels.pdf (дата обращения: 25.08.2020)).

2. *Дои К.* Обсуждение в ОЭСР проблем распространения цифровых технологий // ОЭСР. Информационный бюллетень. 2018. № 11. С. 13–19.

3. *Иванов А.Ю., Доценко А.И.* Антимонопольное регулирование, цифровые платформы и инновации: Дело Google и выработка подходов к защите конкуренции в цифровой среде // Закон. 2016. № 3. С. 31–45.

4. Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age // Официальный сайт. OECD (URL: www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm (дата обращения: 20.08.2020)).

5. *Beranger J.* The Algorithmic code of Ethics: Ethics at the Bedside of the Digital revolution. John Wiley & Sons, 2018. 288 p.

6. *Borenstein S.* Rapid price communication and coordination: The airline tariff publishing case (1994) // The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy. 2004. T. 4 (URL: https://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/pdf/kwoka/9780195322972_09.pdf (дата обращения: 20.08.2020)).

7. *Calvano E. et al.* Algorithmic pricing what implications for competition policy? // Review of industrial organization. 2019. T. 55. № 1. Pp. 155–171 (DOI: https://doi.org/10.1007/s11151-019-09689-3 (дата обращения: 20.08.2020)).

8. *Ezrachi A., Stucke M.E.* Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition // University of Illinois Law Review, Vol. 2017, 2017, Oxford Legal Studies Research Paper № 18/2015, University of Tennessee Legal Studies Research Paper № 267 (URL: https://ssrn.com/abstract=2591874 (дата обращения: 20.08.2020)).

9. *Gal M.S.* Illegal pricing algorithms // Communications of the ACM. 2018. T. 62. № 1. Pp. 18–20.

10. *Gebicka A., Heinemann A.* Can Computers form Cartels? About the need for European institutions to revise the concertation doctrine in the information age // Journal of European Competition Law and Practice. 2016. № 7. Pp. 431–441. DOI: 10.1093/jeclap/lpw036 (URL: https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/129311/1/Heinemann_Computer_Cartels.pdf (дата обращения: 25.08.2020)).

11. *Seele P. et. al.* Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing // Journal of Business Ethics. 2019. Pp. 1–23 (DOI: https://doi.org/10.1007/s10551-019-04371-w (дата обращения: 20.08.2020)).

12. *Wu T.* The master switch: The rise and fall of information empires. Vintage, 2010. 366 p.

Д.А. Мотовилова

ОНЛАЙН-МЕДИАПЛАТФОРМЫ: ЕВРОПЕЙСКИЙ ОПЫТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ[1]

Аннотация. *В статье раскрывается экономическая природа платформы и дается краткий обзор развития медиа от печатных к цифровым. Далее рассматриваются правовые основы регулирования онлайн-медиаплатформ в ЕС как разновидности аудиовизуальных медиауслуг, проблема ответственности интернет-посредников за размещенный пользователями контент, современное состояние практики Суда ЕС по вопросам толкования права на сообщение для всеобщего сведения применительно к онлайн-медиаплатформам, а также новейшие нормы, адресованные отдельным типам медиаплатформ.*

Ключевые слова: *платформа, медиа, авторское право, смежные права, право на сообщение для всеобщего сведения, аудиовизуальные медиауслуги, информационные посредники, право ЕС, Суд ЕС.*

Понятие платформы

С точки зрения экономической теории «платформы» представляют собой так называемые двусторонние или многосторонние рынки (*two-sided* или *multi-sided markets*). Центральным элементом двустороннего рынка является фирма-посредник, которая предлагает различные товары или услуги двум группам агентов. Примерами двусторонних рынков являются платежные системы, службы заказа такси[2], кадровые агентства, издательские дома и даже торговые центры[3]. Благо, получаемое на двусторонних рынках, это установление связей между различными группами экономических агентов и опосредование экономического обмена между ними.

---

[1] Настоящая статья представляет собой дополненную версию авторской статьи: Цифровые медиаплатформы: европейский опыт правового регулирования // Хозяйство и право. 2020. № 9. С. 53–64.

[2] В доцифровую эпоху роль платформы выполняла диспетчерская служба.

[3] *Rochet, J.C., Tirole, J.* Platform competition in two-sided markets. Journal of the European Economic Association, 2003. P. 991–992.

Главной особенностью двусторонних рынков является возникновение сетевых эффектов двух типов. Прямой сетевой эффект (*direct network effect*) заключается в том, что рост числа потребителей какого-либо товара или услуги увеличивает их ценность для других потребителей. Классическим примером прямого сетевого эффекта является расширение числа абонентов телефонной сети – чем больше людей охвачено данной услугой, тем больше становится ее ценность для потребителей. Современный пример прямого сетевого эффекта – многопользовательские онлайн-игры: чем больше игроков вовлечено в игру, тем более интересной и «ценной» она становится для других игроков. Второй тип сетевых эффектов получил название «косвенный» (*indirect*) или «перекрестный» (*cross-side*) сетевой эффект, который заключается в увеличении ценности продукта или сети в целом для одной группы потребителей вследствие роста числа потребителей в другой группе[1]. Так, чем больше водителей подключено к системе онлайн-заказа такси, тем больше выбора у потенциальных пассажиров и быстрее время подачи машины, а значит, ценность данного сервиса для пассажиров возрастает.

Основоположники теории двусторонних рынков Роше и Тироль предложили следующее определение рассматриваемого феномена: «Рынок является двусторонним, если платформа может оказывать воздействие на объем трансакций через установление более высокой цены на одной стороне рынка и снижение цены, уплачиваемой другой стороной за то же количество. Другими словами, ценовая структура имеет значение, и платформы должны быть сконструированы так, чтобы привлекать обе стороны потребителей на платформу»[2].

Из приведенного определения можно выделить следующие признаки платформы (двустороннего рынка):

1. Наличие перекрестных сетевых эффектов между группами потребителей, находящимися по разные стороны от платформы.

2. Координирующая роль платформы в обеспечении транзакций между различными группами потребителей.

3. Способность платформы влиять на объем транзакций путем повышения цены на одной стороне рынка и ее снижения на другой.

Принимая во внимание определяющую роль платформы в совершении транзакций между агентами из разных групп, а также ее стрем-

[1] *Шаститко А.Е., Паршина Е.Н.* Рынки с двусторонними сетевыми эффектами: спецификация предметной области // Современная конкуренция. 2016. Т. 10. № 1 (55). С. 6.

[2] Цит. по: *Шаститко А.Е., Паршина Е.Н.* Указ. соч. С. 9.

ление привлечь как можно больше участников, оптимальной может оказаться ситуация, когда одна из сторон рынка получает какое-то благо бесплатно, а доход платформе приносят агенты, находящиеся на другой стороне. Именно по такому принципу устроены самые старые платформы, а именно – медиа.

Термин «медиа» (*media*) является формой множественного числа латинского *medium* («средство, посредник») и используется в значении «носитель информации». Так, Закон США об авторском праве[1] охраняет «оригинальные авторские произведения, зафиксированные (*fixed*) на любом материальном средстве выражения (*in any tangible medium of expression*), известном сейчас или разработанном в будущем, с которого они могут быть восприняты (*perceived*), воспроизведены (*reproduced*) или иным образом сообщены (*otherwise communicated*) либо непосредственно, либо с помощью машины или устройства» (*17 U.S. Code § 102 (a)*). По мере развития технологий эволюционировали и носители информации. Бумага, электромагнитные волны, по которым передается радиосигнал, виниловые пластинки, компакт-диски – все эти разнообразные носители информации помогают сообщать произведения публике. В англоязычной литературе термин «медиа» также часто используется как сокращенная форма термина «средства массовой коммуникации» (*media of mass communications* или *mass media*). Именно в этом значении данное понятие будет использоваться в настоящей статье.

Выделим ключевые характеристики медиа как платформы. Медиа предлагает своей аудитории (читателям, слушателям, зрителям) определенный контент (охраняемые авторским или смежными правами результаты интеллектуальной деятельности или иные неохраняемые объекты), причем этот контент зачастую предлагается или бесплатно (телевидение, поисковый интернет-сервис), или по цене значительно ниже издержек. Другой стороной рынка, центральную роль на котором занимает медиа, являются рекламодатели, которые платят за возможность контакта с аудиторией. Таким образом, предлагая аудитории бесплатный контент, медиа превращают своих пользователей в товар, который затем продают бизнесу. На примере медиа особенно ярко проявляется значение перекрестных сетевых эффектов: чем больше аудитория у медиа, тем дороже стоит размещение рекламы. Неслучайно самые дорогие рекламные контракты связаны с событиями мирового

[1] An Act for the general revision of the Copyright Law, title 17 of the United States Code, and for other purposes. Вступил в силу с 01.01.1978.

масштаба (Олимпийские игры, чемпионат мира по футболу), собирающими у экранов миллионы и миллиарды зрителей.

Итак, *медиаплатформа как бизнес-модель представляет собой двусторонний рынок, на одной стороне которого находятся потребители контента, а на другой – рекламодатели*.

Эволюция медиа: от бумаги к цифре

Изобретение печатного станка произвело настоящую революцию в передаче и распространении информации. Однако прошло довольно много времени, прежде чем средства массовой коммуникации превратились в самостоятельный бизнес. Первым человеком, открывшим эту «золотую жилу», стал американец Бенджамин Дей (*Benjamin Day*), основавший в 1833 г. газету *The New York Sun*, распространявшуюся по цене, доступной большинству людей. Идея издателя заключалась в продаже внимания аудитории крупным рекламодателям, и для привлечения внимания в ход шли различные средства – от криминальных репортажей до откровенной лжи[1]. Данная бизнес-модель оказалась вполне успешной, и менее чем через год доходы от рекламы превысили операционные расходы, газета начала приносить прибыль, а вскоре у нее появились подражатели и конкуренты. Это событие стало поворотным моментом во всей истории средств массовой коммуникации. Как пишет Тим У, «доказав, что бизнес может быть основан на перепродаже человеческого внимания, Бенджамин Дей и его конкуренты стали первыми продавцами внимания, достойными этого звания. На протяжении последующих двух столетий модель Дея породила поколения имитаторов – от радиовещания и телевидения до *Google* и *Facebook*»[2].

Если первые медиа (газеты, журналы, наружная реклама) существовали в публичном пространстве, то следующим этапом развития медиа стало их проникновение в сферу частной жизни. Радио, а затем и телевидение оказались способны доносить коммерческие сообщения в том месте и в то время, где и когда собирается вся семья, тем самым влияя на поведение целых домохозяйств. Немаловажным обстоятельством

[1] В 1835 г. газета опубликовала серию статей об открытии жизни и цивилизации на Луне, позже получившую название «Большое лунное надувательство» (*The Great Moon Hoax*). В частности, газета утверждала, что Луну населяют гуманоиды с крыльями, как у летучих мышей.

[2] *Wu, T.* The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads. Atlantic Books, 2017. P. 57.

является и то, что для восприятия радио- или телепрограмм не обязательно быть грамотным, достаточно понимать язык сообщения.

С точки зрения авторского права развитие новых технологий по передаче информации на расстояние также поставило ряд непростых вопросов. В случае радиовещания и телевидения передача информации, в том числе охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, осуществляется посредством электромагнитных волн, тем самым произведение как бы «отрывается» от материального носителя. Как же следует квалифицировать эти новые «нематериальные» формы использования произведений? Право достаточно быстро предложило ответ на этот вопрос. Уже в 1928 г. в ходе Римской конференции было принято решение дополнить Бернскую конвенцию статьей 11 bis, закрепившей за авторами литературных и художественных произведений «исключительное право разрешать сообщение своих произведений для всеобщего сведения посредством радиовещания»[1]. С изобретением телевидения возникла необходимость в распространении этого права на иные способы беспроводной передачи произведений. Так, Брюссельским Актом 1948 г. формулировка статьи 11 bis была изменена, наделив авторов литературных и художественных произведений правом разрешать «радиовещание своих произведений и их сообщение для всеобщего сведения любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений»[2]. Наконец, в Стокгольмском Акте 1967 г. исключительное право на сообщение для всеобщего сведения было признано за авторами драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений (ст. 11 (1) (ii)) и авторами литературных и художественных произведений (ст. 11 bis (1) (i) и (ii), 11 ter (1) (ii), 14 (1) (ii) и 14 bis (1))[3].

Несмотря на то, что Бернская Конвенция использует широкие и технологически нейтральные формулировки, она все же небезупречна. Недостаток ее состоит в фрагментарности правовой защиты: разные типы произведений получают различный объем правовой охраны. В особенности это касалось текстовых и визуальных произ-

[1] “Les auteurs d’œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d’autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion”. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Rome Act (1928) (URL: https://wipolex.wipo.int/en/text/278725 (дата обращения: 01.08.2020)).

[2] Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Brussels Act (1948) (URL: https://wipolex.wipo.int/en/text/278722 (дата обращения: 01.08.2020)).

[3] Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Stockholm Act (1967) (URL: https://wipolex.wipo.int/en/text/278720 (дата обращения: 01.08.2020)).

ведений, которые не могли охраняться при их передаче по проводам. Данная проблема стала очевидной с появлением и бурным ростом популярности персональных компьютеров и возникновением рынка компьютерных программ. Другим недостатком Бернской Конвенции стала невозможность ее применения к цифровым интерактивным передачам, когда произведения или объекты смежных прав становятся доступными по запросу пользователя[1]. В связи с этим возникла необходимость усовершенствования международно-правовой основы авторского права, что было сделано путем принятия в 1996 г. Договора ВОИС по авторскому праву (далее – ДАП)[2] и Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (далее – ДИФ)[3]. Статья 8 ДАП признает за авторами исключительное право разрешать любое сообщение для всеобщего сведения (*communication to the public*) своих произведений, включая доведение своих произведений до всеобщего сведения (*making available to the public of their works*) таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору. Таким образом, в рамках ДАП право на сообщение для всеобщего сведения является общим понятием и включает в себя право на сообщение в эфир и право на доведение до всеобщего сведения (использование произведений онлайн). В отличие от ДАП, ДИФ рассматривает право на сообщение для всеобщего сведения[4] и право на доведение до всеобщего сведения как самостоятельные категории. Исключительным правом разрешать доведение до всеобщего сведения по проводам или средствами беспроволочной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ из любого места и в любое время по их собственному выбору, пользуются:

а) исполнители в отношении своих исполнений, записанных на фонограммы (ст. 10 ДИФ);

---

[1] *Фичор М.* Руководство к договорам ВОИС в области авторского права и смежных прав и глоссарий соответствующих терминов. Публикация ВОИС № 891(R). 2004. С. 207.

[2] Принят 20.12.1996. Вступил в силу 06.03.2002.

[3] Принят 20.12.1996. Вступил в силу 20.05.2002.

[4] ДИФ – единственный из международных договоров в области авторских и смежных прав, который предлагает легальное определение праву на сообщение для всеобщего сведения. Согласно ст. 2 (g) ДИФ «сообщение для всеобщего сведения» исполнения или фонограммы означает передачу для публики любым средством, кроме эфирного вещания, звуков исполнения либо звуков или отображений звуков, записанных на фонограмму.

б) производители фонограмм в отношении своих фонограмм (ст. 14 ДИФ).

Последняя четверть XX в. характеризуется таким явлением, как *конвергенция медиа*, под которым понимается размывание границ между телекоммуникациями и массмедиа[1]. В этом процессе выделяются два этапа. Первый этап характеризуется проникновением информационных технологий в телекоммуникации (это явление получило название «телематика»)[2]. На втором этапе произошло слияние цифровых массмедиа с телематическими услугами[3]. С технологической точки зрения конвергенция медиа означает, что контент, ранее существовавший только на определенных носителях (тексты, звукозаписи, эфир вещательных организаций и т.п.), стал доступен с помощью одного цифрового устройства. С институциональной точки зрения конвергенция медиа сопровождалась серией слияний и поглощений среди медиа- и телекоммуникационных компаний[4].

Появление в середине 2000-х гг. сети второго поколения (*Web 2.0*), предполагающей активное участие пользователей в создании и распространении контента (принцип «пользователи добавляют ценность» — *Users Add Value*)[5], стало толчком к развитию социальных медиа. По мнению американского исследователя медиа Х. Рейнгольда, социальные медиа отличают следующие ключевые характеристики. Во-первых, они позволяют каждому участнику сети быть одновременно производителем, распространителем и потребителем контента. Во-вторых, мощь социальных медиа основана на связях между пользователями. В-третьих, социальные медиа позволяют пользователям координировать свою деятельность «в масштабах и со скоростью, которые прежде не были возможны»[6].

---

[1] *Latzer, M.* Media Convergence in Handbook on the Digital Creative Economy. Edited by Ruth Towse and Christian Handke. Elgar. 2013. P. 123.

[2] Термин, образованный от слов *telecommunications* (телекоммуникация) и *informatics* (информатика).

[3] *Latzer, M.* Op. cit. P. 126–127.

[4] *Flew, T.* Media Convergence in Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica, inc. Published August 17, 2017 (URL: https://www.britannica.com/topic/media-convergence (дата обращения: 01.08.2020)).

[5] *O'Reilly, T.* What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software (URL: https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1 (дата обращения: 01.08.2020)).

[6] *Flew, T.* Op. cit.

Важным следствием появления *Web 2.0* стал взрывной рост объемов пользовательского контента (*user-generated content*). Как отмечается в исследовании ОЭСР, пользовательский контент бросает вызов традиционным поставщикам контента. Традиционная цепочка создания стоимости в медиаиндустрии предполагает участие различных лиц в создании, разработке и распространении авторских произведений, что зачастую приводит к большим затратам. В цепочке создания стоимости пользовательского контента контент непосредственно создается в целях публикации на платформе с помощью доступных пользователю устройств (например, цифровой камеры), программного обеспечения (видеоредактора), самой платформы и интернет-провайдера[1]. Цифровые технологии привели к радикальному сокращению издержек на создание и распространение контента. В то же время сетевые эффекты позволили медиаплатформам пользовательского контента достичь большей вовлеченности пользователей и быстрого роста аудитории.

Однако пользовательский контент – это далеко не всегда оригинальный контент. Зачастую пользователи, размещая контент, мало задумываются об авторских и смежных правах, а иногда даже сознательно их нарушают. Так, файлообменные технологии (*file-sharing*) стали настоящим вызовом для индустрии звукозаписи и киноиндустрии. Неслучайно наблюдается постоянный рост претензий к медиаплатформам со стороны правообладателей, пристальное внимание к ним проявляют и регуляторы.

Подводя итоги, выделим следующие черты онлайн-медиаплатформ. *Онлайн-медиаплатформы являются результатом развития вычислительных технологий и конвергенции медиа. Ключевой характеристикой онлайн-медиаплатформ является активное участие пользователей в создании, распространении и потреблении контента, что, с одной стороны, гарантирует большую вовлеченность аудитории, а с другой – сокращение издержек платформы на создание или приобретение контента.*

Онлайн медиаплатформа как разновидность аудиовизуальной медиауслуги

Аналогично иным товарам и услугам, предоставление медиаконтента подчиняется правилам единого рынка ЕС. Эти правила установлены

[1] Participative Web and User-Created Content. Web 2.0, Wikis and Social Networking. OECD. 2007. P. 10. (URL: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/participativewebanduser-createdcontentweb20wikisandsocialnetworking.htm. (дата обращения: 01.08.2020)).

Директивой «Об аудиовизуальных медиауслугах» (далее – Директива 2010/13/ЕС)[1]. Указанная Директива обеспечивает координацию в масштабах всего Европейского союза национального законодательства по всем аудиовизуальным медиа, а также как традиционным телепередачам, так и сервисам, предоставляющим контент по запросу пользователя.

Первые попытки сформировать единую аудиовизуальную политику ЕС были вызваны развитием спутникового вещания в начале 1980-х гг. После принятия в 1989 г. Директивы «Телевидение без границ»[2] технологическое и экономическое развитие обусловило необходимость изменения нормативного регулирования в области аудиовизуальных услуг. Она была пересмотрена в 1997 и 2007 гг[3]. С последним пересмотром Директива была переименована в Директиву «Об аудиовизуальных медиауслугах»[4], а затем кодифицирована в 2010 г. Последний пересмотр Директивы «Об аудиовизуальных медиауслугах», инициированный в рамках реализации стратегии Единого цифрового рынка[5], завершился в ноябре 2018 г. принятием важных поправок в отношении платформ пользовательского контента и социальных медиа[6].

[1] Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2010/13/ЕС от 10.03.2010 «О координации некоторых законодательных, регламентарных и административных положений, действующих в Государствах – членах ЕС, относительно оказания аудиовизуальных медиауслуг» (Директива «Об аудиовизуальных медиауслугах»). Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) (URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2010/13/oj (дата обращения: 01.08.2020)).

[2] Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (OJ L 298, 17.10.1989, p. 23).

[3] History of TVwF – The Television without Frontiers Directive. EUROPA – Audiovisual and Media Policies (URL: https://ec.europa.eu/archives/information_society/avpolicy/reg/history/historytvwf/index_en.htm (дата обращения: 01.08.2020)).

[4] Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (OJ L 332, 18.12.2007. P. 27) (URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2007/65/oj (дата обращения: 01.08.2020)).

[5] European Commission, 'A Digital Single Market Strategy for Europe' COM (2015) 192 final (6 May 2015).

[6] Директива (ЕС) 2018/1808 Европейского парламента и Совета Европейского союза 2010/13/ЕС от 14.11.2018, вносящая поправки в Директиву 2010/13/ЕС «О координации некоторых законодательных, регламентарных и административных положений,

Необходимость в обновлении правового регулирования аудиовизуальных медиауслуг была вызвана, во-первых, изменениями в поведении пользователей – в особенности молодого поколения, отдающего предпочтение мобильным устройствам, и во-вторых, усилением новых игроков, а именно сервисов видео по запросу и платформ по обмену видео (*video-sharing platforms*) в борьбе за внимание аудитории[1]. Такая конвергенция медиа, по мысли разработчиков, требует обновленной правовой базы для отражения изменений на рынке и достижения баланса между доступом к онлайн-сервисам, предоставляющим доступ к контенту, защитой прав потребителей и конкурентоспособностью[2].

В соответствии с п. (а) ч. 1 ст. 1 обновленной Директивы 2010/13/ЕС «аудиовизуальная медиа-услуга» – это:

1) услуга, основная цель которой или ее отделимой части[3] заключается в предоставлении широкой публике программ под редакционную ответственность[4] провайдера медиа-услуги в целях информирования, развлечения или обучения с помощью электронных коммуникационных сетей[5];

действующих в Государствах – членах ЕС, относительно оказания аудиовизуальных медиауслуг» (Директива «Об аудиовизуальных медиауслугах») с учетом меняющихся рыночных реалий. Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 amending Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) in view of changing market realities (URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/1808/oj (дата обращения: 01.08.2020)).

[1] См. п. 1 Преамбулы Директивы (ЕС) 2018/1808.

[2] Там же.

[3] Например, размещение видео на сайте онлайн-издания. Введение данной оговорки вызвано решением Суда ЕС по делу *New Media Online GmbH v. Bundeskommunikationssenat and Der Bundeskanzler*. Case C-347/14. Judgment of the Court (Second Chamber) of 21 October 2015.

[4] Согласно п. (c) ст. 1 Директивы 2010/13/ЕС «редакционная ответственность» означает осуществление эффективного контроля как за выбором программ, так и за их организацией либо в хронологическом порядке (в случае телевизионных передач), либо в каталоге (в случае аудиовизуальных медиауслуг по запросу). Редакционная ответственность необязательно подразумевает какую-либо правовую ответственность в соответствии с национальным законодательством за содержание или предоставляемые услуги.

[5] В соответствии с п. (а) ст. 2 Директивы Европейского парламента и Совета Европейского союза 2002/21 от 07.03.2002 «Об общих принципах регулирования электронных коммуникационных сетей и услуг» электронная коммуникационная сеть – это системы передачи, в соответствующих случаях коммутационное оборудование и оборудование для маршрутизации, а также другие ресурсы, включая неактивные элементы сети, которые позволяют осуществлять передачу сигналов проводными, радио-, оптическими и другими электромагнитными средствами, в том числе спутниковыми сетями, стаци-

2) аудиовизуальное коммерческое сообщение[1].

В свою очередь, среди аудиовизуальных медиауслуг, целями которых является информирование, развлечение или обучение, выделяется два типа услуг:

– линейные: телевизионное вещание;

– нелинейные: аудиовизуальные медиауслуги, предоставляемые по запросу (*on-demand audiovisual media services*).

Разница между ними состоит в следующем. Услуги телевизионного вещания предоставляются для *одновременного* просмотра программ на основе программного расписания (см. п. (e) ст. 1 Директивы 2010/13/ЕС). Таким образом, роль пользователей сводится к включению или переключению принимающего устройства. Напротив, в случае аудиовизуальных сервисов, предоставляющих контент по запросу, пользователь играет активную роль, выбирая из каталога программ[2], отобранных провайдером медиауслуг, что и когда он желает смотреть (см. п. (g) ст. 1 Директивы 2010/13/ЕС).

Директива 2010/13/ЕС устанавливает общие правила, применимые к любым провайдерам аудиовизуальных медиауслуг, и специальные, адресованные провайдерам аудиовизуальных медиауслуг, предоставляемых по запросу.

Общие положения содержатся в главе III Директивы 2010/13/ЕС и включают требование указания информации о провайдере аудиовизуальных медиауслуг (ст. 5), запрет разжигания вражды по при-

---

онарные (канал связи и пакетная коммутация, в том числе Интернет) и мобильные наземные сети, электрические кабельные системы – в той мере, в которой они используются для цели передачи сигналов, сети радио и телевещания, кабельные телевизионные сети, независимо от вида передаваемой информации.

[1] Согласно п. (h) ст. 1 Директивы 2010/13/ЕС «аудиовизуальное коммерческое сообщение» означает изображения со звуком или без него, предназначенные для прямого или косвенного продвижения товаров, услуг или имиджа физического или юридического лица, занимающегося экономической деятельностью. Такие изображения сопровождают программу или созданные пользователем видеоматериалы или включаются в них за плату или за аналогичное вознаграждение, или в целях саморекламы. Формы аудиовизуальных коммерческих сообщений включают, в частности, телевизионную рекламу, спонсорство, телемагазины и рекламное размещение продукции (*product placement*).

[2] Согласно п. (b) ст. 1 Директивы 2010/13/ЕС «программа» означает набор движущихся изображений со звуком или без него, составляющих отдельный элемент в рамках расписания или каталога, составленного провайдером медиауслуг, форма и содержание которых сопоставимы с формой и содержанием телевизионного вещания. Примерами программ являются полнометражные фильмы, спортивные мероприятия, ситуационные комедии, документальные фильмы, детские программы и оригинальные драматические произведения.

знаку расы, пола, религии или национальности, а также публичных призывов к совершению террористического акта (ст. 6), требование о постепенном обеспечении доступности аудиовизуальных медиауслуг для людей со зрительными или слуховыми ограничениями (ст. 7), требование о недопущении передачи кинематографических произведений за пределами временных периодов, установленных правообладателями (ст. 8), специальные требования к аудиовизуальным коммерческим сообщениям (ст. 9), спонсорству (ст. 10) и рекламному размещению продукции (*product placement*) (ст. 11).

Наиболее существенным нововведением, появившимся в главе III Директивы 2010/13/ЕС в результате ее пересмотра в 2018 г., стало требование защиты несовершеннолетних от контента, который может нанести вред их физическому, психическому или моральному развитию (ст. 6а). Если прежде это требование было адресовано только провайдерам аудиовизуальных медиауслуг, предоставляемых по запросу (ст. 12)[1], то теперь это стало общей нормой, распространяющейся на всех провайдеров аудиовизуального контента. Кроме того, ст. 6а дает указания в отношении мер защиты несовершеннолетних от вредоносного контента: такие меры могут включать выбор времени вещания, средства проверки возраста или другие технические меры[2]. Эти меры должны быть соразмерны потенциальному вреду программы. В отношении наиболее вредного контента, такого как немотивированное насилие и порнография, должны применяться самые строгие меры. Новая статья 6а также интересна тем, что содержит прямой запрет на обработку персональных данных несовершеннолетних в коммерческих целях – таких, как прямой маркетинг, профайлинг и таргетированная реклама, основанная на поведении (п. 2 ст. 6а)[3].

В настоящее время единственной специальной нормой, адресованной провайдерам аудиовизуальных медиауслуг, предоставляемых

[1] В ходе пересмотра в 2018 г. ст. 12 Директивы 2010/13/ЕС была изъята.

[2] Пункт 19 Преамбулы Директивы (ЕС) 2018/1808 также упоминает такие меры, как система дескрипторов контента, акустическое предупреждение, визуальные символы или любые иные средства, описывающие характер контента.

[3] Как следует из п. 21 Преамбулы Директивы (ЕС) 2018/1808, создание механизмов защиты детей от нежелательного контента провайдерами медиауслуг неизбежно приводит к обработке персональных данных несовершеннолетних. Учитывая, что такие механизмы направлены на защиту детей, персональные данные несовершеннолетних, обрабатываемые в рамках технических мер защиты детей, не должны использоваться в коммерческих целях.

по запросу, является требование наличия европейских произведений (*European works*)[1]. Важнейшей задачей Директивы 2010/13/ЕС, по мысли разработчиков, является стимулирование производства и продвижения контента, созданного в ЕС. Так, п. 1 ст. 13 обновленной Директивы 2010/13/ЕС содержит требование к государствам – членам ЕС сделать так, чтобы провайдеры аудиовизуальных медиауслуг, предоставляемых по запросу, находящиеся под их юрисдикцией[2], обеспечивали не менее 30 % доли европейских произведений в своих каталогах и обеспечивали видимость таких произведений. В случае если государства – члены ЕС требуют от провайдеров медиауслуг, находящихся под их юрисдикцией, вносить финансовый вклад в производство европейских произведений, в том числе посредством прямых инвестиций в контент и взносов в национальные фонды, они могут также требовать от провайдеров медиауслуг, направляющих свою деятельность на аудиторию на их территории, но имеющих место нахождение в других государствах – членах ЕС, делать такой финансовый вклад, который должен быть соразмерным и недискриминационным (п. 2 ст. 13 Директивы 2010/13/ЕС). В последнем случае финансовый взнос должен основываться только на доходах, полученных в государствах – членах ЕС, на которые направлена деятельность провайдера медиауслуг (п. 3 ст. 13 Директивы 2010/13/ЕС).

Важнейшей новеллой, появившейся в результате пересмотра Директивы 2010/13/ЕС в 2018 г., стало включение новой главы *IXA*, устанавливающей правила для платформ по обмену видео. Услугой платформы по обмену видео (*video-sharing platform service*) признается услуга, главная цель которой или ее отделимой части или основная функциональная возможность которой заключается в предоставлении в целях информирования, развлечения или обучения широкой публике с помощью электронных коммуникационных сетей программ, поль-

[1] В соответствии с п. (n) ст. 1 Директивы 2010/13/ЕС термин «европейские произведения» означает следующее:

(i) произведения, происходящие из государств – членов ЕС;

(ii) произведения, происходящие из европейских государств – участников Европейской конвенции о трансграничном телевидении Совета Европы и отвечающие условиям п. 3;

(iii) произведения, совместно созданные в рамках соглашений, относящихся к аудиовизуальному сектору, заключенных между Союзом и третьими странами и выполняющих условия, определенные в каждом из этих соглашений.

См. также п. 3 и 4 ст. 1 Директивы 2010/13/ЕС.

[2] Порядок определения юрисдикции государства – члена ЕС в отношении провайдера аудиовизуальных медиауслуг установлен в ст. 2 Директивы 2010/13/ЕС.

зовательских видео (*user-generated videos*)[1] или и того и другого, за которые провайдер платформы по обмену видео[2] *не несет* редакционной ответственности и организация которых определяется провайдером платформы по обмену видео, в том числе с помощью автоматических средств или алгоритмов, в частности путем отображения, маркировки и упорядочения (п. (aa) ст. 1 Директивы 2010/13/ЕС). По мысли разработчиков, платформы по обмену видео должны охватываться нормами Директивы 2010/13/ЕС, поскольку они конкурируют за ту же аудиторию и доходы, что и аудиовизуальные медиауслуги, а также оказывают значительное влияние в том смысле, что облегчают пользователям возможность формировать мнения других пользователей и влиять на них[3].

Глава *IXA* включает всего две статьи. Статья 28a содержит подробные правила установления юрисдикции в отношении провайдера платформы по обмену видео. Статья 28b устанавливает нормы в отношении контента, размещаемого на таких платформах.

В соответствии с п. 1 ст. 28b Директивы 2010/13/ЕС провайдеры платформ по обмену видео должны принять соответствующие меры по защите:

(a) несовершеннолетних от программ, пользовательских видео- и аудиовизуальных коммерческих сообщений, которые могут нанести вред их физическому, психическому или моральному развитию;

(b) широкой публики от программ, пользовательских видео- и аудиовизуальных коммерческих сообщений, содержащих подстрекательство к насилию или ненависти, направленных против группы лиц или члена группы, на любом из оснований, указанных в статье 21 Хартии Европейского союза об основных правах[4];

---

[1] Согласно п. (ba) ст. 1 Директивы 2010/13/ЕС «пользовательское видео» означает набор движущихся изображений со звуком или без звука, составляющих отдельный элемент, независимо от его длины, который создается пользователем и загружается этим пользователем или любым другим пользователем на платформу для обмена видеоматериалами.

[2] В соответствии с п. (da) ст. 1 Директивы 2010/13/ЕС под провайдером платформы по обмену видео понимается физическое или юридическое лицо, которое предоставляет услугу платформы для обмена видео.

[3] См. п. 4 Преамбулы Директивы (ЕС) 2018/1808.

[4] В соответствии с ч. 1 ст. 21 Хартии Европейского союза об основных правах запрещается любая дискриминация, в частности по признакам пола, расы, цвета кожи, этнического или социального происхождения, генетических особенностей, языка, религии или убеждений, политических или иных взглядов, принадлежности к национальному меньшинству, имущественного положения, рождения, инвалидности, возраста или

(c) широкой публики от программ, пользовательских видео- и аудиовизуальных коммерческих сообщений, содержащих контент, распространение которого является уголовно наказуемым деянием по праву ЕС[1].

Пункт 2 ст. 28b Директивы 2010/13/ЕС устанавливает обязанность провайдеров платформ по обмену видео выполнять требования, установленные в отношении аудиовизуальных коммерческих сообщений (ст. 9 (1) Директивы 2010/13/ЕС). При этом провайдеры платформ по обмену видео должны явным образом информировать пользователей о том, что программы и пользовательские видео содержат коммерческие сообщения.

Меры, предпринимаемые провайдерами платформ по обмену видео, должны определяться с учетом характера соответствующего контента, вреда, который он может причинить, характеристик категории лиц, подлежащих защите, а также затрагиваемых прав и законных интересов, включая права и законные интересы провайдеров платформ по обмену видео и пользователей, создавших или загрузивших такой контент, а также интересов широкой общественности. Пункт 3 ст. 28b Директивы 2010/13/ЕС содержит перечень мер, которые могут быть предприняты провайдерами платформ по обмену видео. В частности, такие меры включают в себя системы сообщения или маркировки нежелательного контента, системы, с помощью которых провайдеры платформ разъясняют пользователям о результатах работы систем сообщения или маркировки нежелательного контента, системы проверки возраста, системы оценки содержания, системы родительского контроля, меры и инструменты медиаграмотности, простые и эффективные процедуры обработки жалоб пользователей в адрес провайдера платформы в связи с применением им мер в отношении нежелательного контента. Указанные меры, однако, не должны приводить к каким-либо мерам контроля *ex ante* или фильтрации загружаемого контента – иное противоречило бы положениям ст. 15 Директивы 2000/31/ЕС[2].

сексуальной ориентации. Также в силу ч. 2 указанной статьи запрещается любая дискриминация по признаку гражданства.

[1] Публичные призывы к совершению террористического акта (ст. 5 Директивы (ЕС) 2017/541), преступления, связанные с детской порнографией (ст. 5 (4) Директивы 2011/93/ЕС), а также преступления, связанные с расизмом и ксенофобией (ст. 1 Рамочного решения 2008/913/JHA).

[2] В соответствии со ст. 15 (1) Директивы 2000/31/ЕС государства – члены ЕС не должны налагать на провайдеров информационных услуг, указанных в ст. 12, 13 и 14, обязательств по мониторингу информации, которую они передают или хранят,

Следует отметить, что Директива 2010/13/ЕС гармонизирует лишь минимальные требования в отношении провайдеров платформ по обмену видео. Государства – члены ЕС вправе устанавливать более детальные и строгие меры[1]. В то же время исследователи задают резонный вопрос: какие меры могут быть более строгими, чем процедура уведомления и удаления (*notice-and-takedown procedure*), кроме фильтрации загружаемого контента, запрещенной ст. 15 Директивы 2000/31/ЕС[2]?

Как следует из п. 5 Преамбулы Директивы (ЕС) 2018/1808, социальные медиа подпадают под действие Директивы «Об аудиовизуальных медиауслугах» в случае, если предоставление программ и пользовательских видео составляет *основную функциональную возможность* (*essential functionality*) этого сервиса. При этом предоставление программ и пользовательских видео считается основной функциональной возможностью социальных медиа, если аудиовизуальный контент не является лишь вспомогательным по отношению к деятельности этих социальных медиа или не составляет незначительной части деятельности указанного сервиса. Ввиду расплывчатости формулировок на Европейскую комиссию была возложена обязанность издания руководства в отношении социальных медиа. Такое руководство было опубликовано в июле 2020 г.[3]

В руководстве, адресованном государствам – членам ЕС, Европейская комиссия предложила ряд показателей, которые должны приниматься во внимание при применении критерия основной функциональной возможности в отношении провайдера платформы по обмену видео. Эти показатели объединены в следующие категории:

1. Взаимосвязь между аудиовизуальным содержанием и основной экономической деятельностью сервиса. При этом учитываются:

– общая архитектура и внешняя конфигурация платформы;

– самостоятельная природа аудиовизуального контента;

а также обязательств по активному поиску фактов или обстоятельств, указывающих на нелегальную деятельность.

[1] См. п. 6 ст. 28b Директивы 2010/13/ЕС.

[2] *Montagnani, M.L.* A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy in Oxford Handbook of Online Intermediary Liability. Edited by Giancarlo Frosio. Oxford University Press, 2020. P. 308.

[3] European Commission, Guidelines on the practical application of the essential functionality criterion of the definition of a 'video-sharing platform service' under the Audiovisual Media Services Directive. Communication from the Commission. (2020/C 223/02) (URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2020.223.01.0003.01.ENG#document1 (дата обращения: 01.08.2020)).

– специфические функциональные возможности службы, адаптированные для аудиовизуального контента или специфические для него;

– то, как сервис позиционирует себя на рынке и какой сегмент рынка он обслуживает.

2. Количественная и качественная значимость аудиовизуального контента для деятельности службы. Принимаются во внимание:

– количество аудиовизуального контента, доступного на платформе;

– использование аудиовизуального контента на платформе;

– доступность аудиовизуального контента.

3. Монетизация или получение дохода от аудиовизуального контента. Следует учитывать:

– включение коммерческих сообщений в аудиовизуальный контент или рядом с ним[1];

– платный доступ к аудиовизуальному контенту;

– спонсорские соглашения между брендами и пользователями, загружающими контент;

– отслеживание деятельности пользователей на платформе.

4. Наличие инструментов, предназначенных для повышения заметности или привлекательности аудиовизуального контента. Учитываются:

– специфические элементы или действия, побуждающие к потреблению аудиовизуального контента;

– инструменты, доступные внутри или рядом с видео, предназначенные для привлечения пользователей и поощрения их взаимодействия[2];

– инструменты или системы, позволяющие пользователям выбирать аудиовизуальный контент, который может быть им предложен;

– инструменты или системы для отслеживания производительности и управления контентом, загруженным на платформу.

При оценке соответствия критерию основной функциональной возможности национальный регулятор должен применять индивидуальный подход и учитывать специфику соответствующего онлайн-сервиса.

[1] Имеются в виду рекламные ролики, демонстрируемые перед, после или в ходе просмотра выбранного пользователем контента.

[2] Например, фильтры, кнопки «поделиться», чаты.

Онлайн-медиаплатформа как интернет-посредник

Онлайн-медиаплатформы составляют часть более общей категории информационных посредников (*online intermediaries or Internet service providers, ISPs*). Необходимость выделения особых субъектов (информационных посредников) и наделения их специальным статусом была вызвана исключительной сложностью (скорее даже невозможностью) контролировать поведение отдельных пользователей в Интернете. Строго говоря, любое действие пользователя от создания цифрового файла до просмотра содержания веб-страниц и передачи файлов другим пользователям может нести потенциальную угрозу нарушения авторских прав, ведь в силу технических особенностей устройства сети Интернет в процессе ее использования постоянно происходит создание цифровых копий объектов. В этих условиях попытки отследить и привлечь к ответственности за нарушение авторских и смежных прав были заранее обречены на провал: даже если правообладателю удавалось найти отдельных пользователей, взыскать убытки с правонарушителей было практически невозможно[1]. Именно поэтому фокус внимания правообладателей и регуляторов сместился на информационных посредников. Задачей регуляторов стало установление баланса между свободным распространением информации и защитой интересов правообладателей.

На уровне ЕС первым актом, установившим специальные правила для информационных посредников, стала Директива 2000/31/ЕС «Об электронной коммерции»[2], которая содержит нормы об ограничении ответственности информационных посредников за нарушения исключительных прав их пользователями (так называемые *safe harbors*). Эти правила во многом сходны с нормами Закона США «Об авторском праве в цифровую эпоху» (*Digital Millennium Copyright Act, DMCA*)[3], однако

[1] *Samuelson, P.* Intellectual Property Meets the Internet in The Oxford Handbook of Intellectual Property Law. Edited by Rochelle Dreyfuss and Justine Pila. Oxford, 2018. P. 851–853.

[2] Директива Европейского парламента и Совета ЕС № 2000/31/ЕС от 08.06.2000 «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности об электронной коммерции». Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

[3] To amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty, and for other purposes. Pub. L. 105–304.

между указанными нормативными актами имеются существенные отличия.

Прежде всего вместо четырех категорий информационных посредников Директива 2000/31/ЕС выделяет всего три:

1) посредники, осуществляющие передачу в коммуникационной сети информации, предоставляемой пользователем, или предоставляющие доступ к коммуникационной сети (ст. 12);

2) посредники, осуществляющие кэширование, т.е. «автоматическое, промежуточное и временное хранение передаваемой по запросу пользователя информации, осуществляемое исключительно с целью повышения эффективности дальнейшей передачи информации другим пользователям по их запросу» (ст. 13);

3) посредники, оказывающие услуги по хранению предоставленной пользователем информации (хостинг-провайдеры) (ст. 14).

Таким образом, в праве ЕС не предусмотрены условия освобождения от ответственности для информационных посредников, предоставляющих инструменты для определения местоположения информации (*information location tools, 17 U.S. Code § 512 (d)*). Данный пробел в правовом регулировании был восполнен посредством серии решений Европейского суда справедливости (далее – Суд ЕС) по вопросам квалификации гиперссылок[1].

Еще одним отличием европейского подхода к регулированию деятельности информационных посредников является горизонтальный характер «иммунитетов»[2]. Если в американском праве нормы об огра-

Законом выделены следующие **четыре** категории информационных посредников:

1) посредники, осуществляющие транзитные цифровые сетевые коммуникации (*Transitory Digital Network Communications, 17 U.S. Code § 512 (a)*);

2) посредники, осуществляющие промежуточное и временное хранение материала в системе или сети (кэширование) (*System Caching, 17 U.S. Code § 512 (b)*);

3) посредники, осуществляющие хранение находящегося в системе или сети материала по указанию пользователя (*Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users, 17 U.S. Code § 512 (c)*);

4) провайдеры сервисов, предоставляющие инструменты для определения местоположения информации – такие, как справочник, каталог, ссылка, указатель или гипертекстовая ссылка (*Information Location Tools, 17 U.S. Code § 512 (d)*).

[1] Подробнее см.: *Quintais, J.P.* Untangling the hyperlinking web: In search of the online right of communication to the public. Journal of World Intellectual Property, 21 (5–6), 2018, 385–420 (URL: https://doi.org/10.1111/jwip.12107 (дата обращения: 01.08.2020)); *Мотовилова Д.А.* Правовая квалификация гиперссылок: эволюция подходов // Право интеллектуальной собственности. 2019. Т. 57. № 3. С. 16–19.

[2] *Angelopoulos, Ch.* Harmonizing Intermediary Copyright Liability in the EU: A Summary in Oxford Handbook of Online Intermediary Liability. Edited by Giancarlo Frosio. Oxford, 2020. P. 316.

ничении ответственности информационных посредников распространяются исключительно на случаи нарушения авторских прав, то в праве ЕС в силу расположения норм в Директиве, регулирующей вопросы электронной коммерции, информационные посредники могут полагаться на эти «иммунитеты» в связи с предполагаемым нарушением иных исключительных прав. Так, в спорах *Google France v. Louis Vuitton Malletier*[1] и *L'Oreal v. eBay*[2] перед Судом ЕС были поставлены вопросы о том, может ли информационный посредник быть привлечен к ответственности за незаконное использование товарных знаков третьими лицами.

Исходя из представленной выше категоризации в соответствии с Директивой 2000/31/ЕС, медиаплатформы относятся к категории посредников, оказывающих услуги по хранению предоставленной пользователем информации. В соответствии со ст. 14 (1) Директивы 2000/31/ЕС такой информационный посредник не несет ответственности за хранение полученной от пользователя информации при одном из следующих условий:

а) такой посредник не имеет действительного знания (*actual knowledge*) о незаконном характере деятельности или информации и применительно к требованиям о возмещении убытков не имеет знания о фактах или обстоятельствах, из которых с очевидностью следует незаконный характер деятельности или информации;

б) такой посредник при получении соответствующего знания незамедлительно принимает меры по удалению или прекращению доступа к информации.

Директива 2001/29/ЕС[3] содержит дополнительные правила для случаев нарушения авторских и смежных прав. Так, в соответствии со ст. 8 (3) Директивы 2001/29/ЕС государства – члены ЕС должны предусмотреть возможность применения правообладателями судебного запрета (*injunction*) против посредников, чьи сервисы используются третьими лицами для нарушения авторского или смежного

[1] Judgment of the Court (Grand Chamber) of 23 March 2010. *Google France SARL and Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL v. Viaticum SA and Luteciel SARL* (C-237/08) and *Google France SARL v. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others* (C-238/08). Joined cases C-236/08 to C-238/08.

[2] Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 July 2011. *L'Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others*. Case C-324/09.

[3] Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2001/29/ЕС от 22.05.2001 «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе». Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

права. Как следует из п. 59 Преамбулы Директивы ЕС 2001/29/ЕС, обращение правообладателей к посредникам с требованием о судебном запрете обосновано тем, что посредники наилучшим образом обеспечивают прекращение деятельности, нарушающей исключительное право. При этом условия и порядок, относящиеся к таким судебным запретам, определяются национальными законами государств – членов ЕС.

Основания ответственности онлайн-медиаплатформы за контент, опубликованный без согласия правообладателей

С точки зрения права ЕС при привлечении к ответственности медиаплатформы ключевой вопрос, на который необходимо получить ответ, – осуществляет ли данное лицо сообщение для всеобщего сведения (*communication to the public*).

Исключительное право на сообщение для всеобщего сведения стало результатом имплементации в право ЕС положений Договора ВОИС об авторском праве и Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам[1]. Нормы, определяющие круг правообладателей и содержание указанного права, содержатся в ст. 3 Директивы 2001/29/ЕС.

Статья 3 (1) Директивы 2001/29/ЕС устанавливает обязанность государств – членов ЕС обеспечить авторов исключительным правом разрешать или запрещать любое сообщение для всеобщего сведения их произведений по проводам или средствами беспроводной связи, включая доведение до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору. Это положение полностью воспроизводит требование, содержащееся в ДАП.

Статья 3 (2) Директивы 2001/29/ЕС вводит исключительное право на доведение до всеобщего сведения в отношении объектов смежных прав. Обладателями указанного права являются:

а) исполнители в отношении записи своих исполнений (ст. 3 (2) (a));

б) производители фонограмм в отношении своих фонограмм (ст. 3 (2) (b));

в) производители первых записей фильмов в отношении оригинала и копий своих фильмов (ст. 3 (2) (c));

г) вещательные организации в отношении записей своих программ – независимо от того, были ли переданы эти программы по про-

[1] См. п. 15 Преамбулы Директивы 2001/29/ЕС.

водам или средствами беспроволочной связи, включая кабель или спутник (ст. 3 (2) (d)).

Таким образом, по сравнению с ДИФ Директива 2001/29/ЕС расширяет круг обладателей исключительного права на доведение до всеобщего сведения и перечень объектов смежных прав, в отношении которых признается указанное право.

Различия между правом на сообщение для всеобщего сведения и правом на доведение до всеобщего сведения заключаются в следующем. Исключительное право на сообщение для всеобщего сведения признается в отношении произведений и охватывает все случаи нематериального распространения или передачи произведений для публики, не присутствующей в месте, откуда происходит это сообщение[1]. Оно является общей категорией, охватывающей право на передачу в эфир, право на сообщение для всеобщего сведения с помощью проводной[2] или беспроводной связи и право на доведение до всеобщего сведения. Исключительное право на доведение до всеобщего сведения признается как в отношении произведений, так и в отношении некоторых объектов смежных прав, используемых онлайн. Его отличительной чертой является возможность индивидуального выбора со стороны представителей публики места и времени доступа к произведению или объекту смежных прав. Исключительное право на доведение до всеобщего сведения распространяется на все сервисы, предоставляющие доступ к произведениям или объектам смежных прав по запросу пользователя – такие, как видео по запросу, телевидение, работающее по модели *pay per view*, выбор произведений (или объектов смежных прав) из онлайн-базы данных[3].

В силу того, что нематериальное использование произведений и объектов смежных прав происходит в рамках договоров оказания услуг и не связано с передачей экземпляров произведений или иных охраняемых объектов, исключительное право на сообщение для всеобщего сведения и исключительное право на доведение до всеобщего сведения не исчерпываются в результате такого использования[4].

Несмотря на простоту формулировок ст. 3 Директивы 2001/29/ЕС, некоторые важные понятия не получили легального определения,

[1] *Geige, Ch., Schönherr, F., Stamatoudi, I. and Torremans, P.* The Information Society Directive in EU Copyright Law: A Commentary. Edited by Irini Stamatoudi and Paul Torremans. Edward Elgar Publishing, 2014. P. 408.

[2] Например кабельное телевидение.

[3] *Geiger, Ch., Schönherr, F., Stamatoudi, I. and Torremans, P.* Op. cit. P. 413.

[4] См. п. 29 Преамбулы и ст. 3 (3) Директивы 2001/29/ЕС.

что вызвало необходимость их прояснения. К настоящему времени Судом ЕС создана обширная и не всегда однозначная практика толкования содержания исключительного права на сообщение для всеобщего сведения.

В соответствии со сложившейся практикой Суда ЕС для квалификации действия в качестве «сообщения для всеобщего сведения» требуется наличие двух обязательных элементов: 1) **акта сообщения** (*act of communication*); 2) сообщения произведения для **публики** (*communication of that work to a public*).

Прежде всего следует определить, что понимается под актом сообщения. Пункт 23 Преамбулы Директивы 2001/29/ЕС предполагает широкую трактовку сообщения для всеобщего сведения, которое должно «охватывать любую передачу (*transmission*) или повторную передачу (*retransmission*) для публики, не присутствующей в месте, откуда исходит сообщение, средствами проводной или беспроводной связи, включая вещание (*broadcasting*)». При этом любое предоставление доступа к охраняемому контенту может быть квалифицировано как «акт сообщения».

Так, в споре *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v. Rafael Hoteles SA* Суд ЕС пришел к выводу, что размещение телевизоров в номерах гостиницы, подключенных к центральной антенне, следует считать «сообщением для всеобщего сведения», поскольку для признания действия сообщением для всеобщего сведения «достаточно, чтобы произведение было доведено до публики таким образом, что лица, относящиеся к публике, могли получить доступ к нему» (judgment of 7 December 2006, Case C-306/05, at 43).

Такая широкая трактовка понятия «сообщение» в дальнейшем послужила основанием для его распространения на акты создания гиперссылок (judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others, C-466/12*). Однако если в деле *Svensson* новостной агрегатор предоставлял ссылки на легально опубликованный контент, а потому, по мнению суда, не сообщал произведения для новой публики, то в деле *GS Media BV v. Sanoma* (judgment of 8 September 2016, *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV and Others*, Case C-160/15) новостной портал предоставлял ссылки на фотографии, опубликованные на стороннем ресурсе, без согласия правообладателя и тем самым с точки зрения Суда ЕС нарушил исключительное право на сообщение для всеобщего сведения.

Наконец, под понятие «сообщение» может подпадать и продажа устройств, предоставляющих их владельцам возможность получить

доступ к охраняемому контенту, размещенному без согласия правообладателей. В споре, направленном Верховным Судом Нидерландов в Суд ЕС, ответчик продавал устройство, содержавшее программное обеспечение, которое предоставляло его владельцам возможность просматривать на телевизионном экране аудиовизуальные материалы, размещенные онлайн как с согласия правообладателей, так и без такового. Суд ЕС согласился с доводами истца (нидерландской антипиратской организации, отстаивающей интересы музыкальной и киноиндустрии) о том, что, создавая устройство, ответчик знал, что встроенная программа, содержащая гиперссылки, предоставляет доступ к незаконно опубликованным произведениям, а потому продажа такого устройства должна считаться «сообщением для всеобщего сведения». Как указал Суд ЕС, пользователь совершает акт сообщения для всеобщего сведения, «когда он вторгается с полным осознанием (*in full knowledge*) последствий своих действий с тем, чтобы предоставить доступ к охраняемому произведению своим клиентам» (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein v. Jack Frederik Wullems,* C-527/15, at 31).

Сложившаяся практика нашла логичное завершение в решении против знаменитой платформы *The Pirate Bay*. В споре между *Stichting Brein*[1] и интернет-провайдерами (*Ziggo and XS4ALL*) Суд ЕС вновь подчеркнул «незаменимую роль, которую играет пользователь, и сознательный характер его вмешательства» (judgment of 14 June 2017, C-610/15, *Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*, at 26). Подробно исследовав техническую сторону файлообменного процесса, Суд ЕС указал, что несмотря на то, что незаконный контент размещается пользователями, операторы данной онлайн-платформы «вмешиваются... путем индексирования на этой платформе торрент-файлов, которые позволяют пользователям платформы определять местонахождение таких произведений и обмениваться ими в рамках пиринговой сети» и «в отсутствие таких операторов пользователи не могли бы обмениваться произведениями или, по крайней мере, такой обмен оказался бы более сложным» (C-610/15, at 36). На этом основании Суд ЕС пришел к выводу, что доведение до всеобщего сведения и управление подобной платформой следует считать сообщением для всеобщего сведения (C-610/15, at 39).

Вторым элементом «сообщения для всеобщего сведения (публики)» является понятие «публика», которое следует трактовать не как физическое нахождение зрителей или слушателей в определенном месте

[1] Ассоциация по защите прав индустрии развлечений Нидерландов (URL: https://stichtingbrein.nl/ (дата обращения: 01.08.2020)).

для совместного восприятия произведения (как, например, в случае публичного показа), а как рассеянное множество людей, получающих доступ к произведениям в приватной обстановке.

Как следует из практики Европейского суда справедливости, понятие «публика» охватывает *неопределенное* (Case C-89/04 *Mediakabel*, at 30, Case C-192/04 *Lagardère Active Broadcast [2005],* at 31), *но достаточно большое число* (*SGAE*, at 38 и др.) потенциальных получателей такого сообщения. При этом при оценке величины аудитории приобретает значение накопительный эффект (*cumulative effect*) доведения произведений до потенциальных получателей, которые могут иметь доступ к произведению *как одновременно* (*ITV Broadcasting*, at 34), *так и последовательно* (*SGAE*, at 39).

Кроме наличия двух обязательных элементов, при оценке акта как «сообщения для всеобщего сведения» Суд ЕС учитывает дополнительные критерии, а именно: 1) используются ли специальные технические средства для сообщения произведений для публики; 2) является ли публика «новой».

Так, в споре между британскими телевещательными организациями и стриминговым сервисом *TVCatchup*, предоставлявшим своим пользователям возможность смотреть в сети Интернет прямой эфир бесплатного телевещания, Суд ЕС пришел к выводу, что повторная передача телевещания через Интернет требует использования специальных технических средств, отличных от используемых при изначальном сообщении, а потому такая повторная передача является сообщением для всеобщего сведения и может производиться только с согласия правообладателей (judgement of 7 March 2013, *ITV Broadcasting Limited and others v. TVCatchup Limited*, Case C-607/11, at 26).

Критерий «новой» публики следует понимать следующим образом: сообщение адресовано новой публике, если правообладатели *не* принимали ее во внимание, когда давали разрешение на изначальное сообщение произведений для публики. Впервые он был сформулирован в деле *SGAE* (at 40, 42), а затем подтвержден в спорах о телевещании (Joined cases *Football Association Premier League v. QC Leisure*, Case C-403/08, and *Karen Murphy v. Media Protection Services*, Case C-429/08, [2011]; *ITV Broadcasting and Others*, at 39) и спорах, касавшихся гиперссылок (*GS Media*; order of 21 October 2014, *BestWater International GmbH v. Michael Mebes and Stefan Potsch*, Case C-348/13).

Еще одним важным обстоятельством, принимаемым во внимание, является знание лица, осуществляющего сообщение для всеобщего сведения, о том, что контент распространяется без согласия правообла-

дателя. Так, в деле *GS Media* новостной агрегатор намеренно размещал ссылку на фотографии, размещенные на стороннем ресурсе, без согласия правообладателя, благодаря чему его трафик значительно вырос. В этом же решении Суд ЕС предложил оценивать знание в сочетании с преследуемыми целями. Так, если ссылка сделана в некоммерческих целях (рядовым пользователем), необходимо принимать во внимание, что это лицо не знает и не может разумно полагать, что произведение было опубликовано в Интернете без согласия правообладателя (*GS Media*, at 47). Напротив, если лицо, разместившее ссылку, знало или должно было знать (например, после уведомления правообладателя), что произведение было размещено нелегально, предоставление такой ссылки является сообщением для всеобщего сведения (*GS Media*, at 49). Кроме того, если размещение ссылки было сделано в целях извлечения прибыли (например, для привлечения аудитории и увеличения доходов от рекламы), следует ожидать, то лицо, размещающее ссылку, произведет необходимую проверку (*GS Media*, at 51; *Stichting Brein v. Wullems,* at 49).

Итак, для квалификации действия в качестве сообщения для всеобщего сведения необходимо наличие следующих обстоятельств:

1) акт сообщения, т.е. предоставление клиентам возможности доступа к охраняемому контенту как с помощью физических устройств, так и посредством онлайн-сервисов;

2) сообщение должно быть адресовано публике;

3) публика получает доступ к объектам авторских или смежных прав с помощью технических средств, отличных от использованных изначальным инициатором сообщения;

4) публика является «новой», т.е. не принимавшейся во внимание правообладателями, давшими разрешение на изначальное сообщение;

5) лицо, осуществляющее сообщение для всеобщего сведения, знает или должно знать, что контент используется без согласия правообладателя;

6) если данное лицо осуществляет сообщение для всеобщего сведения в целях извлечения прибыли, наличие такого знания предполагается.

Дальнейшее развитие регулирования

В 2019 г. были приняты две Директивы, в которых нашла воплощение сложившаяся практика Суда ЕС в отношении онлайн-медиаплатформ.

Директива ЕС 2019/790[1] определяет нормы, применимые к «провайдеру онлайн-сервиса совместного использования контента» (*online content-sharing service provider*), под которым понимается «провайдер услуг информационного общества, основной или одной из главных целей которого является хранение и предоставление публике доступа к большому количеству охраняемых авторским правом произведений или иных охраняемых объектов, загруженных его пользователями, которые он организует и распространяет в коммерческих целях» (ст. 2 (6)). Как следует из п. 62 Преамбулы Директивы ЕС 2019/790, эти нормы адресованы сервисам, основной или одной из основных целей которых является хранение и предоставление пользователям возможности загружать и обмениваться (*share*) большим объемом охраняемого авторским правом контента с целью извлечения от этого прямой или косвенной выгоды путем организации и продвижения контента для привлечения широкой аудитории, включая его классификацию и использование таргетированного продвижения внутри него.

Важным нововведением стала правовая квалификация действий таких посредников. Согласно ст. 17 (1) Директивы ЕС 2019/790, предоставляя публике доступ к произведениям, охраняемым авторским правом, или иным охраняемым объектам, загруженным его пользователями, провайдер онлайн-сервиса совместного использования контента совершает *акт сообщения для всеобщего сведения* (*act of communication to the public*) или *акт доведения до всеобщего сведения* (*act of making available to the public*), поэтому провайдер онлайн-сервиса совместного использования контента *должен получить разрешение от правообладателей* соответствующего контента, например путем заключения лицензионного соглашения. Таким образом, провайдеры онлайн-сервисов совместного использования контента больше не смогут полагаться на иммунитеты, предусмотренные ст. 14 (1) Директивы ЕС 2000/31/ЕС.

Если же разрешение от правообладателя не было получено, провайдеры онлайн-сервисов совместного использования контента могут избежать ответственности только при наличии следующих условий, предусмотренных ст. 17 (4) Директивы ЕС 2019/790:

[1] Директива Европейского парламента и совета Европейского союза 2019/790 «Об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке и о внесении изменений в Директивы 96/9/ЕС и 2001/29/ЕС». Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

(a) они приложили все усилия для получения разрешения;

(b) они приложили в соответствии с высокими отраслевыми стандартами профессиональной осмотрительности все усилия для обеспечения отсутствия конкретных произведений и иных охраняемых объектов, в отношении которых правообладатели предоставили провайдерам сервисов соответствующую и необходимую информацию;

(c) они по получении достаточно обоснованного уведомления от правообладателей незамедлительно приняли меры по блокированию доступа или удалению с их веб-сайтов указанных произведений или иных охраняемых объектов и приложили все усилия для предотвращения их дальнейшей загрузки в соответствии с пунктом «b».

Положения Директивы 2019/790 должны быть имплементированы в национальное законодательство до 07.06.2021.

В связи с широким распространением таких онлайн-сервисов, как *simulcasting* (трансляции программ или событий по нескольким каналам одновременно, когда, например, радиостанция вещает в FM-диапазоне и одновременно транслируется в Интернете) и *catch-up* (технологии, позволяющие смотреть телепередачи с помощью Интернета через некоторое время после их выхода в эфир), возникла необходимость в специальном правовом регулировании таких сервисов. Директива 2019/789[1] установила специальные нормы в отношении «дополнительных онлайн-сервисов» (*ancillary online services*), под которыми понимаются онлайн-сервисы, заключающиеся «в предоставлении публике организацией эфирного вещания или под ее контролем и ответственностью телевизионных или радиопрограмм одновременно с передачей их в эфир или в течение определенного периода времени после их передачи в эфир организацией эфирного вещания, а также любого материала, являющегося вспомогательным по отношению к такой передаче» (ст. 2 (1)). В целях более широкого распространения теле- и радиопрограмм, созданных в странах – членах ЕС, в интересах граждан ЕС и в особенности национальных меньшинств в статье устанавливаются правила, согласно которым

[1] Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2019/789 от 17.04.2019, устанавливающая правила осуществления авторского права и смежных прав, применимых к определенным онлайн-трансляциям организаций эфирного вещания и ретрансляциям телевизионных и радиопрограмм, а также внесшая изменения в Директиву 93/83/ЕЭС Совета ЕС. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organizations and retransmissions of television and radio programmes, and amending Council Directive 93/83/EEC.

сообщение для всеобщего сведения радиопрограмм, новостных телепрограмм, а также телепрограмм, созданных самими вещательными организациями, расценивается как происходящее исключительно в государстве – члене ЕС, в котором вещательная организация имеет основное место нахождения. Таким образом, упраздняется необходимость получать разрешения от правообладателей в каждом государстве – члене ЕС, откуда потенциальные зрители или слушатели могут получить доступ к дополнительным онлайн-сервисам. Положения Директивы 2019/789 должны быть имплементированы в национальное законодательство до 07.07.2021.

Пристатейный библиографический список

1. *Шаститко А.Е., Паршина Е.Н.* Рынки с двусторонними сетевыми эффектами: спецификация предметной области // Современная конкуренция. 2016. Т. 10. № 1 (55).

2. *Angelopoulos, Ch.* Harmonizing Intermediary Copyright Liability in the EU: A Summary in Oxford Handbook of Online Intermediary Liability. Edited by Giancarlo Frosio. Oxford, 2020.

3. *Flew T.* Media Convergence in Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica, inc. Published August 17, 2017 (URL: https://www.britannica.com/topic/media-convergence (дата обращения: 01.08.2020)).

4. *Geiger, Ch., Schönherr, F., Stamatoudi, I. and Torremans, P.* The Information Society Directive in EU Copyright Law: A Commentary. Edited by Irini Stamatoudi and Paul Torremans. Edward Elgar Publishing, 2014.

5. *Latzer, M.* Media Convergence in Handbook on the Digital Creative Economy. Edited by Ruth Towse and Christian Handke. Elgar, 2013.

6. *Liebovitz, S.* Internet piracy: the estimated impact on sales in Handbook on the Digital Creative Economy. Edited by Ruth Towse and Christian Handke. Elgar, 2013.

7. *Montagnani, M.L.* A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy in Oxford Handbook of Online Intermediary Liability. Edited by Giancarlo Frosio. Oxford University Press, 2020.

8. *O'Reilly, T.* What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software (URL: https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1 (дата обращения: 01.08.2020)).

9. Participative Web and User-Created Content. Web 2.0, Wikis and Social Networking. OECD, 2007 (URL: www.sourceoecd.org/scienceIT/9789264037465 (дата обращения: 01.08.2020)).

10. *Quintais, J.P.* Untangling the hyperlinking web: In search of the online right of communication to the public. Journal of World Intellectual Property, 21 (5–6), 2018, 385–420 (URL: https://doi.org/10.1111/jwip.12107 (дата обращения: 01.08.2020)).

11. *Rochet, J.C., Tirole, J.* Platform competition in two-sided markets. Journal of the European Economic Association, 2003.

12. *Samuelson, P.* Intellectual Property Meets the Internet in The Oxford Handbook of Intellectual Property Law. Edited by Rochelle Dreyfuss and Justine Pila. Oxford, 2018.

13. *Wu, T.* The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads. Atlantic Books, 2017.

Л.И. Сафаргалеев

АГРЕГАТОРЫ ИНФОРМАЦИИ О ТОВАРАХ И УСЛУГАХ: ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Аннотация. *Статья посвящена анализу правового регулирования относительно новой конструкции в российском праве – владельца агрегатора информации о товарах (услугах). Автор рассматривает вопросы статуса агрегатора информации и его владельца, договорных отношений с участием владельца агрегатора, ответственности владельца агрегатора перед пользователями.*

Ключевые слова: *агрегатор, правовой статус, потребитель, услуги, посредничество, ответственность.*

Введение

Сфера *e-commerce* активно развивается. По данным ресурса *eMarketer*, глобальная электронная торговля в 2019 г. выросла на 20,7 % – до 3,535 трлн долл., к 2021 г. мировая электронная торговля достигнет 5 трлн долл.[1] Цифровая экономика во многом формируется на основе онлайн-платформ, где клиенты могут покупать товары или заказывать услуги[2]. Таких посредников называют «агрегаторы», «маркетплейсы», «торговые площадки» и т.д.

Пока не проводилось комплексных исследований правового статуса посредника в сети Интернет. В теории не существует выработанного понятия этого явления, не предпринимались попытки его осмысления. В связи с этим проведение отдельного исследования правового статуса владельца агрегатора информации о товарах (услугах) является актуальным как для науки, так и для совершенствования нормативно-правового регулирования и правоприменения.

---

[1] https://www.emarketer.com/content/global-ecommerce-2019 (дата обращения: 20.05.2020).

[2] *European Law Institute. ELI* (URL: https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/online-platforms/ (дата обращения: 20.05.2020)).

I. Понятие и общая характеристика агрегатора информации о товарах (услугах)

В первую очередь необходимо определиться с термином «агрегатор». Данное слово образовано от латинского *aggregatio*, т.е. «накопление». С точки зрения словообразования первоначальным по отношению к слову «агрегатор» является слово «агрегация», под которым понимается в том числе «соединение частей в целое»[1].

Термин «агрегатор» в российском законодательстве можно встретить в ряде нормативных актов – например, в Законе об информации (новостной агрегатор), в Федеральном законе от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» (платежный агрегатор), в распоряжении Правительства РФ от 28.04.2018 № 824-р (единый агрегатор торговли, действует в сфере публичных закупок[2])[3]. Стоит отметить некоторую непоследовательность законодателя: если под платежным агрегатором понимается юридическое лицо, то во всех остальных нормативных актах в качестве субъекта права упоминается владелец агрегатора.

Термин «агрегатор» применительно к сфере *e-commerce* практически не используется за рубежом. Вместо него, как правило, используются понятия «платформа» (*platform*) или «посредник» (*intermediary*). К примеру, в проекте Директивы ЕС по онлайн-платформам – посредникам (*Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*) употребляется термин «посредническая онлайн-платформа» (*online intermediary platform*)[4]. Под ним в ст. 2 проекта Директивы понимается сервис информационного общества, доступный через сеть Интернет, позволяющий пользователям заключать договоры с поставщиками товаров, услуг или цифрового контента.

---

[1] Словарь иностранных слов (URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_fwords/2495 (дата обращения: 20.05.2020)).

[2] См.: официальный сайт ЕАТ «Березка» (URL: https://agregatoreat.ru/ (дата обращения: 20.05.2020)).

[3] Деятельность перечисленных агрегаторов не входит в предмет настоящей работы и далее не анализируется.

[4] *Busch Christoph, Dannemann Gerhard, Schulte-Nölke Hans, Wiewiórowska-Domagalska Aneta and Zol Fryderyk.* Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms (11 August 2016). Research Group on the Law of Digital Services. Journal of European Consumer and Market Law 164–169 (Publishers: C.H. Beck, Nomos and Wolters Kluwer) (URL: https://ssrn.com/abstract=2821590 (дата обращения: 20.05.2020)).

Регулирование товарных агрегаторов в российском праве появилось с принятием Закона об агрегаторах. И здесь следует обратить внимание на то, что российское законодательство использует термин «агрегатор информации о товарах (услугах)», исключая сферу выполнения работ из деятельности агрегаторов. Такой подход законодателя представляется не до конца продуманным: несмотря на то, что в настоящее время затруднительно найти агрегатора информации о работах, закон не учитывает возможность появления таких торговых площадок в будущем. Кроме того, зачастую работы и услуги затруднительно четко отграничить друг от друга – традиционный критерий разграничения в виде наличия в случае выполнения работ материального результата иногда может не «срабатывать»[1].

Чтобы рассматривать вопросы правового обеспечения деятельности агрегатора информации о товарах (услугах), необходимо дать ему соответствующее определение. Как писал Г.И. Челпанов, определение заключается в указании рода данного понятия с присоединением его видового различия. Это в логике принято обозначать при помощи формулы *"defiinitio fit per genus et differentiam specificam"*, т.е. определение совершается при помощи рода и видового различия[2].

Обратимся к легальному понятию владельца агрегатора информации о товарах (услугах), которое дается в преамбуле Закона о защите прав потребителей: организация независимо от организационно-правовой формы либо индивидуальный предприниматель, которые являются владельцами программы для ЭМВ и (или) владельцами сайта и (или) страницы сайта и которые предоставляют потребителю в отношении определенного товара (услуги) возможность одновременно ознакомиться с предложением продавца (исполнителя) о заключении договора, заключить с продавцом (исполнителем) договор купли-продажи (договор возмездного оказания услуг), а также произвести предварительную оплату путем перевода денежных средств владельцу агрегатора в рамках применяемых форм безналичных расчетов.

Как видно из определения, непосредственно под агрегатором законодатель понимает технологический объект: программу для ЭВМ,

[1] *Степанов Д.И.* Услуги как объект гражданских прав: дис. ... к.ю.н. М., 2004. С. 176–182; п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29.09.1999 № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг».

[2] *Челпанов Г.И.* Учебник логики (для гимназий и самообразования) // Элементарный курс философии. Ч. 2. Логика. 6-е изд. М., 1911. С. 31.

либо сайт или страницу сайта в сети Интернет, которые обладают следующими характеристиками:

1) предлагают ознакомиться с предложениями на конкретный товар (услугу);

2) предоставляют возможность приобрести товар (услугу);

3) предоставляет возможность внести предоплату в безналичной форме.

Указанный список признаков является достаточно важным. К примеру, согласно заявлению площадки «Яндекс.Маркет», она не предоставляет возможности оформить покупку, вследствие чего не подпадает под регулирование Закона об агрегаторах[1]. Анализ судебной практики позволяет заключить, что российские суды внимательно анализируют соответствие площадки легальным критериям для квалификации лица в качестве владельца агрегатора и применения норм Закона о защите прав потребителей[2].

Далее необходимо более подробно рассмотреть признаки, характеризующие агрегатора с точки зрения права.

Переходя к сущностному анализу таких признаков, прежде всего следует заметить, что агрегатор (как интернет-площадка) по смыслу закона является сайтом в сети Интернет, страницей сайта в сети Интернет либо программой для ЭВМ.

При упоминании агрегатора в качестве сайта сразу же вспоминаются такие информационные ресурсы, как *Amazon* и *AliExpress*. Агрегаторы-сайты являются наиболее распространенным типом агрегаторов.

Закон об информации в ст. 2 дает следующее определение сайта: совокупность программ для ЭВМ и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается посредством сети Интернет по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать такие сайты. При этом сайт (признаваемый также составным произведением по смыслу п. 2

[1] Госдума обязала онлайн-агрегаторов отвечать за информацию о товарах и услугах партнеров (URL: https://vc.ru/trade/42209-gosduma-obyazala-onlayn-agregatory-otvechat-za-informaciyu-o-tovarah-i-uslugah-partnerov (дата обращения: 20.05.2020)).

[2] См., например, судебные акты по делу № А40-72718/2019. В этом деле было отказано в привлечении ООО «Яндекс.Такси» к ответственности по ч. 1 ст. 14.8 КоАП РФ. Роспотребнадзор определил ООО «Яндекс.Такси» в качестве владельца агрегатора и вменил ему нарушение обязанности по информированию клиента. Однако суды указали, что административным органом не было принято во внимание, что владельцем агрегатора в качестве партнера сервиса «Яндекс.Такси» указано ООО «Кэш Кар», информация о котором отображена в мобильном приложении. В силу этого отсутствует состав правонарушения со стороны ООО «Яндекс.Такси».

ст. 1260 ГК РФ) включает в себя различные компоненты, к числу которых принято относить:

1) «движок» веб-сайта (механизм управления контентом) – программу для ЭВМ, с помощью которой размещается, редактируется и удаляется информация;

2) дизайн веб-сайта, включающий в себя структуру веб-страниц, эскизы главной и типовых страниц, а также пользовательский интерфейс;

3) текст страниц веб-сайта, выполненный с помощью специальных языков, в том числе языка *HTML* (*HyperText Markup Language* – язык гипертекстовой разметки), обеспечивающего логическую структуру сайта;

4) информационное содержание сайта в виде текста, изображений, гиперссылок и прочего (т.е. контент)[1].

Примечательно, что российский законодатель в качестве агрегатора рассматривает страницу сайта в сети Интернет. На наш взгляд, это является не чем иным, как непродуманным копированием положений Закона об информации, в котором обязанности по нераспространению неправомерной информации несут как владельцы сайтов, так и владельцы страниц сайтов. Применительно к агрегатору не учитывается, что он должен предоставить потребителю возможность заключить договор в отношении имущества или услуги, внести предоплату. Между тем с технической точки зрения страница – это часть сайта, которая, как правило, отображена в гипертекстовой форме и размещена на сервере[2]. И функции по оплате, полагаем, не могут быть выполнены только страницей сайта – одна страница не сможет технически обеспечить выполнение таких операций. А совокупность нескольких страниц уже нельзя считать страницей в сети Интернет. Вследствие сказанного при формулировке определения агрегатора было бы правильным ограничиться указанием на сайт (но не страницу) в сети Интернет.

В качестве примеров агрегаторов – программ для ЭВМ можно назвать «Яндекс.Такси» и *Uber*. Такие сервисы функционируют в основном в качестве приложений для мобильных устройств. В этой части положения закона не вызывают вопросов.

---

[1] *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016 (СПС «КонсультантПлюс).

[2] *Ворройский Ф.С.* Информатика. Энциклопедический словарь-справочник. М.: ФИЗМАТЛИТ, 2006. С. 484.

Важным признаком агрегатора является то, что он реализует свою функцию посредника в рамках отношений с участием потребителей. Принято выделять следующие сегменты цифрового рынка[1]:

1) *business-to-business* (*B2B*) – торговля между предпринимателями;

2) *business-to-consumer* (*B2C*) – торговля между предпринимателями и гражданами (потребителями) – основная сфера деятельности агрегатора;

3) *consumer-to-consumer* (*C2C*) – торговля между гражданами;

4) *business-to-government* (*B2G*) – торговля между бизнесом и государством.

Структуры, схожие с агрегатором, могут действовать в разных сегментах рынка. Например, в рамках сферы *C2C*-отношений в России функционирует онлайн-площадка «Юла», где граждане размещают объявления о продаже принадлежащих им вещей. Закон об агрегаторах не распространяется на такие платформы. Это представляется оправданным, поскольку потребитель с точки зрения переговорных возможностей является слабой стороной в отношениях *B2C*. Защита потребителя – проявление патернализма со стороны государства.

Следующий признак, характеризующий агрегатора как торговую площадку, это создание условий для заключения договора между потребителем и поставщиком товара или исполнителем услуги. Поскольку взаимодействие между лицами осуществляется в электронной форме, то можно говорить о заключении договора в письменной форме (абз. 2 п. 1 ст. 160, п. 2 ст. 434 ГК РФ)[2].

Заключительный в списке легальный признак состоит в том, что агрегатор позволяет потребителю произвести предварительную оплату товара или услуги. Закон об агрегаторах говорит о переводе «денежных средств владельцу агрегатора в рамках применяемых форм безналичных расчетов в соответствии с п. 3 ст. 16.1 Закона и Федеральным законом «О национальной платежной системе».

Нужно обратить внимание на то, что денежные средства в силу указанного положения Закона должны переводиться владельцу агрега-

[1] *Савельев А.И.* Указ. соч.; *Жарова А.К., Демьянец М.В., Елин В.М.* Предпринимательская деятельность в сети Интернет: монография. М.: ЮРКОМПАНИ, 2014 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] Нужно отметить, что некоторые авторы выделяют так называемую электронную форму сделок. Однако в силу отсутствия правовой регламентации такой формы, прежде всего соответствующих норм ГК РФ, этот вопрос подробнее не анализируется (см., например: *Ефимова Л.Г.* Еще раз о понятии и правовой природе электронной формы сделки // Lex russica. 2019. № 8. С. 129–137).

тора, а не иному лицу. С точки зрения защиты интересов потребителей такая норма представляется не до конца оправданной. Стремясь уйти от ответственности перед потребителем за информацию о товаре или услуге, торговые онлайн-площадки переносят платежные инструменты со своего сайта (мобильного приложения) на ресурс третьего лица. Вследствие этих действий онлайн-платформа не подпадает под формальные признаки легального определения агрегатора и освобождается от ответственности. Между тем целью введения понятия товарного агрегатора в правовое поле было как раз создание дополнительных механизмов для защиты прав потребителей, имеющих намерение приобрести либо приобретающих товары (услуги) через Интернет[1].

Что касается форм безналичных расчетов, то определение владельца агрегатора отсылает к п. 3 ст. 16.1 Закона о защите прав потребителей. В силу данной нормы потребитель вправе исполнять обязанность по оплате товаров и услуг путем безналичных денежных средств либо путем перевода предоставляемых потребителем наличных денежных средств без открытия банковского счета (т.е. путем перевода электронных денежных средств).

Таким образом, положения Закона нуждаются в доработке: следует определить агрегатора информации о товарах (услугах) как сайт в сети Интернет либо программу для ЭВМ, которые дают возможность потребителю ознакомиться с предложениями продавцов (исполнителей) на конкретный товар (услугу), приобрести данный товар (услугу), а также внести предоплату за данный товар (услугу) в безналичной форме.

II. Правовой статус владельца агрегатора информации о товарах (услугах). Соотношение с иными правовыми статусами в сети Интернет

Регулирование такой технологической площадки, как агрегатор, осуществляется субъектом, который наделен законом соответствующим набором прав и обязанностей. Российский законодатель обозначил этого субъекта как «владельца агрегатора».

Критически анализируя данное законодательное решение, надо признать неудачность термина «владелец», вряд ли вообще примени-

[1] См.: пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей» (СПС «КонсультантПлюс).

мого в сфере информационных технологий. Данное слово лингвистически происходит от термина «владение», который, как мы полагаем, может использоваться только в сфере вещного права. Вещь – это материальный объект, что нельзя сказать о таких нематериальных объектах, как веб-сайт и компьютерная программа. Как отмечает М.А. Рожкова, применительно к интеллектуальной собственности нематериальный объект не допускает возможности его фактического «держания», поэтому в отношении объектов интеллектуальной собственности недопустимо говорить о владении[1]. Данный подход справедлив и по отношению к конструкции агрегатора. К сожалению, понятие «владелец» закреплено на уровне закона и активно используется в юридической литературе без каких-либо оговорок, поэтому в данной статье другая терминология[2] не используется, так как это может усложнить восприятие материала.

Не повторяя легальное определение понятия «владелец агрегатора», нужно обозначить признаки данного лица, указанные в определении. Владелец агрегатора должен:

1) иметь статус юридического лица[3] или индивидуального предпринимателя;

2) являться правообладателем программы для ЭВМ, сайта или страницы сайта, которые дают потребителю возможность осуществления соответствующих операций.

Необходимо отметить специфику деятельности агрегатора, связанную с международной торговлей и обусловленную тем, что наиболее крупные маркетплейсы действуют в мировом масштабе. Для осуществления покупки из любой точки мира пользователю необходимы только доступ в Интернет и, как правило, регистрация (личного кабинета) на сайте соответствующего агрегатора.

Российское право устанавливает специальные защитные механизмы некоторых случаев с участием слабой стороны в договоре. К этому относятся коллизионные правила в отношениях с участием потребителя, в силу которых выбор применимого к договору права, стороной кото-

[1] *Рожкова М.А.* Концепция, положенная в основу раздела VII ГК РФ // Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: монография / под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] В качестве замены могли бы быть использованы термины «правообладатель», «оператор» и т.д.

[3] Следует обратить внимание на то, что российское законодательство о защите прав потребителей не исключает, что владельцем агрегатора может быть и некоммерческая организация.

рого является потребитель, не лишает его защиты прав, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства, если деятельность профессиональной стороны направлена на территорию этой страны (п. 1 ст. 1212 ГК РФ). Следовательно, под действие норм Закона об агрегаторах будут подпадать не только российские организации и предприниматели, но и иностранные организации, деятельность которых направлена на территорию России.

В таком случае важен вопрос о направленности деятельности агрегатора в отношении определенной страны. Н.В. Козинец справедливо предлагает решать эту проблему на основе следующих критериев: наличие локализованного сайта на соответствующем языке, использование национальных доменов, осуществление расчетов в национальной валюте, наличие способов обратной связи, осуществление доставки на территорию страны[1].

Внимания заслуживают особые статусы, связанные со спецификой правового регулирования информационных технологий. К таким статусам можно отнести следующие:

1) владелец программы для ЭВМ;
2) владелец сайта или страницы сайта;
3) информационный посредник;
4) организатор распространения информации в сети Интернет.

2.1. Владелец программы для ЭВМ

Закон об агрегаторах, как и Закон об информации и ряд других актов, использует формулировку «владелец программы для ЭВМ», совершенно игнорируя необходимость системного подхода. Ни закон, ни научная литература данный термин, к сожалению, не конкретизируют. В то же время ГК РФ использует фигуру пользователя программы для ЭВМ, под которым понимается лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ (ст. 1280 ГК РФ). В таком случае остается открытым вопрос о том, как соотносятся термины «владелец программы для ЭВМ» и «пользователь программы для ЭВМ». Представляется, что понятие «владелец программы для ЭВМ» (если отвлечься от того, что оно не является правильным, поскольку, как указывалось выше, речь идет о нематериальном объекте, которым нельзя «владеть) используется для обозначения более широкого круга

[1] *Козинец Н.В.* Особенности правового регулирования трансграничной электронной торговли: дис. ... к.ю.н. М., 2017. С. 12.

субъектов, нежели «пользователь программы для ЭВМ», и включает в себя также и лиц, незаконно использующих софт. Это объясняется тем, что лицо может незаконно использовать программу, но это не должно освобождать его от ответственности перед потребителем, предусмотренной Законом об агрегаторах.

2.2. Владелец сайта в сети Интернет

Закон об агрегаторах также определяет владельца агрегатора как владельца сайта в сети Интернет. В Законе об информации под ним понимается лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта, в том числе порядок размещения информации на нем. Правоприменительная практика[1] выработала подход, согласно которому презюмируется, что владельцем сайта является администратор доменного имени, адресующего на соответствующий сайт.

Российское законодательство налагает на лицо – владельца сайта ряд публично значимых обязанностей, связанных с ограничением доступа к неправомерно распространяемой информации:

1. В силу ч. 2 ст. 10 Закона об информации владелец сайта обязан разместить на сайте информацию о своих наименовании, месте нахождения и адресе, адресе электронной почты для направления заявления, указанного в ст. 15.7 Закона об информации (внесудебный порядок ограничения Роскомнадзором доступа к сайтам, которые нарушают авторские и (или) смежные права).

2. В силу ст. 15.8 Закона об информации владельцу сайта запрещается предоставлять возможность использования принадлежащей ему инфраструктуры для получения доступа к информационным ресурсам, информационно-телекоммуникационным сетям, доступ к которым ограничен на территории РФ.

Также к сфере публично-правового регулирования, связанного со статусом владельца сайтов, относятся положения ст. 15.2 и 15.3 Закона об информации, предусматривающие ограничение доступа к нарушающим закон ресурсам. Данные нормы в меньшей степени затрагивают владельца сайта и ориентированы на взаимодействие государственных органов с операторами связи и провайдерами хостинга. При этом владелец сайта-агрегатора не несет административную ответ-

[1] Пункт 78 Постановления Пленума ВС РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса РФ».

ственность за неудаление незаконной информации с сайта. Однако это компенсируется блокировкой доступа к сайту для всех пользователей сети Интернет.

2.3. Организатор распространения информации в сети Интернет

В силу ст. 10.1 Закона об информации при соблюдении некоторых условий можно квалифицировать владельца агрегатора как организатора распространения информации в сети Интернет (далее – ОРИвСИ). Под ОРИвСИ понимается лицо, осуществляющее деятельность по обеспечению функционирования информационных систем и (или) программ для ЭВМ, которые предназначены и (или) используются для приема, передачи, доставки, обработки электронных сообщений пользователей сети Интернет.

Указанное определение уточняется постановлением Правительства РФ от 23.09.2020 № 1526, в котором используется видоизмененный термин – «коммуникационный интернет-сервис». Он обозначает «информационную систему и (или) программу для ЭВМ, которая предназначена и (или) используется для приема, передачи и (или) обработки электронных сообщений пользователей сети "Интернет" в целях обмена электронными сообщениями между пользователями сети "Интернет", в том числе для передачи электронных сообщений неопределенному кругу лиц». Как отмечает А.И. Савельев, если сайт предусматривает различного рода чаты, форумы либо возможность оставления пользователями отзывов и комментирования таких отзывов, то он может быть признан ОРИвСИ. Если же веб-сайт содержит просто форму обратной связи или иные средства коммуникации, которые обеспечивают возможность контакта с администрацией сайта, то владелец такого ресурса не должен признаваться ОРИвСИ[1].

Данный статус в российском праве связан с содействием правоохранительным органам в выполнении их функций. Основной обязанностью ОРИвСИ является хранение информации о фактах приема, передачи, доставки и (или) обработки голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или иных электронных сообщений пользователей Интернета и информации об этих пользователях в течение одного года с момента осуществления соответствующих действий, а текстовых сообщений, голосовой информации, изображений, видео и иных сообщений – в течение шести месяцев с момента окончания

[1] *Савельев А.И.* Указ. соч.

их приема, передачи, доставки и (или) обработки (ч. 3 ст. 10.1 Закона об информации).

Несмотря на то что в правоприменительной практике пока еще отсутствуют примеры применения к владельцам агрегаторов норм об ОРИвСИ, такую возможность не следует исключать. Например, на интернет-площадке *AliBaba* действует *Message Center*, где потребители могут общаться друг с другом.

2.4. Информационный посредник

Еще одним статусом, который может совмещаться со статусом владельца агрегатора, является статус информационного посредника. Под ним в силу ст. 1253.1 ГК РФ понимается лицо, осуществляющее передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети, в том числе в сети Интернет, лицо, предоставляющее возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети, лицо, предоставляющее возможность доступа к материалу в этой сети.

Как отмечает О.Н. Фомина, закон выделяет несколько типов информационных посредников по характеру их деятельности[1], к которым относятся лица:

1) осуществляющие передачу материала в сети Интернет (тип 1);

2) дающие возможность размещения материала в сети Интернет (тип 2);

3) предоставляющие возможность размещения информации, необходимой для получения материала с использованием сети Интернет (тип 3);

4) предоставляющие возможность доступа к материалу в сети Интернет (тип 4).

Агрегатор – владелец сайта может относиться ко второй категории информационных посредников. Но необходимо учитывать, что понятия «владелец сайта» и «информационный посредник» не приравнены законодателем друг к другу. В частности, владелец сайта определяет порядок использования сайта и размещения на нем информации, а посредник предоставляет возможность доступа к материалу[2].

[1] *Фомина О.Н.* Правовой статус информационного посредника // Вестник гражданского права. 2019. № 3 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] *Кулезин М.А.* Особенности ответственности информационного посредника – своевременные, необходимые и достаточные меры после уведомления правообладателя //

Для товарного агрегатора такой статус может значить достаточно много. Во-первых, крупные агрегаторы размещают предложения тысяч компаний, в связи с чем велик риск нарушения интеллектуальных прав. Во-вторых, правообладатель будет стремиться получить возмещение за нарушенные интеллектуальные права, в первую очередь, с агрегатора как с крупной и платежеспособной организации, а не с поставщика, получить компенсацию от которого может быть затруднительно.

Особенность статуса посредника состоит в том, что он не несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав, произошедшее в результате размещения материала третьим лицом или по его указанию, при одновременном соблюдении следующих условий:

1) посредник не знал и не должен был знать о том, что использование интеллектуальной собственности в таком материале является неправомерным;

2) он в случае получения в письменной форме заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав своевременно принял необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения интеллектуальных прав.

Данные критерии являются достаточно неопределенными и конкретизируются в судебной практике. Верховный Суд РФ в своих разъяснениях[1] устанавливает презумпцию того, что владелец сайта не является информационным посредником и несет ответственность за незаконное использование соответствующих результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации. Доказывание обратного возлагается на владельца сайта.

Значимые разъяснения соотношения статусов владельца сайта и информационного посредника содержатся и в релевантной практике нижестоящих судов[2]. В частности, суды высказали следующие позиции:

1) владелец сайта, который неправомерно размещает свой материал на сайте, не является информационным посредником в части осуществления этих действий, а является непосредственным нарушителем;

E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование) / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2019 (СПС «КонсультантПлюс»).

[1] Пункт 78 Постановления Пленума ВС РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса РФ».

[2] Постановления Суда по интеллектуальным правам от 28.02.2019 № С01-1216/2018 по делу № А40-43044/2018 и от 16.09.2019 № С01-664/2019 по делу № А40-166839/2018; постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.11.2019 № 13АП-23001/2018 по делу № А56-37066/2018.

2) если владелец сайта предоставляет третьим лицам возможность размещения материала на сайте, то в этой части он может быть признан посредником;

3) если владелец сайта вносит изменения в размещаемый третьими лицами материал, то вопрос об отнесении его к посредникам зависит от степени вовлеченности в формирование размещенного материала:

– если владелец сайта существенно переработал материал, это может свидетельствовать о том, что он размещает свой, а не чужой материал – в таком случае владелец сайта является непосредственным нарушителем;

– если изменения носят незначительный характер (например, сокращение объема), то владелец сайта может быть признан информационным посредником.

Таким образом, исходя из определения, владелец агрегатора является владельцем веб-сайта либо программы для ЭВМ. При соблюдении некоторых условий владелец агрегатора может обладать статусом ОРИвСИ или информационного посредника.

III. Договорные отношения в деятельности агрегатора

С юридической точки зрения отношения между владельцем агрегатора и пользователями[1] оформляются с помощью договоров. Как правило, отношения между владельцем агрегатора и контрагентами регулируются внутренними правилами онлайн-площадки (правила использования сервиса, *terms of use*, *terms and conditions* и т.д.).

Стандартным способом заключения договоров между агрегатором и пользователем являются так называемые соглашения *click-wrap* или *browse-wrap*[2]. Такие модели обязательств основываются на действиях лица в виде согласия на присоединение к правилам площадки. В соглашениях *click-wrap* согласие выражается пользователем в виде щелчка в соответствующей области экрана (например, на кнопку «*I accept*» («Я согласен»)). Соглашения *browse-wrap* предполагают, что пользователь принимает условия соглашения, уже используя информационный сервис.

[1] Далее категория «пользователь» используется в качестве обобщающей как для бизнеса, так и для потребителей.

[2] Подробнее об этом см., например: *Тимошенко О.В.* Click-wrap и browse-wrap соглашения: новый уровень эволюции договорного права в сети Интернет // Право в сфере Интернета: сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

Нужно обратить внимание на то, что использование агрегатора предполагает регистрацию пользователя (как предпринимателя, так и потребителя) на площадке, как правило, путем указания данных лица в создаваемом личном кабинете. Тем самым решается в том числе важная проблема идентификации в сети Интернет. Такие соглашения, заключенные посредством агрегатора, с точки зрения Федерального закона от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи» можно рассматривать как подписанные простой электронной подписью, поскольку подписание конкретным лицом подтверждается посредством использования кодов, паролей и иных средств (п. 2 ст. 5 Закона).

Также следует рассмотреть вопрос о квалификации таких внутренних правил торговой площадки. В научной литературе зачастую авторы ссылаются на модели построения договорных отношений, предложенные А.А. Ивановым[1], к которым отнесены:

1) модель представительства;
2) модель комиссии;
3) модель передачи товаров, выполнения работ, оказания услуг;
4) смешанная модель;
5) модель *sui generis*.

Феликс Маультш отмечает, что договоры между оператором платформы и поставщиками или потребителями могут сочетать в себе элементы агентских договоров, договоров об оказании услуг и брокерских договоров[2].

Предложенные варианты значительно отличаются друг от друга структурой договорных обязательств. Модель отношений «агрегатор – пользователь» не позволяет сделать однозначный вывод о принадлежности договоров между владельцем агрегатора и третьим лицом к какому-либо из типовых договоров. Поэтому наиболее правильным будет проанализировать отдельные договоры наиболее популярных агрегаторов и оценить их условия – это позволит сделать предварительный вывод об их правовой природе. В качестве примеров для анализа выбраны несколько популярных агрегаторов: *Alibaba*, *Amazon*, *eBay*, *Uber*, «Яндекс.Такси» (наиболее интересные положения вну-

[1] *Иванов А.А.* Бизнес-агрегаторы и право // Закон. 2017. № 5 (СПС «Консультант Плюс»).

[2] *Maultzsch Felix*. Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and Established Principles (20 November 2017). European Review of Contract Law, Vol. 14, 3/2018, 209–240. P. 3–4 (URL: https://ssrn.com/abstract=3074301 (дата обращения: 20.05.2020)).

тренних правил площадки отражены в приложении к настоящей статье)[1].

Из анализа правил указанных площадок можно сделать следующие выводы:

1) во-первых, владельцы популярных агрегаторов квалифицируют свое предоставление пользователям в качестве услуг[2];

2) во-вторых, владельцы агрегаторов не позиционируют себя в качестве представителей договаривающихся сторон;

3) в-третьих, владельцы агрегаторов стремятся максимально ограничить или вовсе исключить свою ответственность перед потребителями и предпринимателями.

Подобный подход является ограничением рисков владельца агрегатора и представляется оправданным для такого посредника с экономической точки зрения. Поэтому такие конструкции, как представительство или комиссия (а также агентирование), попросту не будут востребованы владельцами агрегаторов, несмотря на возможность их использования. Например, комиссионер в силу ч. 1 ст. 993 ГК РФ отвечает перед комитентом за неисполнение обязательства третьим лицом, если комиссионер не проявил необходимой осмотрительности в выборе этого лица. Подобное обязательство для владельца агрегатора будет достаточно обременительным, особенно при большом количестве предложений на торговой площадке.

Стоит согласиться с Л.В. Кузнецовой, которая указывает, что бизнес-модель современных отечественных агрегаторов электронной коммерции строится по типу договора возмездного оказания услуг пользователям сервиса или платформы (без собственно каких-либо обязательств со стороны агрегатора по передаче товаров, выполнению работ, оказанию услуг, составляющих наполнение предлагаемых интернет-ресурсов)[3].

Если обратиться к праву ЕС, то в части регулирования онлайн-платформ в нем используется термин «услуги онлайн-посредничества»

[1] См.: приложение-таблица «Анализ правил торговых площадок».

[2] Нужно также обратить внимание на терминологическую особенность английского языка, на котором, как правило, составляются соответствующие правила. Слово *service* может переводиться с английского языка на русский как «сервис» (т.е. объект) и как «услуга» (т.е. действие).

[3] *Кузнецова Л.В.* Вопросы гражданско-правовой ответственности агрегаторов электронной коммерции // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2019 (СПС «КонсультантПлюс»).

(Постановление Европейского парламента и Совета ЕС 2019/1150 «О содействии справедливости и прозрачности для бизнес-пользователей услуг онлайн-посредников»). В силу п. 2 ст. 2 указанного акта данные услуги:

1) представляют собой услуги информационного общества по смыслу Директивы ЕС 2015/1535 от 09.09.2015[1];

2) позволяют бизнесу предлагать товары или услуги потребителям с целью заключения прямых сделок между коммерческими пользователями и потребителями, независимо от того, где эти сделки в конечном счете заключаются;

3) предоставляются бизнесу на основе договоров между поставщиком услуг и бизнес-пользователями, которые предлагают товары или услуги потребителям.

Следует обратить внимание на то, что в отношениях «агрегатор – пользователь» первый является более «сильным» субъектом. В силу такого неравенства переговорных возможностей пользователи могут оформить юридические отношения с владельцем агрегатора, как правило, только по модели договора присоединения. В таком договоре владелец агрегатора не будет фиксировать невыгодные для себя условия.

Наиболее применимым для деятельности агрегатора будет (как это и происходит на практике) договор оказания услуг. Причем это может быть как возмездный, так и безвозмездный договор. Отсутствие законодательного определения и дискуссия в цивилистике относительно понятия услуги и квалификации договора оказания услуг позволяют относить к этой сфере большое количество обязательств, которые не подпадают под более конкретизированные нормы по другим типам договоров. Например, в праве ЕС понятием «услуги» охватываются услуги, которые обычно предоставляются за вознаграждение, если они не регулируются положениями, относящимися к свободному движению товаров, капиталов и лиц (ст. 60 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества). Иными словами, европейский подход к данному институту состоит во включении в сферу услуг тех обязательств, которые не отнесены к иным обязательствам[2].

[1] Директива ЕС 2015/1535 от 09.09.2015 «О процедуре предоставления информации в области технических регламентов, а также правил оказания услуг в информационном обществе (кодификация)».

[2] European Union (2000) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), п. 17 (URL:

Л.В. Кузнецова относит к возможным разновидностям услуг, предоставляемых владельцем агрегатора, следующие[1]:

1) услуги по организации заключения договора на базе соответствующего сервиса или платформы и его исполнению;

2) процессинговые услуги (услуги по проведению платежей или их организации);

3) услуги по доставке товаров (или их организации);

4) услуги по сопровождению споров сторон сделки (обеспечение содействия в претензионном урегулировании споров пользователей сервиса или платформы).

Кроме того, не стоит упускать из виду такую гражданско-правовую категорию, как посредничество[2]. Представляется, что владелец агрегатора с правовой точки зрения выступает в качестве посредника, статус которого следует отличать от представителя, комиссионера и других сходных конструкций. Несмотря на отсутствие правового регулирования отношений посредничества, в теории гражданского права разработаны подходы к определению посредничества как юридической категории[3].

Как отмечает А.В. Егоров, посредничество заключается в «самостоятельной деятельности лица, выступающего в чужих интересах, в виде подготовки и заключения договора для заинтересованного лица или в виде оказания содействия при заключении такого договора. Под содействием при заключении договора следует понимать деятельность, которая подготавливает и упрощает его заключение, сводит контрагентов, оставляя для заинтересованного лица только необходимость совершить целенаправленное волеизъявление»[4]. Посредник, в отличие от представителя, непосредственно не участвует в сделке, а только

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32000L0031 (дата обращения: 20.05.2020)).

[1] *Кузнецова Л.В.* Вопросы гражданско-правовой ответственности агрегаторов электронной коммерции.

[2] Ранее термин «посредник» использовался в контексте его лексического значения. Здесь и далее в параграфе речь идет о юридической категории посредника.

[3] *Магнутова Т.Е.* Правовое регулирование отношений по торговому посредничеству: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1988; *Андреева Л.В.* Торговое посредничество: понятие и правовые формы осуществления // Российская юстиция. 1994. № 7. С. 15; *Ли А.С.* Разграничение сделок представительства и посредничества // Законодательство и экономика. 1995. № 11–12. С. 10; *Егоров А.В.* Понятие посредничества в гражданском праве: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2002. С. 81–83.

[4] *Егоров А.В.* Понятие посредничества в гражданском праве. С. 81–82.

оказывает техническое содействие в заключении сделки[1]. При этом автор также отмечает, что посредничество по своей правовой природе является услугой[2], чем, в том числе, отличается от иных смежных категорий, включая представительство.

В литературе отмечается, что отношения посредничества наилучшим образом урегулированы в германском праве. Так, согласно определению, содержащемуся в § 93 разд. 8 книги I ГТУ, посредником является «тот, кто для других лиц, не являясь постоянно уполномоченным ими на основе договорных отношений, профессионально принимает на себя посредничество при договорах о приобретении или отчуждении товаров или ценных бумаг, о страховании, о грузовых перевозках, о найме судов либо о прочих объектах торгового оборота, имеет права и обязанности маклера»[3].

Таким образом, в связке «посредничество на основании договора оказания услуг», на наш взгляд, и состоит сущность правоотношений между владельцем агрегатора и пользователем.

IV. Ответственность владельца агрегатора перед пользователями

Закон об агрегаторах частично урегулировал только вопросы ответственности владельца агрегатора перед потребителями. Поэтому все иные вопросы ответственности (как с потребителями, так и с предпринимателями) будут решаться либо на основании законодательства, которое действовало до Закона об агрегаторах и продолжает действовать сейчас, либо на основании договоров между агрегаторами и пользователями. Как указывает Л.В. Кузнецова, новый закон ориентирован на урегулирование вопросов об ответственности агрегаторов в отношениях с потребителями, но, к сожалению, только отдельных аспектов такой ответственности[4].

За рубежом наблюдается схожая картина. Феликс Маультш пишет о том, что в немецком договорном праве и в законодательстве других государств – членов ЕС нельзя найти какие-либо специальные правила для контрактов с участием операторов платформ. Следовательно, в от-

[1] *Егоров А.В.* Понятие посредничества в гражданском праве. С. 37.

[2] Там же. С. 52.

[3] *Егорова М.А.* Коммерческое право: учебник для вузов. М.: Статут, 2013 (СПС «КонсультантПлюс»).

[4] *Кузнецова Л.В.* Указ. соч.

ношениях с агрегаторами применяются общие правила и принципы договорного права[1].

Анализ сфер ответственности целесообразно разделить на две части: ответственность владельца агрегатора перед предпринимателями и перед потребителями.

4.1. Ответственность в сфере отношений с предпринимателями

Ответственность агрегатора перед предпринимателем, использующим торговую площадку, носит договорный характер и определяется только соглашением сторон. Поскольку квалификация правил торговой площадки, на наш взгляд, будет сводиться к договору оказания услуг (с вкраплением элементов других договоров), то основная проблема ответственности владельца агрегатора перед коммерсантом будет сводиться к качеству услуг.

К примеру, Д.И. Степанов выделяет особенность услуги – это неустойчивость в ее качестве. Он считает, что нельзя выделить качество услуги, в связи с чем качество нужно определять перечнем критериев совершаемого процесса еще на этапе составления договора по предоставлению услуги – это даст возможность понять, качественно ли выполнена данная услуга или нет, а к критериям могут быть отнесены достижение надлежащего эффекта от предоставления услуги, достижение таким эффектом нужных показателей для заказчика, удовлетворяющих его запросы[2]. Л.В. Санникова под неустойчивостью качества результата услуг понимает невозможность фиксации на какой-либо продолжительный период времени изменения состояния невещественных благ, которое составляет сущность результата услуги[3].

Нужно обратить внимание на то, что многие владельцы агрегаторов включают в правила площадки оговорки о том, что услуги предоставляются «как есть» (*as is*), «как доступно» (*as available*), «со всеми ошибками» (*with all faults*). Подобные оговорки распространены в сфере оборота программного обеспечения и использования онлайн-ресурсов[4]. Агре-

[1] *Maultzsch Felix*. Op. cit. P. 2.

[2] *Степанов Д.И.* Услуги как объект гражданских прав. С. 157–176.

[3] *Санникова Л.В.* Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2007. С. 8.

[4] См., например: “As Is” and “As Available” in Online Agreements (URL: https://www.termsfeed.com/blog/as-is-as-available-legal-agreements/ (дата обращения: 20.05.2020)).

гатор, используя такие формулировки, снимает с себя ответственность за сбои в работе сервиса.

Нужно учитывать риски того, что владелец агрегатора как сильная сторона будет навязывать невыгодные договорные условия, в том числе включая ограничение своей ответственности по договорам. Как отмечается в научной литературе, большинство операторов являются крупными компаниями со значительной рыночной силой (*market power*), тогда как пользователи зачастую являются потребителями или небольшим предпринимателями с небольшим профессиональным опытом и ограниченным капиталом, что позволяет применять к операторам платформ повышенные стандарты ответственности[1].

Как уже ранее отмечалось, договор между пользователем и агрегатором является договором присоединения (ст. 428 ГК РФ). В российском праве это, в свою очередь, дает контрагенту владельца агрегатора возможность требовать расторжения или изменения договора при чрезмерной обременительности его условий. В зарубежных правопорядках такие условия заключения соглашения могут позволить защитить свои интересы в случае несправедливости условий путем признания соответствующего условия недействительным, отказа суда в применении такого условия и т.д.[2]

В ЕС сделана попытка *ex ante* контроля в отношении онлайн-платформ. В упомянутом во введении Регламенте ЕС «О содействии справедливости и прозрачности для бизнес-пользователей услуг онлайн-посредников» № 2019/1150 от 20.06.2019 в целях защиты бизнеса, использующего агрегаторы, вводятся следующие обязанности владельцев последних (ст. 3, 8):

1) формулировать правила площадки простым и понятным языком, размещать эти правила в доступности для пользователей, в том числе на преддоговорном этапе;

2) не навязывать ретроактивные изменения условий и положений, за исключением случаев, когда они необходимы для соблюдения закона обязательств или когда ретроактивные изменения выгодны для бизнес-пользователей;

3) обеспечить, чтобы их правила платформы включали информацию об условиях, на которых пользователи могут прекратить договор с платформой;

---

[1] *Maultzsch Felix*. Op. cit. P. 4.

[2] Подробнее см. § 2 Контроль справедливости договорных условий в соответствии со ст. 428 ГК РФ // *Карапетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012 (СПС «КонсультантПлюс»).

4) включать в свои правила описание технического и договорного доступа или его отсутствия к информации, предоставляемой или генерируемой бизнес-пользователем, которую они сохраняют после истечения срока действия договора между поставщиком услуг онлайн-посредничества и бизнес-пользователем.

Опыт такого регулирования, полагаем, будет полезен для отечественного законодателя.

4.2. Ответственность в сфере отношений с потребителями

Закон об агрегаторах ввел в российское законодательство два положения, касающиеся ответственности владельца агрегатора перед пользователями:

1) владелец агрегатора обязан возместить потребителю убытки, возникшие из-за недостоверности или неполноты информации о товаре или услуге, когда владелец агрегатора вносит изменения в эту информацию (п. 2.1 ст. 12 Закона о защите прав потребителей);

2) владелец агрегатора обязан по требованию потребителя возвратить предварительную оплату товара, если он не передан в срок и потребитель направил продавцу уведомление об отказе от исполнения договора (п. 2.2 ст. 12 Закона о защите прав потребителей).

Правовая природа ответственности владельца агрегатора перед потребителем за недостоверную информацию является неоднозначной.

С одной стороны, такая ответственность предусмотрена исключительно законом и вряд ли будет фиксироваться в правилах использования платформы. Это говорит о деликтном характере такой ответственности. Тем более что в сфере потребительских отношений преобладают нормы императивного характера, поэтому, нарушая основные права потребителя, продавец нарушает тем самым не только договорные права, но и положения закона[1].

С другой стороны, право потребителя на возмещение убытков может быть реализовано только по отношению к агрегатору, с которым у потребителя заключен договор об оказании услуг, то есть отсутствует абсолютный характер защиты права (даже, несмотря на отсутствие соответствующего условия в договоре). Это является доводом в пользу договорной ответственности агрегатора.

[1] *Маркова О.А.* Соотношение договорной и деликтной ответственности в сфере защиты прав потребителей // Право и экономика. 2010. № 9 (СПС «КонсультантПлюс»).

Дискуссионный вопрос о разграничении договорной и деликтной ответственности в научной литературе встречается достаточно часто, но каких-либо однозначных критериев разделения еще не предложено[1]. Во многом этот вопрос связан с тем, стоит ли считать в качестве договорного условия императивную обязанность владельца агрегатора по доведению до потребителя достоверной информации. Например, Д.Н. Сафиуллин выделяет[2] в качестве разновидности предписываемые императивно-определенные условия, которые входят в содержание договора автоматически. Представляется, что вопрос о характере ответственности владельца агрегатора перед потребителем, а также о возможной конкуренции исков потребителя заслуживает отдельного исследования.

Что касается обязанности владельца агрегатора по возврату предоплаты в пользу потребителя, то это очень похоже на конструкцию солидарной ответственности, при которой потребитель вправе по своему выбору обратиться к тому или иному профессиональному контрагенту. Это представляется продолжением политики законодателя по защите интересов потребителя. Так, абз. 4 п. 3 ст. 14 Закона о защите прав потребителей устанавливает солидарную ответственность и изготовителей, и продавцов товара перед потребителем, которому был причинен вред недостатками товара.

Помимо положений Закона об агрегаторах политика ответственности торговой платформы нашла отражение на уровне разъяснений ВС РФ применительно к агрегаторам такси. Как указал суд, лицо, к которому обращается клиент для заключения договора перевозки пассажиров и багажа, отвечает перед пассажиром за причиненный в процессе перевозки вред, если оно заключило договор от своего имени либо если из обстоятельств заключения договора (например, рекламные вывески, информация на сайте в сети Интернет, переписка сторон при заключении договора и т.п.) у добросовестного гражданина-потребителя могло сложиться мнение, что договор перевозки

[1] См., например: *Сафин Р.Р.* Соотношение договорной и внедоговорной ответственности // Социально-экономические и технические системы: исследование, проектирование, оптимизация. 2016. № 1 (68). С. 73–80; *Мамин А.С., Халин Р.В.* Сравнительно-правовой анализ разграничения договорной и деликтной ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товаров, работ или услуг, по действующему законодательству РФ // Проблемы экономики и юридической практики. 2013. № 6. С. 45–49.

[2] *Сафиуллин Д.Н.* Существенные условия договоров на реализацию продукции (поставки и контрактации): автореф. дис. ... к.ю.н. С. 12–13.

заключается непосредственно с этим лицом, а фактический перевозчик является его работником либо третьим лицом, привлеченным к исполнению обязательств по перевозке[1]. Такая позиция является отражением ранее выработанного подхода в практике об ответственности агрегатора такси перед потребителем[2].

Такое разъяснение ВС РФ, полагаем, является более общим правилом, нежели положения Закона об агрегаторах. Эту позицию можно обосновать тем, что потребитель в силу отсутствия у него достаточной информации будет ассоциировать получаемый товар или услугу не с формальным контрагентом, а с торговой площадкой. По справедливому мнению Е.Д. Суворова, возможна аналогия ответственности правообладателя перед потребителем, приобретшим товар (работу, услугу) у пользователя, действующего под брендом названного правообладателя в силу договора коммерческой концессии (ст. 1034 ГК РФ). Такое решение показывает, что есть тесная связь ответственности перед потребителем с брендом, который привел такого потребителя («доверие к бренду»). Поэтому возможна субсидиарная или даже солидарная ответственность владельца агрегатора[3].

Позиция ВС РФ по агрегаторам такси, полагаем, применима ко всем платформам в целом. В таком вопросе наиболее важны обстоятельства конкретного дела, связанные со взаимодействием и предоставлением достаточной информации потребителю со стороны платформы. Поэтому вопрос об ответственности агрегатора по договору за поставщика продукции или исполнителя услуги – это прерогатива правоприменителя и вопрос судебного усмотрения.

Нужно отметить, что изменения в российском законодательстве и правоприменительной практике соответствуют общемировым тенденциям об ответственности электронной платформы перед потребителем.

Так, еще в 2016 г. Европейский суд по делу *S. Wathelet v. Garage Bietheres & Fils SPRL* высказал позицию о том, что посредник (не только электронный) может рассматриваться в качестве продавца с точки зре-

[1] Пункт 18 постановления Пленума ВС РФ от 26.06.2018 № 26 «О некоторых вопросах применения законодательства о договоре перевозки автомобильным транспортом грузов, пассажиров и багажа и о договоре транспортной экспедиции».

[2] Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 09.01.2018 № 5-КГ17-220.

[3] *Суворов Е.Д.* Некоторые проблемы электронной торговли: к вопросу об ответственности владельцев агрегаторов пе4ред потребителями // Вестник экономического правосудия. 2019. № 7 (67). С. 64–65.

ния Директивы ЕС 1999/44 о продажах и что в таких случаях не имеет значения, получает ли посредник вознаграждение за посредничество или он действует от имени частного лица. Суд заявил, что крайне важно, чтобы потребители знали личность продавца, так как потребитель может легко быть введен в заблуждение. Поэтому потребителю возможно предоставить усиленную защиту. Следовательно, ответственность продавца может быть возложена на посредника, который, обращаясь к потребителю, создает вероятность путаницы в сознании последнего о том, кто является продавцом[1].

На уровне ЕС отсутствует нормативное регулирование ответственности владельца агрегатора перед потребителем, однако ведется такая правотворческая работа. Так, Европейским институтом права (*European Law Institute*) разработан проект Директивы по онлайн платформам-посредникам *Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms*[2]. В ст. 18 указанного проекта определяется, что если потребитель может обоснованно полагаться на оператора платформы, имеющего преимущественное влияние на поставщика, то оператор платформы несет солидарную ответственность с поставщиком за неисполнение договора поставщиком. При оценке того, может ли клиент обоснованно полагаться на преобладающее влияние оператора платформы на поставщика, в частности, необходимо учитывать, что:

1) договор между поставщиком и клиентом заключается через платформу;

2) оператор платформы может удерживать платежи, произведенные потребителями;

3) условия договора между поставщиком и клиентом определяются платформой;

4) цена, подлежащая уплате клиентом, определяется оператором платформы;

5) оператор платформы обеспечивает единый образ поставщиков или товарный знак;

6) оператор платформы обязуется следить за действиями поставщиков.

Как видно, обозначенные аспекты предполагают учет степени вовлеченности владельца агрегатора в отношения между предпринимателем и потребителем.

---

[1] Решение суда на сайте законодательства ЕС (URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0149 (дата обращения: 20.05.2020)).

[2] *Busch Christoph*, *Dannemann Gerhard*, *Schulte-Nölke Hans*, *Wiewiórowska-Domagalska Aneta and Zoll Fryderyk*. Op. cit.

При сравнительном анализе также следует обратиться к решениям, вынесенным судами в США. 3 июля 2019 г. 3-й окружной апелляционный суд США вынес решение по делу *H.R. Oberdorf; M.A. Oberdorf v. Amazon.com, Inc.* Суд постановил, что *Amazon.com Inc.*, являющийся правообладателем торговой площадки, может нести ответственность в соответствии с законодательством штата за продажи третьих лиц на своем портале. Судья Д. Ричардс обосновал это решение[1], опираясь на четыре основных пункта:

1) площадка является единственным участником маркетинговой цепочки, доступным потерпевшему для возмещения убытков (согласно материалам дела продавец удалил свой аккаунт в 2016 г.);

2) установление строгой ответственности (*strictly liability* – ответственность, при которой не нужно доказывать вину нарушителя) в отношении площадки является стимулом к обеспечению правопорядка;

3) площадка могла предотвратить обращение бракованной продукции на рынке;

4) площадка может перераспределить расходы на компенсацию ущерба, вызванного дефектами, путем их взимания с поставщика.

Таким образом, ответственность агрегатора перед поставщиком товаров или исполнителем услуг не урегулирована законом и носит исключительно договорный характер. Ответственность же перед потребителем частично урегулирована – в части, касающейся непредоставления полной и достоверной информации о товаре или услуге, а также в части возврата предоплаты. Следует признать спорность характера такой ответственности: возникает вопрос, следует ли признавать ее деликтной или договорной. Представляется целесообразным расширить принцип ответственности за «доверие к бренду» перед потребителем, который на данный момент правоприменительная практика выработала только для агрегаторов в сфере перевозок пассажиров.

Выводы

Агрегатора информации о товарах (услугах) можно определить как сайт в сети Интернет, либо программу для ЭВМ, который(-ая) дают возможность потребителю ознакомиться с предложениями продавцов (исполнителей) на конкретный товар (услугу), приобрести данный

[1] United States Court Of Appeals For The Third Circuit. № 18-1041. *Heather R. Oberdorf; Michael A. Oberdorf, Her Husband, Appellants v. Amazon.Com Inc., a Washington Corporation* (URL: http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/181041p.pdf (дата обращения: 20.05.2020)).

товар (услугу), а также внести предоплату за данный товар (услугу) в безналичной форме. Правообладатель такой платформы признается владельцем агрегатора информации о товарах (услугах).

При соблюдении некоторых условий владелец агрегатора может обладать статусом организатора распространения информации в сети Интернет – основным основанием для этого является возможность обмена сообщениями между пользователями платформы. Кроме того, статус владельца агрегатора может совпадать со статусом информационного посредника. Основными условиями для этого являются добросовестность владельца агрегатора и низкая степень вовлеченности в редактирование и размещение материала на сайте.

Сущность договорных отношений владельца агрегатора информации о товарах (услугах) состоит в связке посредничества и договора оказания услуг. При этом категория «посредничество» является прежде всего конструкцией теории гражданского права и не регламентируется законом.

Ответственность агрегатора перед поставщиком товаров или исполнителем услуг не урегулирована законом и носит исключительно договорный характер. Ответственность же перед потребителем частично урегулирована – в части, касающейся непредоставления полной и достоверной информации о товаре или услуге, а также в части возврата предоплаты.

Приложение

Анализ внутренних правил агрегаторов

Агрегатор	Правила площадки, примечания	Положения правил площадки
Alibaba	Правила использования (*Terms of Use*)[1]. Согласно преамбуле распространяется на площадки, размещенные на сайтах www.alibaba.com, www.aliexpress.com, www.aliexpress.ru, www.tmall.ru (далее – Сайты)	Через Сайты *Alibaba.com* предоставляет электронные веб-платформы для обмена информацией между продавцами и покупателями товаров и услуг. *Alibaba.com* дополнительно предоставляет электронные веб-платформы проведения сделок для Участников по размещению, согласованию, заключению, управлению и выполнению заказов для предоставления продуктов и услуг в Интернете. Тем не менее ни по каким Услугам *Alibaba.com* не представляет ни продавцов, ни покупателей по конкретным сделкам (п. 7.1). Покупатели и продавцы на Сайтах несут полную ответственность за определение и исполнение условий сделок, заключенных на Сайтах с помощью или в результате использования Сайтов или Услуг, в том числе без ограничения, за условия относительно оплаты, возвратов, гарантии, доставки, страхования, сборов, налогов, титулов, лицензий, штрафов, разрешений, обработки, транспортировки и хранения (п. 7.4). *Alibaba.com* и вы – независимые стороны, и ни одно из отношений (агентство, партнерство, совместное предприятие, работник и работодатель или франчайзер и франчайзи) не подразумевается и не создается (п. 12.2).
Amazon	Условия использования (*Conditions of Use*)[2]	Стороны, отличные от *Amazon*, управляют магазинами, предоставляют услуги или программное обеспечение или продают линейки продуктов через сервисы *Amazon*.

[1] Условия Использования и Информация Правового Характера (Russian) (URL: https://rule.alibaba.com/rule/detail/3900.htm?spm=a271m.8038972.1999288231.4.6d6b6d827E46TL (дата обращения: 20.05.2020)).

[2] Conditions of Use Amazon (URL: https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html/ref=ap_signin_notification_condition_of_use?ie=UTF8&nodeId=508088 (дата обращения: 20.05.2020)).

		Если вы приобретаете какие-либо продукты или услуги, предлагаемые этими компаниями или частными лицами, вы покупаете непосредственно у этих третьих сторон, а не у *Amazon*. Мы не несем ответственности за изучение или оценку, и мы не гарантируем предложения любого из этих предприятий или физических лиц (в том числе содержание их веб-сайтов). *Amazon* не несет никакой ответственности за действия, продукты и контент всех этих и любых других третьих сторон.
	Соглашение о бизнес-решениях *Amazon* (*Amazon Services Business Solutions Agreement*)[1]	Мы и наши партнеры в максимально допустимой законом степени отказываемся: (i) от любых заявлений или гарантий в отношении настоящего Соглашения, услуг или сделок, предусмотренных настоящим Соглашением, включая любые подразумеваемые гарантии товарной пригодности, пригодности для конкретной цели или ненарушения прав; (ii) от подразумеваемых гарантий, возникающих в ходе осуществления сделок, выполнения или использования торговых операций; и (iii) от любых обязательств, ответственности, права, требования или средства правовой защиты в результате деликта, независимо от того, являются ли они результатом нашей небрежности.
eBay	Пользовательское соглашение *eBay*[2]	Данное Пользовательское соглашение, Условия для пользователей мобильных приложений и все правила и дополнительные условия, опубликованные на наших сайтах, в приложениях, средствах и услугах (в совокупности – «Услуги»), определяют условия, на которых компания *eBay* предоставляет вам доступ к собственным Услугам и возможность их использования. Мы не передаем юридическое право собственности на товар от продавца покупателю.

[1] Amazon Services Business Solutions Agreement (URL: https://sellercentral.amazon.com/gp/help/external/G1791?language=en_CA&ref=efph_G1791_cont _521 (дата обращения: 20.05.2020)).

[2] Пользовательское соглашение eBay (URL: https://www.ebay.com/pages/ru/help/policies/user-agreement.html (дата обращения: 20.05.2020)).

		Любые рекомендации, которые мы даем в рамках Услуг, например, в отношении цен, отправки товара, размещения объявлений и ресурсов носят исключительно информационный характер, и вы сами решаете, следовать им или нет. Даже с учетом того, что мы можем помочь в разрешении конфликтов посредством разных программ, компания *eBay* не обладает средствами контроля над и не гарантирует существование, качество, безопасность и законность рекламируемых товаров, правдивость и точность пользовательских рекламных объявлений и их содержания, способность продавцов продавать товар, а покупателей – оплатить его, а также то, что транзакция между покупателем или продавцом будет завершена или товар будет возвращен.
Uber	Правила и условия (*Terms and conditions*)[1]	Сервисы представляют собой технологическую платформу, которая безвозмездно позволяет пользователям мобильных приложений *Uber* или пользователям веб-сайтов *Uber*, предоставляемых в рамках оказываемых Услуг (каждое из них именуемое *«Приложение»*), организовать и спланировать перевозку и/или предоставление логистических услуг с участием независимых сторонних поставщиков таких услуг, включая независимые сторонние транспортные компании и независимых поставщиков логистических услуг в соответствии с соглашением с *Uber* или с аффилированными лицами *Uber* (*«Сторонние поставщики»*). Если *Uber* не заключила с вами отдельного соглашения, Услуги предоставляются вам исключительно для вашего личного, некоммерческого использования. Вы признаете, что компания *Uber* не обеспечивает осуществление перевозок или логистических услуг и не функционирует как транспортная компания и что такие перевозки или логистические услуги предоставляются сторонними подрядчиками, которые не являются сотрудниками компании *Uber* или ее аффилированных лиц.

[1] Юридическая информация. UBER ML B.V. Условия и Положения (URL: https://support-uber.com/legal/tos?lang=ru (дата обращения: 20.05.2020)).

		Взаимоотношения между вами и сторонними поставщиками регулируются соответствующими договорами между вами и сторонними поставщиками, компания *Uber* не является стороной таких договоров.
«Яндекс. Такси»	Условия использования сервиса «Яндекс.Такси»[1]	Сервис предлагает Пользователю бесплатную возможность разместить информацию о потенциальном спросе Пользователя на услуги по перевозке пассажиров и багажа легковым такси и/или услуги по управлению транспортным средством Пользователя и/или иные транспортные услуги и/или услуги курьерской доставки, а также возможность ознакомиться с информацией о предложениях организаций, оказывающих услуги в указанной сфере (п. 1.6). «Яндекс.Такси» не несет ответственности за содержание и/или актуальность информации, предоставляемой Службами Такси, включая информацию о стоимости услуг Служб Такси, а также об их наличии в данный момент. Взаимодействие Пользователя со Службами Такси по вопросам приобретения услуг осуществляется Пользователем самостоятельно (без участия «Яндекс.Такси») в соответствии с принятыми у Служб Такси правилами оказания услуг. «Яндекс.Такси» не несет ответственности за финансовые и любые другие операции, совершаемые Пользователем и Службами Такси, а также за любые последствия приобретения Пользователем услуг Служб Такси.
	Оферта на оказание Услуг по предоставлению доступа к Сервису[2] (для партнеров сервиса, т.е. непосредственных перевозчиков)	Предметом настоящей Оферты является оказание «Яндексом» Службе Такси Услуг в порядке и на условиях, указанных в Оферте.

[1] Условия использования сервиса «Яндекс.Такси» (URL: https://yandex.ru/legal/taxi_termsofuse/ (дата обращения: 20.05.2020)).

[2] Оферта на оказание Услуг по предоставлению доступа к Сервису (URL: https://yandex.ru/legal/taxi_offer/ (дата обращения: 20.05.2020)).

Пристатейный библиографический список

1. *Егоров А.В.* Понятие посредничества в гражданском праве: дис. ... к.ю.н. М., 2002.

2. *Жарова А.К., Демьянец М.В., Елин В.М.* Предпринимательская деятельность в сети Интернет: монография. М.: ЮРКОМПАНИ, 2014 (СПС «КонсультантПлюс»).

3. *Иванов А.А.* Бизнес-агрегаторы и право // Закон. 2017. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»).

4. *Карапетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012 (СПС «КонсультантПлюс»).

5. *Козинец Н.В.* Особенности правового регулирования трансграничной электронной торговли: дис. ... к.ю.н. М., 2017.

6. *Маркова О.А.* Соотношение договорной и деликтной ответственности в сфере защиты прав потребителей // Право и экономика. 2010. № 9 (СПС «КонсультантПлюс»).

7. *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

8. *Санникова Л.В.* Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2007.

9. *Сафин Р.Р.* Соотношение договорной и внедоговорной ответственности // Социально-экономические и технические системы: исследование, проектирование, оптимизация. 2016. № 1. С. 73–80.

10. *Сафиуллин Д.Н.* Существенные условия договоров на реализацию продукции (поставки и контрактации): автореф. дис. ... к.ю.н. Свердловск, 1979

11. *Степанов Д.И.* Услуги как объект гражданских прав: дис. ... к.ю.н. М., 2004.

12. *Суворов Е.Д.* Некоторые проблемы электронной торговли: к вопросу об ответственности владельцев агрегаторов перед потребителями // Вестник экономического правосудия. 2019. № 7 (67). С. 57–68.

13. *Фомина О.Н.* Правовой статус информационного посредника // Вестник гражданского права. 2019. № 3 (СПС «КонсультантПлюс»).

14. Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: монография / под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

15. *Busch Christoph, Dannemann Gerhard, Schulte-Nölke Hans, Wiewiórowska-Domagalska Aneta and Zoll Fryderyk.* Discussion Draft of a Direc-

tive on Online Intermediary Platforms (11 August 2016). Research Group on the Law of Digital Services. Journal of European Consumer and Market Law 164–169 (Publishers: C.H. Beck, Nomos and Wolters Kluwer) (URL: https://ssrn.com/abstract=2821590 (дата обращения: 20.05.2020)).

16. E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2019.

17. *Maultzsch Felix*. Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and Established Principles (20 November 2017). European Review of Contract Law, Vol. 14, 3/2018, 209-240 (URL: https://ssrn.com/abstract=3074301).

18. Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R1150 (дата обращения: 20.05.2020)).

А.И. Левашов

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ОРГАНИЗАЦИИ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ МАГАЗИНОВ МОБИЛЬНЫХ ПРИЛОЖЕНИЙ

Аннотация. *В настоящей статье рассматривается юридическое содержание деятельности магазинов мобильных приложений как платформ-агрегаторов цифровых товаров и услуг. Описываются основные тенденции развития регулирования деятельности провайдеров информационных услуг. Подчеркивается важность осуществления идентификации всех участников информационной инфраструктуры магазинов как необходимой предпосылки соблюдения законодательных требований. Особое внимание уделяется анализу правоотношений, связанных с размещением мобильных приложений в каталогах магазинов и их непосредственной реализацией конечным пользователям.*

Ключевые слова: *электронная коммерция, информационные посредники, агрегаторы, цифровые товары, мобильные приложения.*

Введение

В настоящее время одним из наиболее широко отмечаемых трендов электронной коммерции является «уберизация», представляющий из себя популяризацию цифровых платформ для «непосредственного» заключения сделок между их пользователями[1]. Отмеченная непосредственность состоит в том, что такие платформы агрегируют оферты с сопутствующей им информацией одних пользователей и позволяют акцептовать их другим. Несмотря на то, что многие из подобных интернет-сервисов функционируют достаточно давно, для юридической науки данное явление остается достаточно новым.

Значительное число сделок между пользователями платформ-агрегаторов совершается в отношении нематериальных объектов, зачастую именуемых «цифровыми товарами и услугами»[2]. Яркими примерами

[1] *Montalban M., Frigant V., Jullien B.* Platform economy as a new form of capitalism: a Regulationist research Programme // Cambidge Journal of Economics. 2019. Vol. 43. P. 806.

[2] *Горшкова Л.В.* Правовая природа цифрового товара // Материалы VI Международной конференции «Право и Интернет». Москва, 7–8 октября 2004 г. (URL: https://www.ifap.ru/pi/06/stand.htm (дата обращения: 25.01.2020)).

подобных платформ являются магазины мобильных приложений, такие как *Google Play* и *Apple App Store*, в рамках которых мобильные приложения размещаются их разработчиками и приобретаются обычными пользователями. Данные действия имеют правовое измерение в виде возникновения договорных обязательств между приобретателями приложений, их разработчиками (для целей настоящей работы здесь и далее, если на иное прямо не обращается внимания, разграничение между разработчиком приложения и его правообладателем не проводится) и администраторами магазинов (опять же, для целей настоящей работы здесь и далее, если иное прямо не указывается, администратор магазина отождествляется с его правообладателем). В целях их надлежащего исполнения администратором формируется целая система внутренних правил магазина, включающая в себя порядок и условия добавления приложений в отображаемый для пользователя каталог, их скачивания и использования, реализации иных цифровых товаров посредством скаченного пользователем приложения («встроенных покупок»), рассмотрение заявлений о нарушении интеллектуальных прав и многие другие.

Развитие института информационного посредничества в контексте электронной коммерции

Актуализация тематики правового обеспечения деятельности интернет-агрегаторов вызвана не только ростом числа бизнес-проектов в этой области, но и развитием понимания пределов ответственности информационных посредников в сети Интернет. Общепринятым подходом, закрепленным в законах большинства развитых государств, является освобождение провайдеров от ответственности в случае, когда последние не инициировали обработку соответствующей информации, не оказывали влияние на ее содержание, не знали и не должны были знать о незаконности такой обработки. Критерии необходимой степени активности провайдера[1], как и наличия действительного или предполагаемого знания о нарушении[2], в первую очередь зависят от статуса

[1] *Али М.З.* Ограничение доступа к информационным ресурсам в сети Интернет (практические проблемы признания информации запрещенной к распространению) // Право в сфере Интернета: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] *Савельев А.И.* Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11.

конкретного посредника, в отечественном регулировании описываемого через его функции.

Развитие отечественного регулирования деятельности информационных посредников отразилось в появлении так называемого «Закона о блогерах»[1], сохранившего свою силу в части определения обязанностей «организатора распространения информации в сети Интернет. В это же время был принят «второй расширенный антипиратский пакет законов»[2], согласно которому требования обладателей исключительных прав о пресечении действий, нарушающих или создающих угрозу нарушения их прав, стало допустимо предъявлять не только к соответствующим акторам, но и к «иным лицам, которые могут пресечь такие действия». В системном толковании со ст. 1253.1 ГК РФ, данные изменения породили новый виток обсуждений степени вовлеченности различных участников информационной инфраструктуры сети Интернет в обеспечение ее функционирования, и, как следствие, создание условий для нарушения прав третьих лиц. Например, до недавнего времени достаточно нелинейно складывалась практика относительно признания регистратора доменных имен информационным посредником с коррелирующей такому признанию возможностью предъявлять к нему требования по подп. 2 п.1 ст. 1252 ГК РФ[3].

Обозначенный вектор законотворчества дает основания говорить о постепенном переходе от классического понимания роли информационных посредников в обеспечении соблюдения требований применимого законодательства к более широкому. Актуальный этап развития регулирования отношений в сети Интернет ставит вопрос о необходимости предъявлять особые требования к деятельности провайдеров как лиц, имеющих юридическую и техническую возможность воздействовать на пользователей поддерживаемых ими сервисов, разрабатывая правила оказания информационных услуг и обеспечивая их

[1] Федеральный закон от 05.05.2014 № 97-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об информации, информационных технологиях и о защите информации” и отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам упорядочения обмена информацией с использованием информационно-телекоммуникационных сетей».

[2] Федеральный закон от 12.03.2014 № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

[3] *Чакилев А.В.* Материально-правовое положение лиц, которым могут быть предъявлены требования о пресечении нарушений в сети Интернет (URL: http://ipcmagazine.ru/legal-issues/material-and-legal-status-of-persons-who-may-be-required-to-stop-violations-on-the-internet#17 (дата обращения: 25.01.2020)).

исполнение[1]. В первую очередь это касается посредников «на уровне приложений и контента»[2], непосредственно осуществляющий администрирование информационных систем. Как показывает практика складывающихся правоотношений, исполнение данными лицами соответствующих требований в значительной степени позволяет достичь публичных целей без необходимости государственного контроля действий отдельных пользователей. Одними из последних примеров такого подхода являются положения Директивы ЕС об авторском праве 2016/0280, существенно увеличивающие объем мер, которые администраторы информационных систем должны реализовывать в целях содействия правообладателям.

Новым шагом в сторону «принудительного сорегулирования» отношений в сети Интернет с привлечением администраторов платформ-агрегаторов стал и Закон об агрегаторах. Оставляя за скобками высокую лояльность данных нововведений по отношению к владельцам агрегаторов, во многом нивелирующую их практическую пользу[3], нельзя не отметить удачность выбора потребительского законодательства как раздела, требующего первоочередное реформирование. Во-первых, потребители традиционно считаются менее компетентной категорией лиц, нежели иные участники гражданского оборота, и одновременно являются основными пользователями платформ-агрегаторов. Во-вторых, закрепление правил об ответственности агрегаторов в качестве императивных норм потребительского законодательства позволяет применять их и при использовании последними иностранных агрегаторов в силу прямого указания п. 1 ст. 1211 ГК РФ.

Вместе с тем нерешенной оказалась проблема неприменимости Закона о защите прав потребителей в случае безвозмездного использования платформы-агрегатора. Как справедливо отмечалось некоторыми исследователями[4], «безвозмездность» в таких случаях является

---

[1] *Мажорина М.В.* Цифровые платформы и международное частное право, или Есть ли будущее у киберправа? (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] *Архипов В.В.* Интернет-право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2016. С. 58–59.

[3] *Рожкова М.А.* Агрегаторы, платформы, «владельцы агрегаторов»: некоторые комментарии к Закону об агрегаторах // Закон.ру. 13.08.2018 (URL: https://zakon.ru/blog/2018/08/13/agregatory_platformy_vladelcy_agregatorov_nekotorye_kommentarii_k_zakonu_ob_agregatorah (дата обращения: 25.01.2020)).

[4] См., например: *Али М.З.* «Закон об агрегаторах» – скрытая угроза правам потребителей // Закон.ру. 13.08.2018 (URL: https://zakon.ru/blog/2018/03/22/zakon_ob_agregatorah__skrytaya_ugroza_pravam_potrebitelej (дата обращения: 25.01.2020)).

лишь видимой и обусловленной бизнес-моделью соответствующих сервисов. Фактически, их использование оплачивается пользователями, но путем взимания дополнительной платы с продавца. Применительно к магазинам мобильных приложений, и *Google Play* и *Apple App Store* помимо платы за регистрацию аккаунта разработчика собирают с последних «комиссии за транзакции»[1] в размере 30% с каждого скачивания платного приложения. Более того, оба магазина за счет генерируемой разработчиками активности пользователей получают долю доходов от онлайн-рекламы, размещая ее в соответствующих мобильных приложениях. Последнее обстоятельство уже становилось предметом оценки государственных органов в деле «ФАС против *Google*», в результате которой был сделан вывод о допустимости квалификации «бесплатного» приложения как товара для целей антимонопольного законодательства[2]. Представляется, что аналогичный вывод в отношении деятельности администраторов магазинов должен быть сделан и с точки зрения потребительского законодательства. Ввиду особой важности данного правила для целей электронной коммерции, разумным видится закрепление описанного понимания возмездности потребительских договоров на законодательном уровне.

Отдельно следует упомянуть об активно ведущейся работе по формированию института транснационального потребительского права (*Transnational Consumer Law*) для целей электронной коммерции[3]. Данная постановка вопроса во многом объясняется транснациональным характером сети Интернет, влекущим невозможность адекватного регулирования возникающих в ней правоотношений средствами национального права. Более того, гарантии прав потребителей уже становились предметом рассмотрения как Генеральной ассамблеи ООН, так и отдельных международных договоров. Как подчеркивалось в Руководящих принципах ООН для защиты интересов потребителей,

[1] https://support.google.com/googleplay/android-developer/answer/112622?hl=ru (дата обращения: 25.01.2020).

[2] Решение № АД/54066/15 по делу № 1-14-21/00-11-15 от 05.10.2015 (URL: https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15/ (дата обращения: 25.01.2020)); решение от 15.03.2016 по делу № А40-240628/2015 (URL: https://sudact.ru/arbitral/doc/eGhIIk5Y2i61/ (дата обращения: 25.01.2020)).

[3] *Calliess G.-P.* Transnational Consumer Law; Co-Regulation of B2C-E-Commerce // Responsible business: selfgovernance in transnational economic transactions. O. Dilling, M. Herberg & G. Winter, eds. Oxford: Hart Publishing, 2008. P. 225–258; *Reich N.* Transnational Consumer Law-Reality or Fiction? // Penn State International Law Review. 2009. Vol. 27. № 3. P. 859–868.

принятых Резолюцией Генеральной ассамблеи ООН от 22.12.2015 № 70/186, со стороны государств, предпринимателей и потребителей должно вестись трехстороннее сотрудничество по «разработке механизмов действенной защиты интересов потребителей в сфере электронной торговли»; «отдельные вопросы защиты интересов потребителей, в частности, вопросы о применимых правовых нормах и юрисдикции, могут наиболее эффективно решаться на основе международных консультаций и сотрудничества»[1]. Можно только согласиться с тем, что установление международных правил, регулирующих отношения с потребителями при использовании платформ-агрегаторов, позволило бы обеспечить более эффективную защиту их прав и интересов, в связи с чем попытки достижения международного согласия в данной области можно только приветствовать.

Вместе с тем, как справедливо отмечалось рядом исследователей, слабой стороной по договору следует считать не только физических, но и юридических лиц, когда те оказываются в обязательственных правоотношениях с лицами, обладающими несоразмерно большим опытом и договорными возможностями[2]. В отличие от потребителей, последние уже не располагают мощным арсеналом потребительского законодательства, так как действуют в целях систематического извлечения прибыли, неся риск наступления неблагоприятных последствий. Данное правило в полной мере распространяется и на физических лиц, реализующих свои мобильные приложения в качестве индивидуального предпринимателя. В результате, данная категория лиц, к которой относится значительное число разработчиков, оказывается в полном объеме связанными различными правилами и соглашениями *Google* и *Apple*, многие из которых носят явно несправедливый характер. Общеизвестным примером таких условий являются положения упомянутых соглашений об отказе от гарантий (*disclaimer of warranties*) и ограничении ответственности (*limitation of liability*), следуя которым, разработчик вполне может не только не получить компенсацию нарушенных им прав, но еще и остаться должником. Применение механизма судебного изменения несправедливых условий договора[3], весьма подходящего в данной ситуации,

[1] https://undocs.org/ru/A/RES/70/186 (дата обращения: 25.01.2020).

[2] См., напрмер: *Белов В.А.* Правовая сущность понятий «потребитель» и «слабая сторона» в гражданских правоотношениях (СПС «КонсультантПлюс»).

[3] Пункт 9 постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» (СПС «КонсультантПлюс»).

фактически блокировано пророгационными соглашениями и положениями о применимом праве (законодательство Калифорнии и суда данного штата).

Представляется, что описанное положение дел указывает на необходимость законодательного закрепления дополнительных гарантий для субъектов малого предпринимательства, выступающих в качестве разработчиков в *Google Play* и *Apple App Store*. При этом прямое предоставление прав может оказаться малоэффективным, так в результате предприниматель, вероятнее всего, окажется перед неутешительной альтернативой. Ему придется либо доказывать обоснованность их применения в одном из судов Санта-Клары (штат Калифорния, США), либо пытаться принудительно исполнить в этом суде решение, вынесенное государственным судом РФ, на основании принципов взаимности и международной вежливости. Ввиду гибкости как коллизионных норм США о применении императивных норм других государств (в РФ – «норм непосредственного применения»), так и практики применения принципа взаимности[1], перспективы реального удовлетворения требований предпринимателя к магазину приложений представляются весьма туманными. В связи с этим более продуктивным путем может стать установление требований о локализации ответственного представителя администратора магазина на территории РФ. Даже в отсутствии специально предоставленных гарантий и прав, данное решение позволит субъектам малого предпринимательства эффективно защищать свои права и интересы.

Идентификация как предпосылка функционирования магазинов приложений

Функционирование магазинов приложений предполагает выделение трех категорий участников:

1) администратор магазина, определяющий порядок его функционирования и предоставляющий остальным возможность его использования;

2) разработчики, имеющие возможность размещать свои мобильные приложения в каталоге магазина;

3) пользователи, обращающиеся в магазин для приобретения необходимого им мобильного приложения.

[1] См.: *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

Необходимо учитывать, что каждая из указанных категорий в известной степени является абстракцией. Так, на стороне администратора магазина, как правило, действует группа лиц, многие из которых являются дочерними организациями правообладателя магазина. Подобная модель позволяет оптимизировать администрирование сервиса, распределив соответствующие функции между разными организациями. К примеру, и Соглашение *Google Play* о распространении программных продуктов[1], и Условия и положения пользования Мультимедийными сервисами *Apple*[2] предусматривают привлечение «партнеров по обработке платежей», «партнеров по безопасности», «уполномоченных провайдеров» и других лиц, обеспечивающих работу магазина.

Помимо этого международный характер данных сервисов обуславливает появление рассредоточенных по всему миру подконтрольных компаний, часть из которых прямо упоминается в вышеупомянутых правилах как лица, выступающие в качестве региональных администраторов. Следует отметить, что неупомянутые в правилах лица также при определенных обстоятельствах могут признаваться ответственными за деятельность автоматизированных интернет-сервисов *Google (Alphabet Inc.)* и *Apple Inc.*, даже не участвуя в их технической настройке[3].

В качестве разработчика выступает лицо, выполнившее установленные администратором требования для получения доступа к сервису для размещения приложений (*Google Play Console* и *Apple Developer (Apple Developer Connection)*). И *Google Play*, и *App Store* допускают создание аккаунтов разработчиков как физическим, так и юридическим лицам. Помимо этого, данные сервисы обладают функционалом для предоставления работникам разработчика или иным лицам контролируемого доступа к его аккаунту с полномочиями на совершение тех или иных операций в отношении размещенных через аккаунт разработчика материалами. В соответствии с общепринятыми практиками делового оборота, вышеупомянутые соглашения об использовании магазинов предусматривают квалификацию действий таких лиц как совершенных самим разработчиком. Разработчик заверяет администратора о досто-

[1] https://play.google.com/about/developer-distribution-agreement.html (дата обращения: 25.01.2020).

[2] https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/ru/terms.html (дата обращения: 25.01.2020).

[3] Апелляционное определение Мосгорсуда от 16.09.2015 по делу № 33-30344.

верности предоставленной им информации о своем наименовании, адресе и платежных данных.

Администратор, очевидно, по умолчанию не знает и не может знать, является ли размещаемое приложение действительно произведением разработчика, или же некоего третьего лица. Наличие у разработчика титула на использование публикуемых материалов презюмируется для целей функционирование сервиса и также подтверждается заверениями со стороны последнего. На случай опровержения данной презумпции, соглашениями об использовании магазинов предусматриваются особые порядки блокировки и удаления как контрафактных приложений, так и аккаунта недобросовестного разработчика.

Пользователь, как и разработчик, действует через зарегистрированный им в информационной системе магазина аккаунт. Соответственно, в рамках его использования также возникает проблема достоверности предоставляемой пользователем информации о себе и своих правомочиях. В первую очередь данная информация требуется администратору для определения возраста пользователя и, как следствие, наличия у него необходимой для начала использования сервиса правосубъектности. В дополнение к этому, подтверждение статуса пользователя важно в контексте участившихся случаев использования подписок предпринимателей на платные приложения по льготным, потребительским условиям[1]. Следует признать, что подобное использование фактически невозможно пресечь силами как разработчика, так и администратора. Вместе с тем при адекватной идентификации соответствующих пользователей, сформированная база данных может эффективно использоваться в рамках сотрудничества с организациями по коллективному управлению авторскими правами, занимающимися непосредственно выявлением неправомерного использования произведений.

Описанные особенности взаимодействия участников магазинов приложений, во многом свойственные любым цифровым маркетплейсам, обуславливают постановку вопроса о необходимости их идентификации, а также способе проверки предоставляемых ими сведений. В первую очередь администратор магазина как лицо, организующее работу всей его информационной экосистемы и контролирующее правомерность деятельности разработчиками в установленных законами пределах, должен быть однозначно установлен для целей государ-

[1] Как малый бизнес реально экономит на лицензиях для публичного исполнения? (URL: https://www.dekuzu.com/ru/2018/11/small-business-and-public-performance.html (дата обращения: 25.01.2020)).

ственного контроля, что прямо следует из новелл ст. 9 Закона о защите прав потребителей. Как показывает практика, обратное неизбежно коррелирует с массовыми нарушениями законодательства, в частности, о правах на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, участниками соответствующих платформ. В качестве наиболее релевантного примера можно упомянуть сервис «Сидия» (*Cydia*), позволяющий пользователям устанавливать мобильные приложения для операционной системы *iOS* после принудительного получения доступа к файловой системе устройства (*jailbreak*)[1]. В связи с отмеченной ранее множественностью лиц на стороне администратора, важно, чтобы четко и однозначно было идентифицировано именно то лицо, с которым у пользователей возникают соответствующие обязательства.

С учетом взаимодействия посредством аккаунтов, идентификация актуальна и для разработчиков, и для пользователей. Более того, и *Google Play*, и *Apple App store* предусматривают единый порядок создания аккаунта как для разработчика, так и для пользователя, с идентичным перечнем указываемой информации (*Google Account* и *Apple ID* соответственно). Вместе с тем различия возникают на этапе указания платежной информации. Для использования *Google Play* пользователю указывать платежную информацию не обязательно, а разработчику требуется указать данные банковской карты или иного доступного средства платежа, а также прислать сканированную копию или фотографию личности, которой оно принадлежит[2]. В свою очередь, в экосистеме *Apple* платежная информация указывается как пользователями, так и разработчиками. Помимо этого для получения статуса разработчика лицу потребуется получить международный идентификатор юридических лиц (*Data Universal Numbering System number*, *D-U-N-S number*), за счет которого администратор может удостовериться в реальном существовании компании-разработчика[3]. Представляется, что подход *Apple* в большей степени соответствует отечественному потребительскому законодательству, требующему от владельцев агрегаторов получать информации о продавцах и размещать ее в сети Интернет с целью доведения до потребителей. Используемый *Google* институт заверений и гарантий (*representations and warranties*) видится менее уместным,

[1] Cydia // Википедия (URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Cydia (дата обращения: 25.01.2020)).

[2] https://play.google.com/apps/publish/signup/ (дата обращения: 25.01.2020).

[3] https://developer.apple.com/support/D-U-N-S/ (дата обращения: 25.01.2020).

так как он создает более высокие риски получения от разработчиков недостоверной информации. Следует, однако, отметить, что оба рассматриваемых магазина не исполняют требования потребительского законодательства в полной мере, так как не размещают в открытый доступ всю информацию о продавцах (разработчиках), указанную в п. 1.2 ст. 9 Закона о защите прав потребителей.

Применение института заверений и гарантий также представляется весьма спорным при решении вопроса об идентификации пользователей. По общему правилу стандарт достоверности, по которому стороны должны определять друг друга, гражданским законодательством не установлен и определяется контрагентами самостоятельно. Как следует из абз. 1 п. 1 ст. 431.2 ГК РФ, заверения могут, в частности, даваться в отношении полномочий лица на заключение договора. Основной целью данного правила является сокращение времени и издержек при проверке важной для заключения договора информации, предоставляемой контрагентом[1]. Соответственно, беглая правовая оценка может привести к выводу о допустимости использования заверений для подтверждения достижения необходимого возраста. Однако при близком рассмотрении становится очевидным, что подобное решение противоречит как доктрине, так и практике применения гражданского законодательства.

С теоретической точки зрения предоставление заверения об обстоятельствах является сделкой, то есть юридическим фактом, влекущим возникновение, изменение или прекращение прав, обоснованием действия которого является свободно сформированное волеизъявление[2]. Общепризнанным вместе с тем является принципиальная невозможность самостоятельного выражения юридически значимой воли малолетним[3]. Эта логика положена в основу ст. 172 ГК РФ, согласно которой совершенные малолетними сделки по общему правилу являются ничтожными. Из нее же следует, что опора на заверения таких лиц не может считаться ведением дел с должной заботливостью и осмотрительностью.

---

[1] Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017. С. 962.

[2] *Скловский К.И.* Сделка и ее действие. Комментарий главы 9 ГК РФ. Принцип добросовестности. 4-е изд., доп. М.: Статут, 2019 (СПС «КонсультантПлюс»).

[3] Сделки, представительство, исковая давность: Постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

В практике судов общей юрисдикции уже высказывалась позиция о том, что «обязанность по проверке наличия у пользователя дееспособности для заключения договора об оказании платных услуг лежит на ответчике»[1]. Данная позиция не отличается особой «гибкостью», отмечавшейся исследователями в других правопорядках[2]. Вместе с тем, она исходит из необходимости предоставления более высокого уровня защищенности прав и интересов несовершеннолетних, оставаясь на позициях понимания правосубъектности как «правовой связи между лицом и государством, абстрактной по отношению к другим лицам»[3].

Отдельного внимания в контексте идентификации пользователей заслуживает проблема защиты детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию. Законодательство данной сферы является еще одним примером норм непосредственного применения, отражающих публичный порядок государства. На необходимость его соблюдения неоднократно обращали внимание как государственные органы, так и международные организации, в результате чего многими сервисами были приняты соответствующие технические и организационные меры[4]. Отечественное законодательство предусматривает целый ряд требований, таких как классификация информационной продукции и установление критериев вредной для детей информации, соблюдение которых в рамках функционирования магазинов приложений должно обеспечиваться администраторами их информационных экосистем. Помимо этого, важное значение в российской практике применения Федерального закона от 29.12.2010 № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» приобретает идентификация пользователей интернет-сервисов, осуществлять которую в настоящее время обязаны лица, организующие доступ к сети

[1] Решение Пятигорского городского суда Ставропольского края от 12.12.2012 по делу № 2-2763/2012.

[2] См., например: *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование.

[3] *Мезрин Б.Н.* Место гражданской правосубъектности в механизме правового регулирования // Правовые проблемы гражданской правосубъектности: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 62 / отв. ред. проф. О.А. Красавчиков. Свердловск, 1978. С. 52.

[4] Например, *Instagram* начал запрашивать дату рождения у новых пользователей. Регистрацию пользователей до 13 лет запрещают многие крупные соцсети, в том числе *Facebook, Twitter, Snapchat* и *TikTok*. Большинство из них запрашивает у новых пользователей данные об их возрасте.

Интернет в местах, доступных для детей[1]. Представляется, что проведение идентификации пользователей администратором магазинов также необходимо и следует из логики вышеприведенного закона. Этот факт, однако, не снимает необходимости прямого отражения подобного требования в законе во избежание ситуации правовой неопределенности.

С учетом вышесказанного представляется возможным сделать промежуточный вывод о том, что деятельность магазинов приложений *Google Play* и *Apple App Store* не в полной мере соответствуют требованиям российского законодательства. Используемые ими институт заверений и гарантий не соответствует актуальным подходам к установлению достоверных сведений о лицах и требуют замены иными механизмами, например, удаленной идентификацией[2]. Следует отметить, что в экосистемах обоих магазинов удаленная идентификация посредством взаимодействия с операторами сотовой связи, предоставляющими пользователям абонентские номера, уже реализована для некоторых стран, в частности, Южной Кореи[3]. Альтернативный вариант идентификации для российских пользователей может появиться в связи с принятием законопроекта «О внесении изменений в отдельные законодательные акты (в части уточнения процедур идентификации и аутентификации)», получившего неофициальное название «Закон о цифровом профиле»[4]. Данный законопроект предусматривает расширение круга лиц, имеющих возможность подключиться к единой системе идентификации и аутентификации (ЕСИА) с целью подтверждения личности контрагента. Вместе с тем, представляется, что для иностранных юридических лиц подключение к ЕСИА может оказаться технически нереализуемым, что является дополнительным аргументом в пользу необходимости обеспечения администратором наличия уполномоченных им лиц на территории РФ.

---

[1] Решения Вольского районного суда Саратовской области от 25.09.2019 по делу № 2-2-418/2019, Центрального районного суда города Тольятти от 14.01.2019 по делу № 12-28/2019 (12-643/2018).

[2] *Наумов В.Б., Брагинец А.Ю.* Информационно-правовые проблемы удаленной идентификации субъектов в сфере финансовых услуг // Информационное право. 2016. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

[3] Verify your age when you download or listen to mature content in South Korea (URL: https://support.apple.com/ru-ru/HT209533 (дата обращения: 25.01.2020); https://support.google.com/googleplay/android-developer/answer/6223646?hl=ru (дата обращения: 25.01.2020)).

[4] Законопроект № 747513-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты (в части уточнения процедур идентификации и аутентификации)» (URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/747513-7 (дата обращения: 25.01.2020)).

Проблематика размещения мобильных приложений в каталогах магазинов

До начала реализации мобильных приложений важным этапом их жизненного цикла является размещение в каталогах соответствующих магазинов. И *Google Play*, и *Apple App Store* предоставляют целый комплекс услуг по содействию в разработке приложений и их тестированию. Более того, оба сервиса предусматривают обязательные процедуры проверки соответствия приложения правилам их публикации[1].

На основании анализа указанных правил можно сделать вывод о существенной схожести механизмов проверки качества размещаемых приложений как администратором *Google Play*, так и *Apple App Store*. Вместе с тем традиционно считается, что *Google* создает более комфортную среду для разработчиков, в первую очередь, благодаря базовой открытости операционной системы *Android*. Данная система поддерживает все наиболее популярные языки программирования, что позволяет разработчикам создавать приложения на любом из них. В то же время мобильные приложения для *iOS* должны создаваться сугубо в среде разработки *xCode*, что существенно усложняет данный процесс.

Дополнительную свободу информационной экосистеме *Google* сообщало отсутствие обязательной предварительной проверки публикуемых приложений, о чем до настоящего сказано в базовых условиях использования *Google* (ред. 25.10.2017)[2]. Однако в последние годы прослеживается тенденция в сторону увеличения контроля *Google* за размещаемым его пользователями контентом, вызванная уже отмечавшимся ранее ужесточением требований к деятельности провайдеров информационных услуг.

В настоящее время, процедура обязательного тестирования мобильных приложений до индексации в *Google Play* по своей строгости и продолжительности не уступает аналогичным процедурам *Apple*. Она в любом случае включает в себя проверку корректности его работы, допустимости содержащегося в нем контента и правомерности его использования с учетом определенных разработчиком регионов

[1] Правила программы для разработчиков (действуют с 20.01.2021) (URL: https://play.google.com/intl/ru/about/developer-content-policy-print/ (дата обращения: 25.01.2020)); Как провести открытое, закрытое или внутреннее тестирование (URL: https://support.google.com/googleplay/android-developer/answer/3131213?hl=ru (дата обращения: 25.01.2020)).

[2] https://policies.google.com/terms?hl=ru (дата обращения: 25.01.2020).

распространения. Проверка осуществляется как с использованием средств автоматизации, так и без них. Мобильные приложения, размещенные в *Google Play* до изменений порядка проверки, постепенно изучаются администратором и, в случае несоответствия актуальным условиям публикации, удаляются. Более того, экосистема *Google* предусматривает дополнительный контроль за уже размещенными приложениями посредством утилиты *Google Play Protect*. Данное средство сигнализирует пользователю об опасности устанавливаемого приложения, предоставляя ему возможность удалить или заблокировать приложение до запуска, а также сообщить об инциденте администратору магазина[1]. Последний рассматривает такие обращения и принимает решения об удалении материалов, не соответствующих установленным им правилам.

Примечательно, что в отношении нарушений исключительных прав разработчиками правилами магазинов декларируется прием и рассмотрение обращений правообладателей в соответствии с положениями *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*[2]. Однако представляется, что описанное выше активное участие администратора в процессе размещения приложения делает его применимость не столь очевидной. Согласно положениям § 512 (c) (1) (A) Кодекса США, иммунитет от ответственности предоставляется провайдеру только при отсутствии действительного знания (*actual knowledge*) о нарушении, а также о «фактах или обстоятельствах, из которых нарушение становится очевидным». Более того, провайдер не должен получать финансовую выгоду, связанную с нарушением с учетом наличия у него права и возможности контролировать осуществление такого нарушения. Применительно, к функционированию *Google Play* и *Apple App Store*, установление комиссии за транзакции в совокупности с проверками приложений перед опубликованием существенно уязвляют нейтральный статус их администраторов и могут лишить их возможности воспользоваться «правилом тихой гавани».

Помимо этого, описанный в *DMCA* порядок реагирования на обращения правообладателей принципиально отличается от реализованного в *Google Play* и *Apple App Store*. Данный акт предусматривает удаление провайдером материалов, которые, согласно направленному лицом

[1] Как *Google Play Защита* борется с вредоносными приложениями (URL: https://support.google.com/accounts/answer/2812853 (дата обращения: 25.01.2020)).

[2] Claims of Copyright Infringement (“DMCA”) (URL: https://www.apple.com/legal/contact/copyright-infringement.html (дата обращения: 25.01.2020)).

извещению об устранении (*takedown notice*), нарушают его интеллектуальные права. Им же установлен механизм восстановления удаленного контента путем направления провайдеру встречного извещения (*counter-notice*), после которого последний освобождается от ответственности за размещение спорных материалов. Однако в указанных магазинах после получения извещения об устранении администратор фактически самостоятельно рассматривает его по существу и принимает решение о необходимости удаления приложения. Контр-извещения разработчиков во многих случаях остаются проигнорированными, даже при наличии у них документов, подтверждающих правообладание[1]. Следовательно, в таких случаях администратор магазина уже должен нести ответственность за неправомерное удаление контента.

Важно отметить, что в отношении требований, связанных с нарушением исключительных прав российских правообладателей, свою компетенцию на рассмотрение при определенных обстоятельствах могут признать и суды РФ. По своей природе подобные требования являются деликтными, ввиду чего в предмет лицензионных договоров они по общему правилу не входят. Указание на обратное в пророгационных соглашениях в рамках правил использования магазина может быть преодолено правообладателями как несправедливые условия.

Более того, в отношении объектов интеллектуальной собственности, права на которые подлежат регистрации (в частности, товарные знаки, используемые в мобильных приложениях), российский правопорядок, как и многие зарубежные, допускает возможность применение права государства, в котором осуществляется защита таких прав (*law of the protecting country*)[2]. Наконец, требования к администратору, в частности, о восстановлении неправомерно удаленного приложения, могут быть предъявлены лицом, не являющимся разработчиком или пользователем, и, соответственно, не связанным с ним какими-либо соглашениями. Таким лицом может быть, например, обладатель прав на приложение, теряющий прибыль по лицензионному договору с разработчиком ввиду его удаления из каталога магазина. При таких условиях именно по российскому праву, применимому на основании коллизионной привязки *lex loci delicti*, будет устанавливаться содер-

[1] https://support.google.com/webmasters/thread/2598353?hl=en (дата обращения: 25.01.2020).

[2] *Канашевский В.А.* Международное частное право: учебник. М.: Международные отношения, 2006. С. 538.

жание общих принципов и условий ответственности за причинение вреда, в частности, наличие в действиях администратора магазина всех элементов состава правонарушения.

Нельзя не признать, что описанная модель разрешения споров не снимает уже отмечавшейся проблемы исполнения решений российских судов на территории США. Вместе с тем в данной категории споров правообладатель может существенно усилить свою позицию за счет заявления дополнительных требований о постоянном ограничении доступа к интернет-ресурсу на основании ст. 15.6 Закона об информации. Представляется, что, находясь под угрозой «вечной блокировки» сервиса, администратор проявит куда больше внимания к предъявляемым ему требованиям и возможности их добровольного исполнения. Одним из последних примеров подобной тактики является борьба российского издательства «Эксмо-АСТ» с нелегальным распространением аудиоверсий книг в видеохостинге *YouTube*[1].

В контексте деликтной ответственности следует также упомянуть о праве администраторов магазинов блокировать и удалять аккаунты лиц, нарушающих, по их мнению, установленные ими требования к качеству приложений. Более того, подобные меры могут быть применены администратором, если приложение «может повлечь ответственность компании *Google* и Уполномоченных провайдеров или оказать неблагоприятное воздействие на их работу»[2]. Блокировка и, тем более, удаление аккаунта могут повлечь существенные убытки на стороне разработчика, что, в случае их необоснованности, должно вести к их компенсации администратором.

В целом представляется, что возможность применения столь серьезных мер к разработчику не соответствует условию пассивности информационного посредника и больше тяготеет к модели вовлеченного администратора информационной экосистемы, контролирующего ее содержание в собственных интересах.

Проблематика реализации приложений пользователям магазинов

Анализируя гражданско-правовую модель реализации мобильных приложений, нельзя не учитывать, что в качестве применимого права правилами использования *Google Play* и *Apple App Store* опреде-

[1] Книгоиздатели пригрозили «Яндексу.Видео» и YouTube вечной блокировкой (URL: https://www.interfax.ru/russia/688973 (дата обращения: 25.01.2020)).

[2] Пункт 8.3 Соглашения *Google Play* о распространении программных продуктов.

лено право штата Калифорния. Описанные ранее нормы публичного права, сформулированные в рамках однонаправленного подхода РФ к коллизионному регулированию[1], не предполагают полную подмену применимого права, установленного на основе принципа автономии воли сторон. Признание соглашения о применимом праве несправедливым договорным условием также представляется не вполне обоснованным, так как по содержанию оно соответствует общему правилу определения применимого права по «центру тяжести отношения»[2], на что, в частности, указывает и квалификация правил использования магазина в качестве договора присоединения. В связи с этим, изучение существующего порядка функционирования магазинов приложений в этой части имеет скорее теоретический характер и направлено на абстрактное осмысление возникающих договорных связей.

С функциональной точки зрения гражданские правоотношения, обуславливающие реализацию (права на использование) мобильного приложения пользователю, можно описать следующим образом:

1) между разработчиком и администратором – соглашение об использовании магазина в целях размещения и реализации приложения;

2) между администратором и пользователем – соглашение об использовании магазина в целях поиска и приобретения необходимого приложения;

3) между разработчиком и пользователем – соглашение о предоставлении мобильного приложения на определенных разработчиком условиях.

Так как целью администратора как наиболее влиятельной стороны отношений является обеспечение адекватной работы магазина, условия его соглашений с разработчиками и с пользователями ожидаемо коррелируют друг другу. Помимо этого, правила *Apple App Store* включают «пользовательское лицензионное соглашение с конечным пользователем»[3], рекомендуемое разработчикам в качестве образца. В этом видится одно из свидетельств перерастания интернет-сервиса в информационную экосистему, когда администраторы стремятся задать строго определенный порядок взаимодействия пользователей, являющийся для них наиболее комфортным и контролируемым.

---

[1] *Асосков А.В.* Основы коллизионного права. М.: Инфотропик Медиа, 2012 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] *Нешатаева Т.Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004.

[3] Раздел *G* Условий и положений пользования Мультимедийными сервисами *Apple*.

Схожесть правовых конструкций всех трех обозначенных договоров объясняется не только влиянием администратора, но и особенностями устройства самого магазина. Магазин приложений является платформой, обеспечивающей оборот мобильных приложений как сложных объектов интеллектуальных прав[1] посредством специального сервиса, который также для целей правового анализа может рассматриваться как сложный объект. Соответственно, соглашения администратора как с разработчиками, так и с пользователями, а также между последними, включают в себя предоставление прав на использование соответствующих сложных объектов, иными словами, имеют элементы лицензионных договоров.

Будучи вместе с тем мультимедийными продуктами, характеризуемыми связью с компьютерными технологиями[2], в качестве необходимого элемента такие объекты включают в себя программы для ЭВМ. В связи с этим важно учитывать особенность компьютерных программ как объектов, ценность которых заключается в выполнении ими заданных алгоритмов, а не в обладании ими как таковом[3]. Представляется, что именно данная специфика порождает известные проблемы квалификации договорных конструкций, предметами которых становятся мультимедийные продукты. Она предопределяет наличие в них не только лицензионных условий, но и положений, характерных для договоров об оказании услуг, описывающих «техническую сторону возникающих отношений»[4].

С учетом того, что на современном этапе развития большинство мобильных приложений работает по модели «облачных сервисов»[5], справедливым видится отнесение рассматриваемой проблемы к тематике исследований в области таких договорных моделей, как *Software-as-a-Service* (*SaaS*), *Platform-as-a-Service* (*PaaS*) и *Infrastructure-as-a-Service*

[1] *Абдуллина Э.И.* Правовые аспекты создания и использования сложных объектов интеллектуальных прав в виртуальной реальности // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 9 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] *Котенко Е.С.* Понятие и признаки мультимедийного продукта // Lex russica. 2013. № 6. С. 610–612.

[3] *Samuelson P.* et al. A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs // Columbia Law Review. 1994. № 94. P. 2316–2319.

[4] *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование.

[5] Android App Bundle (URL: https://developer.android.com/platform/technology/app-bundle (дата обращения: 25.01.2020)).

(*IaaS*)[1]. В таком контексте предоставление приложения как «тонкого клиента» в рамках облачного сервиса соответствует квалификации договоров о предоставлении облачных сервисов как смешанных, включающих в себя элементы лицензионного договора и договора возмездного оказания услуг. Возмездность при этом имеет место как для разработчиков (единоразовый платеж в размере 25 долл. для использования *Google Play Console* и ежегодный в размере 100 долл. для *Apple Developer*), так и (фактически) для пользователей ввиду отмеченного ранее участия администраторов в получении прибыли от размещения рекламных материалов.

Разработчикам по соглашению с администраторами *Google Play* и *Apple App Store* оказывается обширный перечень услуг, позволяющих детально настроить модель продвижения приложений в соответствии как с законодательством стран, в которых они будут доступны для скачивания, так и с маркетинговой политикой самих разработчиков. В частности, интерфейс *Google Play Console* обеспечивает возможность постепенной (помодульной) публикации мобильного приложения, а также ограничения отображения тех или иных модулей для пользователей отдельно заданных стран. Одновременно с этим разработчикам предоставляется большой объем регулярно обновляющихся метрик, позволяющих отслеживать популярность их приложений среди пользователей. В связи с этим правовая модель предоставления облачного сервиса разработчику в большей степени соответствует конструкции *IaaS*. В отношении пользователей подобный объем услуг *Google* и *Apple* не оказывается, ввиду чего соответствующие соглашения по квалифицирующим признакам относятся скорее к лицензионным и более близки модели *SaaS*. Что касается соглашений между пользователями и разработчиками, последние достаточно свободны в формулировании соответствующих условий предоставления приложений и могут взять за основу любую из ранее упомянутых договорных конструкций. Не ограничивает ее и природа мобильных приложений, предоставление которых может быть определено сторонами и как право на использование, и оказание услуг. Для целей потребительского права они также могут быть определены и как цифровые товары[2].

---

[1] *Савельев А.И.* Правовая природа «облачных» сервисов: свобода договора, авторское право и высокие технологии // Вестник гражданского права. 2015. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] *Bridge M., Fawcett J. & Harris J.* International Sale of Goods in the Conflict of Laws. Oxford University Press, 2005. P. 514.

Обобщая вышесказанное, можно прийти к выводу о том, что элементы соглашений, заключаемых между участниками магазинов приложений, как и значительная часть их содержания, не обладают особой спецификой по сравнению с аналогичными договорами, заключаемыми вне магазинов приложений. Вместе с тем в юридической литературе особое внимание исследователей привлекает юридическая оценка посреднического характера услуг администраторов платформ-агрегаторов продавцам (разработчикам) в части размещения в своих каталогах их предложений о заключении тех или иных сделок. Применительно к функционированию магазинов приложений, резонным представляется суждение некоторых из них о наличии сугубо экономического посредничества, а не юридического[1]. Более того, как справедливо отмечал М.О. Петреченко, само понятие «посредничества» правильнее относить к экономическим категориям[2].

Особенности организации магазинов действительно не дают основания полагать, что администратор каким-либо образом «подменяет» разработчика, действуя от его имени или по крайней мере в его интересе. При нахождении нужного пользователю приложения, последний отчетливо видит профиль разработчика, которому оно принадлежит, а также добавленное самим разработчиком описание приложения. В совокупности с положениями правил использования магазина, данные обстоятельства не позволяют предполагать, что добросовестный пользователь мог быть введен в заблуждение относительно лица, с которым ему предлагается вступить в правоотношения. Функции администратора непосредственно при реализации приложения фактически сводятся к предоставлению разработчикам и пользователям средств автоматизации, позволяющих последним сообщить друг другу и реализовать заранее сформированную на данный случай волю[3].

Вместе с тем представляется, что мнение о построении многих агрегаторов по модели агентирования[4] в отношении магазинов при-

[1] См., например: *Кузнецова Л.В.* Вопросы гражданско-правовой ответственности агрегаторов электронной коммерции // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2019 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] *Петреченко М.О.* К спору о природе посредничества // Гражданское право. 2016. № 5. С. 41–42.

[3] *Калятин В.О.* Право в сфере Интернета. М.: Норма, 2004. С. 337.

[4] См., например: *Рожкова М.А., Кузнецова Л.* Об ответственности агрегаторов в контексте понимания их деятельности как агентирования // Хозяйство и право. 2019. № 1. С. 32.

ложений также имеет право на существование. Более того, сам *Google* в правилах оказания услуг избирает себе статус агента[1]. Необходимо, однако, помнить, что данные правила сформулированы в парадигме американского права, в котором понимание содержания агентского договора существенно отличается от отечественного. С позиций американского права, как, впрочем, и в правопорядках многих стран континентальной системы, предметом агентирования является содействие в заключении договора между принципалом и третьим лицом; исполнение данного договора агентированием не охватывается[2]. При таком подходе агентирование приобретает принципиально иное содержание, нежели договоры поручения и комиссии, традиционно (и небесспорно) рассматриваемые в отечественной доктрине как образующие различные «модели» агентского договора[3]. При этом возможность квалификации договора, по которому исполнитель будет совершать только фактические действия, направленные на заключение договора, как агентского в российском правопорядке видится весьма сомнительной. Однако именно в этом и заключается цель администратора магазина приложений, не совершающего какие-либо юридические действия в рамках правоотношений между разработчиками и пользователями. В качестве единственного исключения следует упомянуть прием администраторами платежей пользователей за приобретение приложений с их последующим перечислением разработчикам за вычетом собственной комиссии, осуществляемые в соответствии с отдельно установленными правилами.

Заключение

С учетом всего вышесказанного, можно сделать вывод о том, что основной задачей регулирования деятельности администраторов магазинов приложений, как и многих других платформ-агрегаторов, является закрепление обязанностей последних по созданию технических и юридических предпосылок, необходимых для соблюдения законодательства в рамках функционирования таких платформ. Данный подход находит свое отражение не только в отечественном, но и зарубежных

[1] Пункт 3.1 *Google Play* о распространении программных продуктов.

[2] *Егоров А.В.* Агентский договор: опыт сравнительного анализа законодательных и теоретических конструкций // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002 год. М.: НОРМА, 2003. С. 18, 26–39.

[3] *Иванов А.А.* Бизнес-агрегаторы и право // Закон. 2017. № 5. С. 18.

правопорядках[1]. В связи с этим вызывают сомнения предложения об установлении солидарной ответственности агрегаторов и продавцов в качестве общего правила[2]. Подобное решение повлекло бы принципиальное изменение системы договорных отношений между участниками платформ, в то время как основания для такого законодательного решения, по крайней мере, применительно к деятельности магазинов *Google Play* и *Apple App Store*, весьма неочевидны. Более того, не вполне удачным видится предложение об экстраполяции в отечественный правопорядок правил об основаниях такой ответственности, предложенных западноевропейскими исследователями в проекте Директивы ЕС о посреднических онлайн-платформах[3], а именно:

1) неинформирование пользователя о заключении договора с третьим лицом;

2) наличие «доминирующего влияния» (*predominant influence*) на продавца со стороны агрегатора.

В первом случае речь должна идти о нарушении требований статьи 9 Закона о защите прав потребителей, влекущем последствия в виде ответственности за убытки потребителя, вызванные ненадлежащим предоставлением информации. Важно при этом учитывать, что речь идет о специальной внедоговорной ответственности, установленной в целях предоставления дополнительной гарантии прав потребителей. При несоблюдении данного правила могут возникнуть две принципиально разные ситуации – когда потребитель будет добросовестно полагать, что заключил договор с администратором агрегатора, и когда пользователь не может установить информацию о лице, с которым был заключен договор. Однако в обоих случаях у агрегатора не возникает общих оснований ответственности с продавцом, ввиду чего не должен возникать и солидаритета обязательств.

В отношении критерия «оказания доминирующего влияния» на продавца важно отметить, что его содержание, раскрытое в ст. 18 про-

[1] *Cohen Julie E.* Law for the Platform Economy (22 June 2017) // UC Davis Law Review Forthcoming. P. 1–2 (URL: https://ssrn.com/abstract=2991261 (дата обращения: 25.01.2020)).

[2] См., например: *Останина Е.А.* Есть ли потребитель в системе P2P-финансирования? // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2019 (СПС «КонсультантПлюс»).

[3] Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. Research Group on the Law of Digital Services. As published in EuCML 4/2016 (URL: https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/fileadmin/user_upload/English.pdf (дата обращения: 25.01.2020)).

екта Директивы, состоит из набора косвенных признаков и мер, без учета оснований и условий их применения администратором в отношении продавца. Вместе с тем, администратор платформы-агрегатора, в частности, магазина приложений, должен обладать возможностью воздействовать разработчика в целях обеспечения соблюдения применимого законодательства. Именно в контексте реализации данной функции должны определяться обязанности администраторов платформ и ответственность за их неисполнение.

Таким образом, дальнейшее развитие регулирования отношений, возникающих в связи с функционированием магазинов приложения, должно быть в первую очередь направлено на создание условий для эффективного контроля над выполнением администраторов своих обязанностей в рамках сорегулирования информационных экосистем. В связи с этим имеет смысл дополнить существующее законодательство требованиями по созданию администраторами магазинов ответственных лиц в юрисдикции РФ, как это имеет место, например, в положениях *DMCA*. Данное решение позволит государственным органам в полной мере воздействовать на администраторов, реализуя свои публичные функции, а частным субъектам добиваться эффективной судебной защиты, включая исполнение вынесенных решений на территории РФ.

Пристатейный библиографический список

1. *Bridge M., Fawcett J. & Harris J.* International Sale of Goods in the Conflict of Laws. Oxford University Press, 2005.

2. *Calliess G.-P.* Transnational Consumer Law; Co-Regulation of B2C-E-Commerce // Responsible business: selfgovernance in transnational economic transactions. O. Dilling, M. Herberg & G. Winter, eds. Oxford: Hart Publishing, 2008. P. 225–258.

3. *Cohen Julie E.* Law for the Platform Economy (22 June 2017) // UC Davis Law Review Forthcoming (URL: https://ssrn.com/abstract=2991261 (дата обращения: 25.01.2020)).

4. *Montalban M., Frigant V., Jullien B.* Platform economy as a new form of capitalism: a Regulationist research programme // Cambidge Journal of Economics. 2019. Vol. 43.

5. *Reich N.* Transnational Consumer Law-Reality or Fiction? // Penn State International Law Review. 2009. Vol. 27. № 3.

6. *Samuelson P. et al.* A Manifesto Concerning The Legal Protection of Computer Programs // Columbia Law Review. 1994. № 94.

7. *Абдуллина Э.И.* Правовые аспекты создания и использования сложных объектов интеллектуальных прав в виртуальной реальности // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 9.

8. *Али М.З.* Ограничение доступа к информационным ресурсам в сети Интернет (практические проблемы признания информации запрещенной к распространению) // Право в сфере Интернета: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018.

9. *Али М.З.* «Закон об агрегаторах» — скрытая угроза правам потребителей // Закон.ру. 13.08.2018.

10. *Архипов В.В.* Интернет-право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2016.

11. *Асосков А.В.* Основы коллизионного права. М.: Инфотропик Медиа, 2012.

12. *Белов В.А.* Правовая сущность понятий «потребитель» и «слабая сторона» в гражданских правоотношениях // Lex russica. № 6 (139). 2018.

13. *Горшкова Л.В.* Правовая природа цифрового товара // Материалы VI Международной конференции «Право и Интернет». Москва, 7–8 октября 2004 г. (URL: https://www.ifap.ru/pi/06/stand.htm (дата обращения: 25.01.2020))

14. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017.

15. *Егоров А.В.* Агентский договор: опыт сравнительного анализа законодательных и теоретических конструкций // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002 год. М.: Норма, 2003.

16. *Иванов А.А.* Бизнес-агрегаторы и право // Закон. 2017. № 5.

17. *Калятин В.О.* Право в сфере Интернета. М.: Норма, 2004.

18. *Канашевский В.А.* Международное частное право: учебник. М.: Международные отношения, 2006.

19. *Котенко Е.С.* Понятие и признаки мультимедийного продукта // Lex russica. 2013. № 6.

20. *Кузнецова Л.В.* Вопросы гражданско-правовой ответственности агрегаторов электронной коммерции // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2019.

21. *Мажорина М.В.* Цифровые платформы и международное частное право, или Есть ли будущее у киберправа? // Lex russica. 2019. № 2.

22. *Мезрин Б.Н.* Место гражданской правосубъектности в механизме правового регулирования // Правовые проблемы гражданской право-

субъектности: межвузовский сборник научных трудов / отв. ред. проф. О.А. Красавчиков. Вып. 62 Свердловск, 1978.

23. *Наумов В.Б., Брагинец А.Ю.* Информационно-правовые проблемы удаленной идентификации субъектов в сфере финансовых услуг // Информационное право. 2016. № 1.

24. *Нешатаева Т.Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс. М.: Городец, 2004.

25. *Останина Е.А.* Есть ли потребитель в системе P2P-финансирования? // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2019.

26. *Петреченко М.О.* К спору о природе посредничества // Гражданское право. 2016. № 5.

27. *Рожкова М.А.* Агрегаторы, платформы, «владельцы агрегаторов»: некоторые комментарии к Закону об агрегаторах // Закон.ру. 13.08.2018.

28. *Рожкова М.А., Кузнецова Л.* Об ответственности агрегаторов в контексте понимания их деятельности как агентирования // Хозяйство и право. 2019. № 1.

29. *Савельев А.И.* Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11.

30. *Савельев А.И.* Правовая природа «облачных» сервисов: свобода договора, авторское право и высокие технологии // Вестник гражданского права. 2015. № 5.

31. *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016.

32. Сделки, представительство, исковая давность: Постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018.

33. *Скловский К.И.* Сделка и ее действие. Комментарий главы 9 ГК РФ. Принцип добросовестности. 4-е изд., доп. М.: Статут, 2019.

34. *Чакилев А.В.* Материально-правовое положение лиц, которым могут быть предъявлены требования о пресечении нарушений в сети Интернет // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2019. № 26.

А.С. Щукина

ОХРАНА «ИМИДЖЕВЫХ ПРАВ» В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ

Аннотация. *В статье рассматриваются подходы разных правопорядков к правовой охране имиджевых прав. Указанный институт достаточно слабо разработан в российской доктрине, устойчивая судебная практика также не сформирована. Автор исследует правовую природу имиджевых прав, а также с учетом опыта зарубежных стран выдвигает предложения по совершенствованию правового регулирования данного института в РФ.*

Ключевые слова: *имидж, имиджевые права, бренд, товарный знак*.

Новым вызовом для отечественного гражданского права стали так называемые имиджевые права, отраженные прямо в законодательстве исключительно как права спортсменов, которые являются объектами интеллектуальной собственности в области физической культуры и спорта[1]. Подобный подход представляется чрезмерно ограничительным. Но в то же время возникает вопрос: можно ли говорить о необходимости выделения «имиджевых прав» в качестве особого, самостоятельного объекта правовой охраны? Представляется, что правильный ответ на поставленный вопрос не может быть получен без учета анализа зарубежного опыта.

Примечательно, что первой в мире юрисдикцией, принявшей закон, в которым регламентирован порядок регистрации имиджа[2], стал Гернси – *The Image Rights Ordinance*[3] (далее – Закон Гернси).

---

[1] Письмо Министерства спорта РФ от 27.07.2017 № ПН-05-10/5493 «Методические рекомендации о направлениях совершенствования правового регулирования прав на результаты интеллектуальной деятельности (включая авторские и смежные права) и средств индивидуализации в области физической культуры и спорта» (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] В оригинальном тексте используется понятие «*image*». Учитывая, что этот термин включает в себя не только изображение, но и ряд других индивидуализирующих лицо свойств, в отношении данного закона будет использоваться именно понятие «имидж» во избежание неопределенности.

[3] Guernsey Legal Resources (URL: http://www.guernseylegalresources.gg/article/6325/Home (дата обращения: 15.01.2020)).

В Законе Гернси раскрывается сущность понятия «имидж»: это не только изображение человека, но и иные идентифицирующие его признаки – такие как имя, голос, жесты, силуэт, выражения (как письменные, так и устные). При этом закон оставляет данный перечень открытым, допуская возможность отнесения к имиджу и иных признаков. Такой подход позволяет обеспечивать наиболее комплексную и полную защиту имиджевых прав, избегая излишнего формализма.

Еще одним значимым положением Закона Гернси является то, что зарегистрированное право на имидж рассматривается в данной юрисдикции как имущественное право со всеми вытекающими из этого последствиями: права на имидж вследствие этого становятся оборотоспособными и могут переходить и передаваться от лица к лицу для достижения в том числе и коммерческих целей (что актуально, например, для известных футболистов).

Вместе с тем необходимо отметить, что правовой режим «имиджевых» прав существенно различается в разных государствах – нет единства даже относительно их правовой природы. В связи с этим представляется целесообразным выделить два основных вектора развития: проамериканский или «имущественный» подход и проевропейский или «личный» подход. Данные наименования являются в определенной мере условными и предложены автором в целях обеспечения наглядности заключений[1].

«Имущественный» подход

Соединенные Штаты Америки. Избранный в США способ правового регулирования имиджевых прав доказал свою эффективность на практике и считается наиболее прогрессивным в мире: именно в данном государстве рассматриваются дела об охране имиджевых прав знаменитостей международного масштаба. Несмотря на значительное количество возникающих в рассматриваемой сфере споров, судебная практика не является единообразной, а в доктрине по-прежнему не прекращается исследование данной проблематики.

В настоящее время правовая охрана имиджевых прав обеспечивается посредством статутного регулирования отдельных штатов (например, ГК штата Калифорния) либо посредством применения

[1] При этом указанные понятия совсем не означают, что в рамках указанных направлений регулирование в государствах является идентичным: в работе анализируются особенности, свойственные различным правопорядкам.

судами положений общего права. Закрепление указанного статутного регулирования стало лишь отражением наработок научной доктрины и судебной практики.

Так, У. Проссер достаточно подробно проанализировал природу права на публичность, как понятия, включающего в себя отдельные аспекты правовой охраны частной жизни, деликтного права и права собственности[1]. Ученый выделил четыре вида нарушений, среди которых для настоящего исследования имеет значение присвоение имени или сходства какого-либо лица в интересах другого лица[2]. При этом автор отметил, что защищаемый в данном случае интерес является имущественным, подчеркнув: *«представляется совершенно бессмысленным спорить о том, следует ли такое право классифицировать как «собственность». Если это не так, то это, по крайней мере, когда оно защищено законом, право ценности, на котором истец может заработать, продавая лицензии»*[3]. Право на публичность не тождественно праву на неприкосновенность частной жизни и представляет собой самостоятельную правовую категорию: оно призвано защищать финансовые интересы лиц в использовании их имиджа (схожая идея положена в основу охраны товарных знаков), в отличие от права на неприкосновенность частной жизни, направленного на охрану «эмоциональных» интересов[4].

Нью-Йорк стал первым штатом, который признал необходимость охраны имиджевых прав, что было отражено в § 50–51 *Civil rights law*[5]. Вплоть до 1995 г. статут предусматривал охрану только имени и изображения (портрета), т.е. не распространялся на охрану иных индивидуализирующих личность свойств, а также не создавал право, которое могло бы переходить наследникам после смерти лица.

Неэффективность подобного подхода наиболее четко обозначена судом в деле *White v. Samsung Electronics*: *«Узкое правило, которое*

---

[1] *Prosser, William L.* Privacy. California Law Review, vol. 48, no. 3, August 1960, p. 389 (URL: https://home.heinonline.org/ (дата обращения: 16.01.2020)).

[2] Интересен тот факт, что в большинстве проанализированных судебных решений содержатся ссылки на данную работу, что в очередной раз доказывает ее значение для американской практики.

[3] *Prosser, William L.* Op. cit. P. 406.

[4] *Ventura v. Titan Sports, Inc.* Такой же подход был отражен в делах *McFarland v. E K Corp.*, *Uhlaender v. Henricksen.*, *Cain v. State Farm Mut.*, *Hendrickson V. California Newspapers, Inc.* (1975), *Werner v. Times-Mirror Co.* (1961); *Kelly v. Johnson Publishing Co.* (1958) (URL: https://casetext.com/ (дата обращения: 16.01.2020)).

[5] New York consolidated laws services. Civil rights law (URL: https://rightofpublicity.com/statutes/new-york (дата обращения: 16.01.2020)).

гласит, что право на публичность может быть нарушено только посредством использования девяти различных методов присвоения идентичности, просто бросает вызов умной рекламной стратегии, чтобы придумать десятый»[1]. В настоящее время § 51 данного статута предусматривает ответственность в виде возмещения убытков за несанкционированное использование не только имени или изображения, но также голоса.

Штат Калифорния в данном отношении является более прогрессивным: согласно § 3344 ГК штата Калифорния правовая охрана изначально распространялась не только на имя и изображение лица, но и на его голос и подпись. При этом минимальный размер ответственности составляет 750 долл. либо реальный ущерб, а также любые доходы от несанкционированного использования, которые относятся к использованию и не учитываются при расчете фактического ущерба. Указанные права подлежат охране, в том числе после смерти лица (независимо от того, использовало ли лицо при жизни в коммерческих целях свой имидж), но только в течение 70 лет.

В штате Флорида согласно § 540.08 *Florida statutes* правовая охрана также распространяется не только на имя, но и на любые иные сходства, однако срок охраны существенно меньше, чем в Калифорнии, и составляет 40 лет после смерти лица[2].

Указанными выше обстоятельствами обусловлено разнообразие судебной практики в данной области: в юридической литературе отмечается, что исход дел по охране указанных прав зависел от «колеса фортуны», поскольку одно и то же требование может быть удовлетворено в Калифорнии, но отклонено в Нью-Йорке[3]. Другой причиной расхождения судебной практики является применение разных тестов, призванных разрешить конфликт между интересами общества, охраняемыми провозгласившей свободу слова и прессы Первой поправ-

[1] *White v. Samsung Electronics.* В данном деле ответчик создал робота, который по манере движения и общему впечатлению напоминал истца – знаменитость. При вынесении решения суд указал, что право на публичность не ограничивается присвоением буквального имени или сходства, но также включает в себя общую «идентичность» человека (URL: https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-white-v-samsung-elecs-am-inc (дата обращения: 16.01.2020)).

[2] 2019 Florida Statutes (URL: https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2020/Chapter540 (дата обращения: 18.01.2020)).

[3] *Jacoby, D.* (2006). Image rights, rights of privacy opportunities and limitation: legal overview from us perspective. Convergence, 2 (1), p. 20 (URL: https://www.schiffhardin.com/Templates/Media/files/archive/binary/jacoby-image_rights.pdf (дата обращения: 18.01.2020)).

кой к Конституции США[1], и интересами знаменитостей. Судебной практикой было разработано несколько ключевых подходов[2], которые представляется верным раскрыть подробнее.

1. Обращение к доктрине *fair use,* или «трансформирующий тест» (штат Калифорния).

Данный тест возник благодаря заимствованию из авторского права элемента известного *fair use test*, а именно, цели и характера использования: необходимо определить, является ли работа «преобразующей», т.е. создающей нечто сущностно новое либо же это просто дополнение к известному ранее образу. Об эффективности данного теста свидетельствует то, что он применялся в целом ряде дел звезд мировой величины, имидж которых использовался в различных формах.

Так, в деле *Hart v. Elec. Arts, Inc*. известный футболист судился с компанией EA за то, что его внешность и биографию использовали в игре. В итоге суд постановил, что возможность изменять внешность героя в игре сама по себе не свидетельствует о трансформирующем характере использования имиджа спортсмена[3].

В деле *Winter v. DC Comics*. образ двух братьев-истцов был использован без их согласия в комиксах в виде полулюдей-полумонстров. Суд встал на защиту ответчика, отметив, что создание нового облика в виде полукровки (человек и монстр), принимая во внимание также широкую сюжетную линию, очевидно, является чем-то существенно преобразующим[4]. Это решение критикуется в связи с колебаниями суда относительно необходимости оценки иных критериев *fair use test*, а именно, экономического фактора: отвергая потребность в учете

[1] Практически все имиджевые споры в США построены на поиске баланса между Первой поправкой к Конституции США и интересами отдельных лиц. Данный вопрос длительное время являлся дискуссионным в доктрине, поскольку многие ученые придерживались подхода, исключающего возможность знаменитостей контролировать использование их имиджа в принципе.

[2] *Rosenthal Kwall, Roberta.* The Right of Publicity vs. The First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis. 70 Indiana Law Journal 47 (1994), p. 4 (URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=849745(дата обращения: 18.01.2020)).

[3] *Hart v. Elec. Arts, Inc.* (URL: https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-hart-v-elec-arts-inc (дата обращения: 16.01.2020)). Примечательно, что в данном деле было также особое мнение судьи, который не согласился с позицией коллег и отметил, что нельзя недооценивать значительность усилий, приложенных создателями игры: видеоряд, эффекты и реалистичная анимация позволяют говорить о достаточном трансформирующем характере.

[4] *Winter v. DC Comics* (URL: https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-winter-v-dc-comics (дата обращения: 16.01.2020)).

влияния действий ответчика на рынок, суд тем не менее обращает внимание на то, что покупатели изображений братьев *Winter* сочтут их крайне «неудовлетворительными»[1].

В американской доктрине калифорнийский тест активно критикуется. Во-первых, он не предлагает никаких критериев «преобразующего» характера: пародия является наиболее очевидным проявлением, но в иных ситуациях неясно, чем руководствоваться[2].

Во-вторых, нет единства мнений относительно допустимости применения норм авторского права к защите имиджа. Основные аргументы сторонников сводятся к тому, что вовлечение в оборот как объектов интеллектуальных прав, так и права на публичность, имеет схожий экономический эффект: интеллектуальные права, так же, как и права, связанные с личностью (например, право контролировать использование изображения), закрепляются за товарами таким образом, что их нельзя снять, как обременение. Более того, лицо может по собственной воле предоставлять лицензию на использование, например изображения, подобно обладателю интеллектуальных прав. Обе доктрины имеют своей целью предотвратить несанкционированное использование имущественных прав. Закрепление права на публичность в контексте интеллектуальных прав признавало экономические инвестиции в личность знаменитости, придавая им коммерческую ценность[3]. Противники данного подхода ссылались на то, что объектом права на публичность являются не созданные творческим трудом человека продукты, а сама по себе личность[4]. Также отмечалось, что Закон об авторском праве предназначен скорее для защиты материальных, а не личных интересов: экономическая компенсация для владельца авторских прав, который может быть или не быть создателем произведения, превозносится над компенсацией за личные права создателей в их произведениях. Право на публичность же носит сугубо личный характер, что отмечалось также в судебной практике[5].

---

[1] *Peles, Gil.* (2004). The right of publicity gone wild. UCLA Entertainment Law Review, 11 (2), p. 316.

[2] Ibid.

[3] *Schwenzer, I., Hachem, P., Kee, Ch.* Part VII Obligations of the Seller, 33 Industrial and Intellectual Property Rights. Product: International Commercial Law [ICML] Published in print: 26 January 2012 ISBN: 9780199572984.

[4] *Hart v. Elec. Arts, Inc.* (URL: https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-hart-v-elec-arts-inc (дата обращения: 16.01.2020)).

[5] В деле *Midler v. Ford Motor Company*, в котором суд пришел к выводу, что несанкционированное присвоение голоса певицы Бетт Мидлер в коммерческих целях пред-

2. Тест «на связанность» (штат Флорида).

В штате Флорида был разработан тест «на связанность» (*relatedness*): действия не являются нарушением права на публичность до тех пор, пока использование имиджа лица осуществляется в связанной с ним продукции, если же такая связь отсутствует и имеет место реклама, то право на публичность подлежит защите.

В деле *Bosley v. WildWetT.com* истица, бывшая ведущая новостей в штате Огайо (приобретшая региональную известность), будучи в отпуске, приняла участие в конкурсе мокрых маек, что было заснято ответчиком и размещено на сайте товаров (игрушки для взрослых). В данном случае суд встал на сторону потерпевшей и обратил внимание на то, что изображение истицы использовалось, в частности, в рекламных целях, что повлекло увеличение прибыли ответчика[1].

G. Peles отмечает, что преимущество теста «на связанность» заключается в том, что он устраняет проблему чрезвычайно широкого усмотрения суда, свойственную калифорнийскому тесту, согласно котором суду приходится каждый раз определять, достаточно ли было преобразование образа. Однако есть и недостатки: недобросовестные предприниматели часто создают внутренне не утилитарные продукты, для использования имиджа в которых не нужно получать лицензию (например, копилка с изображением Тома Круза может продаваться как статуэтка или плакат с Бредом Питтом, как произведение искусства, изображающее знаменитость)[2]. Судам придется каждый раз устанавливать, является ли продукт двойного назначения связанным продуктом в конкретном деле.

3. Тест Роджерс (штат Нью-Йорк).

В деле *Rogers v. Grimaldi* известная актриса подала иск против создателей фильма, название которого содержало имя ее и ее коллеги, вводящее, по мнению знаменитости, публику в заблуждение и создающее дополнительную рекламу фильму. В целях разрешения спора было обращено внимание на законодательство о товарных знаках: согласно разделу 43 (а) Закона Ланхема лицо подлежит ответственности, если оно использует любое слово в коммерческих целях вводящим в заблуждение публику образом[3]. Поскольку в конкретном споре на-

ставляет собой деликт, суд отметил, что хотя ее голос не защищен авторским правом, он тем более нуждается в охране в силу особо личного характера объекта.

[1] *Bosley v. WildWetT.com* (URL: https://casetext.com/ (дата обращения: 16.01.2020)).

[2] *Peles, Gil*. Op. cit., p. 321.

[3] https://www.bitlaw.com/source/15usc/1125.html (16.01.2020).

звание кинокартины было достаточно тесно связано со сценарием фильма, а сам сюжет не имел никакого отношения к истцу, суд встал на сторону ответчика.

Главным недостатком данного теста является ограниченность его применения: если в отношении названия произведения мы можем им воспользоваться, то он абсолютно непригоден применительно к общему содержанию произведения или иным формам, в которых используется имидж знаменитости. Данная позиция была подтверждена в уже упоминавшемся ранее деле *Hart v. Elec. Arts, Inc.*: «Право на публичность является более широким и, следовательно, защищает более широкий круг имущественных интересов. Таким образом, было бы неразумно для нас принимать тест, который так тесно связан с традиционными принципами товарных знаков[1].

Таким образом, выработанные в судебной практике США тесты не являются универсальными, в связи с чем доктрина по-прежнему находится в поиске наиболее оптимального теста для охраны имиджевых прав. Полагаем, что данный факт нельзя отнести к недостаткам американского подхода, поскольку столь большое разнообразие подходов свидетельствует лишь о попытках индивидуально подходить к каждому спору и разработать наилучший подход. В целом же очевидно, что американская практика единодушно признала имущественный характер имиджевых прав. При этом важно отметить, что распространение режима права собственности на объект имиджа является не столько осознанным догматическим решением, сколько признанным наиболее эффективным подходом для целей практики, что отмечается как в указанной выше работе Проссера, так и в судебных решениях. Полагаем, что такой подход просто не может не стать предметом массовых дискуссий, но при этом нельзя отрицать, что он доказал свою эффективность.

Великобритания. В Соединенном Королевстве, в отличие от США, отсутствуют специальные положения законодательства, направленные на обеспечение охраны имиджевых прав: английские суды все чаще расширяют границы существующих прав, чтобы найти баланс между конкурирующими интересами и признать коммерческую ценность имиджевых прав. На практике имиджевые права защищаются следующими средствами: доктрина *passing off*, защита неприкосновенности частной жизни, правовая охрана товарных знаков.

[1] *Hart v. Elec. Arts, Inc.* (URL: https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-hart-v-elec-arts-inc (дата обращения: 16.01.2020)).

Сущность доктрины *passing off* («коммерция под чужим именем») заключается в том, что защита предоставляется лицу в случаях, когда будет доказано сразу несколько факторов: наличие репутации у истца (*goodwill*), факт искажения в глазах потребителей (введения в заблуждение относительно наличия одобрения истца), а также факт причинения или возникновения угрозы причинения материального ущерба репутации или бизнесу.

Данная доктрина была эффективно применена в деле *Fenty & Ors v. Arcadia Group Brands Ltd. & Anor*: известная певица Риана подала иск против магазина, который производил футболки с изображением знаменитости. Маркетинговая политика магазина в целом была направлена на создание у потребителей ассоциации с певицей: ранее магазин проводил конкурс среди покупателей, главным призом в котором была возможность лично встретиться с Рианой, также знаменитость один раз посещала магазин, что впоследствии было активно отражено ответчиком в СМИ. Суд отметил: «...порок не в использовании образа Рианы, а в том, что такое использование вызвало искажение...»[1]. Недостаток доктрины – в узкой сфере ее применения: она не подлежит применению, если нет факта введения в заблуждение потребителей (*Fenty & Ors v. Arcadia Group Brands Ltd. & Anor*).

Иным механизмом, который позволяет предоставить правовую охрану имиджу знаменитости, является возможность зарегистрировать элементы последнего в качестве товарного знака: охрана в данном случае обеспечивается посредством § 14–16 *Trade Marks Act* 1994[2]. Однако сложности в данном случае возникают, прежде всего, на стадии регистрации, поскольку для того, чтобы известное имя могло претендовать на регистрацию товарного знака, имя знаменитости должно рассматриваться публикой как указание на происхождение, а не просто как указание на предмет. Из этого следует, что знаменитость должна стремиться создать в глазах потребителей товарный знак как идентификатор источника, а не как общее название для своих товаров и (или) услуг.

В деле *Douglas v. Hello* знаменитая супружеская пара Дуглас обратилась с иском к издательству журнала, опубликовавшему фотографии со свадьбы пары, хотя право на публикацию фотографий с мероприятия было предоставлено только журналу *Ok!*. В данном случае суд

[1] *Fenty & Ors v. Arcadia Group Brands Ltd. & Anor* (URL: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/01/fenty-others-v-arcadia-others1.pdf (дата обращения: 18.01.2020)).

[2] Trade Marks Act 1994 (URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/26/section/15 (дата обращения: 16.01.2020)).

истолковал действия ответчика как нарушение права на неприкосновенность частной жизни, отметив отсутствие потребности в создании новой «ортодоксальной» формы интеллектуальной собственности, информация в данном случае подлежит защите вследствие того, что она обладает коммерческой ценностью, что предоставляет возможность истцам налагать на других обязательства по ее нераспространению. Недостаток заключается в том, что данный механизм не используется тогда, когда не содержится «частной информации». Очень показательный пример приводит Блэк: производитель пива использует изображение празднующего победу спортсмена. В данном случае, в отличие от предыдущего дела, нельзя говорить о нарушении конфиденциальности, поскольку снимок был сделан на публичном мероприятии, свадьба Дугласов же была закрытым мероприятиям, доступ на которое разрешался только по приглашениям, а гости предупреждались заранее о запрете на фото и видеосъемку[1].

Таким образом, несмотря на то, что Великобритания так же, как и США, относится к странам общего права, подход к правовой охране имиджевых прав существенно отличается: применяемые в Соединенном Королевстве механизмы не способны обеспечить всестороннюю защиту, являются «точечными» и, как следствие, неэффективными.

Личный подход

В отличие от представителей общего права, государства континентально-правовой семьи не рассматривают персону в качестве разновидности имущества, осуществляя правовую охрану имиджевых прав в рамках охраны прав личности.

Германия (монистическая модель)

Необходимость обеспечивать правовую охрану имиджевых прав исторически вытекала из положений § 1 и 2 Конституции Германии. Нормативной основой для охраны имиджевых прав в Германии сегодня являются § 12 ГГУ, запрещающий несанкционированное использование имени другого лица, и § 22 *Kunsturheberrechtsgesetz (Act on Copyright in Works of Visual Arts of 1907 – KUG)*, согласно которому портрет человека

[1] *Black, G.* Publicity and image rights in scots law // EdinburghLawReview, 2010, 14 (3), p. 370 (URL: https://www.pure.ed.ac.uk/ws/files/8145309/Publicity_and_image_rights_in_Scots_law.pdf (дата обращения: 16.01.2020)).

может быть выставлен или распространен только с согласия изображенного лица[1]. В 1954 г. *Bundesgerichtshof* (Федеральный Верховный суд – *BGH*) постановил, что названные права дополняются «общим правом личности» (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), которое защищает все аспекты личности (как нематериальные, так и экономические) от нарушений. Охрана обеспечивается преимущественно в рамках доктрины свободы личности в ее частной жизни: в случае если указанное право нарушается другими лицами, потерпевший может предъявить требование о возмещении убытков, либо же из неосновательного обогащения, а также вправе требовать компенсацию.

Поскольку «общее право личности» было разработано в судебной практике и не закреплено прямо в законодательстве, оно не имеет четких границ, поэтому бывает достаточно трудно подобрать необходимый набор оснований для предъявления иска[2]. В немецкой доктрине ведется спор относительно эффективности такого подхода: с одной стороны, столь расплывчатое понятие дает простор и гибкость судам, с другой – слишком большое поле для субъективизма.

Представленную в Германии модель называют монистической, поскольку германская доктрина не выделяет в общем праве личности экономический (как следствие, допустимый в оборот) и нематериальный (неотчуждаемое личное право) аспекты, рассматривая право личности как единое целое. Однако это не означает, что суды отрицают наличие материальной заинтересованности в использовании собственного имиджа. В одном из дел наследница актрисы *Марлен Дитрих* предъявила иск против автора мюзикла о жизни актрисы, который не только продавал товары, используя образ знаменитости, но еще разрешил изготовителю автомобилей производить особую модель под названием «Марлен». Суд в данном случае констатировал, что право на имидж – это гибридное право, защищающее как неэкономические, так и экономические интересы[3].

Большинство ученых объясняет возможность предоставлять иным лицам право использовать элементы имиджа посредством теории

[1] Согласно § 22 *KUG* согласие считается полученным, если изображенное лицо получило вознаграждение. Если же его больше нет в живых, то согласие родственников может быть получено в течение 10 лет после смерти (к родственникам относятся супруги, дети, а если их нет, то родители).

[2] *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A.* Privacy, Property and Personality, Cambridge 2005, p. 65 (URL: https://home.heinonline.org/ (дата обращения: 17.01.2020)).

[3] Marlene Dietrich Case BGH 1 ZR 49/97 (URL: https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=726 (дата обращения: 17.01.2020)).

лицензирования: она в наименьшей мере ограничивает интересы лицензиара, поскольку может быть отозвана в исключительных обстоятельствах и строго ограничена разрешенными действиями. Природа лицензии схожа с лицензиями в авторском праве: как и авторские права, права личности не могут быть присвоены в полном объеме, объем лицензии определяется целью соглашения, передача прав из лицензии третьему лицу допускается только с согласия лицензиара, кроме того, лицензия может быть изменена в случае перемены взглядов лица[1].

Отдельные элементы имиджа также регистрируют в качестве товарных знаков: немецкий Закон о товарных знаках (*Markengesetz*) распространяется, в том числе, на незарегистрированные товарные знаки и другие отличительные знаки. Таким образом, имидж может охраняться не только вследствие регистрации товарного знака, но и вследствие его фактического использования, что повлекло его узнаваемость (§ 4 *MarkenG*)[2]. Однако в научной литературе отмечается, что наиболее эффективным способом охраны имиджевых прав по-прежнему является охрана в рамках доктрины общего права личности, поскольку законодательство о товарных знаках имеет более узкую функцию, а именно: указание происхождения товара[3].

При анализе использования чужого имени проводится трехступенчатый текст: использование идентичного или сходного названия, вызывающее риск путаницы, является неоправданным, приводит к нарушению интересов истца. Кроме того, стоит отметить, что правовая охрана не ограничивается только изображением или именем знаменитости – она распространяется и на иные индивидуализирующие свойства лица (например, его голос)[4].

На практике в Германии возникают трудности в выборе наиболее подходящего иска. Но одним из наиболее распространенных является предъявление иска из неосновательного обогащения.

---

[1] *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A.* Op. cit, p. 132–134.

[2] Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz – MarkenG) (URL: https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/__4.html (дата обращения: 17.01.2020)).

[3] *Peifer*. Individualität im Zivilrecht (2001), 294 et seq. Цит. по: *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A*. Op. cit., p. 124.

[4] В деле OLG Hamburg GRUR 1989, 666 – *Heinz Erhardt* типичный стиль и голос Хайнца Эрхарда, известного комика, был использован в рекламе. Суд констатировал, что это дело аналогично несанкционированному использованию имени или портрета другого лица.

Так, в 1956 г. актер *Пауль Дальке*, фотографии которого были представлены в рекламе без его согласия, выиграл иск о неосновательном обогащении. Суд отметил, что средства правовой защиты, доступные для нарушения прав интеллектуальной собственности, также доступны в случаях несанкционированного коммерческого использования личных изображений или имен. Таким образом, истец может выбирать между ущербом, рассчитанным на основе упущенной выгоды, разумной лицензионной платой или возмещением прибыли, полученной в результате нарушения[1].

Однако иск о взыскании неосновательного обогащения не является панацеей, поскольку такое требование подлежит удовлетворению только в том случае, если правообладатель был бы готов дать лицензию на использование своего имиджа, но ответчик несанкционированно использовал последний. Иными словами, в случаях, если ответчик использовал имидж знаменитости, например, в рекламе оружия (когда очевидно, что знаменитость не дала бы свое согласие на использование имиджа в подобной рекламе), иск о неосновательном обогащении будет невозможен. Например, в деле знаменитости Катерины Валенте, имя которой было использовано в рекламе крема для вставных зубов, наследники не смогли доказать наличие оснований для такого иска, поскольку потребителям было очевидно, что знаменитость не могла одобрить такую рекламу, поскольку уже умерла[2].

На практике суды в некоторых случаях отступают от указанного принципа. В деле *Oscar Fontaine* суд отметил, что отсутствие намерения истца на выдачу лицензии на совершение определенных действий с использованием элементов его имиджа (в данном случае подавший в отставку министр был изображен в рекламе сатирического характера, высмеивающей данное событие) не является препятствием для удовлетворения иска о взыскании неосновательного обогащения, поскольку ответчик осуществлял коммерческое использование изображения, следовательно, придавал ему экономическую ценность[3]. Данную точку зрения разделяют в доктрине: достаточно гипотетической возможности

[1] *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A.* Op. cit., p. 102.

[2] В данном случае отмечается, что рационально было бы расширить подход по аналогии с *Article 5 (2) EC Trade Marks Directive*, согласно которой не допускается использование товарного знака, даже если и не приводящее к путанице, но наносящее ущерб репутации знака.

[3] *I ZR 182/04* (URL: https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1502 (дата обращения: 17.01.2020)).

предоставить лицензию истцом, но совсем не обязательно учитывать его реальное субъективное намерение сделать это[1].

В деле *Gentleman show-jumper ("Herrenreiter")* фотография известного спортсмена была использована в рекламе препарата для повышения потенции без согласия последнего[2]. Суд отметил, что в данном случае несправедливо присуждать в пользу истца сумму, рассчитанную на основе среднего лицензионного сбора, по указанным выше причинам. Однако было установлено, что истец, не понеся материальных потерь, защищал скорее свой нематериальный интерес, в связи с чем ему была присуждена значительная компенсация на основе применения § 847 ГГУ по аналогии[3]. Такой подход критикуется в немецкой доктрине, поскольку присужденные посредством данного механизма суммы обычно являются произвольными и менее значительными, чем присуждаемые в случае удовлетворения требования из неосновательного обогащения.

Таким образом, охрана имиджа в Германии осуществляется преимущественно в рамках общего права личности, иными словами, немецкая доктрина придерживается монистической концепции, не расщепляя общее право личности на несколько элементов[4]. Но судебная практика при этом не отрицает наличие экономического аспекта в данном праве. Отсутствие специального законодательного регулирования исключает возможность применения особых способов защиты, вследствие чего суды пытаются адаптировать уже известные институты для охраны имиджа, сталкиваясь при этом с обозначенными выше трудностями.

Франция (дуалистический подход)

Французское законодательство не признает прав двойного характера, защищающих как экономические, так и нематериальные интересы, т.е. имущественное право обладателя имиджа отделено от нематериальных прав[5]. Применение доктрины *Droit a l'image*, охраняющей

[1] *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A.* Op. cit., p. 143–144.

[2] BGHZ 26, 349 = NJW 58, 827 (URL: https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=739 (дата обращения: 17.01.2020)).

[3] Данная норма предусматривает компенсацию морального вреда в случаях причинения вреда жизни или здоровью, неправомерного лишения свободы.

[4] Вследствие такого подхода «отделить» конституционное право личности от субъективного имиджевого права представляется достаточно трудным в германском правопорядке.

[5] *Black, G.* (2010). Op. cit., p. 373.

ранее только неприкосновенность частной жизни, было расширено также на защиту имиджа от несанкционированной коммерческой эксплуатации: эта доктрина защищает изображение, голос, фотографию, портрет или воспроизведение видео.

Во французском законодательстве, в отличие от немецкого, господствует принцип генерального деликта: согласно ст. 1382 ФГК возмещению подлежит любой причиненный вред[1]. По мнению французских юристов, возникновение права публичности в США обусловлено слабой системой деликтов, неспособной обеспечить надлежащую правовую охрану. Таким образом, неправомерное использование имиджа лица во Франции есть лишь частный случай деликта.

Доказательством последнего тезиса является разработанная во Франции, в частности, для охраны имиджевых прав, доктрина «паразитизма». Поскольку законодательство о недобросовестной конкуренции, применяемое в случаях правонарушений лиц-конкурентов, априори неспособно охватить все аспекты охраны имиджа, французская практика создала доктрину «паразитизма», которая обеспечивает защиту любой экономической ценности, независимо от ее природы и происхождения: истец должен доказать факт причинения ему вреда, причинно-следственную связь между действиями ответчика и причиненным вредом. Отличительной особенностью доктрины является то, что при выявлении факта «паразитизма» вина нарушителя презюмируется, что облегчает положение истца, но не исключает право ответчика опровергнуть презумпцию[2]. Превращению доктрины в почву для злоупотреблений правообладателей препятствует применение критерия «предварительной косвенной оговорки»: если правообладатель создает препятствия для свободного использования объекта охраны, то несанкционированное использование является неправомерным. Имидж человека, будучи тесно связанным с традиционными правами личности, сам по себе является юридическим препятствием: если предмет охраны в рамках ноу-хау лицо охраняет своими фактическими действиями (засекречиванием), то право на имидж охраняется автоматически вследствие своей правовой природы.

Защита имиджевых прав зачастую также обеспечивается посредством удовлетворения требований из неосновательного обогащения. Сущностно доктрина «паразитизма» отличается от предыдущей тем,

[1] Code civil (URL: https://www.legifrance.gouv.fr/ (дата обращения: 17.01.2020)).

[2] *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A.* Op. cit., p. 163.

что в этом случае вина ответчика презюмируется, а вот при втором подходе сам факт использования чужого имиджа, которые не причиняет вреда правообладателю, не является правонарушением, следовательно, презумпция вины здесь отсутствует. Применение как первой, так и второй доктрины исключает необходимость создавать новую разновидность интеллектуальной собственности[1].

В отличие от Германии, возможность предоставления другим лицам права использовать элементы имиджа рассматривается как согласие, представляющее собой не отказ от права, а отказ от осуществления данного права в отношении определенного лица, что не является нарушением запрета на отказ от прав, поскольку не исключает возможность защищать свои права от других лиц. Согласие при этом может быть отозвано в любое время, однако только перспективно, а не ретроактивно.

В деле *Mrs X v. SARL Denim* модель участвовала в фотосессии для дальнейшего размещения фотографий в каталогах. Однако эти фотографии были использованы в широкой рекламной кампании, о чем заранее истец не был уведомлен. Суд встал на сторону истца, отметив, что из соглашения сторон не следовало, что модель согласна на использование изображения в крупной рекламной кампании, а толковать ее согласие на фотосессию расширительно недопустимо[2]. Данное дело наглядно демонстрируют основную тенденцию французской судебной практики: неопределенные формулировки толкуются ограничительно в пользу предоставления согласия на использование элементов имиджа единожды. Следовательно, французским судам не нужно рассматривать вопросы отзыва согласия в подобных ситуациях, поскольку считается, что оно не давалось нарушителю в принципе.

Таким образом, французское право так же, как и немецкое, пошло по пути адаптации имеющихся институтов и доктрин для разрешения имиджевых споров.

Проведенный анализ показывает, что сложилось два доминирующих подхода к пониманию правовой природы имиджевых прав: американский, который рассматривает имиджевые права в качестве разновидности имущества, и более консервативный европейский, относящий их к личным правам. Полагаем, что разделение европейского подхода на дуалистический (Франция) и монистический (Германия) имеет скорее догматическое, нежели практическое значение: не от-

[1] *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A.* Op. cit., p. 166.

[2] *Mrs X v. SARL Denim* (URL: https://law.utexas.edu (дата обращения: 17.01.2020)).

рекаясь от идеи «общего права личности» немецкие суды все же признают наличие в нем экономической составляющей, позволяющей предоставлять возможность осуществлять коммерческую эксплуатацию элементов имиджа на основе лицензии.

В целях обеспечения правовой охраны имиджевых прав государства прибегают к различным механизмам, которые, будучи эффективными в одной категории дел, могут быть абсолютно бесполезными в другой, поскольку имеют ограниченную сферу применения[1]. На первый взгляд кажется очевидным, что для правовой охраны имиджевых прав необходимо использовать законодательство о товарных знаках или же нормы антимонопольного права. Несостоятельность данного мнения, как мы полагаем, прямо вытекает из изложенного выше: законодательство о товарных знаках, хоть и предоставляет широкую охрану правообладателю, все же имеет основной функцией указание на источник происхождения товара, что препятствует обеспечению полной и всесторонней охраны имиджа лица, направленной на защиту интересов личности от несанкционированной коммерческой эксплуатации (что показано на примере Германии). Законодательство о недобросовестной конкуренции также имеет значительно более узкую сферу. Применение деликтного законодательства в данной сфере эффективно только в государствах с развитой системой деликтного права (Франция), однако, как показал анализ, это также не панацея, поскольку французские суды также обращаются к доктрине неосновательного обогащения, причем применение последней не лишено трудностей для правоприменителей, хотя суды и находят способы их преодоления.

Таким образом, отдать предпочтение одному из подходов представляется достаточно трудным, поскольку успешно применимое в одном государстве может быть абсолютно недопустимым в другом. Полагаем, что для развития доктринальных основ в области охраны имиджевых прав в России необходимо учитывать не только положительный опыт сторонников как американского (имущественного), так и европейского (личного) подходов, а также специфику российского правопорядка.

[1] Так, подобный рассмотренному в США казус футболиста, чей образ был несанкционированно использован в видеоигре, в Германии также был разрешен в пользу футболиста с указанием на то, что использование имиджа последнего носило коммерческий, а не информационный характер (не попадало под исключения параграфа 22 KUG), а в США посредством применения трансформационного теста.

Правовое регулирование имиджевых прав в Российской Федерации

В российском законодательстве понятие «имиджевых прав» фигурирует только в упомянутом в начале работы письме Министерства спорта, согласно которому под ними стоит понимать права, приобретенные в результате профессиональной деятельности человека, направленные на защиту его имени, деловой репутации, неприкосновенности частной жизни, иных нематериальных благ и результатов интеллектуальной деятельности.

В научной литературе отмечается, что правовая охрана имиджевых прав в России осуществляется посредством обращения к различным правовым институтам: авторское право, законодательство о товарных знаках, о недобросовестной конкуренции, а также нормы гражданского законодательства о нематериальных благах и общие принципы гражданской ответственности[1]. Вместе с тем главная проблема заключается в неясности правовой природы имиджевых прав. Учитывая, что Россия очевидно ближе к континентальным правопорядкам, чем к странам – представителям общего права, можно предположить, что имиджевые права представляют собой личные права, которые подлежат правовой защите в соответствии с гражданским законодательством.

В ст. 128 ГК РФ установлен перечень объектов гражданских прав, среди которых указаны также нематериальные блага, что критикуется в доктрине, поскольку нематериальные блага, будучи неотчуждаемыми, не являются объектами субъективных гражданских прав[2]. Среди указанных в ст. 150 ГК РФ нематериальных благ необходимо особо выделить право на имя гражданина, а также установленное в ст. 152.1 право на изображение.

Не вызывает сомнений то, что право на имя человека тесно связано с личностью обладателя данного имени. В отличие от псевдонима, который возникает без регистрации вследствие использования лицом определенного наименования и создания собственного творческого имиджа, имя дается человеку от рождения. Однако, как верно отмечает М.А. Рожкова, право на псевдоним является разновидностью «общегражданского» права на имя в широком понимании (охватывающим

[1] *Вострикова Е.А., Полухина Р.Э.* Имиджевые права спортсменов в России как институт частного права // Современное право. 2013. № 12. С. 87–95.

[2] *Рожкова М.А.* Комментарий к статье 128 ГК РФ // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2014 (СПС «КонсультантПлюс»).

Ф. И. О., псевдонимы, прозвища, сетевые ники и т.п.)[1]. Вследствие того, что право на имя, согласно ст. 150 ГК РФ, входит в перечень нематериальных благ, следует предположить, что имя не является объектом субъективных гражданских прав, будучи неотчуждаемым. Однако из изложенного выше компаративного анализа следует, что исключение возможности распоряжаться правом на имя не соответствует общемировым тенденциям.

В данном отношении показательным является известное дело исполнителя Димы Билана[2]. Артист заключил договор с продюсером, согласно которому последний обязался создать «имидж» исполнителя (псевдоним, образ, пропаганда творчества и т.д.), при этом исключительное право на имидж принадлежало продюсеру. Истец, в свою очередь, полагал, что право на псевдоним «Дима Билан» является правом на имя, следовательно, личным и неотчуждаемым.

По данному делу суд отметил следующее: *«Право на творческое имя не совпадает с общегражданским правом на имя, принадлежащим любому физическому лицу»*. Данное дело было направлено на новое рассмотрение, при этом суд указал на необходимость определить *«являются ли имя, изображение, образ, личностные характеристики Артиста (имеется ли при этом определенное зафиксированное обозначение, подлежащее идентификации) и его творческое имя (псевдоним) "Дима Билан" объектами права, подлежащими отчуждению, и могли ли они быть в соответствии с законом переданы истцу, являются ли они вследствие этого нарушенными правами истца»*. В решении суд указал, что под правом на творческое имя понимается личное неимущественное право на имя исполнителя, которое в действующем законодательстве установлено в подп. 3 п. 1 ст. 1315 ГК РФ. Таким образом, в данном деле суд признал псевдоним в качестве объекта интеллектуальных прав, а не как составную часть общегражданского права на имя[3]. К сожалению, дальнейшая история рассмотрения дела неизвестна.

Можно предположить, что наиболее эффективно охрана имиджевых прав может осуществляться в рамках зарегистрированного товарного знака. Стоит отметить, что отечественное законодательство, действительно, предусматривает ряд мер, направленных на превенцию нару-

[1] *Рожкова М.А.* Использование имени и псевдонима, в том числе в качестве товарного знака // Хозяйство и право. № 8. 2017. С. 26.

[2] Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19.11.2008 № КГ-А40/8332-08 по делу № А40-26824/07-27-240.

[3] *Рожкова М.А.* Использование имени и псевдонима, в том числе в качестве товарного знака. С. 26.

шений имиджевых прав путем использования товарных знаков: подп. 2 п. 9 ст. 1483 ГК РФ препятствует регистрации в качестве товарного знака имени (ст. 19), псевдонима (п. 1 ст. 1265 и подп. 3 п. 1 ст. 1315) или производному от них обозначению, портрету или факсимиле известного в России на дату подачи заявки лица, без согласия этого лица или его наследника, которое должно быть представлено в письменной форме[1]. Но, как упоминалось ранее, основная функция товарного знака – указание на источник происхождения товара, что несколько отличается от преследуемой в рамках охраны имиджевых прав цели защиты личности от несанкционированного коммерческого использования имиджа. Так, в приказе Роспатента от 23.03.2001 № 39 «Об утверждении Рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений» отмечается: *«Фамилии целесообразно предоставить правовую охрану, если представленные заявителем материалы подтверждают то, что заявленная фамилия воспринималась потребителем как обозначение товаров производителя, а не как фамилия, до даты подачи заявки»*.

В судебной практике, несмотря на незначительное количество споров, имеются примеры, демонстрирующие трудность доказывания наличия различительной способности.

Так, суд отказал известной певице Ханне в иске о признании недействительным решения Роспатента о регистрации товарного знака «Ханна» ответчиком в целях оказания услуг 44 класса МКТУ (салоны красоты). Примечательно, что певица Ханна также является создателем ряда салонов красоты (*X-Lashes By Hanna*), однако суд признал, что представленные доказательства (информация об открытии салона до даты приоритета ответчика, договоры аренды, публикации в социальных сетях) не свидетельствуют о наличии у потребителей стойких ассоциативных связей, следовательно, отсутствует факт введения их в заблуждение. Доказательства известности лица (наличие собственного сайта, блога, участие в известных шоу (например «Вечерний Ургант» и т.д.) либо не были признаны достаточными, либо не принимались во внимание вследствие размещения после даты приоритета оспариваемого товарного знака[2].

[1] Приказ ФГБУ ФИПС от 20.01.2020 № 12 «Об утверждении Руководства по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации товарного знака, знака обслуживания, коллективного знака и выдаче свидетельств на товарный знак, знак обслуживания, коллективный знак, их дубликатов».

[2] Решение Суда по интеллектуальным правам от 22.05.2019 по делу № СИП-858/2018.

Имеются и обратные примеры: приоритет ранее известного псевдонима «*Guf*» над товарным знаком был установлен в деле ООО «Айконмедиа»: истец, обладатель одноименного товарного знака, пытался запретить носителю псевдонима размещать его на афишах, в чем ему было отказано в силу особой известности псевдонима исполнителя[1].

Несомненным достоинством предоставления охраны в рамках товарных знаков является возможность получения значительно более крупной компенсации согласно ст. 1515 ГК РФ. Однако такой подход имеет и недостатки.

Во-первых, могут возникнуть трудности с регистрацией, поскольку, как было указано ранее, товарный знак обязательно должен обладать различительной способностью.

Во-вторых, товарный знак, как мы полагаем, не способен охватить все аспекты имиджа лица. На примере других правопорядков было показано, что нарушение может проявляться не только в неправомерной коммерческой эксплуатации имени или изображения, но также голоса, походки, стиля и т.д. Несмотря на то что действующее законодательство позволяет регистрировать товарные знаки не только в словесной и изобразительной форме, но и в звуковой и даже запаховой, можно предположить, что на практике достаточно трудно предугадать все варианты возможных правонарушений, зарегистрировав в качестве товарного знака абсолютно все аспекты имиджа лица.

В-третьих, как неоднократно упоминалось ранее, цель товарного знака – указание источника происхождения товара, но не защита личности от несанкционированного коммерческого использования.

Таким образом, регистрация отдельных элементов имиджа лица в качестве товарного знака вполне допустима и может быть эффективным, однако, не всеохватывающим механизмом защиты. Схожим недостатком обладает применение в подобных случаях законодательства о недобросовестной конкуренции, поскольку оно применимо только при определенных категориях правонарушений.

Полагаем, что признать имидж в качестве нового объекта интеллектуальных прав нецелесообразно по нескольким причинам. Во-первых, в отличие от объектов интеллектуальных прав, имидж не является творением человека в общепринятом в праве интеллектуальной собственности понимании: имидж неотделим от личности. Кроме того, все упоминавшееся ранее аргументы относительно недопустимости

[1] *Рожкова М.А.* Использование имени и псевдонима, в том числе в качестве товарного знака. С. 34.

применения норм об охране интеллектуальных прав в других юрисдикциях также имеют место и в России. Во-вторых, российская правовая наука способна обеспечить правовую охрану имиджевых прав посредством иных механизмов, уже известных отечественному правопорядку, вследствие чего нецелесообразно создавать новый объект интеллектуальных прав.

Таким образом, возвращаясь к делу «Димы Билана», мы полагаем, что право на псевдоним «Дима Билан», безусловно, является неотчуждаемым, что не препятствует правообладателю предоставлять право использовать как имя, так и иные элементы имиджа (например, изображения) другим лицам.

Сложности с определением правового режима имиджевых прав связаны с тем, что мы привыкли рассуждать в рамках хорошо известной парадигмы: права бывают имущественные и неимущественные. Однако указанная концепция более не соответствует реалиям современной жизни, имиджевые права являются ярким тому примером.

В развитие сказанного хотелось бы обратиться к позиции С.А. Зинченко, который разрабатывал иное видение права собственности, выделяя в нем три вида прав: абсолютные вещные имущественные права собственности, невещные имущественные права собственности, невещные неимущественные права собственности[1]. К первой группе относятся привычные нам вещи. Ко второй – объекты интеллектуальных прав, поскольку, например, в праве на товарный знак очевидно отсутствие вещного элемента, но при этом неоспоримо наличие имущественного элемента – исключительного права. К третьей – нематериальные блага, измерить ценность которых мы не можем, поскольку здесь отсутствует и вещный, и имущественный элементы. Права на образ С.А. Зинченко относит к группе невещных-имущественных: право может быть вовлечено в оборот, но сохраняя при этом особенности неимущественной природы[2]. Полагаем, что данная концепция может быть положена в основу правовой охраны имиджевых прав: их природа является дуалистической, совмещающей в себе как личные, так и имущественные элементы.

Имущественная составляющая права на имидж выделяется не только в зарубежных правопорядках, но и некоторыми учеными в отече-

[1] *Зинченко С.А., Галов В.В.* Собственность и производные права (доктрина, законодательство, правоприменение). Ростов-н/Д.: Профпресс, 2013. С. 63–74.

[2] *Зинченко С.А., Лапач В.А., Шапсугов Д.Ю.* Проблемы объектов гражданских прав. Ростов-н/Д., 2001. С. 33.

ственной доктрине. Так, М.А. Рожкова отмечает, что применительно к имени и псевдониму усматривается та же триада имущественных правомочий правообладателя: обладание, пользование и распоряжение[1]. Индивидуализирующие свойства человека относят в литературе к объектам, обладающим экономической ценностью для участников гражданского оборота, предусматривающие возникновение в отношении их субъективных гражданских прав, но допускающие передачу (переход) только прав на эти объекты, но не самих этих объектов по причине нематериального характера последних[2].

Таким образом, учитывая, что образ человека тесно связан с его личностью, предполагаем, что его отчуждение недопустимо, что не исключает возможность предоставлять возможность его использования. Действующая редакция ст. 152.1 ГК РФ стала своего рода шагом в сторону развития института охраны имиджевых прав, однако она имеет ряд недостатков.

Во-первых, ст. 152.1 ГК РФ рассматривает изображение достаточно узко, относя к нему только вид человека в определенный момент времени (например, фотоснимок), но не внешний облик лица[3].

Во-вторых, данная норма предоставляет возможность давать согласие на использование изображения лица, которое можно в любой момент отозвать (п. 49 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»). Такой подход вполне оправдан: поскольку согласие представляет собой сделку, то в силу закрепленного в п. 2 ст. 1 ГК РФ принципа о приобретении прав и обязанностей только по воле самих граждан, исключать право на отзыв согласия недопустимо[4]. Можно при этом согласиться с учеными, ограничительно толкующими п. 49 упомянутого постановления Пленума ВС РФ № 25, допуская возможность отозвать согласие только

[1] *Рожкова М.А.* Об имущественных правах на нематериальные объекты в системе абсолютных прав (часть вторая – общее о правах на новые объекты, деловая репутация и некоторые «нематериальные блага») (URL: https://zakon.ru/blog/2018/12/23/ob_imuschestvennyh_pravah_na_nematerialnye_obekty_v_sisteme_absolyutnyh_prav_chast_vtoraya__obschee_ (дата обращения: 15.01.2020)).

[2] *Рожкова М.А.* Комментарий к статье 128 ГК РФ // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12.

[3] *Гаврилов Э.* Защита внешнего облика и охрана изображения гражданина // Хозяйство и право. 2015. № 10. С. 13–25.

[4] *Михеева Л.Ю.* Объекты гражданских прав: правовые позиции, содержащиеся в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Судья. 2015. № 10. С. 11–18.

в случае злоупотребления контрагентом правом: такой подход позволяет обеспечить стабильность и «привлекательность» оборота имиджевых прав, создавая разумный баланс интересов, поскольку столь широкие возможности по отзыву согласия должны быть компенсированы дополнительными механизмами защиты контрагента[1].

Согласно подп. 3 п. 1 ст. 152.1 ГК РФ позирование за плату исключает потребность в получении согласия для использования изображения. Абсолютно справедливо в связи с этим Э. Гаврилов отмечает, что данная норма противоречива сама по себе: если лицо позирует за плату, то очевидно, что у него с контрагентом есть соглашение, следовательно, согласие лица все же имеет место[2]. Автор приходит к выводу, что данная норма исключает дальнейшее применение к взаимоотношениям сторон ст. 152.1 ГК РФ (и разъясняющие эти нормы положения постановления Пленума ВС РФ № 25), т.е. согласие является безотзывным и не может содержать никаких условий, относящихся к порядку использования полученного изображения. Полагаем, что такой подход также нельзя признать верным по указанным ранее причинам.

Таким образом, ст. 152.1 ГК РФ, очевидно, нуждается в доработке: если обратиться к германскому опыту, то § 22 *KUG* говорит лишь о презумпции наличия согласия в случае позирования за плату, а не об отсутствии необходимости его получения. Такой подход представляется гораздо более логичным, чем заложенный в настоящее время в ГК РФ.

В развитие сказанного хотелось бы обратить внимание на описанный ранее опыт французской практики, толкующей согласие достаточно узко: в договоре необходимо прописывать все условия использования изображения, широкие формулировки типа «право использовать фотографии» необходимо толковать не как возможность фактически неограниченного использования, а в качестве единоразово предоставленного разрешения на конкретные действия[3]. Такой подход будет обеспечивать необходимую защиту обладателю имиджа, одновременно стимулируя контрагента максимально полно раскрывать информацию, прописывая все возможные виды использования.

---

[1] *Гаврилов Э.* Указ. соч.

[2] Там же.

[3] Такой подход уже встречается в некоторых решениях. Так, в Апелляционном определении Верховного суда Удмуртской Республики от 30.09.2013 отмечено, что истец давала разрешение на создание фотографий до и после ортодонтического лечения, однако в соглашении не было указано на возможность использовать изображение в рекламной кампании клиники.

В-третьих, ст. 152.1 ГК РФ предоставляет потерпевшей стороне ограниченные возможности по защите своих прав. Предусмотренные в норме способы защиты фактически идентичны содержащимся в ст. 12 ГК РФ восстановлению положения, существовавшего до нарушения прав, и пресечению действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения и прекращению или изменению правоотношения[1]. Таким образом, можно предположить, что применение ст. 152.1 ГК РФ исключает возможность ссылаться на иные способы защиты, кроме прямо предусмотренных в данной норме. Наиболее ярко рассматриваемая проблематика проявляется в сфере спорта, поскольку в ней распространены договоры, предусматривающие условия об оплате клубом приобретения права на использование образа спортсмена, договоры, содержащие условие об обязании игрока подписать соглашение со специализированной организацией по управлению его образом в коммерческих целях[2].

Полагаем, что предоставление согласия на использование элементов имиджа вполне допустимо – недопустимо лишь полное отчуждение последнего в силу личного характера прав. Поскольку клуб (или же продюсер артиста) создает конкретный образ знаменитости, затрачивая на это определенные ресурсы, вполне справедливо предоставлять ему возможность использовать элементы имиджа в определенных соглашением пределах. Также является правомерным ограничение в контракте возможностей спортсмена на заключение контрактов с конкурентами (в том числе конкурентами спонсоров). Не вызывает нареканий ст. 1033 ГК РФ, которая допускает ограничение права пользователя на заключение договоров коммерческой концессии с конкурентами, на реализацию аналогичных товаров, работ и услуг под обозначением других правообладателей и т.д. Очевидно, что данные нормы призваны защитить интересы правообладателя, поскольку он создает для пользователя все необходимые условия для осуществления предпринимательской деятельности, следовательно, заинтересован в том, чтобы контрагент способствовал развитию его продукции и не сотрудничал с конкурентами. В связи со сказанным неясно, что препятствует применить такую же логику в отношении имиджевых прав: спортивный клуб создает футболисту необходимые условия для раз-

[1] *Гаврилов Э.* Указ. соч.

[2] *Синицына Н.И.* Элементы и правовая природа права на образ спортсмена. М.: АНО «Правовое просвещение», 2017. С. 91–104.

вития карьеры, следовательно, заинтересован в сотрудничестве только с ним и его спонсорами.

Возникает вопрос о правовой квалификации указанных договоров. Некоторые исследователи предполагают, что указанные договоры являются трудовыми, что, по нашему мнению, неверно в силу следующего. Во-первых, Федеральная налоговая служба рассматривает данную категорию договоров как гражданско-правовые договоры возмездного оказания услуг[1]. Во-вторых, указанные договоры обладают рядом особенностей в части мер ответственности, которые могут применяться к работнику: трудовое законодательство не предусматривает возможность назначения работнику наказания в виде штрафа, однако, такая практика является повсеместной в спортивной сфере[2]. Кроме того, договоры спортсменов с клубами могут содержать нетипичные условия, связанные с соблюдением спортсменом не только определенного режима, но и моральных норм (постановление Пленума ВС РФ от 24.11.2015 № 52 «О применении судами законодательства, регулирующего труд спортсменов и тренеров»). Очевидно, что данные договоры, как и анализируемые ранее соглашения об использовании изображений[3], являются скорее непоименованными контрактами, чем договорами оказания услуг, поскольку в предоставлении возможности пользоваться элементами имиджа как таковая услуга отсутствует. Анализируемые соглашения в литературе также называют спортивными контрактами[4].

Как было отмечено ранее, в Германии и Франции в целях защиты имиджевых прав используются давно известные механизмы, в частности, доктрина неосновательного обогащения. Учитывая близость России к континентальным правопорядкам, полагаем, что обращение к данному институту также актуально в контексте охраны имиджевых прав, учитывая наличие рассмотренной выше их имущественной со-

[1] Письмо ФНС от 29.01.2018 № ГД-4-11/1538@.

[2] Савин: Слуцкий отучил меня от глупых желтых карточек штрафом в $ 5 тыс. // Чемпионат. 2015. 4 нояб. (URL: https://www.championat.com/football/news-2291024-savin-sluckij-otuchil-menja-ot-glupykh-zhjoltykh-kartochek-shtrafom-v--5-tys.html (дата обращения: 22.01.2020)).

[3] Данная категория договоров неоднократно относилась в доктрине к категории непоименованных контрактов (см., например: *Карапетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012).

[4] *Алексеев С.В.* Спортивное право России: учебник / под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2015. С. 139.

ставляющей, позволяющей применять как установленные для нематериальных благ способы защиты, так и имущественные.

К сожалению, на практике суды придерживаются иного подхода. Так, в одном из дел спортсмен заключил контракт о передаче неисключительных прав на использование имиджа, однако ответчик, имея задолженность перед спортсменом, продолжал использовать имидж знаменитости после истечения срока действия договора[1]. Суд отказал в удовлетворении требования о взыскании неосновательного обогащения, мотивировав это тем, что соглашение является договором об оказании услуг, а не договором о передаче исключительных прав, а также имеется лишь только факт нарушения нематериального блага, следовательно, могут применяться исключительно предусмотренные ст. 152.1 ГК РФ способы защиты. Предоставление потерпевшему возможности взыскать неосновательно сбереженную сумму в размере платы по контракту могло бы стать достаточно эффективным средством охраны имиджа.

Таким образом, ст. 152.1 ГК РФ обладает определенным потенциалом в части охраны имиджа, но нуждается в существенной доработке и, возможно, переосмыслении. Кроме того, в целях охраны имиджевых прав не исключается применение также законодательства о товарных знаках (если элементы имиджа регистрируются в качестве товарного знака), а также законодательства о недобросовестной конкуренции, если имеются факты его нарушения.

Заключение

Проведенный анализ правового регулирования имиджевых прав в России и за рубежом продемонстрировал сложность исследуемого института. Его появление связано с развитием экономического оборота, к которому право не всегда может быстро адаптироваться. Думается, что законодателю придется внести определенные изменения в действующее законодательство в целях совершенствования правового регулирования имиджевых прав, поскольку с течением времени потребность в этом будет только усиливаться. Но такие реформы должны быть тщательно продуманы с целью исключения коллизий.

[1] Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 27.07.2017 № 33-13238/2017 по делу № 2-596/2017.

Пристатейный библиографический список

1. *Алексеев С.В.* Спортивное право: учебник / под ред. П.В. Крашенинникова. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2017.

2. *Валеев Д.Х., Габов А.В., Илюшина М.Н.* и др. Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2014.

3. *Вострикова Е.А., Полухина Р.Э.* Имиджевые права спортсменов в России как институт частного права // Современное право. 2013. № 12. С. 87–95.

4. *Гаврилов Э.* Защита внешнего облика и охрана изображения гражданина // Хозяйство и право. 2015. № 10. С. 13–25.

5. *Зинченко С.А., Галов В.В.* Собственность и производные права (доктрина, законодательство, правоприменение). Ростов-н/Д.: Профпресс, 2013.

6. *Зинченко С.А., Лапач В.А., Шапсугов Д.Ю.* Проблемы объектов гражданских прав. Ростов-н/Д., 2001.

7. *Карапетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012.

8. *Михеева Л.Ю.* Объекты гражданских прав: правовые позиции, содержащиеся в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Судья. 2015. № 10. С. 11–18.

9. *Рожкова М.А.* Об имущественных правах на нематериальные объекты в системе абсолютных прав (часть вторая – общее о правах на новые объекты, деловая репутация и некоторые «нематериальные блага») (URL: https://zakon.ru/blog/2018/12/23/ob_imuschestvennyh_pravah_na_nematerialnye_obekty_v_sisteme_absolyutnyh_prav_chast_vtoraya__obschee_ (дата обращения: 16.01.2020)).

10. *Рожкова М.А.* Использование имени и псевдонима, в том числе в качестве товарного знака // Хозяйство и право. № 8. 2017. С. 25–34.

11. *Синицына Н.И.* Элементы и правовая природа права на образ спортсмена. М.: АНО «Правовое просвещение», 2017.

12. *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A.* Privacy, Property and Personality, Cambridge 2005.

13. *Black, G.* (2010). Publicity and image rights in scots law. Edinburgh Law Review, 14(3), p. 364–384.

14. Coors Coorina & Peter Mezei, Image Rights: Exploitation and Legal Control in English and Hungarian Law, 57 Hung. J. Legal Stud. 10 (2016), p. 215–247.

15. *Jacoby, D.* (2006). Image rights, rights of privacy opportunities and limitation: legal overview from us perspective. Convergence, 2(1), p. 17–30.

16. *Kwall, R.* The Right of Publicity vs. The First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis. 70 Indiana Law Journal 47 (1994) (URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=849745\ (дата обращения: 16.01.2020)).

17. *Ordish, R.* Sports Marketing in China: an IP perspective, Bond Univ. SportsL. eJournal (2007) (URL: http://epublications.bond.edu.au/slej/3/ (дата обращения: 16.01.2020)).

18. *Peles, G.* (2004). The right of publicity gone wild. UCLA Entertainment Law Review, 11 (2), p. 301–330.

19. *Peter L. Felcher & Rubin E.* Privacy, Publicity, and the Portrayal of Real People by the Media, 88 YALE L.J. 1577 (1979).

20. *Prosser, William L.* "Privacy". California Law Review, vol. 48, no. 3, August 1960, p. 383–423.

21. *Schwenzer, I., Hachem, P., Kee, C.* Part VII Obligations of the Seller, 33 Industrial and Intellectual Property Rights. Product: International Commercial Law [ICML] Published in print: 26 January 2012.

Дж. Р. Грин[*]

ВСЕ ВАШЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ ПРИНАДЛЕЖАТЬ НАМ[1]: НОВЫЕ ГРАНИЦЫ ДЛЯ ПРОИЗВОДНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ В СФЕРЕ ВИДЕОИГР[2, 3]

Аннотация. *В соответствии с законодательством об авторском праве автор оригинального произведения обладает исключительным правом на создание производных произведений путем переработки оригинала. Произведения, создаваемые разработчиками видеоигр, охраняются Законом об авторском праве, однако чем больше современных технологий используется в видеоиграх, тем более творческие, интересные и оригинальные объекты создают сами игроки, играя в такие игры. Некоторые из создаваемых игроками объектов представляют самостоятельную экономическую ценность и являются актами истинного авторства, которые существующая в США система авторского права призвана поощрять. Вместе с тем, поскольку в соответствии с американским законодательством об авторском праве все права принадлежат автору*

---

[*] J. Remy Green. Доктор юриспруденции, Чикагский университет, 2016 г.; ассоциат *Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson*. Я хочу выразить сердечную благодарность людям, которые тесно работали со мной над этой статьей, особенно тем, кто участвовал в семинаре по каноническим идеям в юридической мысли в Чикагском университете, и замечательным сотрудникам редакции «Журнала права и технологии Северной Каролины». Пользуясь случаем, я также хочу поблагодарить моих друзей, семью, редакторов и наставников, профессора *Jonathan Masur, Hannah Cook, David Reed, Katherine Walling, Stephanie Venskoske, Jennifer Cook, Howard Green, Darcy Ross, Liz Sanders* и *Kathleen Riley* за их очень полезные комментарии, отзывы, поддержку, готовность посмеяться над моими шутками и за то, что они просто терпели меня, обсуждая со мной идеи этой статьи. Вам – все мои благодарности.

[1] Заголовок (в англ. версии: *ALL YOUR WORKS ARE BELONG TO US*) – отсылка к прославленному плохому переводу японской игры *Zero Wing*, в процессе которой игроку сообщают: «Все Ваша база принадлежать нам... У Вас нет шанса выжить, постарайтесь найти время.» (англ. *All your base are belong to us... You have no chance to survive make your time*). Winkie, L. *25 Years Later, 'All Your Base Are Belong to Us' Holds Up* / Luke Winkie. Текст: электронный // DAILY DOT: [сайт] (URL: https://www.dailydot.com/unclick/all-your-base-are-belong-to-us-25th-anniversary/ (дата публикации: 04.06.2016)).

[2] Первоначально статья была опубликована в North Carolina Journal of Law & Technology. Vol. 19, issue 3: March 2018.

[3] Перевод с разрешения автора выполнила О.В. Исаева; перевод статьи подготовлен при поддержке компании *Semenov & Pevzner*.

видеоигры, именно он и обладает исключительным правом на создание «производных» от самой видеоигры произведений.

Настоящая статья преследует как описательные, так и нормативные цели. Описательные цели заключаются в том, чтобы обозначить текущие правовые тенденции в сфере видеоигр и продемонстрировать огромное экономическое значение. Нормативные цели состоят в предложении различных способов объяснения процесса создания произведений, производных от видеоигр, а также нескольких моделей понимания того, как следует разрешать споры, в рамках которых оспаривается право на такие произведения. Указанные модели включают в себя философские мысленные эксперименты, критический анализ того, что именно представляет собой игра, анализ вида игры, лежащего в основе рассматриваемого произведения второго порядка, а также применение правил ответственности и собственности, закрепленных в юридической и экономической литературе.

I. Введение

В соответствии с Законом США об авторском праве[1] видеоигры охраняются как аудиовизуальные произведения, а создателям таких произведений предоставлено исключительное право на создание на их основе производных произведений[2]. Такое исключительное право позволяет правообладателю запретить любому лицу создавать производное от оригинала произведение, обратиться за судебной защитой нарушенного права, а в случае удовлетворения иска – потребовать в судебном порядке уничтожения любого произведения, нарушающего права[3]. В Законе об авторском праве заложена попытка установить баланс между интересами тех, кто создает произведения, и интересами

[1] *Copyright Act* [Закон США об авторском праве], 17 U.S.C. § 101–1332 (2012).

[2] Ibid., § 106.2. § 101 поясняет, что «“производное произведение” – это произведение, основанное на одном или нескольких существовавших ранее произведениях, как например, перевод, музыкальная аранжировка, инсценировка, беллетризация, экранизация, звукозапись, художественное воспроизведение, сокращение, сжатие или любая другая форма, в которую произведение может быть переработано, преобразовано или адаптировано. Произведение, состоящее из редакционных правок, аннотаций, доработок или других подобных модификаций, которые в целом представляют собой оригинальное авторское произведение, является “производным произведением”».

[3] Ibid., § 503 (b). Данное право ни в коем случае не является абсолютным. Ряд ограничений – например, добросовестное использование – ограничивает возможность владельца реализовать свое исключительное право. См.: Ibid., § 107.

общественности в отношении возможности использовать такие произведения. По мере того, как видеоигры становятся все более тщательно продуманными, игровой процесс (или «геймплей»)[1] требует большего самовыражения, чем когда-либо прежде. Заинтересованность игровой публики в использовании игр для самовыражения стала в большей степени противоречить интересам создателей игр. Разработчики игр пытаются обеспечить соблюдение принадлежащих им прав совершенно разными способами. Законодательство об авторском праве направлено на «содействие развитию науки и полезных ремесел» путем закрепления за теми, кто занимается подобным самовыражением, исключительных прав на их произведения[2]. Вместе с тем с увеличением степени самовыражения игроков перед правовой системой будут поставлены вопросы о том, как следует распределить спорные права в возникающем пространстве.

На начальном этапе рассматриваемые права значительны. Рынок самостоятельных произведений, созданных с использованием видеоигры, приносит больший доход, чем вошедшая в поговорку лавка, где торгуют бананами[3]. В эпизоде «Занимайся любовью, а не варкрафтом» (англ. *Make Love, Not Warcraft*) сериала «Южный парк» (англ. *South Park*) в целях помещения персонажей в виртуальный мир (*Warcraft*), созданный *Blizzard Entertainment*, широко использовалась машинима[4] – технология создания компьютерной анимации на основе моделей и настроек видеоигр[5]. Для создания эпизода игроки играли в онлайн игру *World of Warcraft* (в переводе с англ. – «Мир Варкрафт») от *Blizzard* и записывали ее, что было очень похоже на кукольный спектакль, а затем актеры озвучивали видео поверх полученного результата[6]. Эпи-

[1] «Геймплей – это формализованное взаимодействие, происходящее когда игроки следуют правилам игры и испытывают в процессе игры ее систему». Salen, K. *Rules of Play – Game Design Fundamentals* / Katie Salen, Eric Zimmerman. The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England: Massachusetts Institute of Technology, 2004. Chapter 22: Defining Play, p. 3.

[2] U.S. CONST [Конституция США], art. I, § 8, cl. 8.

[3] *Arrested Development: Top Banana* / Troy Miller, Mitchell Hurwitz and other. Fox television broadcast, 09.11.2003. («В лавке, где торгуют бананами, всегда куча денег!»).

[4] *Machinima* // OXFORD ENG. DICTIONARY: [сайт] (URL: https://en.oxforddictionaries.com/ definition/machinima (дата обращения: 04.02.2018)).

[5] Iverson, D. *South Park: "Make Love, Not Warcraft" Review* / Dan Iverson. Текст: электронный // IGN: [сайт] (URL: https://www.ign.com/articles/2006/10/05/south-park-make-love-not-warcraft-review (дата публикации: 05.10.2016)).

[6] *Make Love, Not Warcraft* // IMDB: [сайт] (URL: http://www.imdb.com/title/tt0850173/ (дата обращения: 04.02.2018)).

зод имел огромный успех и был удостоен множества наград, включая прайм-тайм премию «Эмми» (англ. *Primetime Emmy Award*) 2007 г[1].

Другой пример связан с предшественником *World of Warcraft*: *Warcraft III*. *Warcraft III* вместе с самой игрой запускал «Редактор Мира» (англ. *World Editor*) как отдельное приложение[2]. Редактор должен был позволить игрокам создавать карты с настраиваемыми объектами нападения и ландшафтом для участия в игровой войне[3]. Пользовательская карта под названием *"Defence of the Ancients"* (в переводе с англ. – «Защита Древних»), или *DOTA,* приобрела огромную популярность, и независимый издатель *Valve Entertainment* разработал продолжение под названием *DOTA 2*[4]. Недавно *Valve Entertainment* проведен турнир по игре с призовым фондом, превышающим 24 млн долл.[5] Другой преемник *DOTA – League of Legends* (в переводе с англ. – «Лига легенд») от *Riot* – ежегодно в реальном времени проводит чемпионат мира со зрителями, число которых уже превысило 60 млн[6]. Как указано в одном источнике, все десять из десяти призовых фондов в истории соревновательных видеоигр были разыграны в турнирах по играм типа *DOTA*[7]. Конечно, данные цифры – всего лишь то, что предлагают

[1] *59th Creative Arts Emmy Awards* // ACADEMY OF TELEVISION ARTS & SCIENCES (URL: https://web.archive.org/web/20090917174713/http://www.emmys.tv/awards/2007pt/nominations_crtv.php?action=search_db).

[2] *Warcraft III: Reign of Chaos* // BLIZZARD: [сайт] (URL: http://us.blizzard.com/en-us/games/war3/ (дата обращения: 23.01.2018)). («Расширьте свой мир с помощью Редактора Мира Warcraft (англ. *Warcraft World Editor*). Создавайте собственные 3D-карты и миссии со сценариями для юнитов, заклинаний, триггеров событий и т.д.»).

[3] Ibid.

[4] *Valve* и *Blizzard* недавно урегулировали спор по иску о нарушении прав на название *DOTA*. Компания *Blizzard* анонсировала игру под названием *Blizzard DOTA*, а компания *Valve* заявила, что обладает правами на название *DOTA* в результате заключения договора с создателем мода. Условия мирового соглашения не разглашаются. Интересно, однако, что ни одна из компаний не оспаривала авторские права на игру. Schramm, M. *Blizzard and Valve Settle DOTA Argument, Blizzard DOTA Is Now Blizzard All-Stars* / Mike Schramm. Текст: электронный // ENGADGET: [сайт] (URL: https://www.engadget.com/2012/05/11/blizzard-and-valve-settle-dota-argument-blizzard-dota-is-now-bl/ (дата публикации: 11.05.2012)).

[5] *Largest Overall Prize Pools in E-Sports* // E-SPORTS EARNINGS: [сайт] (URL: http://www.esportsearnings.com/tournaments (дата обращения: 24.01.2018)).

[6] *The League of Legends Worlds Final Reached 60 Million Unique Viewers*. Текст: электронный // DOT ESPORTS: [сайт] (URL: https://dotesports.com/league-of-legends/news/lol-worlds-final-viewership-18796 (дата обращения: 04.02.2018)).

[7] Пятый и шестой рейтинговые турниры – *League of Legends*, а остальная часть 10 лучших (минимальный призовой фонд десятого в рейтинге турнира составляет

разработчики для побуждения игроков преуспеть в игре, – суммы, которые разработчик зарабатывает на игре, мероприятиях и товарах, намного превышают эти цифры и не включают средства, получаемые игроками и видеоплатформами от рекламы и спонсорства. Важнее то, что миллионы игроков делятся своим опытом игр с использованием видео в *Let's Play* (в переводе с англ. – «Давай поиграем»)[1] и потоковой передачи видео («стримингов», от англ. *streaming*) в прямом эфире на различных стриминговых платформах, что приносит им неисчисляемые суммы денег в виде доходов от рекламы.

Приведенные примеры совершенно явно свидетельствуют о том, что в какой-то момент правовая система должна будет определить, кто чем владеет в отношении произведений, производных от видеоигр, и кто чем должен владеть. Несмотря на наличие нескольких дел, применимых к указанным ситуациям, существующей в этом пространстве многокомпонентности не уделяется должное внимание, а сами дела отстают от технологических достижений. В данной статье я постараюсь решить хотя бы часть этой головоломки с помощью серии тематических исследований. В разделе II изложены общие черты четырех хрестоматийных примеров того, как видеоигры могут быть использованы для создания производных произведений. В разделе III подробно рассмотрен каждый из них с применением законодательства в действующей редакции. Наконец, в разделе IV утверждено, что результаты проведенного анализа нормативно неверны и иногда до смешного абсурдны, а в разделе V предложены лучшие способы правильного понимания взаимосвязи между правами на видеоигры и на производные от них произведения.

Однако давайте сначала заложим основу, на которой будем строить наше понимание. Представим себе игру – «Оригинальную Игру» – созданную компанией «Разработчик». Разработчик «записывает» Оригинальную Игру на «материальном носителе любого вида» и, если Оригинальная Игра является «оригинальным авторским произведе-

3 млн долл.) – исключительно турниры по *DOTA 2*. См.: *Largest Overall Prize Pools in E-Sports* // E-SPORTS EARNINGS: [сайт] (URL: http://www.esportsearnings.com/tournaments (дата обращения: 24.01.2018)).

[1] *FAQ* // LET'S PLAY ARCHIVE: [сайт] (URL: https://lparchive.org/faq (дата обращения: 24.01.2018)). («*Let's Play* показывает видеоигру, в которую играет игрок, в то время как последний рассказывает в комментариях о том, что он делает, с видео и (или) скриншотами. Часть действий редко осуществляется «за кадром» или ускоряется – в большинстве случаев прохождение игры представляет собой полноценный запуск игры, выполненный в информативном или юмористическом [оригинальном] стиле, чтобы привлечь Ваше внимание. Вы себя знаете»).

нием», получает защиту в соответствии с положениями Закона США об авторском праве[1]. «Материальный носитель» – любое средство выражения, с помощью которого произведение может быть «воспринято, воспроизведено или иным образом передано»[2]. Так, например, когда *Nintendo* записывает версию *Super Mario Brothers* на материальном носителе, компания получает все права, предусмотренные Законом США об авторском праве[3].

Далее в нашей истории в игру от Разработчика играет Игрок. Игрок записывает свой игровой процесс и комментарии, создавая тем самым аудиовизуальное произведение, которое мы назовем «Произведение Геймплей», и транслирует указанное произведение на стриминговой платформе. Давайте также оговорим, что Произведение Геймплей обладает степенью оригинальности, достаточной для преодоления порога «оригинального авторского произведения», установленного Законом США об авторском праве[4]. Рассмотрим ту же ситуацию на примере более конкретного сюжета: Игрок транслирует свои игровые сессии (Произведения Геймплей) на платформе *Twitch.tv*, где люди смотрят, как играют в *Mario*, Оригинальную Игру от разработчика *Nintendo*. Игрок добавляет в аудиодорожку собственные комментарии к игре и играет в игру оригинальным и творческим способом, развлекая тем самым зрителей[5]. *Twitch.tv* зарабатывает деньги с использованием рекламы во время трансляции Игрока и на его веб-сайте[6].

Таким образом, мы видим четыре основные группы, интересы которых соприкасаются в данном пространстве: Разработчики, Игроки, Владельцы платформ и Пользователи. Важно также отметить, что Пользователями в данном случае являются только Пользователи Произведения Геймплей. Интересы сторон можно описать следующим образом:

---

[1] 17 U.S.C. § 102 (2012).

[2] Ibid.

[3] Ibid., § 106 (оговаривается, что обладателю авторских прав принадлежит и исключительное право – с учетом исключений – в частности, на воспроизведение произведения, создание производных произведений, распространение копий и публичное исполнение произведения или его передачу посредством цифровой передачи звука).

[4] Ibid., § 102. Я оговариваю это, потому что изучение обстоятельств дела проводится судами и его обсуждение не добавляет глубины тому, что было бы интересно.

[5] Опять же, пожалуйста, не сопротивляйтесь гипотетическому; основная цель данного примера – простота. Далее в статье мной будут рассмотрены примеры, гораздо больше соответствующие принципу оригинальности.

[6] *Twitch Partner Program* [Партнерская программа *Twitch*] // TWITCH: [сайт] (URL: https://www.twitch.tv/p/partners/ (дата обращения: 15.01.2018)).

Разработчик	Право создавать производные произведения на основе Оригинальной Игры; финансовая выгода от Оригинальной Игры; интерес в создании Оригинальной Игры
Игрок	Финансовая выгода от Произведения Геймплей; интерес в создании Произведения Геймплей
Платформа	Финансовая выгода от Произведения Геймплей
Пользователь	Пользование Произведением Геймплей; заинтересованность в альтернативных способах знакомства с Оригинальной Игрой

Согласованная система должна максимально увеличивать выгоду, получаемую каждым участником этой системы, сводя к минимуму степень нарушения интересов и ожиданий. Таким образом, отказ от защиты интеллектуальной собственности (ИС) для Разработчика приведет к тому, что Оригинальная Игра никогда не будет разрабатываться, потому что не будет финансирования. Вместе с тем предоставление Разработчику полного контроля над использованием Оригинальной Игры приведет к погоне Разработчика «за рентой»[1] – поведению, при котором лицо стремится извлечь максимальную выгоду без каких-либо дополнительных усилий, что, вероятно, будет препятствовать созданию Произведений Геймплей.

II. Четыре хрестоматийных примера

В данном разделе описаны четыре различных способа, которыми люди используют (или могли бы использовать) видеоигры для создания новых произведений. Приведенные примеры никоим образом не являются исчерпывающими. Они были выбраны скорее потому, что каждый иллюстрирует лежащую в основе головоломку под своим углом. С нормативной точки зрения, некоторые из них дают четкое представление о том, кому должны принадлежать те или иные права, а другие предполагают распределение прав, с которым здравомыс-

[1] Krueger, A.O. *The Political Economy of the Rent-Seeking Society* / Anne O. Krueger // The American Economic Review. 1974. Vol. 64, № 3. P. 291. (Словосочетание «погоня за рентой» используется для обозначения поведения, предполагающего стремление использовать уже существующие экономические и политические позиции, а не создавать новое богатство или ценность).

лящие люди могут не согласиться. Данный раздел структурирован таким образом, что обращение к коротким описаниям «Примеров», в которых используются сокращения, приведенных выше и в других частях, возможно на протяжении всей статьи, в то время как другие подразделы написаны иным образом, демонстрируя более подробный анализ и развернутое содержание.

A. Скоростное прохождение игр: тяжелее, лучше, быстрее, сильнее!

1. Пример.

Игрок – чрезвычайно опытен в *Mario*, Оригинальной Игре от Разработчика. Игрок транслирует свое завершение игры на веб-сайте владельца платформы *Twitch*, устанавливая тем самым новый мировой рекорд по скоростному прохождению игры (англ. *Speedrun*). Пользователи поздравляют Игрока, и некоторые из них становятся поклонниками Игрока как знаменитости в сфере игр.

2. Комментарий.

Марио от *Nintendo* – один из самых знаковых персонажей[1]. Хотя он является героем огромного количества фильмов, оригинальная игра *Super Mario Brothers* остается краеугольным камнем культуры. Игроки проходили эту игру бесчисленное количество раз и теперь соревнуются в ее прохождении с рекордной скоростью[2], транслируя такие попытки в сети Интернет[3].

В частности, *Twitch.tv* предоставляет игрокам платформу для просмотра прямых трансляций геймплея[4]. Как указано в рекламных материалах веб-сайта, последний предоставляет возможность «трансли-

[1] Stezano, M. *How Super Mario Helped Nintendo Conquer the Video Game World* / Martin Stezano. Текст : электронный // HISTORY : [сайт] (URL: https://web.archive.org/web/20171029074905/http://www.history.com/news/super-mario-history-nintendo-donkey-kong-facts (дата публикации: 25.10.2017)).

[2] *About* // SPEEDRUN.COM: [сайт] (URL: https://www.speedrun.com/about (дата обращения: 23.01.2018)). («Скоростное прохождение игр (англ. *Speedrunning*) – это игра в видеоигру с намерением завершить ее как можно быстрее в развлекательных и (или) соревновательных целях»).

[3] Ibid.

[4] *About* // TWITCH: [сайт] (URL: http://www.twitch.tv/p/about (дата обращения: 23.01.2018)).

ровать все игры! На *Twitch* есть целый мир видеозаписей игр, который ожидает своего открытия. Любите ли вы ретро-стиль, стратегические видеоигры (англ. *eSports*)[1], шутеры от первого лица или многопользовательские симуляторы встреч по приготовлению макаронных изделий – если вам нравится играть, вы найдете все на *Twitch*»[2]. Как утверждает *Twitch*, те, кто ведет трансляции, – «самые преданные и высококвалифицированные игроки на планете. Они бьют мировые рекорды. Они открывают новые названия. Они создают заголовки новостей о первых в мире достижениях. Они делают это так, что все выглядит легко»[3]. Несмотря на подобные заявления, хотя и можно предположить наличие у *Twitch* лицензии на такие крупные игры как *Mario*, маловероятно, что *Twitch* обладает лицензией на трансляцию «всех игр». Поскольку платформа убеждает «Партнеров»[4] транслировать любые игры, в которые они хотят играть, а в число этих игр почти наверняка входят игры от разработчиков, которые либо не известны, либо давно не существуют, либо вряд ли заключили договор с *Twitch* по иным причинам, кажется очевидным тот факт, что *Twitch* транслирует игры в отсутствие соответствующих лицензионных соглашений[5]. За счет использования платформы *Twitch*, игроки рассматривают свои трансляции в качестве платформы для взаимодействия с фанатами и часто принимают от фанатов запросы или рекомендации по играм. Некоторые стримеры играют в случайные независимые игры по просьбе фанатов или выбирают их иным образом. Хотя *Twitch* и может обладать лицензией на потоковую передачу популярных игр от крупных разработчиков, огромное количество малоизвестных игр от независимых разработчиков делает чрезвычайно маловероятной

[1] Соревновательные видеоигры (англ. *eSports*), произносится как «И-Спортс». См.: *Esports* // GUARDIAN: [сайт] (URL: https://www.theguardian.com/games/esports (дата обращения: 23.01.2018)).

[2] *About* // TWITCH (URL: https://web.archive.org/web/20121019173447/http://www.twitch.tv:80/p/about).

[3] Ibid.

[4] *Twitch Partner Program* [Партнерская программа *Twitch*] // TWITCH: [сайт] (URL: https://www.twitch.tv/p/partners/ (дата обращения: 15.01.2018)). Партнеры – «исключительная группа самых популярных в мире станций вещания видеоигр, личностей, лиг, команд и турниров». Ibid.

[5] Маловероятно, что такие правообладатели будут сейчас возражать; бесплатная реклама редко бывает плохой. Однако вполне вероятно, что группы игровой индустрии вскоре примут точку зрения групп звукозаписывающей индустрии, утверждающих, что бесплатные потоки и скачивание музыки сокращают доходы от продаж.

даже возможность *Twitch* проводить с ними переговоры о заключении таких договоров[1].

Поскольку некоторые игры особенно подходят для скоростного прохождения, что влияет на сообщества, строящиеся на таких играх, вполне вероятно, сами игроки и сообщества не обращают должного внимания на требования *Twitch* или других стриминговых платформ при получении права на трансляции игр по своему выбору[2]. На самом деле, в случае предоставления разработчикам исключительного права на создание производных от видеоигр произведений, высокие операционные затраты создадут значительные трудности сообществам игроков, проходящих игры на скорость (если они не исчезнут полностью).

B. Академическая критика: производные произведения от производных произведений?

1. Пример.

Игрок играет в Оригинальную Игру и записывает видео своей игры с комментариями – Произведение Геймплей. Игрок загружает Произведение Геймплей на Платформу. Пользователь – исследователь-феминистка, готовящая презентацию о социальных ролях женских персонажей в видеоиграх. Пользователь берет Произведение Геймплей, обрезает комментарии Игрока и использует вырезки из Произведения Геймплей для рассказа об Оригинальной Игре.

2. Комментарий.

По мере того, как видеоигры приобретают широкое распространение, все большее распространение приобретает также культурная и художественная критика, являющаяся ключевой особенностью преобразования. В отличие от критиков книг или фильмов, критик видеоигр не может так же легко запечатлеть моменты, которые он хочет раскритиковать. Если критика представлена в формате видео и задействован игровой процесс, вместо записи и использования записей

[1] *Kongregate*, онлайн-платформа, на которой размещены «тысячи и тысячи» бесплатных Flash-игр, загруженных их разработчиками. Kongregate. About // FACEBOOK: [сайт] (URL: https://www.facebook.com/pg/kongregate/about/ (дата обращения: 23.01.2018)).

[2] Bertoli, B. *How to Start Speedrunning Video Games* / Ben Bertoli. Текст: электронный // KOTAKU: [сайт] (URL: https://kotaku.com/how-to-start-speedrunning-video-games-1796984207 (дата публикации: 08.01.2018)).

собственных игровых сессий критик может пожелать использовать отрывок из игры профессионала. Таким образом, критик может быть уверен, что внимание аудитории будет направлено на доводе, а не на личных технических навыках самого критика. Условный пример: критик Анита Саркисян занимается критикой стереотипов, используемых в видеоиграх, с точки зрения феминизма. Ее критика оформлена в мультимедийном видео; она представляет идеи в формате новостей, а затем продолжает объяснение, когда камера переключается на демонстративные отрывки из обсуждаемых игр[1]. В одном из эпизодов критикуется частое использование образа «беспомощная девушка в беде», объединяя целую серию игр, в которых женщины, взывают о помощи к главному герою-мужчине[2]. При создании таких видеороликов Саркисян иногда использует клипы, полученные от игроков, создающих видео в стиле *Let's Play*[3]. Видео документируют процесс прохождения видеоигры с включением комментариев игрока. *Let's Play* отличается от пошагового руководства или руководства по стратегии тем, что фокусируется на индивидуальном, уникальном опыте одного игрока в игре, часто с добавлением шуток, всплесками эмоций, комментариями или другими замечаниями игрока[4]. Вместе с тем использование Саркисян удаляет почти весь, если не весь, выразительный контент игроков[5].

C. Машинима: элемент творчества в комплект не входит

1. Пример.

Игрок играет в *Halo*, Оригинальную Игру Разработчика. Игрок использует многопользовательский режим Оригинальной Игры для записи и склеивания видео эпизодов, а затем публикует запись на Платформе *YouTube* в виде экзистенциалистского комедийного сериала под названием *Red vs. Blue* (в переводе с англ. – «Красные против Синих»).

[1] См., например: Feminist Frequency. *Damsel in Distress: Part 1 – Tropes vs Women in Video Games* [видеоролик] // YOUTUBE (URL: https://www.youtube.com/watch?v=X6p5AZp7r_Q (группировка оригинальных видео) (дата публикации 07.03.2013)).

[2] Ibid., 10:45.

[3] *FAQ* // LET'S PLAY ARCHIVE: [сайт] (URL: https://lparchive.org/faq (дата обращения: 24.01.2018)).

[4] Ibid.

[5] Такие элементы, как рейтинг игрока, остаются видимыми, в то время как сделанный им аудиокомментарий либо удаляется, либо отсутствует в используемом клипе.

2. Комментарий.

Сериал *Red vs. Blue* с кадрами *Halo* от *Bungie Studios* имел огромный успех[1]. Сериал не имеет значимого взаимодействия с историей межгалактической войны *Bungie Studios*[2]. Вместо этого, с отголосками *Waiting for Godot* (в переводе с англ. – «В ожидании Годо») от *Beckett*, используя эпический героический подтекст *Halo*, он представляет экзистенциальный комментарий о природе войны, с точки зрения обычного пехотинца, как ироническую сцену[3]. *Rooster Teeth*, создатель *Red vs. Blue*, в процессе открыл многопользовательский режим игры, в рамках которого один игрок действовал в качестве камеры, а другие использовали свои игровые персонажи, перемещая их как марионетки[4]. Позднее команда перезаписала аудиозапись, чтобы рассказать свою историю, лишь косвенно связанную с работой *Bungie*[5].

Например, в первом эпизоде сериала пара суперсолдат вместе стоит на культовом многопользовательском уровне[6]. Один спрашивает: «Никогда не задумывался, зачем мы здесь»? Другой сразу же начинает философствовать: «Это одна из величайших загадок жизни, не так ли? Почему мы здесь? Я имею в виду, являемся ли мы результатом какой-то космической случайности или Бог и вправду существует и наблюдает за всем? Знаешь, имеет на нас планы и все такое. Я не знаю, приятель, но эта мысль не дает мне спать по ночам»[7]. После неловкой паузы первый солдат озадаченно говорит: «Что? Я имел в виду, почему мы здесь, в этом ущелье?»[8]

[1] Francisco, E. *How 'Red vs. Blue' Built an Empire and Invented a Whole Genre* / Eric Francisco. Текст: электронный // INVERSE: [сайт] (URL: https://www.inverse.com/article/29928-red-vsblue-rooster-teeth-season-15-interview (дата публикации: 11.04.2017)).

[2] Ibid.

[3] Опять же, если *Bungie* решит предъявить иск *Rooster Teeth*, *Rooster Teeth* может выстроить очень сильную позицию защиты, основанную на добросовестном использовании, описав произведение как пародию. См.: *Copyright Act* – § 107, 17 U.S.C. § 107 (2012).

[4] Francisco, E. *How 'Red vs. Blue' Built an Empire and Invented a Whole Genre* / Eric Francisco. Текст: электронный // INVERSE: [сайт] (URL: https://www.inverse.com/article/29928-red-vsblue-rooster-teeth-season-15-interview (дата публикации: 11.04.2017)).

[5] Ibid. В сериале иногда упоминается более глобальный сюжет *Halo*, но в основном речь идет о персонажах, придуманных для сериала.

[6] Ibid.

[7] Red v. Blue. *Season 1, Episode 1 – Why Are We Here?* [видеоролик] // YOUTUBE (URL: https://www.youtube.com/watch?v=9N8IpxO6rKs&list=PL2vBnPCQT4WL1hmcoq8EOTO-kx6kZPTsi (дата публикации: 06.03.2015)).

[8] Ibid.

Заметив, что оказались в ловушке «замкнутого ущелья в абсолютной глуши, безо всякого входа и выхода», солдаты продолжают обсуждение: «Единственная причина, по которой мы создали здесь Красную базу, заключается в том, что у синих здесь Синяя база. И единственная причина, по которой у них есть Синяя база, в том, что у нас есть Красная база»[1]. Этим разговором *Red vs. Blue* ставит под сомнение весь мир многопользовательских видеоигр; зрителя вынуждают задать себе вопрос о значении подобных игр со смертельными схватками, захватом флага и другими правилами и условиями, заложенными в игры, в которые он играет. Все это достигается исключительно заменой звука в игре и широким использованием открытого дизайна многопользовательского режима *Halo*.

D. Что в игре? (Спойлер: еще одна игра)

1. Пример.

В *Warcraft III*, Оригинальной Игре от Разработчика, есть редактор карт. Игрок использует предлагаемые редактором инструменты для создания Произведения Геймплей *Defence of the Ancients* (в переводе с англ. – «Защита Древних»), или *DOTA*. Используя новый код, Игрок создает точную копию Произведения Геймплей и публикует дубликат как самостоятельную игру *DOTA 2*. В конечном счете в целях продажи второго Произведения Геймплей (*DOTA 2*) Игрок выходит на Платформу – приложение для продаж, ориентированное на пользователей.

2. Комментарий.

Warcraft III от *Blizzard* – «стратегия в реальном времени», игра, которая «включает в себя осуществляемые в реальном времени (а не пошагово) строительство базы и (или) управление ей, сбор ресурсов, создание управляемых персонажей («юнитов») и полуавтомный бой с целью получения или поддержания контроля над стратегическими точками на карте (такими, как ресурсы и командные центры)»[2]. В игре также имеется так называемый «Редактор Мира» (англ. *World Editor*),

[1] Ibid.

[2] Moss, R. *Build, Gather, Brawl, Repeat: The History of Real-Time Strategy Games* / Richard Moss. Текст: электронный // ARS TECHNICA: [сайт] (URL: https://arstechnica.com/gaming/2017/09/build-gather-brawl-repeat-the-history-of-real-time-strategy-games/ (дата публикации: 15.09.2017)).

который предоставляет пользователям набор инструментов для создания новых карт и сценариев игры[1]. Все эти инструменты являются уже существующими элементами игры[2]. Появляющиеся в игре ландшафт, здания и юниты могут быть развернуты, автоматизированы и иным образом использованы для создания обстановки повествования в мире *Blizzard*[3]. Хочется предположить, что в той мере, в какой редактор карт самостоятельно создал произведение оригинального выражения, в той мере само выражение было подобно выражению *Warcraft III* в целом; редактор просто позволял пользователям реорганизовывать, повторно использовать и изменять элементы декораций, из которых состоят фэнтезийные сражения *Warcraft III*.

Используя редактор карт в *Warcraft III*, группа игроков, возглавляемая в последнее время пользователем с ником *IceFrog*, разработала игру *Defence of the Ancients* (в переводе с англ. – «Защита Древних»)[4]. *Defence of the Ancients,* или *DOTA,* функционировала на движке *Warcraft III* и использовала уже существующие художественные ресурсы игры. Согласно документам, поданным *Blizzard* в отношении попытки конкурента *Valve* зарегистрировать знак *DOTA* в ведомстве по товарным знакам, «Лицензионное соглашение с конечным пользователем запрещает любое коммерческое использование *Warcraft III* или Редактора Мира без предварительного письменного согласи *Blizzard*. Кроме того, Лицензионное соглашение ограничивает любое распространение «Новых материалов [под которыми понимаются модификации *Warcraft III*, созданные с помощью Редактора Мира] на автономной основе... по любым каналам распространения, включая, в частности, розничную продажу и распространение в электронной форме в сети Интернет, без письменного согласия *Blizzard*»[5].

---

[1] *Warcraft III: Reign of Chaos* // BLIZZARD [сайт] (URL: http://us.blizzard.com/en-us/games/war3/ (дата обращения: 23.01.2018)).

[2] Ibid.

[3] Ibid.

[4] *History of DotA*. Текст: электронный // GOSU GAMERS: [сайт] (URL: http://www.gosugamers.net/dota/features/36824-history-of-dota (дата публикации: 26.08.2011)).

Я несколько упрощаю историю, потому как не верю, что сложность цепочки, вызванная наличием различных ведущих разработчиков или духовного предшественника игры *Aeon of Strife*, созданной в редакторе карт другой игры от *Blizzard*, является тем усложнением, которое существенно повлияет на результат анализа. Однако если Вам интересны небольшие драмы и детали, которые привели к созданию игры, данная статья предлагает более чем достаточно глубокий анализ.

[5] Edwards, T. *Decoding Blizzard and Code's Trademark Dispute: Who Really Owns DOTA?* / Tim Edwards. Текст: электронный // PC GAMER: [сайт] (URL: http://www.pcgamer.

Таким образом, Лицензионное соглашение *Blizzard* с конечным пользователем формально запрещает продажу модификаций, или «модов», *Warcraft III*. По мере того, как мод *DOTA* развивался, а разработчики мода получали больше навыков, разработчики выяснили, как наполнить художественное оформление новым содержанием, импортируя художественные элементы, созданные с помощью других ресурсов, в движок *Warcraft III*[1]. Наконец, заменили и сам движок[2]; в настоящее время *Valve*, где сейчас работает *IceFrog*, разработчик *DOTA*, продвигает продолжение *DOTA* (*DOTA 2*), полностью функционирующее на собственном движке[3].

DOTA 2 – без преувеличения странное творение. Игра построена так, чтобы максимально точно воспроизвести обстановку оригинального мода *Warcraft III*, одновременно обновляя графику, устраняя ошибки и предоставляя игрокам современную платформу для подбора соперников[4]. Идея заключалась в сохранении основной части мода *DOTA*, работающего на движке *Warcraft III*, при одновременном улучшении алгоритмов взаимодействия с пользователями. Во время анонса *DOTA 2* представители *Valve* отметили: «Для нас, вероятно, нет особого смысла выходить на рынок и многое менять [в игровом процессе], поэтому основной игровой процесс остался таким же [как и мод]»[5]. В дальнейшем они отметили, что «большинство героев будут теми, кто известен по *DOTA*»[6].

com/decoding-blizzarde28099s-trademark-dispute-who-really-owns-dota/ (дата публикации: 16.02.2012)).

[1] Ibid.

[2] Хотя это и грубое описание, можно представить себе конкретную игру как состоящую из художественных элементов («облик» игры), движка (обеспечивающего правила и физику игры), игровых элементов (юнитов, персонажей и т.д.) и кодирования конкретных сценариев (в основном, наборы инструкций, как размещать художественные и игровые элементы, когда игрок сталкивается с ними). *DOTA 2* является особенно интересным примером, поскольку хотя ее происхождение от *Warcraft III* неоспоримо, ко времени ее опубликования в качестве *DOTA 2* от *Warcraft III* в буквальном смысле ничего не осталось (ни одной строчки кода). Более подробно тема рассмотрена в разделе III.

[3] DOTA 2: [сайт] (URL: http://www.dota2.com/play/ (дата обращения: 23.01.2018)).

[4] *Warcraft III* выпущен в 2002 г., и его графика сильно устарела. См.: *Warcraft III: Reign of Chaos* // BLIZZARD: [сайт] (URL: http://us.blizzard.com/en-us/games/war3/ (дата обращения: 23.01.2018)).

[5] Onyett, C. *Valve's Next Game* / Charles Onyett. Текст: электронный // IGN (URL: http://web.archive.org/web/20121109072424/http://www.ign.com/articles/2011/01/07/valves-next-game (дата публикации: 07.01.2011)).

[6] Ibid. «Герои» – набор из примерно 100 игровых персонажей.

Рис. 1. Сравнение моделей оригинального мода (слева) и обновленного DOTA 2 (справа). Во-первых, Ночной Воин Мурлок (вверху слева) и Крадущийся в ночи Сларк (вверху справа). Во-вторых, Мать Пауков Черная Арахния (внизу слева и справа)

Указанные цели достигнуты. Как видно на рис. 1, обновленная графика стала чище и читабельнее, а игра, кажется, была хорошо принята поклонниками оригинального мода *DOTA*[1]. Вместе с тем присутствуют и некоторые заметные изменения. Немного изменены имена некоторых героев. Например, «Аллерия Виндраннер» теперь «Лиралей Виндренджер», а «Ночной Воин Мурлок» – «Крадущийся в ночи Сларк»[2]. Примечательно, что именно такие замены исключают явные ссылки на *Blizzard*. Аллерия – персонаж, который снова появился во многих играх от *Blizzard*, а Мурлоки – культовые виды, появляющиеся

[1] См., например: *Dota vs Dota 2, Which Do You Like Better?* // MMO CHAMPION: [сайт] (URL: http://www.mmo-champion.com/threads/1343597dota-vs-dota-2-which-do-you-like-better (дата публикации: 17.09.2013)). Конечно, ситуация анекдотична, но мнения в этом обсуждении кажутся репрезентативными. Есть некоторые жалобы, но, похоже, все сходятся во мнении, что «это в основном та же игра, но красивее и с незначительными улучшениями», «в основном это *DOTA*, но с собственным движком, так что игра та же... лучше». Ibid.

[2] *Changes from DotA*. Текст: электронный // DOTA 2 WIKI: [сайт] (URL: http://dota2.gamepedia.com/Changes_from_DotA (дата обновления: 28.11.2017)); см. также рис. 1.

во всем *Warcraft* и даже в форме мягких игрушек[1]. Хотя некоторые из имен и изменены, изменения являются символическими: в частности, «Виндраннер» (англ. *Windrunner*, в переводе с англ. – «Ветрокрылая») становится «Виндренджер» (англ. *Windranger*, в переводе с англ. – «Ветрокрылая»), «Стоунбрейкер» (англ. *Stonebreaker*, в переводе с англ. – «Камнелом») становится «Стонбрейком» (англ. *Stonebreak*, в переводе с англ. – «Камнелом»), «Пророк Фурион» (англ. *Furion the Prophet*) становится «Пророком природы» (англ. *Nature's Prophet*), а «Мирана Белладонна, Жрица Луны» (англ. *Mirana Nightshade, Priestess of the Moon*) становится «Мираной, Принцессой Луны» (англ. *Mirana, the Princess of the Moon*)[2]. Имена сокращены в пользу титулов; например, «Кайл, Инвокер» (англ. *Kael the Invoker*) теперь просто «Инвокер» (англ. *Invoker*), а «Дарчроу, Энигма» (англ. *Darchow the Enigma*) – просто «Энигма» (англ. *Enigma*)[3].

Конечно, число различий, имеющихся между разными персонажами оригинального мода и *DOTA 2*, отличается. Некоторые, как например персонаж «Черная Арахния, Мать пауков» (англ. *Black Arachnia the Broodmother*), почти не меняются: ее имя, внешний вид и способности практически идентичны[4]. В обеих играх это гигантское черное паукообразное существо с яркими красными пятнами. Сохранены даже названия способностей: она может «порождать пауков» (англ. *Spawn Spiderlings*), «плести паутину» (англ. *Spin Web*), использовать «обездвиживающий укус» (англ. *Incapacitating Bite*) и обладает «неуталимым голодом» (англ. *Insatiable Hunger*)[5]. Другие персонажи гораздо менее узнаваемы, но их способности все же сохраняются[6]. Интересно вот

[1] *Alleria Windrunner* // WOWWIKI: [сайт] (URL: http://wowwiki.wikia.com/Alleria_Windrunner (дата обращения: 23.01.2018)).

[2] *Changes from DotA*. Текст: электронный // DOTA 2 WIKI: [сайт] (URL: http://dota2.gamepedia.com/Changes_from_DotA (дата обновления: 28.11.2017)).

[3] Ibid.

[4] Ср.: *Broodmother* // DOTA 2 WIKI: [сайт] (URL: http://dota2.gamepedia.com/Broodmother (дата обновления: 29.01.2018)) (описание Матери Пауков из DOTA 2), и *Broodmother* // DEFENSE OF THE ANCIENTS (URL: https://web.archive.org/web/20120215163312/http://www.playdota.com/heroes/broodmother) (описание Матери Пауков из оригинального мода).

[5] Ibid.

[6] Ср.: *Pandaren Brewmaster* // DEFENSE OF THE ANCIENTS (URL: https://web.archive.org/web/20120215163344/http://www.playdota.com/heroes/pandaren-brewmaster) (описание Пивовара Пандарена из оригинального мода), и *Brewmaster* // DOTA 2 WIKI: [сайт] (URL: http://dota2.gamepedia.com/Brewmaster (дата обновления: 29.01.2018)) (описание Пивовара из DOTA 2, который, что важно, больше не панда).

что: персонажи являются не персонажами *Warcraft III*, а персонажами мода *DOTA*. Вместе с тем элементы, связывающие этих персонажей с *Warcraft III* (например, использование Мурлоков – культовых персонажей *Blizzard*), тщательно и старательно «почищены».

III. Кому все-таки принадлежит авторское право?

В данной части проанализированы хрестоматийные примеры, описанные в части II, и обозначены контуры того, как действующее законодательство будет рассматривать Произведение Геймплей в каждом из примеров. Мной также предложены некоторые нормативные подходы к данному рассмотрению. Для удобства чтения раздел A данной части соответствует разделу A части II, раздел B – разделу B и т.д. Первые комментируемые примеры относительно просты и предназначены для ознакомления с ситуацией, прежде чем мы рассмотрим более сложные гипотетические ситуации, связанные с Машинимой в разделе C и *DOTA 2* в разделе D.

A. Скоростное прохождение игр: медленное и стабильное завоевывание авторских прав

Следующий пример, пожалуй, самый простой и лаконичный. Как с нормативной, так и с описательной точек зрения, Произведение Геймплей в результате нарушает права Разработчика на Оригинальную Игру. Основное различие между скоростным прохождением игр и традиционной игрой заключается в скорости, с которой происходит действие. Действительно, суть именно в этом. В зависимости от игры, для выявления самого быстрого маршрута прохождения игры необходимы различные степени творчества[1]. Тем не менее основными источниками творчества при создании Произведения Геймплей являются решения, например, какие части игры нужно пройти, на какой сложности играть или какие предметы собирать[2]. Самая творческая игра часто требует от игрока пропуска отдельных ее частей или манипуляции недостатками («глюками»), чтобы увеличить скорость прохождения[3]. Важно то,

[1] *About* // SPEEDRUN.COM: [сайт] (URL: https://www.speedrun.com/about (дата обращения: 23.01.2018)); см. также: *Rules* // SPEED DEMOS ARCHIVE (URL: https://web.archive.org/web/20151022020158/http://speeddemosarchive.com/lang/rules_en.html (дата публикации: 22.10.2015)).

[2] Ibid.

[3] Ibid.

что творческий потенциал, связанный со скоростным прохождением, заключается в удалении контента, а не в его добавлении[1].

Апелляционный суд седьмого округа США определил, что создание копии игры, которая работает быстрее оригинала (по своей сути, перевод игры в ускоренный режим), является созданием производного произведения и, следовательно, требует разрешения правообладателя[2]. В деле *Midway v. Artic*[3] компания *Midway* получила предварительный судебный запрет на установку на игровые автоматы печатных плат в целях ускорения игр-аттракционов от *Midway*[4]. После установки таких печатных плат игровые автоматы создавали версии игр *Midway,* которые проходились быстрее, что усложняло игру и потенциально приносило больший доход аттракционам, поскольку игра чаще получала плату от игроков за ее прохождение[5].

Помимо прочего, *Midway* подробно определено, как творчески играть в видеоигры. Суд отметил следующее: «Телезрители могут изменять порядок изображений, передаваемых по одному и тому же сигналу, но транслируемых по разным каналам, путем нажатия на кнопку смены канала на телевизоре, [но] необходимые для данного действия творческие усилия не приводят к тому, что появляющаяся у зрителя последовательность изображений становится произведением зрителя, а не телеканала, транслирующего изображения»[6].

Кроме того, суд пояснил следующее: если игрок «не может создать из изображений, хранящихся на печатных платах игр, любую желаемую последовательность, но должен вместо этого «выбрать одну из ограниченного числа последовательностей, которые игра позволяет выбрать», он больше похож на телезрителя с пультом, чем на автора книги; «видеоигра, по сути, пишет предложения и рисует картину за него; он просто выбирает одно из хранящихся в памяти предложений и одну из находящихся в коллекции картин»[7].

---

[1] Конечно, комментарий Игрока может быть предметом отдельного анализа (не как часть аудиовизуального Произведения Геймплей), но такой анализ является самостоятельным и регулируется действующим законодательством об авторском праве.

[2] *Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc.*, 704 F.2d. 1009, 1013 (7th Cir. 1983).

[3] Ibid. P. 1009.

[4] Ibid. P. 1013.

[5] Ibid.

[6] Ibid. P. 1011–12.

[7] *Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc.*, 704 F.2d. P. 1012.

Подобно игроку в комментарии к делу *Midway,* спидраннер производит довольно яркую, невероятную и впечатляющую смену канала, но в конце концов все, что он делает, сводится к «выбору одной из ограниченного числа последовательностей, которые игра позволяет ему выбрать»[1]. Как отмечается на одном веб-сайте видеоигр, «очевидно, некоторые игры лучше подходят для скоростного прохождения, чем другие»[2]. Более того, нелинейные игры обладают большими возможностями, так что иногда даже отсутствует подходящий способ определения окончания скоростного прохождения игры, в то время как полностью линейная игра не всегда может предоставить достаточное число вариантов для начала. Другими словами, с определенным уровнем контроля игрока над игрой, чем больше игра предоставляет игроку возможностей творческого выбора, тем менее привлекательна она для игроков, занимающихся скоростным прохождением игр («спидраннингом»).

По этим причинам скоростное прохождение игр не создает проблем для нынешней системы авторского права. Спидраннинг – простой случай, когда Произведение Геймплей представляет Оригинальную Игру таким образом, что выражение Разработчика не изменяется. Безусловно, при более детальном рассмотрении обстоятельств дело может стать более трудным, но данный пример предлагается в качестве первого этажа, на котором можно построить дальнейшее обсуждение.

B. Академическая критика: ответ юриста

В соответствии с действующим законодательством, ответ на загадку о том, нарушает ли критик имущественные права верителя *Let's Play*, не имеет особого смысла: «возможно, но почти наверняка нет». Однако это отличная отправная точка для работы со сложной структурой Закона США об авторском праве. Во-первых, давайте повторим, что здесь происходит: Саркисян использует Произведение Геймплей для критики Оригинального Произведения. Если бы Разработчик подал на Саркисян в суд за нарушение прав на производное произведение, Саркисян легко могла бы заявить Разработчику о добросовестном использовании. Это несложный вопрос. Мы хотим знать, что про-

[1] *Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc.*, 704 F.2d. P. 1012.

[2] Bertoli, B. *How to Start Speedrunning Video Games* / Ben Bertoli. Текст: электронный // KOTAKU: [сайт] (URL: https://kotaku.com/how-to-start-speedrunning-video-games-1796984207 (дата публикации: 08.01.2018)).

исходит, когда Игрок подает в суд на Саркисян, утверждая, что она создала несанкционированное производное произведение на основе его Произведения Геймплей.

1. Тест на добросовестное использование

Для начала Саркисян легко может заявить о добросовестном использовании лежащей в основе работы. Суды осуществляют анализ степени добросовестности использования путем рассмотрения каждого их четырех факторов:

1) цель и характер использования, с учетом, среди прочего, имеет ли такое использование коммерческий характер или осуществляется в некоммерческих образовательных целях;

2) природа произведения, охраняемого авторским правом;

3) объем и значимость используемой части произведения, охраняемого авторским правом как целое; и

4) влияние использования на потенциальный рынок или на стоимость произведения, охраняемого авторским правом[1].

Решая вопрос о допустимости «цели и характера использования», современные суды особое внимание уделяют степени, в которой использование является «преобразующим»[2]. Хотя ни один из факторов не является полностью диспозитивным, природа произведения считается сердцем и душой анализа добросовестности использования[3].

---

[1] USC § 107 (2018).

[2] Ср.: *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992) (использование скульптором Кунсом работы фотографа для создания скульптуры «Цепь из щенков» (англ. *String of Puppies*) не было признано добросовестным использованием), и *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006) (использование Кунсом работы фотографа в одной из его картин было «преобразующим» и, следовательно, добросовестным использованием).

[3] Leval, P. *Toward a Fair Use Standard* / Pierre Leval // Harv. L. Rev. 1990. Vol. 103, № 5. P. 1105. (Первый фактор – «дух добросовестного использования»). Я также кратко рассмотрю другие факторы, однако ввиду относительной важности первого фактора другие могут отвлекать. Что касается фактора (2), то обстоятельство, что Произведение Геймплей является производным, должно сыграть определенную роль в пользу Саркисян. По фактору (3): Саркисян использует не длительные фрагменты работ, а очень маленькие отрывки. Наконец, что касается фактора (4), Саркисян не конкурирует с видео ресурса *Let's Play* того же рынка. Единственным проявлением «влияния [ее] использования на потенциальный рынок или на стоимость» *Let's Play* может служить снижение ценности произведений из-за ее критики, как плохая рецензия способна погубить пьесу. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 592 (1994). Однако Верховный суд сразу же отверг такую идею, определив следующее: «Когда смертельная пародия, такая как резкая театральная рецензия, убивает спрос на оригинал, она не причиняет вреда,

Ввиду именно данного критического фактора решение с большей вероятностью будет принято в пользу создателя нового произведения, чем больше его использование «добавляет что-то новое, отличается целью или характером, привносит в первое новое выражение, значение или смысл»[1].

В число наглядных примеров добросовестного использования, предложенных Конгрессом, входит «критика или комментарий» другого произведения, потому как такое использование является парадигматически преобразующим[2]. Критика добавляет что-то новое в произведение; добавляет перспективы, выделяет тематический материал, помещает произведение в контекст и рассматривает его проблемные элементы. Давайте рассмотрим Произведение Геймплей в данной ситуации. В отношениях между Саркисян и Разработчиком есть два варианта: либо Произведение Геймплей является продуктом добросовестного использования оригинала и, следовательно, не является производным произведением, либо это результат недобросовестного использования и, таким образом, нарушает права Разработчика на производное произведение. Если Произведение Геймплей не относится к добросовестному использованию, то Саркисян не должна выстраивать позицию защиты по иску Игрока о нарушении его прав, поскольку у самого Игрока нет действительных прав на Произведение Геймплей.

2. Важно, что именно подвергается критике

Для большей конкретики рассмотрим варианты, вытекающие из следующего отрывка видео. В одной из своих работ Саркисян раскритиковала *Hitman* (в переводе с англ. —«Профессиональный убийца») – игру, основанную на скрытности, где игрок выступает в качестве убийцы, уничтожающего множество целей – за жестокие, слишком сексуализированные варианты действий, доступных игроку для выбора

признанного Законом об авторском праве. Поскольку пародия на законных основаниях может быть направлена на то, чтобы «задушить» оригинал, уничтожить его как в коммерческом, так и в художественном отношении, роль судов состоит в том, чтобы различать резкую критику, которая просто подавляет спрос, и нарушение авторских прав, которое узурпирует его». Ibid.

[1] Campbell, 510 U.S. P. 579.

[2] Ibid. (Определено, что использование *2 Live Crew* сердца Роя Орбинсона (англ. *Roy Orbison*) *Oh, Pretty Woman* в качестве средства критики оригинала удовлетворяло четырем факторам теста, установленным в § 107).

в отношении неигровых персонажей женского пола[1]. Игрок может убить этих женщин и спрятать их почти обнаженные тела в различных местах[2]. Представьте себе сцену: игрок крадется через стриптиз-клуб, чтобы убить цель – мужчину, находящегося где-то в здании. Игрок проходит через женскую раздевалку, где переодевается несколько уже полураздетых женщин. Игрок должен решить, как войти, не будучи обнаруженным. В использованном видео персонаж игрока убивает женщину и прячет ее труп в каком-то контейнере для хранения. Первая гипотеза: по задумке Разработчика, Игрок должен был пробираться через комнату, ни с кем не сражаясь, а насилие – целиком и полностью является выражением Игрока. Вторая гипотеза: Разработчик предполагал, что Игрок может выполнять такие действия, и сам Игрок ни в каких других действиях не участвует.

В первом случае, возможно, именно выбор Игрока в пользу насилия против женщин делает его произведение преобразующим. Таким образом, критика Саркисян преобразует оригинальное произведение еще в большей степени, поскольку добавляет «что-то новое» к произведению Игрока; сообщение о том, что такое поведение в игре является частью более обширного и проблемного набора приемов, к которому Разработчики и Игроки прибегают слишком часто. Хотя Разработчик, возможно, и не подразумевал такие действия, критика Саркисян направлена как на то, что подобные действия были доступны, так и на то, что существует работа, в которой данные действие осуществлены.

С другой стороны, ситуация усложнится, если в видео, использованном Саркисян для критики Разработчика, будет присутствовать внесенный Игроком элемент оригинальности, не имеющий отношения к насилию (то есть фрагмент, не связанный с насилием)[3]. Что если в рамках игрового процесса Игрока последним сделано что-то достаточно оригинальное, чтобы заслуживать защиты? Если ориги-

[1] Feminist Frequency. *Women as Background Decoration: Part 2 – Tropes vs Women in Video Games* [видеоролик] // YOUTUBE (URL: https://www.youtube.com/watch?v=5i_RPr9DwMA (дата публикации: 25.08.2014)).

[2] Ibid.

[3] *Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997). (Определено, что изложение дела Симпсона (англ. *O.J. Simpson*) в стиле Доктора Сьюз (англ. *Dr. Seuss*) не являлось «пародией» или «сатирой» в смысле добросовестного использования, потому что произведение Доктора Сьюза не пародировалось и не высмеивалось); *Campbell,* 510 U.S. P. 597 (*Kennedy, J.*, соглашаясь). («Пародия должна быть нацелена на оригинал, а не только на общий стиль, жанр искусства, к которому она принадлежит, или на общество в целом (но если она нацелена на оригинал, она может быть нацелена и на эти особенности»).

нальное действие Игрока повлияло на использование Саркисян видео (и не связано с тем, что Саркисян критикует), а использование принадлежащего Игроку оригинального Произведения Геймплей не является добросовестным, дело будет разрешено в пользу Игрока.

Во втором случае, если Игроком не сделано вообще ничего, что преобразует оригинальное произведение, ситуация не представляет интереса – Саркисян побеждает. Но что если Произведение Геймплей является преобразующим, однако преобразует оригинальное произведение «по другой оси»? Скажем, аудиокомментарий Игрока, достаточно преобразующий для предоставления ему защиты. Если ситуация такова, возможно, использование видео Саркисян полностью изменило произведенную трансформацию. Например, что если Игрок записал аудиокомментарий во время игры, а Саркисян обеззвучила видео? Поскольку Саркисян удалено оригинальное выражение, на основании которого Игроку изначально предоставлены права, за Игроком, вероятно, не сохраняются какие-либо права на основную игру. Возможно, случай с *Hitman* таков: Саркисян критикует Оригинальное Произведение, а удалив из видео все сделанные Игроком комментарии, она удалила все, что он сделал для преобразования произведения. Добросовестное использование не дает Игроку прав на Оригинальную Игру – предоставляются только права на его собственное Произведение Геймплей. Следовательно, в этом случае Саркисян выигрывает и у Игрока, и у Разработчика.

Безусловно, как упоминалось выше, все зависит от обстоятельств; возможно, в презентацию Саркисян попадает что-то из охраняемого выражения Игрока, тогда как она не занимается критикой данного элемента[1]. Если игровой процесс Игрока сам по себе достаточно творческий и преобразующий, чтобы подпадать под защиту авторским правом, такое преобразование может быть неотделимо от Произведения Геймплей. Данная ситуация не должна сильно нас беспокоить; это общий характер заявлений о добросовестном использовании. Несмотря на наличие множества критических замечаний по поводу непредсказуемости, присущей случаям добросовестного использования[2], данная проблема свойственна не только миру видеоигр.

[1] Ср.: *Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d. P 1396, и Feminist Frequency. *Women as Background Decoration: Part 2 – Tropes vs Women in Video Games* [видеоролик] // YOUTUBE (URL: https://www.youtube.com/watch?v=5i_RPr9DwMA (дата публикации: 25.08.2014)).

[2] Lessig, l. *Free Culture: How Big Media Uses Technology And The Law To Lock Down Culture And Control Creativity* / Lawrence Lessig. The Penguin Press, 2004. ISBN 1-59420-006-8 (URL: http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf).

С. Машинима: все (использование) добросовестно в любви и видеоиграх

Машинима, как и описанная выше критика, – богатое поле для обсуждения добросовестного использования. В случае *Red vs. Blue* именно ирония глубоко приземленных и абсурдных разговоров на фоне поставленной на карту мрачно-темной вселенной *Halo* делает работу привлекательной. Как было сказано выше, первый фактор добросовестного использования в основном толковался как требующий анализа степени, в которой произведение является просто производным, а не преобразующим[1].

Вместе с тем если мы рассмотрим некоторые дела, не совсем понятно, как именно решается данный вопрос; добросовестное использование не так легко предсказать. Художник Джефф Кунс (англ. *Jeff Koons*) был участником двух судебных процессов, в рамках которых вынесены противоположные решения о добросовестном использовании. В деле *Rogers v. Koons*[2] ответчик взял черно-белую открытку с изображением пары, держащей в руках несколько щенков, и превратил ее в объемную цветную скульптуру, добавив несколько изменений (например, поместил в волосы пары цветы), как показано на рис. 2. Его цель состояла в комментарии простоты повседневных вещей[3]. Апелляционный суд второго округа США отклонил довод о том, что Кунс специально пародировал работу Роджерса; простота, к которой стремился Кунс,

Рис. 2: Скульптура Кунса «Цепь из щенков» (слева) и фотография Роджерса «Щенки» (справа)

[1] 17 U.S.C. § 102 (2012).

[2] *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 301 (2d Cir. 1992).

[3] Ibid. P. 301.

является простотой более широкой культурной среды, а не чем-то уникальным, свойственным только работам Роджерса. Суд определил, что для признания пародии добросовестным использованием Кунсу необходимо было специально пародировать произведение Роджерса.

В деле *Blanch v. Koons*[1] Апелляционный суд второго округа США столкнулся с аналогичными обстоятельствами, но пришел к противоположному выводу. Вместо утверждения пародийного характера своих произведений на этот раз Кунс утверждал, что его произведения настолько трансформировали оригинальные произведения, что его смысл и характер уже не были прежними. Два изображения представлены на рис. 3. Поскольку цели рекламы и картины различны, суд принял довод Кунса о том, что его произведение не заменяет собой произведение Бланча, а скорее, использует его в качестве исходного материала для создания совсем другого произведения. Конечно, добросовестное использование – многофакторный тест, и дело Бланча было чем-то вроде идеального шторма. По первому фактору, характеру использования, использование Кунса легко можно охарактеризовать как «преобразующее», потому что «в случаях использования произведения, охраняемого авторским правом, в качестве исходного материала для достижения определенных творческих или коммуникативных целей, такое использование является преобразующим»[2]. Апелляционный второго округа США также провел особый анализ с коммерческой точки зрения, поскольку произведение Кунса в данном случае было создано для выставки, а «публичная выставка искусства является обширным мероприятием, в связи с чем считается имеющей ценность, которая приносит пользу более значительным общественным интересам»[3]. Без учета второго и третьего факторов[4], основываясь на признаниях Бланча, Апелляционный суд второго округа США пришел к следующему

[1] *Blanch v. Koons*, 467 F. 3d 244, 244 (2d Cir. 2006).

[2] Ibid. P. 253 (цитаты опущены). Подумайте, должен ли такой анализ измениться, если как часть охраняемого авторским правом произведения его автор предоставляет аудитории «исходные материалы», скажем, как часть редактора карты.

[3] Ibid. P. 254.

[4] Суд явно не учел второй фактор, установив, что «второй фактор добросовестного использования имеет ограниченный вес в данном анализе, потому как Кунс использовал работы Бланча в преобразующей манере, чтобы прокомментировать социальное и эстетическое значение ее изображения, а не использовать его творческие достоинства». Ibid. P. 257. Суд также отметил, что, хотя его вывод по третьему фактору (используемая часть оригинала) отличается от вывода окружного суда, это обстоятельство «не меняет окончательного вывода о добросовестном использовании». Ibid. P. 258. Другими словами, из-за целого ряда особых обстоятельств тест почти полностью сводился

выводу: «Очевидно, что [произведением Кунса] не оказано пагубное воздействие на потенциальный рынок или стоимость произведения, охраняемого авторским правом», в связи с чем «четвертый фактор добросовестного использования в значительной степени благоприятствует Кунсу»[1].

Рис. 3. «Ниагара» Кунса (слева)
и «Шелковые сандалии от Gucci» Бланча (справа)

Red vs. Blue имеет много общего с каждым из описанных дел с участием Кунса; подобно произведению Кунса в обоих дела, вероятно, лучше предположить, что *Red vs. Blue* является не пародией конкретно на *Halo*, а пародией на условности шутеров от первого лица в целом. Высмеивается тот факт, что игроки вынуждены сражаться в одной и той же битве снова и снова, но это не является уникальной чертой *Halo*[2]. Таким образом, по *Rogers v. Koons*, сама по себе пародия, вероятно, не спасет *Rooster Teeth*. Вместе с тем, произведение почти наверняка является преобразующим. При тщательном сравнении с *Halo*, трудно сказать, что *Red vs. Blue* не добавляет что-то новое; *Red vs. Blue* имеет почти полностью новое выражение, значение или смысл. Что

к следующему: 1) было ли использование трансформирующим; 2) было ли какое-либо негативное влияние на рынок оригинального произведения.

[1] *Blanch v. Koons*, 467 F. 3d. P. 258.

[2] Red v. Blue. *Season 1, Episode 1 – Why Are We Here?* [видеоролик] // YOUTUBE (URL: https://www.youtube.com/watch?v=9N8IpxO6rKs&list=PL2vBnPCQT4WL1hmcoq8EOTO-kx6kZPTsi (дата публикации: 06.03.2015)). («Единственная причина, по которой мы создали здесь Красную базу, заключается в том, что у синих здесь Синяя база. И единственная причина, по которой у них есть Синяя база, в том, что у нас есть Красная база»).

наиболее важно, в данном случае *Rooster Teeth* делает именно то, что Кунс утверждал во втором деле: *Rooster Teeth* использует *Halo* в качестве материала для создания своего нового произведения. Таким образом, анализ переходит к четвертому фактору добросовестного использования: влияние на рынок. Трудно сказать, каким образом должна производиться оценка данного фактора. В отличие от ситуаций с Кунсом, пользователи *Halo* и пользователи *Red vs. Blue* в значительной степени пересекаются. С другой стороны, и те, и другие, кажется, отмечают положительное влияние *Red vs. Blue* на рынок[1]. Данное правило достаточно трудно применять на практике, и, что более важно, стороны не могут заранее предугадать влияние одного произведения на рынок другого.

Чтобы убедиться, насколько странной может оказаться ситуация, представьте следующие обстоятельства (и удачи в выяснении того, какое влияние будет оказано на рынок в данном случае). *Green vs. Yellow* (в переводе с англ. – «Зеленые против Желтых») – сериал, очень похожий на *Red vs. Blue*, но не имеющий особого успеха. Режиссер данного сериала – второстепенная игровая знаменитость – на этой почве становится предметом множества шуток в игровом сообществе. Компания *Microsoft* небезосновательно обеспокоена негативом, который плохо отражается на *Halo*, в связи с чем направляет ряд писем-предупреждений о возможных санкциях за незаконные действия, но решает пока не подавать в суд. Информация о письмах-предупреждениях просачивается в прессу, что крайне негативно отражается на *Microsoft*. Продажи *Halo* падают. Тем не менее все внимание, уделяемое *Green vs. Yellow*, резко увеличивает популярность *Halo*, что, в свою очередь, постепенно восстанавливает и прежний уровень продаж. Таким образом, если предположить, что «влияние на рынок» является определяющим фактором, в данной ситуации невозможно предсказать влияние на рынок в разные моменты времени, не говоря уже о том, что в момент создания *Green vs. Yellow* его автором, такое влияние тем более не могло иметь определяющее значение.

[1] См., например: EGM Staff. *New Microsoft Rule Bans Machinima Directors from Using Their Games* / Staff EGM. Текст: электронный // EGM NOW: [сайт] (URL: https://web.archive.org/web/20121012230410/http://www.egmnow.com/articles/news/new-microsoft-rule-bans-machinima-directors-from-using-their-games/ (дата публикации: 09.10.2012)). (Отмечено, что новый термин в правилах *Microsoft Studios* для использования игрового контента имеет целью запретить зарабатывание денег на видео с использование игровых материалов; также высказано мнение о том, что «запрет, несомненно, может значительно сократить охват аудитории и бесплатную рекламу в рамках планируемой к выпуску *Halo 4*»).

D. Что в игре? – Корабль Тесея и Топор Джорджа Вашингтона

В примере с *DOTA 2* действующее законодательство плохо приспособлено к пространству видеоигр. Хотя мы можем просто ждать, пока суды изменят практику, столкнувшись с наборами фактов, показывающими, насколько непроста доктрина в данной области, цель настоящего раздела – предложить лучшую доктринальную основу для рассмотрения подобных дел.

1. Сложившаяся судебная практика

Судебная практика предполагает, что условия Лицензионного соглашения *Blizzard* с конечным пользователем полностью определяет объем прав в игре. В деле *Microstar v. Formgen Inc.*[1] Апелляционный суд девятого округа США пришел к выводу о том, что созданная в Редакторе Сборки *Duke Nukem* (в переводе с англ. – «Ядерный герцог») 3D-компиляция уровней *Micro Star*, называемая *Nuke It,* или *N/I*, нарушает права компании *Formgen* на производные произведения. Подобно *Blizzard* и «Редактору Мира», компания *Formgen* включила в свою игру «Редактор Сборки», позволяющий игрокам создавать свои собственные уровни и сохранять их, чтобы делиться ими с другими игроками, но уточнила в Пользовательском соглашении, что любые созданные уровни «должны предлагаться [другим] исключительно бесплатно»[2]. Однако компанию *Miscrostar* предоставление уровней на бесплатной основе не устроило, и компания попыталась продать коллекцию уровней на CD-ROM. Таким образом, решение свелось к определению, является ли набор уровней, предлагаемый *Microstar* как *Nuke It*, производным от *Duke Nukem 3D* по той причине, что для получения неавторизованного «продолжения» *Duke Nukem* было необходимо совместить новые уровни с игрой[3] (в этом случае авторское право *Formgen* нарушается), или коллекция уровней – всего лишь самостоятельное дополнение[4].

[1] 154 F.3d 1107 (9th Cir. 1998).

[2] Ibid. P. 1113.

[3] Ibid.

[4] *Lewis Galoob Toys v. Nintendo of Am.*, 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992). В деле *Micro Star*, Апелляционный суд девятого округа США охарактеризовал Льюиса Галуба (англ. *Lewis Galoob*) следующим образом: «Представьте себе продукт под названием *Pink Screener*, представляющий собой большой кусок розового целлофана, натянутого на раму. Когда его ставят перед телевизором, все на экране приобретает розовый оттенок. Кто-то,

Апелляционным судом девятого округа США предложено несколько полезных моделей, но наиболее ясное понимание того, в каком качестве суд рассматривает коллекцию карт (а следовательно, и того, как будет разрешено дело *DOTA*), представлено в описании карт как серии продолжений («сиквелов»), где каждая карта – небольшая история *Duke Nukem*. Как отмечено судом, обладателям авторских прав принадлежит и исключительное право на создание так называемых сиквелов, а «истории, описанные в файлах карт *N/I*, безусловно, являются сиквелами, рассказывающими новые (хотя и несколько повторяющиеся) истории сказочных приключений героя *Duke*. Книга о *Duke Nukem* будет нарушать права по той же причине, даже в случае отсутствия в ней иллюстраций[1]. Значительная часть анализа, проведенного Апелляционным судом девятого округа США, основана на следующем обстоятельстве: при подключении набора карт создается «крепкий коммандос по имени *Duke*, который бродит по постапокалиптическому Лос-Анджелесу, стреляет в копов из пистолета, бросает гранаты, ищет аптечки и стероиды, использует реактивный ранец, чтобы перепрыгнуть через препятствия, взрывает бензобаки, избегает радиоактивной слизи»[2]. Подобным образом противостояние в *DOTA* происходит в фантазийном мире *Blizzard* в стиле Толкина, где проводятся всемирные эпические сражения между эльфами, троллями, орками и магами. Таким образом, авторские права на *Duke Nukem* включают в себя право на создание наборов карт в редакторе карт *Duke Nukem* и их распространение.

Наконец, Апелляционный суд девятого округа США однозначно отверг довод о наличии в игре, в которую встроен редактор, чего-то особенного, что способно повлиять на анализ. Апелляционный суд девятого округа США отклонил аргумент *Microstar* о том, что компания *Formgen* косвенно предлагала создать самостоятельные объекты интеллектуальной собственности в виде файлов в разрешении .MAP,

кому удастся записать программы с таким розовым оттенком (возможно, через съемку экрана), создал бы производное произведение, нарушающее авторские права. Но аудиовизуальное произведение на дисплее, наблюдаемое человеком, смотрящим телевизор через *Pink Screener*, не является производным произведением, поскольку не содержит измененное изображение в какой-либо постоянное или определенной форме. *Game Genie* можно охарактеризовать как *Pink Screener* для видеоигр, что изменяет ценность игры в восприятии конкретного игрока, но никогда не является новым аудиовизуальным воспроизведением, существующим в постоянной или определенной форме». См.: *Micro Star*, 154 F.3d. P. 1111 n.4.

[1] *Micro Star*, 154 F.3d. P. 1112.

[2] Ibid.

что проявилось в сохранении, по условиям соглашения, за компанией возможности контролировать любой файл, созданный в Редакторе Сборки. По мнению суда, создатель, в данном случае игрок, по умолчанию оставляет за собой все свои права на создание производных произведений[1]. Это говорит о том, что, по крайней мере, в соответствии со сложившейся судебной практикой, договор имеет главенствующее значение; условия письменного договора являются приоритетными над любыми условиями, подразумеваемыми самой природой игры. Таким образом, указание *Formgen* на то, что все карты «должны предлагаться [другим] исключительно бесплатно», и взимание *Microstar* платы с пользователей за пакет карт в совокупности свидетельствуют о нарушении прав путем использования со стороны *Microstar*[2].

2. Корабль Тесея

Корабль Тесея – известный философский мыслительный эксперимент, происходящий следующим образом: Тесей вернулся с Крита на корабле, который жители Афин решили бережно сохранить. Поскольку доски медленно гнили и разлагались, их заменяли прочной молодой древесиной – так за сотню лет была заменена каждая доска[3]. В рамках мыслительного эксперимента задается вопрос: является ли корабль, у которого больше нет ни одной доски с того момента, когда Тесей стоял на его палубе, «Кораблем Тесея»? Современная версия мыслительного эксперимента выражается также в топоре Джорджа Вашингтона, у которого «три раза меняли рукоять и дважды – голову!»[4]

Дело *Duke Nukem* прекрасно соотносится с приведенными мыслительными экспериментами. В *Duke Nukem* используется три самостоятельных компонента для организации игрового процесса: игровой движок, набор художественных элементов и файлы в разрешении .MAP[5].

---

[1] *Micro Star*, 154 F.3d. P. 1112.

[2] Ibid. P. 1113.

[3] Plutarch. *Theseus* / Plutarch. Текст: электронный // MIT CLASSICS: [сайт] (URL: http://classics.mit.edu/Plutarch /theseus.html (дата обращения: 23.01.2018)).

[4] Broadus, R. *Objects Of Special Devotion: Fetishism In Popular Culture* / Ray Broadus. Ohio: Popular Press, 1982. ISBN 0-87972-192-8. P. 134.

[5] *Micro Star*, 154 F.3d – P. 1110.

Игра состоит из трех отдельных компонентов: движка игры, библиотеки исходных изображений и файлов MAP. Движок игры – это сердце компьютерной программы; в каком-то смысле это и есть сама программа. Он сообщает компьютеру, когда необходимо читать данные, сохранять и загружать игры, воспроизводить звуки и выводить

Пример заставляет нас думать наперед и задать вопрос: будет ли игра, созданная посредством замены каждого компонента игры *Duke Nukem*, все еще считаться произведением, производным от *Duke Nukem*? Давайте начнем с рассмотрения того, как *Duke Nukem* был создан *Formgen* и как происходило взаимодействие с пакетом карт *N/I* от *Microstar*. Когда игрок запускал *Duke Nukem*, компьютер запускал игровой движок *Duke Nukem*. Затем, когда игрок выбирал уровень, на котором хотел играть, игра переходила в локальные файлы на компьютере, создавая как файл .MAP, так и набор художественных файлов. Файл .MAP представлял собой исчерпывающий список, в котором приведены соответствия художественных файлов и механики игрового процесса. Движку передавалась примерно следующая информация: «Здесь находится вещь, через которую персонаж игрока не может пройти, поместите поверх нее текстуру “кирпичная стена”». Компания *Formgen* продала игру с редактором, который позволял игрокам создавать свои собственные файлы с разрешением .MAP. Ни одна часть игры *Duke Nukem* фактически не была включена в файлы, созданные в Редакторе Сборки. Если сравнить с описанием, данным Апелляционным судом девятого округа США, здесь нет «крепкого коммандоса по имени *Duke*», нет изображений «постапокалиптического Лос-Анджелеса» и нет «копов». На рис. 4 для справки представлен снимок экрана Редактора Сборки *Duke Nukem*. Файлы просто содержали серию соответствий: поместите элемент № 70 в такое-то место, поставьте стену между точкой A и точкой B. То, что продавала компания *Microstar*, содержало коллекцию этих файлов. Таким образом, решение Апелляционного суда девя-

изображения на экран. Чтобы добиться аудиовизуального отображения определенного уровня, движок игры запрашивает файл MAP, соответствующий данному уровню. Каждый файл MAP содержит серию инструкций, посредством которых игровому движку (а через него и компьютеру) передается информация о том, что и где располагать. Например, в файле MAP может быть указано, что акваланг находится внизу экрана. Затем движок игры переходит к библиотеке исходных изображений, находит изображение акваланга и помещает его в нужное место на экране. Файл MAP описывает уровень в мельчайших подробностях, но на самом деле не содержит никаких произведений искусства, охраняемых авторским правом; все, что появляется на экране, на самом деле появляется из библиотеки изображений. Воспринимайте аудиовизуальное отображение игры как набор раскраски по номерам. Файл MAP может предложить Вам нанести синюю краску в раздел № 565, но сам он не содержит синей краски; синяя краска есть в вашей палитре, которая является нетехническим аналогом библиотеки изображений, а Вы сами выступаете в качестве игрового движка. Когда игрок выбирает один из уровней *N/I*, игровой движок обращается к файлам *N/I* MAP, но по-прежнему использует библиотеку изображений *D/N*-3D для создания изображений, составляющих данный уровень.

Там же.

того округа США указывает на источник и результат произведения; с практической точки зрения, сиквелы *Duke Nukem* были созданы при использовании набора карт по назначению.

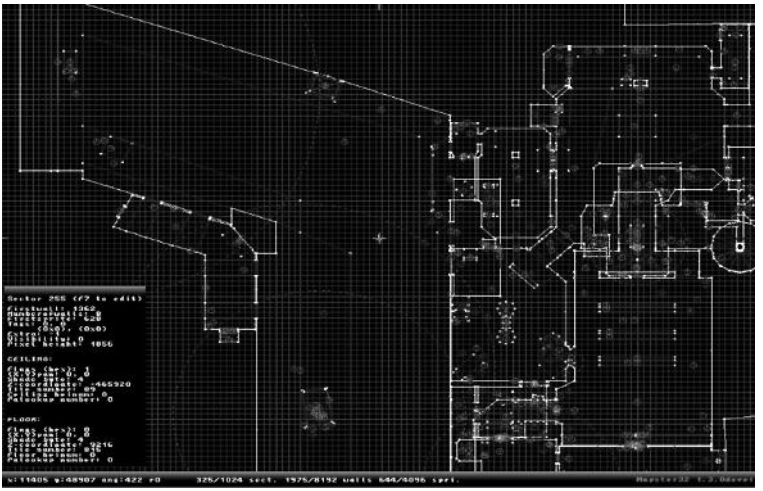


Рис. 4. Скриншот того, что видит Игрок, когда использует Редактор Сборки Duke Nukem. Обратите внимание на явное отсутствие «крепкого(-их) коммандос(-ов)» и «копов»

Можно было бы рассматривать набор карт как начальную стадию мыслительного эксперимента с Кораблем Тесея. После замены первых нескольких досок, результат все еще остается *Duke Nukem* – по своей сути, тот же корабль. Однако *DOTA 2* – игра, в которой заменены сначала карты, затем элементы, а после и движок; это игра *DOTA 2*. Исчезли все части оригинального *Warcraft III*. *IceFrog* сначала заменил карты, потом художественное оформление, а следом – движок.

Является ли *DOTA 2* произведением, производным от *Warcraft III* разработчика *Blizzard*?[1] Правильным здесь должен бы быть отрица-

[1] Любопытно, что несмотря на ожесточенную борьбу за знак *DOTA*, *Blizzard* не предъявлен иск к *Valve*, утверждающий, что *Valve* создано несанкционированное производное произведение. В конечном счете спор о товарном знаке был урегулирован во внесудебном порядке. См.: Schramm, M. *Blizzard and Valve Settle DOTA Argument, Blizzard DOTA Is Now Blizzard All-Stars* / Mike Schramm. Текст: электронный // ENGADGET: [сайт] (URL: https://www.engadget.com/2012/05/11/blizzard-and-valve-settle-dota-argument-blizzard-dota-is-now-bl/ (дата публикации: 11.05.2012)). *Возможно, если бы*

тельный ответ; в *DOTA 2* не осталось практически ничего от охраняемого авторским правом произведения *Blizzard*[1]. Напротив, *DOTA 2* сохраняет то, что было добавлено к произведению *Blizzard* с помощью оригинального мода *DOTA*, аккуратно удаляя при этом следы лежащего в основе *Warcraft III*. В делах о нарушении авторских прав следует задавать двухэтапный вопрос: 1) нарушает ли произведение авторские права; 2) имел ли ответчик доступ к произведению истца? То, что мы видим, особенно в деле *Duke Nukem*, является настолько убедительным доказательством наличия доступа, что суды, кажется, предпочитают разрешать дела в пользу истцов, даже если произведение фактически не нарушает права.

IV. Что делать с видеоиграми?

Есть ли что-то новое и уникальное в этом пространстве? Работа со средствами редактирования карт, подобными тем, что использовались *Microstar*, или тем, посредством которых создана *DOTA*, по крайне мере, в рамках некоторых игровых процессов, в большей степени напоминает работу в *Microsoft Paint* или *Word*, чем игру в игровые автоматы, что подразумевает *Midway* или *Duke Nukem* от *Microstar*. Вместо того чтобы предоставлять увлекательный опыт, направленный на развлечения, данные редакторы призваны побуждать игроков создавать впечатления для других игроков – участвовать в процессе творчества вместе с разработчиком. В других играх, как например, *Minecraft* (в переводе с англ. – «Шахтерское ремесло»), игроки создают «творения, которые поразят вас», наполненные именно той искрой творчества, на защиту которой нацелено законодательство об авторском праве[2]. В настоящем

этого не произошло, мы бы стали свидетелями судебного разбирательства, в котором были бы выдвинуты новые претензии, подобные тем, что обсуждаются в настоящей статье.

[1] Еще один пример, в котором не было возбуждено дело по аналогичным обстоятельствам: абсолютно бескрасочная – что, согласно *New Yorker*, означает «люди, которые, скорее всего, возбудятся этим – юристы» – книга Э.Л. Джеймс (англ. *E.L. James*) «50 оттенков серого» (англ. *Shades of Grey*) изначально начала свое существование как произведение, производное от книги «Сумерки» (англ. *Twilight*) Стефани Майер (англ. *Stephanie Meyers*). Когда Джеймс убрала персонажей Майер и другие элементы мира Майер, которым управляли вампиры и оборотни, сохранили ли «50 оттенков», с юридической точки зрения, нестираемый след «Сумерек»? См.: Lane, A. *No Pain, No Gain* / Anthony Lane. Текст: электронный // NEW YORKER: [сайт] (URL: http://www.newyorker.com/magazine/2015/02/23/pain-gain (дата публикации: 23.02.2015)).

[2] Walden, M. *17 Amazing Minecraft Creations That Will Blow Your Mind* / Matthew Walden. Текст : электронный // GAMESPOT: [сайт] (URL: http://www.gamespot.com/

Разделе, в целях заложения основы нормативного подхода к части IV, мной определено, что отличает данное пространство от других.

А. «Игра»: Вы продолжаете использовать это слово. Не думаю, что его истинное значение совпадает с Вашим представлением о его значении[1].

Представьте себе, что было бы, если бы компания *Microsoft* действительно была «империей зла»[2], каковой ее принято считать. Помня о законах зла[3], рассмотрим следующую гипотетическую ситуацию, в которой *Microsoft* хочет нанести миру наибольший вред, продолжая действовать в рамках «закона». Пользуясь почти абсолютным господством *Word* на рынке, *Microsoft* решает объявить себя правообладателем практически всех англоязычных произведений. Войдите в *Microsoft Word* с установкой требуемых или обязательных обновлений: *Clippy Adventures* (в переводе с англ. – «Приключения Клиппи»). В данном обновлении *Microsoft* повторно представляет персонажа-скрепку по имени Клиппи и описывает приложение как открытую приключенческую игру, в которой игрокам предоставлено право самовыражения. У Клиппи есть классические приключения (особенно запомнившиеся тем, кто открыл *Microsoft Word* в 90-е гг.)[4]; он реагирует на действия пользователя, восклицая: «Похоже, Вы пишете письмо. Вам помочь?»[5]

gallery/17amazing-minecraft-creations-that-will-blow-your/2900-84/11/ (дата публикации: 24.03.2015)).

[1] *The Princess Bride* [художественный фильм] / режиссер Rob Reiner; сценарист William Goldman; киностудия «20th Century Fox»,1987.

[2] *Evil Empire* // URBAN DICTIONARY: [сайт] (URL: http://www.urbandictionary.com/define.php?term=evil+empire (дата публикации: 21.08.2003)) (определение «империи зла» как *"Microsoft"*).

[3] Gygax, G. *Dungeon Master's Guide* / Gary Gygax. TSR Inc., 1979. 240 p. ISBN 0-93569-602-4. P. 23 (объяснение законов зла в *Dungeons and Dragons* происходит через описание персонажей, которые используют системы правления и закон в целях достижения злонамеренных и коррумпированных целей, в отличие от законно-добрых персонажей [законопослушных героев] или хаотически злых персонажей [злодеев, нарушающих закон]).

[4] Пожалуйста, никогда больше не показывайте мне эту подсказку, спасибо.

[5] Gentilviso, C. *The 50 Worst Inventions: Clippy* / Chris Gentilviso. Текст: электронный // TIME MAG. [сайт] (URL: http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1991915_1991909_1991755,00.html (дата публикации: 27.05.2010)).

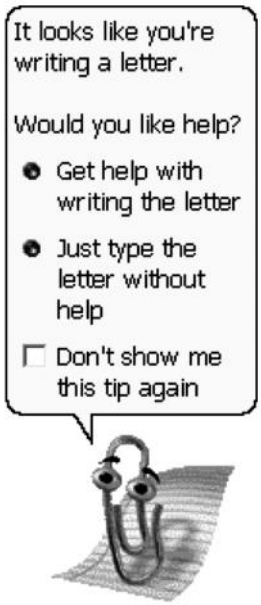


Рис. 5. Персонаж Microsoft по имени Клиппи.
Текст на рисунке: «Похоже, вы пишете письмо.
Вам помочь?
• Получить помощь в написании письма.
• Продолжить письмо самостоятельно.
• Больше не показывать эту подсказку»

Является ли это видеоигрой, охраняемой авторским правом, что, в свою очередь, предоставляет *Microsoft* возможность запрещать создание производных произведений (и требовать предусмотренного законом возмещения ущерба за нарушение прав)? Большинство из нас посмеялись бы над подобной гипотетической ситуацией. Она абсурдна и неправдоподобна. Более того, поскольку я являюсь представителем Чикагского университета, мое изображение рискует быть сожженным[1], если я даже не предполагаю, что рынок способен справиться с этой ситуацией. Так что да, рынку, возможно, удастся справиться хотя бы с частью этой абсурдной гипотезы; если *Microsoft* попытается полностью перекрыть возможности для пишущих людей, на рынок выйдет другая фирма, вероятно, способная заполучить весь рынок *Microsoft*. Даже если *Microsoft* поместит положение о праве, возникающем из *Clippy Adventures*, глубоко в Лицензионное соглашение с конечным пользователем, как только компания попытается обеспечить выполнение такого положения, возможно, в тот самый момент, когда компания попытается его применить, придется столкнуться с массовой отрицательной реакцией. Суть гипотетической ситуации, однако, сводится к следующему: выяснить, что является игрой, а что нет, не так просто, как кажется.

В качестве небольшого отступления важно отметить, что игры и видеоигры не одно и то же. Бюро регистрации авторских прав США, говоря об играх, упоминает, что «авторское право не предоставляет

[1] Или, может быть, меня сожгут – это может быть более эффективно, а мы, очевидно, большие поклонники эффективности.

охрану идее игры, ее названию или заголовку или методу (методам) игры в нее»[1]. Кроме того, «не подлежат охране любые идеи, системы, методы, устройства или материалы товарных знаков, связанные с разработкой, продажей или проведением игр. В законодательстве об авторском праве отсутствует положение, запрещающее разработку игр, основанных на тех же принципах или на принципах, похожих на те, что задействованы в уже обнародованной игре»[2]. В то же время авторское право, напротив, охраняет выражение, проявляемое в видеоигре, тогда как правила остаются неохраняемыми. Окружным судом Нью-Джерси рассмотрено дело *Tetris Holding v. Xio Interactive*[3], в котором компания грубо скопировала игру, как показано на рис. 6 ниже. Позиция *Xio* заключалась в следующем: поскольку выражение в вашей игре сводится к набору правил, мы может создать почти полную копию (в *Mino* от *Xio*, действительно, присутствовали некоторые функции, которых не было в «Тетрисе») и будем юридически чисты. В своей записке по делу *Xio* отмечено: «Перед разработкой своей игры компанией *Xio* проанализировано законодательство об интеллектуальной собственности с целью определить, какие части игры *Tetris* могут быть использованы, а какие – нет. Компанией *Xio* обнаружено, что ни у кого нет патента на правила и другие функциональные элементы *Tetris*»[4]. Таким образом, «игра *Xio* намеренно создавалась так, чтобы не затронуть охраняемые выразительные элементы»[5]. Решение суда, возможно, лучше рассматривать как яркий пример того, что происходит при слишком серьезном отношении к доктрине; судья отказывается указать на норму, используемую при попытке отделения правил игры от выражения, и вместо этого просто заявляет, что при принятии решения суд «руководствуется сложившейся судебной практикой и общими принципами»[6].

---

[1] *Copyright Registration Of Games* // U.S. COPYRIGHT OFFICE. 2016 (URL: https://www.copyright.gov/fls/fl108.pdf).

[2] Ibid.

[3] *Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc.*, 863 F. Supp. 2d 394 (D.N.J. 2012).

[4] Ibid. P. 399.

[5] Ibid.

[6] Ibid. P. 408. Данный пример также лучше рассматривать как отстаивание принципа, согласно которому слишком умный подход редко кому подходит. См.: Pratchett, T. *Hogfather* / Terry Pratchett. Victor Gollancz, 1996 («Квирмианский философ Вентр выдвинул следующее предположение: “Возможно, боги существуют, и возможно нет. Так почему бы в них в любом случае не верить? Если все это правда, после смерти Вы попадете в прекрасное место, а если не так, Вы ничего и не потеряете, верно?” Когда

Такой подход кажется сомнительным, поскольку видеоигры занимают пространство, порождающее защиту того, что в случае ее отсутствия не существовало бы. Если бы *Tetris Holdings* была создана настольная версия той же игры, в которой для выражения правил использовались бы настоящие цветные блоки – что-то более чем достижимое, даже если сам игровой процесс был бы несколько неудобным и тяжелым, – компания *Xio* могла бы выпустить идентичную игру, не нарушая при этом ничьи права. Если данное дело разрешено верно, обязательно есть что-то особенное в том, как мы относимся к играм.

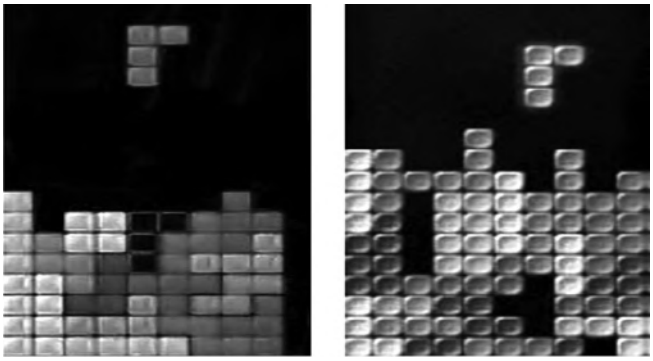


Рис. 6. Tetris (слева) и нарушение Xio прав Mino (справа)

B. Линейность: показатель для понимания природы лежащего в основе произведения

Можно ли определить момент, когда мы больше не называем какие-то вещи «игрой»? Видеоигры, допускающие нелинейные действия игрока, уникальны среди произведений, охраняемых авторским правом, тем, что действующее законодательство об авторском праве не отделяет нелинейные действия игрока от инструментов, позволяющих создавать произведения. За исключением партитуры Джона Кейджа (англ. *John Cage*) 4’33”[1] (намеренно пустую партитуру в трех

он умер, он проснулся в кругу богов, держащих противно выглядящие палки, и один из них сказал: “Мы собираемся показать тебе, что мы думаем о Мистере Всезнайке в наших краях...”»).

[1] John Cage. *4’33”* (1952). Это музыкальное произведение стало знаменитым, потому что оно инструктирует музыканта играть, в буквальном смысле, ноль нот. Чрезмерные объяснения только испортят шутку – данный пример полностью шутливый.

частях можно было легко спутать с чистыми разлинованными листами), произведения, не связанные с видеоиграми, не создают такой набор проблем. С середины 1980-х гг. пространство видеоигр коренным образом изменилось. Если посмотреть, о каких играх от *Midway* идет речь в решении Апелляционного суда седьмого округа США – *Galaxian* и *PacMan*[1] – и сравнить их, скажем, с Редактором Мира *Warcraft III*, станет ясно, что дела абсолютно разные. Подобно метке времени в фильмах, если взять номер волны, на которой находится игрок в *Galaxian*, можно точно узнать, что происходит на экране. Также и в *PacMan*: знание того, на каком уровне находится игрок, дает четкое представление о том, что появляется на экране. По мере того, как игровое пространство отходит от линейности, начинает прослеживаться подразумеваемое предложение в адрес игрока добавить в игры, в которые игрок играет, что-то от себя – некий элемент творческой искры, на защиту которой направлено авторское право.

Таким образом, чтобы понять, насколько игроку позволено «творить» в пространстве, желательно иметь какой-то показатель. Показатель линейности в каком-то смысле можно рассматривать как показатель того, действительно ли часть произведения является тем, что предполагали авторы Закона США об авторском праве. В соответствии с Законом, «аудиовизуальные произведения» (категория, используемая для видеоигр) – «это произведения, состоящие из серии связанных изображений, которые *изначально предназначены для демонстрации* со звуком (если имеется) с использованием таких машин или устройств, как-то: проекторы, вьюеры или электронное оборудование»[2]. Если игра нелинейная, то, по крайней мере, часть элементов игрока не является частью того, что «предназначено для демонстрации» разработчиком. Этот вклад, напротив, полностью принадлежит игроку. Возможно, в целях защиты авторских прав такие части лучше рассматривать как не являющиеся частью игры.

Например, если вы удалите файл .MAP игры *Duke Nukem* (в исходном состоянии) из ее движка и оформления, становится трудно понять, что это средство выражения не принадлежит полностью игроку. Добавляя обстоятельства к гипотетической ситуации, нетрудно представить, что суд придет к противоположному выводу. Пример *Clippy Adventures* – один из таких случаев. Даже если иск компании *Microsoft* был обоснованным с точки зрения доктрины, сложно вообразить, что

[1] *Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc.*, 704 F.2d 1009, 1013 (7th Cir. 1983).

[2] *Copyright Act of 1976*, 17 U.S.C. § 101 (2016) (*курсив автора*).

дело будет воспринято судом всерьез. Подобным образом, если бы было другое приложение, использующее файлы с разрешением .MAP, ситуация выглядела бы иначе. Так, предположим, помимо *Duke Nukem 3D* от *Formgen* существует еще одна комбинация движка и художественного оформления. Сторонняя компания выпускает игру под названием *Thin White Duke* (в переводе с англ. – «Худой белый герцог»), в которой вместо персонажа *Duke Nukem* будет тощий рокер в блестящей одежде по имени Зигги (англ. *Ziggy*); вместо пистолета – гитара; вместо копов – пауки с Марса. Эта игра поддерживает файлы .MAP того же типа[1], но при этом создает игру, совершенно не похожую на *Duke Nukem*. Если бы такая игра существовала, когда компания *Microstar* выпустила свой набор карт, можно с уверенностью сказать, дело было бы разрешено в пользу *Microstar*. Комбинация файла с разрешением .MAP, к которому компания *Formgen* не имеет никакого отношения, движка, к которому компания *Formgen* не имеет никакого отношения, и набора художественных элементов, к которому компания *Formgen* не имеет никакого отношения, не должна рассматриваться как нарушение авторских прав компании *Formgen*. Тем не мене, предполагается, что законодательство об авторском праве рассматривает, какие элементы заимствованы и откуда, – законодательство не должно учитывать наличие других несвязанных произведений. Законодательство об авторском праве странно тем, что восприятие дела в настолько значительной степени может зависеть от существования несвязанного приложения[2].

Возможно, поможет нелинейность Редактора Сборки. Кто-то может подумать, что объекты, созданные в Редакторе Сборки, не нарушают чьи-либо права, поскольку сам Редактор Сборки на самом деле не игра, а средство выражения. Это исходный материал для выражения, а не его результат. Как и в других проблемных случаях в области технологий, нужно задать себе вопрос: «На какие другие объекты, природа которых понятна в соответствии с действующим законодательством, походит данный объект?» Если законодательство не предоставляет охрану настольным играм, то чем больше видеоигра похожа на настольную, тем меньшая защита будет ей предоставлена законодательством об авторском праве. С другой стороны, если законодательство охраняет фильмы, то чем больше видеоигра походит на фильм, тем большая защита должна быть ей предоставлена.

[1] В целях настоящей статьи предположим, что проблем с патентами нет.

[2] Напомню: единственное сходство заключается в том, что оба могут читать файлы с расширением .MAP.

По аналогии, охраняются книги, но не подлежит охране пустой блокнот. Менее линейные игры начинают походить на блокнот, а не на книгу. Чем линейнее игра, тем больше она похожа на книгу. Предоставление читателю ограниченного числа вариантов выбора, как в книге *Choose Your Own Adventure* (в переводе с англ. – «Выбери свое собственное приключение»), не умаляет защиту книги авторским правом. Но если предлагается практически бесконечное число вариантов выбора (скажем, книга начинается со слов «Это была темная и неспокойная ночь...», а затем следует множество пустых страниц), такая книга не должна быть охраняемым выражением.

Что делать, если на обложке блокнота изображен охраняемый авторским правом персонаж? Мы не считаем, что этот персонаж перестанет охраняться из-за того, что находится на обложке блокнота, но мы и не думаем, что правообладатель персонажа будет владеть содержанием блокнота в случае удаления обложки. Подобным образом удаления *Duke Nukem* из набора карт *Duke Nukem*, предположительно, должно быть достаточно для отказа *Formgen* в заявленных требованиях. Однако если бы вы открыли книгу «Гарри Поттер и философский камень» (англ. *Harry Potter and the Philosopher's Stone*) Дж.К. Роулинг (англ. *J.K. Rowling*) и через команды «найти» и «заменить» заменили бы всех персонажей с родовыми именами, в соответствии с законодательством такое произведение будет нарушающим права. Поэтому если вы просто переделываете игру *Duke Nukem*, но используете уже существующие карты *Formgen* (т.е. заменяете художественные элементы, но продолжаете использовать файлы .MAP и движок), то полученная игра также будет считаться нарушающей права.

V. Один взгляд на собор браузера: правила и ответственности и правила собственности

В основополагающем вкладе в юридическую и экономическую литературу Калабрези (англ. *Calabresi*) и Меламеда (англ. *Melamed*) под названием «Правила собственности, правила ответственности и неотчуждаемость: один взгляд на Собор» (англ. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*)[1] отмечено, что правомочия по закону и права собственности могут охраняться правилами, при-

[1] Calabresi, G. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* / Guido Calabresi, A. Douglas Melamed. Vol. 85, № 6. HARVARD LAW REVIEW, 1972. P. 1089.

менимыми к собственности, ответственности или неотчуждаемости. В частности, что касается правил собственности и ответственности, авторами рассмотрено законодательство об ответственности за незаконное вмешательство в пользование лицом недвижимостью или правом и то, какое решение может вынести суд, если лицо, постоянно проживающее на определенной территории («Житель»), подаст иск против предприятия, загрязняющего окружающую среду («Виновник загрязнения»). Как выяснилось, если при рассмотрении существующих дел выяснялось, что Житель обладает преимущественным правом, суды иногда выносили против Виновника загрязнения судебный запрет, прибегая тем самым к правилу собственности («Правило 1»)[1]. В других случаях, несмотря на признание судом права Жителя, Виновнику загрязнения было позволено продолжать загрязнять окружающую среду до тех пор, пока предприятие возмещает убытки – таким образом, используется правило ответственности («Правило 2»)[2]. Ключевой для понимания является часть труда, рассматривающая дела, в которых право признавалось за Виновником загрязнения; найдены случаи применения судами правила собственности, но ни одного случая применения соответствующего правила ответственности[3]. Применение правила соб-

[1] Ibid. P. 1106–07.

[2] Ibid. P. 1106–09.

[3] Ibid. P. 1115–16.

Незаконное вмешательство в пользование лицом недвижимостью или правом, или загрязнение окружающей среды, – одна из самых интересных областей, в которых возникает вопрос о том, кому должно быть предоставлено право и как оно должно быть защищено. В недавней статье профессора Мишельмана (англ. *Michelman*) традиционно и весьма искусно проблема загрязнения окружающей среды, нарушающего право определенных лиц, рассматривается с точки зрения трех правил. Во-первых, нельзя сказать, что Тейни (англ. *Taney*) загрязняет окружающую среду, если его сосед (предположим, его единственный сосед) Маршалл (англ. *Marshall*) разрешает ему делать это (Маршалл может запретить Тейни причинять вред). Во-вторых, Тейни может загрязнять окружающую среду, но должен возместить Маршаллу причиненный ущерб (нарушение права обнаружено, но средство правовой защиты ограничивается возмещением ущерба). В-третьих, Тейни может загрязнять окружающую среду по своему усмотрению, а Маршалл может остановить его, но только при условии, что Маршалл заплатит Тейни (загрязнение Тейни не доставляет Маршаллу неудобств). В нашей терминологии первое и второе правила (незаконное вмешательство в пользование лицом недвижимостью или правом с судебным запретом и исключительно с возмещением ущерба) являются правами Маршалла. Первое – право на свободную от загрязнения территорию и защиту в соответствии с правилом собственности; второе – также право не подвергаться загрязнению, но защищаться правилом ответственности. Третье правило (отсутствие неудобств) – право Тейни, защищенное правилом собственности, поскольку Маршалл может остановить загрязнение, только выплатив Тейни определенную им самим сумму.

ственности к Виновнику загрязнения означает, что предприятие будет продолжать загрязнять окружающую среду («Правило 3»). Затем авторы вывели правило ответственности в пользу Виновника загрязнения: Виновник загрязнения вправе продолжать осуществлять загрязнение, если только Житель, проживающий на территории, не возместит ему ущерб, связанный с прекращением такой деятельности («Правило 4»).

В данном разделе предлагается применить тот же анализ правил собственности/ответственности к правам на производные произведения в сфере авторского права, связанной с видеоиграми. На самом деле, применение правила об ответственности в пользу игрока может обеспечить весьма полезное распределение прав.

А. Применение концепции «Один взгляд»

Концепцию «Один взгляд», пожалуй, проще всего понять визуально, поскольку именно визуальное представление поясняет, как выводится несколько противоречащее интуиции Правило 4.

За кем признается право:	Судебный запрет / Правило собственности	Убытки / Правило ответственности
Житель	Правило 1: Судебный запрет против виновника загрязнения	Правило 2: Виновник загрязнения может продолжить загрязнять окружающую среду при условии возмещения убытков Жителю
Виновник загрязнения	Правило 3: Виновник загрязнения может продолжить загрязнять окружающую среду и ничего не платить	Правило 4: Виновник загрязнения может продолжить загрязнять окружающую среду, если только Житель не возместит причиненные Виновника загрязнения убытки

В контексте нашей структуры сама формулировка этих правил говорит о том, что чего-то не хватает. Отсутствует четвертое правило, предоставляющее Тейни право загрязнять окружающую среду, когда такое право защищено только правилом ответственности. На самом деле, четвертое правило – своего рода частично широко известная область, сочетающаяся с налогом на льготы – может быть сформулировано следующим образом: Маршалл может запретить Тейни загрязнять окружающую среду, только если выплатит Тейни компенсацию.

Там же (внутренние цитаты опущены).

Таким образом, в контексте незаконного вмешательства в пользование лицом недвижимостью или правом Правило 4 может рассматриваться в качестве попытки суда снизить операционные затраты и приблизить результат к сделке по теореме Коуза[1]. Если суд посчитает, что в отсутствие эффекта владения и личной неприязни, обычно возникающей во время судебного разбирательства, стороны заключили бы сделку, по условиям которой Жителю предоставляется право, подлежащее выкупу у Виновника загрязнения, суд вправе определить цену, за которую Житель может купить право Виновника загрязнения. Таким образом, в соответствии с режимом Правила 4, цель состоит в предоставлении права стороне, которая больше ценит такое право, независимо от правовой нормы.

Точно так же можно применить данную структуру к Разработчику и Игроку, установив собственное Правило 4.

За кем признается право:	Судебный запрет / Правило собственности	Убытки / Правило ответственности
Разработчик	Правило 1: Судебный запрет против Игрока; уничтожение копий Произведения Геймплей	Правило 2: Игрок может продолжить создавать или продавать Произведение Геймплей при условии возмещения убытков Разработчику
Игрок	Правило 3: Игрок может продолжить создавать или продавать Произведение Геймплей без возмещения убытков	Правило 4: Игрок может продолжить создавать или продавать Произведение Геймплей, если только Разработчик не возместит причиненные Игроку убытки

[1] См.: Coase, R. *The Problem of Social Cost* / Ronald Coase // J.L. & Econ. 1960. Vol. 3. P. 1 (утверждение о том, что в соответствии с так называемой «Теоремой Коуза» в мире с нулевыми операционными затратами и точной информацией стороны достигнут оптимального распределения прав собственности, так что после проведения переговоров первоначальное распределение должно быть невидимым для наблюдателя); см.: Morrison, E. *Coasean Bargaining in Consumer Bankruptcy* / Edward Morrison // Kreisman Working Papers Series in Housing Law and Policy. 2014. Paper № 5. P. 2 (прогноз о том, что в случае банкротства «если ввиду выплаты ипотечного кредита стоимость дома в руках должника будет выше, чем в руках кредитора (который продаст дом при обращении взыскания), стороны должны заключить сделку, позволяющую должнику сохранить дом, даже если он подаст заявление о признании себя банкротом по Главе 7»).

В частности, в случаях, когда крупная компания предъявляет иск к физическому лицу, стороны могут не захотеть торговаться правами, которыми их наделяет суд своим решением. Кроме того, внесудебные соглашения и сделки, как правило, носят конфиденциальный характер, а значит, в меньшей степени влияют на будущие судебные разбирательства и распределение прав[1]. Таким образом, если наиболее социально выгодным результатом является прекращение Игроком создания Произведения Геймплей при условии выплаты Игроку компенсации, подобные результаты могли бы встречаться реже, если бы исход не зависел от судов.

Судам, рассматривающим дела по спорам в сфере авторского права, уже предоставлены широкие полномочия, позволяющие им применять Правила 1, 2 и 3[2]. Законом предусмотрено, что в окончательном решении «суд *может* распорядиться об уничтожении... всех копий или звукозаписей, созданных или используемых в нарушение исключительного права обладателя авторских прав, и всех... средств, с помощью которых такие копии или звукозаписи могут быть воспроизведены»[3]. Важно, что решение о том, какое правило подлежит применению (правило ответственности или собственности), остается за судом. Если суд посчитает, что благоприятным для общества исходом будет предоставить Разработчику контроль над его произведением, суд может возложить на компанию обязанность нести социальные издержки, применив подход Правила 4. Кроме того, в отличие от дел о незаконном вмешательстве в пользование лицом недвижимостью или правом (когда вред, причиненный Виновником загрязнения, часто распространяется на нескольких потенциальных истцов), в делах о производных произведениях всегда только один потенциальный ответчик (Игрок) и один потенциальный истец (Разработчик).

B. Эффективности распределения по Правилу 4

С практической точки зрения при распределении прав мы стремимся достигнуть максимального социального благополучия. Перед

[1] Kerr, O.S. *A Theory of Law* / Orin S. Kerr // GREEN BAG 2D. 2012. № 16. P. 111.

[2] Таким образом, чистый результат Правила 1 будет заключаться в том, что произведение ответчика нарушает права и его создание должно быть под запретом, при применении Правила 2 будет выявлено нарушение и предписан лишь денежный штраф (не судебный запрет), а в результате применения Правила 3 меры ответственности не применяются.

[3] *Copyright Act of 1976*, 17 U.S.C. § 503 (b) (2016) (курсив мой. – *Дж. Г.*).

каждым распределением мы обязательно задаем вопрос: кто создаст большую общественную ценность, если мы предложим ему определенные права, правомочия или даже просто деньги? Мы также должны спросить себя, можем ли мы рассчитывать на сокращение числа случаев неисполнения обязательств; может, это случай, при котором правило не имеет значения? Или это тот случай, когда эффект владения важнее любых торгов ради эффективного результата? В этой связи показательным является еще одно дело.

В прошлом компания *Nintendo* очень активно защищала свои исключительные права. Компания неоднократно направляла письма с угрозами о привлечении к ответственности и в конечном итоге останавливала крупные турниры по файтингам, проводимые или транслирующие серию популярных игр от *Nintendo* – *Super Smash Brothers* (*"Smash Bros."*)[1]. Один из таких турниров – *Evo Championship Series* – состоял из соревнования по восьми различным играм[2]. Семь из этих игр выбраны *Nintendo* прямым голосованием фанатов, но компания решила собрать деньги на благотворительность и выбрать восьмую игру. Игрокам был предложен выбор между 17 названиями, а голосовать они могли, делая пожертвования в Фонд по борьбе с раком молочной железы (англ. *The Breast Cancer Research Foundation*)[3]. Игроками собрано в общей сложности 223 000 долл., из которых более 94 000 долл. – благодаря *Smash Bros*[4]. В конечном счете компания *Nintendo* запретила стриминг *Smash Bros* в рамках *Evo*, но после обсуждения позволила организовывать и проводить в рамках турнира соревнования по *Smash Bros*[5].

---

[1] Orland, K. *Why Nintendo Can Legally Shut Down Any Smash Bros. Tournament It Wants... But Hasbro Probably Can't Shut Down a Similar Scrabble Tournament* / Kyle Orland. Текст: электронный // ARS TECHNICA: [сайт] (URL: https://arstechnica.com/gaming/2013/07/why-nintendo-can-legally-shut-down-any-smash-bros-tournament-it-wants/ (дата публикации: 11.07.2013)).

[2] Ibid.

[3] Lien, T. *Super Smash Bros. Melee Winner of Evo 2013 Donation Drive (Update): Super Smash Bros. Melee Will Be Included in Evo* / Tracey Lien. Текст: электронный // POLYGON: [сайт] (URL: http://www.polygon.com/2013/2/1/3940260/supersmash-bros-melee-unofficial-winner-of-evo-2013-donation-drive (дата публикации: 01.02.2013)).

[4] Ibid.

[5] Pitcher, J. *Nintendo Wanted to Shut Down Super Smash Bros. Melee Evo Event, Not Just Stream* / Jenna Pitcher. Текст: электронный // POLYGON: [сайт] (URL: http://www.polygon.com/2013/7/11/4513294/nintendo-were-trying-to-shutdown-evo-not-just-super-smash-bros-melee (дата публикации: 11.07.2013)).

С нормативной точки зрения это кажется неправильным. Что теряет *Nintendo*? Данная ситуация находит свое зеркальное отражение в спорах о совместном использовании файлов, но имеет важное отличие: в отличие от загрузки, трансляция видеоигры, турнир или любое другое произведение, предложенное к обсуждению в рамках настоящей статьи, не служат заменой Оригинальной Игры. Представим спор:

Разработчик: Люди, транслирующие игры без нашего разрешения, приносят нам вред[1].

Игрок: Нет, это не так. На самом деле транслируя Вашу игру, я увеличиваю спрос на нее.

Разработчик: Если я посчитаю, что Вы помогаете, я предоставлю Вам бесплатную лицензию. В противном случае я должен обладать контролем над своим брендом и иметь право сказать «нет».

Игрок: Нас слишком много, чтобы это работало; Вы не в состоянии справиться с имеющимся объемом.

Именно подобный сценарий делает Правило 4 таким привлекательным[2]; при незначительных внешних эффектах распределения финансовая ситуация (возможно) предсказуемо ассиметрична в пользу Разработчика. Тогда, с нормативной точки зрения, в рассматриваемом пространстве решения по Правилу 4 должны приниматься по умолчанию, по крайне мере, когда распределение прав затруднено. Если по умолчанию игроки всего мира смогут вести трансляции без привлечения судами к ответственности и без вынесения судебных запретов, разработчики, кажется, в целом выиграют. То есть в отсутствие каких-либо затрат на ведение переговоров, рациональные разработчики могли бы прийти к соглашению, позволяющему создавать из Оригинальных Игр Произведения Геймплей. С другой стороны, если конкретный разработчик думает иначе и владеет необходимыми ресурсами, он вправе платить игрокам за отказ. Поскольку трансляции не заменяют Оригинальную Игру, опасения, испытываемые, на-

[1] Еще один аргумент, который могут выдвинуть разработчики, заключается в лишении их доходов от предоставления стримерам лицензий. Этот аргумент, однако, либо приводит к порочному кругу в рассуждении, либо объединяет «есть» и «должно быть. Сводится он к следующему: «У нас должно быть право на доходы, потому что мы должны обладать таким правом» (порочный круг) или «У нас должно быть право на доходы, потому что у нас есть такое право» (есть/должно быть).

[2] Calabresi, G. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* / Guido Calabresi, A. Douglas Melamed. Vol. 85, № 6. HARVARD LAW REVIEW, 1972. P. 1120 («Правило 4, по крайней мере, допускает, что в ситуации неопределенности противоположное правомочие также может привести к экономической эффективности»).

пример, в случаях с пиратской загрузкой песен, отсутствуют. Следует отметить, что случаи, подходящие для применения данного правила – те случаи, когда суд действительно не знает, кому следует присудить право; случаи, когда интуиция судьи противоречит нормам. В таких делах Правило 4 гарантирует следующее: если Разработчик оценит право выше определенной суммы, он может обратно выкупить это право у Игроков.

Конечно, Правило 4 неприменимо к ситуациям, когда право явно принадлежит Разработчику[1]. Более глобальная идея заключается в том, что, возможно, правила ответственности должны быть «правилом дня» в данной сфере. Суды как будто бы уже выносят решения по Правилу 2[2]. Конечно, правило ответственности, предусматривающее достаточно значительный размер компенсации ущерба, неотличимо от правила собственности. Поскольку режим авторского права подразумевает угрозу взыскания компенсации ущерба, предусмотренной законодательными актами, достигающей 150 000 долл. за нарушение[3], опытные участники часто буду избегать совершения действий, способных повлечь привлечение к ответственности[4].

C. И победитель... Кто?

Решение о том, кому право должно быть предоставлено в первую очередь, это другой вопрос, требующий выяснения степени относительной эластичности спроса на Разработчика и на Игрока. Если по прошествии длительного времени предоставить права Игроку, получим ли мы больше Произведений Геймплей и меньше Оригинальных Игр? И наоборот, если предоставить права Разработчику, получим ли мы больше Оригинальных Игр, но меньше Произведений Геймплей? Другими словами, чье поведение изменится в большей степени в за-

[1] Вспомните, например, *Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc.*, 863 F. Supp. 2d 394 (D.N.J. 2012).

[2] См., например: Gneezy, U. *A Fine Is a Price* / Uri Gneezy, Aldo Rustichini // J. LEGAL STUD. 2000. Vol. 29. P. 1 (утверждается, что без сопутствующих социальных издержек наложение штрафа просто устанавливает цену на конкретное право или благо).

[3] U.S.C. § 504(c) (2016).

[4] Stoltz, M. *Collateral Damages: Why Congress Needs to Fix Copyright Law's Civil Penalties* / Mitch Stoltz. Текст: электронный // ELECTRONIC FRONTIER FOUND: [сайт] (URL: https://www.eff.org/wp/collateral-damages-why-congress-needs-fix-copyright-laws-civil-penalties (дата публикации: 24.07.2014)).

висимости от того, кому присуждено право? Не имея данных, ответить на данный вопрос непросто[1].

Отсутствие данных не означает, что мы не можем обдумать вопрос; есть несколько интуитивных предположений, над которыми стоит задуматься. Во-первых, Игрок, как правило, не является юридически грамотным, в отличие от Разработчика. У Разработчиков часто есть штатные юристы, значительные объемы денежных средств и ликвидность активов из года в год. Поэтому, возможно, следует ожидать, что Разработчик с большей вероятностью будет основывать свой выбор на правовой норме, а Игрок – принимать те же решения независимо (поскольку он, вероятно, даже не будет знать о существующей норме). Кроме того, в долгосрочной перспективе можно ожидать, что увеличение числа Оригинальных Игр повлечет увеличение числа Произведений Геймплей.

Чтобы увидеть, как интуиция направляет в другую сторону, достаточно взглянуть на другие стороны в пространстве. Если Разработчик сможет получать плату от таких Платформ, как *Twitch*, поведение Платформ соответственно изменится. Если Платформа перестанет предоставлять Игроку место для трансляций Произведений Геймплей, следует ожидать уменьшения числа таких произведений и замедления темпов развития пространства. При снижении стоимости проведения экспериментов следует увеличения числа инноваций, а при повышении стоимости – спада в инновациях. Таким образом, если Игрок больше не может видеть работы других Игроков на Платформе, затраты на инновации перекладываются на отдельных Игроков, а не позволяют творческому сообществу извлекать выгоду из работ его участников.

VI. Заключение

Рынок произведений, созданных с использованием видеоигр как материала для самовыражения, расширяется и будет только увеличиваться. По мере развития этого пространства судам и законодательным органам придется ответить на сложные вопросы о том, как распределять права между его участниками. Существующая практика и законодательные акты не предоставляют надежных инструментов для разрешения действительно сложных дел. В рамках настоящей статьи,

[1] Получить данные так, чтобы они позволяли делать надежные прогнозы, тоже непросто.

помимо простой проработки описательного отчета о способах происходящего в пространстве видеоигр изменения целей существующих произведений, представлено несколько способов осмысления проблемы. Цель данной статьи заключается не в завершении разговора, а в его начале. Это область, которая будет только развиваться, а действующее законодательство не предусматривает инструменты, необходимые для решения проблемы. Надеюсь, в рамках настоящей статьи мне удалось предложить некоторые новые призмы, через которые можно увидеть и, возможно, в конечном итоге разрешить описанные доктринальные проблемы.

В.В. Писарев

КИБЕРСПОРТ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ: ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ЧИТЕРСТВУ В *E-SPORTS* И *E-GAMING* ПОСРЕДСТВОМ ИНСТРУМЕНТАРИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Аннотация. *В настоящей статье рассмотрены юридические практики, позволяющие противодействовать злонамеренному алгоритмизированному вмешательству в игровое программное обеспечение, защищенное лицензионными соглашениями. Отмечается, что в индустрии компьютерных игр за нарушение интеллектуальных прав применяются меры гражданской, дисциплинарной и уголовной ответственности.*

Ключевые слова: *интеллектуальные права, интеллектуальная собственность, компьютерный спорт, цифровая экономика, юридическая ответственность.*

Введение

В последние десятилетия интерактивные развлечения заняли особое место в повседневной жизни человечества, причем значительная часть пользователей осознанно выбирает компьютерные игры. Современные компьютерные игры благодаря высокому уровню развития информационных и компьютерных технологий открывают геймерам потенциально равные возможности в виртуальном пространстве, снимают различные ограничения и барьеры, формируют общедоступную соревновательную среду. Эти особенности компьютерных игр способствуют широкому распространению развлекательных (*e-Gaming*) и состязательных (*e-Sports*) игровых практик.

Вместе с тем общепризнанное междисциплинарное понимание имманентной сущности компьютерных игр еще не выработано, что затрудняет правовое регулирование коммерческих, профессиональных и спортивных аспектов игровой деятельности. Все попытки разорвать «магический круг» путем адаптивного перенесения существующих законодательных норм на виртуальное пространство лишь актуализируют многочисленные юридические коллизии и проблемы. В контексте защиты интеллектуальных прав среди прочих следует обратить внимание

на проблему юридической ответственности за несанкционированное алгоритмическое вмешательство в игровое программное обеспечение, защищенное лицензионными соглашениями.

Сущность читерства

В современной игровой индустрии популярность и коммерческая успешность сетевой многопользовательской компьютерной игры прямо зависит от безопасности и защищенности геймеров от нечестных игровых практик, которые обобщенно называются «читерством» (от англ. *to cheat* – обманывать, мошенничать) и реализуются при помощи соответствующих программ. В нестрогой трактовке под чит-программой понимается специальный программный алгоритм, который внедряется в процесс исполнения игры как программы для ЭВМ и позволяет игроку приобрести нечестное преимущество перед игровыми оппонентами[1].

В игровом сообществе существуют различные мнения относительно допустимости обмана в виртуальном пространстве, поэтому вопрос об этичности читерства остается открытым. Отметим, что на спортивных соревнованиях по компьютерному спорту использование чит-программ не допускается.

Следует учитывать, что под компьютерным спортом (киберспортом) понимается регламентированная правилами соревновательная деятельность в виртуальном пространстве, моделируемом компьютерной программой. В официально признавших компьютерный спорт государствах строгий запрет на применение чит-программ и иного программного обеспечения, способствующего созданию неравных условий для спортсменов при проведении соревнований, обычно установлен на уровне национального спортивного законодательства. Введен запрет на использование чит-программ также и в Российской Федерации, где компьютерный спорт признан самостоятельным видом приказом Министерства спорта РФ от 29.04.2016 № 470[2], а киберспортивная деятельность подпадает под действие

[1] *Rahul Joshi*. Cheating and Virtual Crimes in Massively Multiplayer Online Games. London: Royal Holloway, University of London, 15 January 2008. P. 88.

[2] Приказ Министерства спорта Российской Федерации от 29.04.2016 № 470 «О признании и включении во Всероссийский реестр видов спорта спортивных дисциплин, видов спорта и внесении изменений во Всероссийский реестр видов спорта, а также в приказ Министерства спорта, туризма и молодежной политики Российской Федерации от 17 июня 2010 года № 606 “О признании и включении видов спорта, спортивных

нормативных правовых актов, действующих в области физической культуры и спорта.

Отметим, что зачастую в состязательных игровых практиках *e-Sports* и традиционных спортивных дисциплинах внутренние процессы развиваются схожим образом, поэтому с известной долей допущения читерство называют «программным допингом». Утвержденные Международной федерацией киберспорта (*International e-Sports Federation*) официальные правила проведения соревнований по компьютерному спорту предусматривают реализацию антидопинговых процедур, но проблема использования запрещенных субстанций остается. В равной мере читерство также противоречит олимпийским принципам открытой спортивной состязательности, предоставляя нечестным киберспортсменам существенное игровое преимущество. Например, в популярной сетевой игре *Dota-2* специализированная чит-программа *Minority* позволяет пользователю уменьшить время отклика на игровое событие более чем в сто раз[1].

Вместе с тем киберспортивная деятельность не ограничена исключительно спортивными состязаниями. Вокруг компьютерных игр сложилась динамично развивающаяся глобальная многомиллиардная индустрия, драйвером экономического роста которой стала высокая монетизация интеллектуальных прав на всех этапах разработки, дистрибьюции и использования игрового продукта.

В коммерческой индустрии компьютерная игра является интеллектуальной собственностью корпорации-разработчика[2], которая обладает полным спектром интеллектуальных прав на свой продукт: авторскими правами, правами на товарные знаки и иными правами. Современный киберспорт ориентирован преимущественно на осуществление коммерческой деятельности, примером тому может послужить выпуск акций самой известной датской киберспортивной команды *Astralis*

дисциплин во Всероссийский реестр видов спорта"» (URL: http: pravo.gov.ru (дата обращения: 12.05.2021)).

[1] Считается, что скорость реакции среднестатистического пользователя составляет примерно 200 мс., профессионального игрока – 110 мс., а использование чит-программы *Minority* позволяет выполнять игровое действие с реакцией на игровое событие в 1 мс.

[2] В настоящее время крупнейшими компаниями – разработчиками компьютерных игр являются *Riot Games, Inc.* (владеет интеллектуальными правами на *League of Legends*), *Valve Corporation* (владеет интеллектуальными правами на *Dota 2, Counter-Strike, Global Offensive*), *Electronic Arts, Inc.* (владеет интеллектуальными правами на *Apex Legends, FIFA, Need for Speed*), *Blizzard Entertainment, S.A.S.* (владеет интеллектуальными правами на *Overwatch, Starcraft, Heartstone*).

и их публичное размещение на биржевом рынке, что определяет особенности правоотношений в данной области и помещает киберспорт в контекст гражданского, коммерческого или предпринимательского права.

В современной российской доктрине гражданского права вопрос о правовой природе компьютерной игры остается спорным, хотя большинство исследователей относят компьютерную игру к категории программ для ЭВМ[1]. Основаниями для такого определения служат положения ст. 1261 ГК РФ, согласно которым программой для ЭВМ является представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения.

Согласно действующему российскому законодательству авторские права на программы ЭВМ признаются и охраняются по правилам, установленным для авторских прав на литературные произведения. Вместе с тем в российском правопорядке существует возможность использовать механизм легального реверс-инжиниринга, который закреплен в ст. 1280 ГК РФ. Однако предполагается, что создание чит-программ не может быть совместимо с правомерным реверс-инжинирингом. Фактически разработка чит-программ прямым образом ущемляет законные интересы правообладателя авторских прав на компьютерную игру.

Один из самых ярких кейсов, который касается регламентирования института реверс-инжиниринга, случился в Соединенных Штатах Америки. Дело возникло по иску корпорации-разработчика игр *Blizzard* к членам проекта *BnetD*, разрабатывавших программное решение, позволяющее играть в *Starcraft* без прямого подключения к официальным серверам *Blizzard*, вследствие чего лицензионные ключи не проверялись на валидность, что приносило компании убытки. *Blizzard* в своем иске ссылалась на нарушение ответчиками авторского права разработчиками *BnetD*, нарушения лицензионного соглашения (*EULA*), Условий пользования сервисом (*ToU*) и Закона США об авторском праве в цифровую эпоху (*DMCA*). Решением Окружного суда Соеди-

[1] *Хасанов Э.Р.* К вопросу о правовом регулировании интеллектуальной собственности в игровой индустрии // Universum: экономика и юриспруденция. 2018. № 2 (47) (URL: https://7universum.com/ru/economy/archive/item/5467 (дата обращения: 13.01.2020)).

ненных Штатов Восточного округа штата Миссури иск *Blizzard, Inc.* был удовлетворен[1].

Игры в настоящее время распространяются посредством онлайн-дистрибуции через сервисы цифрового распространения контента на основании лицензионных договоров (*End-user license agreement*, далее – *EULA*). Такие лицензионные договоры предоставляют персональные, неэксклюзивные, не подлежащие передаче и переуступке лицензии на использование, воспроизведение исключительно в личных некоммерческих целях и домашних условиях. Особенно важно, что *EULA* от крупнейших корпораций-разработчиков игр запрещают изменять, подвергать инженерному анализу, разбирать на составляющие, декомплировать, извлекать программный код и прочим образом модифицировать программные материалы. Эти общие запреты распространяются, в том числе, и на создание читерского софта. В лицензионных договорах корпорации, которые создают игровые платформы для *e-Sports* и *e-Gaming*, особенным образом закрепляют запрет на использование чит-программ и иных программ, которые могут принести игроку несправедливое преимущество в игре.

Таким образом, юридически создание и использование чит-программ незаконно, противоречит императивным нормам законодательства об интеллектуальной собственности России и других национальных юрисдикций, а также лицензионным соглашениям с корпорациями-правообладателями.

Механизмы противодействия читерству

В настоящее время противодействие использованию чит-программ осуществляется с помощью программных решений, разрабатываемых корпорациями-разработчиками игр, а также сторонними производителями софта (например, решение *Anti-cheat* для игры *Counter-Strike: Global Offensive* от АО «Лаборатория Касперского») и организаторами киберспортивных соревнований (например, *Anticheat* также для *Counter-Strike: Global Offensive от ESL*).

Самым популярным античит-решением от разработчика игр является система *Valve Anti-Cheat System* (*VAC*) от *Valve Corporation*. Данная система является автоматизированной и предназначается для обнаружения читов на компьютерах пользователей. Последствиями блокировки

[1] Davidson & Associates, Inc. v. Internet Gateway [2004] 334 F. Supp. 2d 1164 (2004) (US District Court for the Eastern District of Missouri).

системой *VAC* может являться запрет играть на официальных серверах компании *Valve*, распоряжаться игровым имуществом (которое может быть достаточно дорогостоящим[1]).

На наш взгляд, осознавая весь вред читов для обеспечения честной игры *Valve Corporation* внедряет в *e-Gaming* сфере такие меры ответственности, базирующиеся на *EULA*, которые не могут обеспечить прозрачность и открытость процесса блокировок игровых аккаунтов. Так, *Valve* при блокировке игрового аккаунта не сообщает о причинах блокировки, не допускают возможность обжалования блокировки независимо от того, кто использовал аккаунт во время совершения противоправных действий по использованию чит-программы. Такая политика в отношении игроков может приводить к злоупотреблениям со стороны сотрудников корпорации-разработчика игр, модераторов игрового сообщества.

В то же время в игровом продукте компании *Valve Counter-Strike: Global Offensive* применяется уникальная система саморегулирования сообщества игроков в случае подозрения игрового аккаунта в использовании читов.

Так, игроки, которые по определенным параметрам являются компетентными и опытными членами игрового сообщества могут участвовать в системе «Патруль». Эти игроки назначаются «следователями», которые имеют право отсматривать в качестве независимых судей записи матчей, где «подозреваемый» в использовании читов игрок мог явно продемонстрировать нечестную игру. «Следователи» выносят коллективное решение («вердикт»), отвечая на ряд вопросов о тяжести налагаемого наказания. В настоящее время «тяжким преступлением» признается читерство, «мелким преступлением» – неподобающее поведение (оскорбление других игроков, использование запрещенных игровых механик без признаков читерства). Аккаунт, который становится «подозреваемым», отбирается на основании жалоб других игроков. Решения «следователей» сопоставляются между собой в ряде дел, что приводит к большему или меньшему воздействию на конкретное дело.

Подобное саморегулирование игрового сообщества может довольно объективно отражать анализ матчей на предмет читерской активности.

[1] По состоянию на январь 2019 г. самое дорогое оружие в игре *Counter-Strike*: *Global Offensive AWP "Dragon Lore"* сувенирного качества стоит около 40 тыс. долл. США, самый дорогой нож в игре *Counter-Strike: Global Offensive M9 Bayonet* «Кровавая паутина» стоит около 20 тыс. долл. США. Золотые курьеры *Unusual Baby Roshan* в *Dota 2* стоят около 200 тыс. руб.

В то же время игрок – сторона по лицензионному договору – не является полностью застрахованным от необоснованных жалоб со стороны других игроков сообщества и так называемых «следователей», при этом фактически не имея возможности обжаловать решение о вынесении блокировки как в досудебном, так и в судебном порядке[1].

К слову, в российской судебной практике существуют дела об оспаривании блокировок в игре. Так, например, в 2012 г. в Черемушкинском районном суде Москвы рассматривалось дело[2] о неправомерных, по мнению истца, блокировках игрового аккаунта в игре *Total Influence*. Требование истца в суде первой инстанции к разработчику и правообладателю игры было удовлетворено по основаниям Закона о защите прав потребителей.

Все указанные процедуры по выявлению читов применимы и к профессиональным игрокам в *e-Sports* матчах. На турнирах от *ESL* (*ESL Anticheat*) и *Starladder* (*Kaspersky Anti-Cheat*) используется собственный античит-софт. При этом в случае с античитом от АО «Лаборатория Касперского» на матчах турнирного оператора *Starladder* как такового реверс-инжиниринга не выполняется, на компьютере игрока античит не производит вычислений, данные собираются и отправляются в облако. Также автоматические блокировки не реализуются. Решение о нарушении правил проведения турнира и об использовании запрещенного программного обеспечение выносится судьей. Таким образом, на турнире *ESL India Premiership 2018* был забанен игрок *Optic Gaming* Никиль «forsaken» Кумавата. После экспертной оценки и решения судьи было вынесено решение, что игрок использовал запрещенное программное обеспечение. К коллективу *Optic Gaming* было применено дисциплинарное наказание в виде дисквалификации со стороны *ESL India*. *Valve Corporation* также ведет реестр дисквалифицированных игроков, которым запрещается участие в турнирах.

Хотя античит-программы и преследуют благие цели, но специфика работы подобного софта, во-первых, влечет за собой риск неправомерных блокировок в том случае, когда мошенническое программное обеспечение не было использовано (ложное срабатывание античит-защиты), а негативные последствия такого ложного срабатывания очень трудно опротестовать. Во-вторых, античит-программы сканируют

[1] Лицензионные соглашения корпораций-разработчиков компьютерных игр с конечным пользователем последовательно закрепляют необходимость использования процедур индивидуального арбитража.

[2] Право в сфере Интернета: сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

оперативную память компьютера или иной аппаратной платформы, получают доступ к исполняемым приложениям и личным файлам пользователя, что может негативным образом сказываться на обеспечении приватности данных игрока.

С учетом сказанного более разумной представляется судейская модель в киберспорте, где процедура разбирательства предусмотрена регламентом соревнований. Но что же делать миллионам онлайн-игроков, которые просто играют в компьютерные игры?

Виды юридической ответственности за использование чит-программ

В современном компьютерном гейминге существует несколько видов юридической ответственности за жульнические практики.

Гражданско-правовая ответственность применяется в основном в *e-Gaming* сфере. Причем иски подаются как к разработчикам читов, так и к рядовым пользователям читов.

К примеру, очень показательно дело[1] 2019 г., рассматриваемое в Верховном суде Англии, по параллельному[2] иску *Blizzard Entertainment S.A.S.* и *Blizzard Entertainment Inc.* против *Bossland GmbH*, *Zwetan Letschew* и *Patrick Kirk* (директоров и акционеров немецкой компании). Ответчики, признавшие требования *Blizzard*, способствовали нарушению пользователями своих продуктов (чит-программ и программ по автоматизации игрового процесса – ботов для игр *World of Warcraft*, *Diablo III*, *Hearthstone*) лицензионных соглашений с компанией *Blizzard*. Подобное дело в настоящее время рассматривается между компанией *Ubisoft* и несовершеннолетним подростком – фактическим владельцем компании *MizuSoft*, занимающейся разработкой читов для игры *Rainbow Six Siege*.

Другое дело[3] рассматривается Окружным судом Соединенных штатов Восточного района Северной Каролины. Оно возникло по иску

[1] *Blizzard Entertainment SAS, Blizzard Entertainment Inc. v. Bossland GmbH, Zwetan Letschew, Patrick Kirk* [2019] HC_2016-002774 [2019] EWHC 1665 (Ch) (England and Wales High Court).

[2] Ранее тяжбы велись в немецких судах. См.: 1) *Blizzard v. Bossland* [2012] 5 U 168/11 (the Higher Regional Court of Hamburg); *Hanseatisches Oberlandesgericht. Blizzard v. Bossland Appeal* [2014] 3 U 86/13 (Higher Regional Court of Hamburg); *Hanseatisches Oberlandesgericht Blizzard v. Bossland* [2017] I ZR 253/14 (the Federal Court of Justice); 2) *Blizzard v. Bossland [2017] I ZR 253/14* (the Federal Court of Justice).

[3] *Epic Games Inc. v. Caleb Rodgers* [2019] N/A (United States District Court for Eastern District of North Carolina).

корпорации *Epic Games* к 14-летнему подростку с ником *Sky Orbit*, демонстрировавшему на своем *YouTube*-канале геймплей игры *Fortnite* с использованием читов. Таким образом, игрок нарушил требования лицензионного соглашения о запрете использования читов.

Очень показательным является дело[1], рассматриваемое Окружным судом Соединенных штатов Южного округа Нью-Йорка по иску *TakeTwo Interactive Software Inc*. против *Jhonny Perez*. В судебном процессе было установлено, что *TakeTwo* был «нанесен непоправимый ущерб в результате противоправных действий г-на Переса»: ответчик использовал читерскую программу, которая «создает новые функции и элементы в игре *Grand Theft Auto V*, которые могут быть использованы для нанесения вреда легитимным игрокам». Вследствие этого были сделаны выводы, что «*TakeTwo* теряют контроль над тщательно сбалансированным геймплеем», использование чита «наносит вред игровой среде, отбивая у пользователей охоту делать покупки в будущем и играть в игру», и, наконец, «программа ответчика позволяет пользователю создавать неограниченное количество виртуальной валюты, что подрывает ценообразование в игре и продажи виртуальной валюты». В соответствии с положениями 17 U.S.C. § 101 *et seq* г-н Перес признан виновным в нарушении авторского права, а также в нарушении лицензионного договора. В итоге суд решил, что г-н Перес обязан выплатить корпорации *TakeTwo Inc*. более 150 тыс. долл. США. Это дело проясняет, какие интересы корпорации-правообладателя нарушаются при использовании читерского программного обеспечения.

В то же время в отношении профессиональных киберспортсменов, уличенных в использовании читов или участии в договорных матчах, не применяются меры гражданско-правовой ответственности. И это при том, что в традиционном спорте существует показательное дело, в котором пойманный на допинге после серии побед в «Тур де Франс», титулованный велогонщик Лэнс Армстронг по итогам 10-летнего судебного разбирательства должен выплатить страховой компании *SCA Promotions* 10 млн долл. США[2].

В профессиональном *e-Sports*, как было упомянуто, реализуется механизм **дисциплинарной ответственности**, который приводит к запрету играть на отдельных категориях турниров за различные нарушение со-

[1] *Take-Two Interactive Software Inc. v. Jhonny Perez* [2014] 1:18-cv-07658 (PKC) (United States District Court Southern District of New York).

[2] *SCA Promotions Inc. v. Armstrong*, DC-13-01564, and *SCA Promotions Inc. v. Armstrong*, DC-15-01764, District Court of Dallas County, Texas, 116th Judicial District.

ревновательных правил. Бесспорно, большинство подобных запретов связаны с использованием чит-программ на онлайн- и оффлайн-турнирах. При этом обоснованность банов некоторых игроков вызывает большие вопросы. Например, в декабре 2016 г. игрок немецкого коллектива *DieBernds Thilo "syken" Phan* получил запрет на участие в турнирах *99Damage* на полгода лишь за то, что играл в команде с человеком, который не имел права участвовать в профессиональном турнире по дисциплине *Counter-Strike: Global Offensive*.

Особого внимания заслуживает то, что Федерация компьютерного спорта России устанавливает особые требования к проведению *e-Sports*-турниров в России.

Так, Министерством спорта РФ утверждены Правила вида спорта «Компьютерный спорт»[1], в п. 5.6.1 которых установлен запрет на использование чит-программ и прочего программного обеспечения, способствующих созданию неравных условий для киберспортсменов при проведении соревнований. Согласно п. 5.7. Правил регулирование запретов на читерство распространяется не только на специализированное читерское программное обеспечение, но и на регулирование параметров отображения внешнего вида вне рамок стандартных настроек игрового клиента, что в целом может не подпадать под квалификацию нелегального читерства, которое запрещается институтами гражданского права, но дает игроку некоторое преимущество в игре. Федерация компьютерного спорта России также ведет список дисквалифицированных киберспортсменов.

Стоит отметить, что упомянутые Правила компьютерного спорта разработаны в соответствии с Правилами и Техническими регламентами Международной федерации компьютерного спорта (*International e-Sport Federation, IESF*). Так, Правила проведения соревнований, утвержденные *IESF*, аналогичным образом запрещают использование читов на турнирах: «Любой читинг, выявленный организаторами турнира по их единоличному усмотрению, будет влечь за собой немедленное аннулирование результатов соревнования и дополнительные санкции в зависимости от степени тяжести нарушения»[2].

В некоторых национальных правопорядках внедряется механизм **уголовной ответственности** за разработку читов для компьютерных игр.

[1] Приказ Министерства спорта Российской Федерации от 22.01.2020 № 22 «Об утверждении правил вида спорта «Компьютерный спорт» (URL: http://pravo.gov.ru (дата обращения: 12.05.2021)).

[2] IESF Competition Regulations International eSports Federation, 2019 // ie-sf.org (URL: https://ie-sf.org/governance/regulations (дата обращения: 14.01.2020)).

Так, в Южной Корее в соответствии с положениями ст. 44 Закона о продвижении игровой индустрии[1] лицо, которое занимается разработкой и распространением компьютерных программ, аппаратов и устройств, связанных с игровой продукцией, с целью нарушения нормального функционирования игровой продукции может наказываться лишением свободы на срок до пяти лет с возложением трудовой повинности или штрафом в размере до 50 млн южно-корейских вон[2]. Так, в 2018 г., по сообщениям южно-корейских средств массовой информации и профильных изданий о киберспорте, в результате обращения компании *Blizzard* с заявлением о разработке и распространении читерского программного обеспечения неустановленным лицом Департаментом по противодействию киберпреступлениям Сеульского отделения Национального агенства полиции был арестован 28-летний гражданин Южной Кореи. Фактические обстоятельства дела, о которых заявлял разработчик онлайн-игры *Overwatch*, были установлены в ходе оперативных мероприятий, виновному было назначено условное наказание.

Представляется, что в настоящее время, несмотря на упорядочивание как спортивных, так и сопутствующих экономических, правовых процессов, происходящих вследствие глобальной институционализации *e-Gaming* и *e-Sports*, ответственность за использование, а также разработку и распространение читов не систематизирована. Думается, что механизмы гражданско-правовой ответственности в *e-Sports* должны существенно расширяться в связи с появлением в данной сфере новых субъектов – киберспортивных организаций (киберспортивных клубов, киберспортивных организаций, мультигейминговых организаций и т.д.), которые выстроены на основе принципов профессионализма и коммерческого интереса.

Развитие киберспортивных состязаний, на наш взгляд, должно предполагать страхование ответственности турнирными операторами, распределение ответственности между игроком, киберспортивной организацией, турнирным оператором и организацией-правообладателем игры. Основанием гражданско-правовой ответственности должны выступать обстоятельства нарушения лицензионных соглашений, где все вышеуказанные субъекты являются полноправными сторонами.

[1] Game industry promotion Act [Enforcement Date 12. Jan, 2019.] [Act No.15859, 11. Dec, 2018., Partial Amendment] // law.go.kr (URL: http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=205598 (дата обращения: 14.01.2020)).

[2] Более 43 тыс. долл. США.

При этом существуют перспективы развития правоприменительной практики в такой картине мира: должен быть четкий процессуальный доказательственный стандарт, согласно которому можно было бы определять использование чит-программ. Вполне возможно, что расследование случаев читерства при проведении онлайн- и оффлайн-турниров должно быть делегировано специальным комиссиям при национальных федерациях компьютерного спорта либо судебным органам.

Что касается вопросов дисциплинарной ответственности в *e-Sports*, то практика лайфтайм-банов[1] должна искореняться. Вместо этого должны быть созданы четкие унифицированные правила по применению мер дисциплинарной ответственности. В вопросах внедрения уголовной и административной ответственности нам близка позиция АО «Лаборатория Касперского», согласно которой читы для многопользовательских игр мало чем отличаются от вредоносных программ, а их использование в соревнованиях сравнимо с киберпреступлениями.

При этом стоит отметить, что в Российской Федерации установлена уголовная ответственность за преступления, связанные с допингом: в частности, Уголовный кодекс РФ содержит ст. 230.1 «Склонение спортсмена к использованию субстанций и (или) методов, запрещенных для использования в спорте» и ст. 230.2 «Использование в отношении спортсмена субстанций и (или) методов, запрещенных для использования в спорте». К чему должны быть приравнены читы в *e-Sports* – к допингу или киберкриминалу – вопрос открытый.

В спорах, вытекающих из *e-Gaming* сферы, естественно, никогда не возникнет проблематика, связанная с допингом, спортивным регулированием или индивидуальным судейством и комплексным анализом расследования случаев о применении читов. Регулирование общественных отношений в сфере «потребительского» гейминга, на первый взгляд, более очевидно, а структура договорных отношений – более упорядочено. Но, как мы видим, киберспорт развивается не полностью автономно от большой, многоукладной игровой индустрии, а самые дорогостоящие требования вытекают из той сферы, где есть массовый потребитель. Поэтому защищать обычного игрока должны базовые институты права интеллектуальной собственности, разграничивающие ситуации, когда игрок сознательно хочет приобрести отнюдь не эфемерное игровое преимущество, причинив прямой экономической убыток корпорации-разработчику

[1] Пожизненный запрет на участие в киберспортивных состязаниях.

и правообладателю игры, от случаев, когда потребители, включая несовершеннолетних, использует жульнические, хотя в целом довольно безобидные программные решения для удовлетворения своей страсти к игре.

Заключение

В рамках данной работы нами была проанализирована одна из наиболее актуальных проблем, возникающих в компьютерном гейминге и профессиональном киберспорте –читерство. Такое явление существует на протяжении нескольких десятков лет. Сначала «легализованный» читинг использовали разработчики компьютерных игр, осознанно внедряя в свои продукты чит-коды и «пасхалки» для привлечения дополнительной аудитории и удержания существующей. Но время течет! И от традиционного гейминга отпочковался профессиональный киберспорт, который практически неотличим от традиционного большого и высокобюджетного спорта. Об этом, в частности, может свидетельствовать и тот факт, что крупнейшие спортивные гранды (например, футбольный клуб *Paris Saint-Germain* является владельцем киберспортивной команды *PSG.LGD* по дисциплине *Dota 2*, а футбольный клуб «Локомотив» создал киберспортивное подразделение *Loko Esports Team*) инвестируют деньги, управленческие и организационные ресурсы в киберспорт. И проблема противодействия нечестным практикам, в том числе читерству, становится вполне актуальной.

Вместе с тем при том, что читерство является действием не только аморальным, но и неправомерным с точки зрения гражданского, а иногда и уголовного законодательства, необходимо понимать, что обладателем интеллектуальных прав на игры как программные платформы и для *e-Gaming,* и для *e-Sport* являются большие корпорации, ориентированные на получения прибыли. И никто не застрахован от того, что эти корпорации могут злоупотреблять своими правами при противодействии читерству. В условиях же когда, например, киберспорт становится не только одним из трендов[1] третьего тысячелетия,

[1] При этом важным является тот факт, что согласно данным *PwC* для современного киберспорта характерен высокий уровень концентрации – 95 % всех доходов в *e-Sports* приходится на 10 стран. В число ведущих стран по объему рынка входит и Российская Федерация (Медиаиндустрия в 2019–2023 гг.: Киберспорт // PricewaterhouseCoopers (URL: https://www.pwc.ru/ru/publications/mediaindustriya-v-2019/kibersport.html (дата обращения: 13.01.2020)).

но и общественно значимым явлением[1], то власть корпораций-разработчиков компьютерных игр в ряде аспектов требуется сдерживать. Для этого требуется стимулирование развития системы киберспортивной регуляции: поддержка Международной федерации компьютерного спорта, национальных федераций компьютерного спорта, а также развитие законодательства, в первую очередь, гражданского и конкурентного.

Пристатейный библиографический список

1. Медиаиндустрия в 2019–2023 гг.: Киберспорт // PricewaterhouseCoopers (URL: https://www.pwc.ru/ru/publications/mediaindustriya-v-2019/kibersport.html (дата обращения: 13.01.2020)).

2. Право в сфере Интернета: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. 528 с.

3. *Хасанов Э.Р.* К вопросу о правовом регулировании интеллектуальной собственности в игровой индустрии // Universum: экономика и юриспруденция. 2018. № 2 (47) (URL: http: 7universum.com/ru/economy/archive/item/5467 (дата обращения: 13.01.2020)).

4. *Blizzard Entertainment SAS, Blizzard Entertainment Inc. v. Bossland GmbH, Zwetan Letschew, Patrick Kirk* [2019] HC_2016-002774 [2019] EWHC 1665 (Ch) (England and Wales High Court).

5. *Blizzard v. Bossland* [2012] 5 U 168/11 (the Higher Regional Court of Hamburg).

6. *Davidson & Associates, Inc. v. Internet Gateway* [2004] 334 F. Supp. 2d 1164 (2004) (US District Court for the Eastern District of Missouri).

7. *Epic Games Inc. v. Caleb Rodgers* [2019] N/A (United States District Court for Eastern District of North Carolina).

8. Game industry promotion Act [Enforcement Date 12. Jan, 2019.] [Act № 15859, 11. Dec, 2018, Partial Amendment] // law.go.kr (URL: http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=205598 (дата обращения: 14.01.2020)).

9. *Hanseatisches Oberlandesgericht Blizzard v. Bossland* [2017] I ZR 253/14 (the Federal Court of Justice).

10. *Hanseatisches Oberlandesgericht. Blizzard v. Bossland Appeal* [2014] 3 U 86/13 (Higher Regional Court of Hamburg).

[1] Киберспорт признается в качестве официального вида спорта, киберспорт становится элементом учебных программ в высших учебных заведениях, открываются детско-юношеские киберспортивные секции, проводятся международные киберспортивные соревнования, в том числе для укрепления межнационального сотрудничества.

11. IESF Competition Regulations International eSports Federation, 2019 // ie-sf.org (URL: https://ie-sf.org/governance/regulations (дата обращения: 14.01.2020)).

12. *Rahul Joshi*. Cheating and Virtual Crimes in Massively Multiplayer Online Games. London: Royal Holloway, University of London, 15 January 2008. 88 p.

13. *SCA Promotions Inc. v. Armstrong, DC-13-01564, and SCA Promotions Inc. v. Armstrong*, DC-15-01764, District Court of Dallas County, Texas, 116th Judicial District.

14. *Take-Two Interactive Software Inc. v. Jhonny Perez* [2014] 1:18-cv-07658 (PKC) (United States District Court Southern District of New York).

А.В. Гапанович

ЯВЛЯЕТСЯ ЛИ ЦИФРОВОЙ ДВОЙНИК САМОСТОЯТЕЛЬНЫМ ОБЪЕКТОМ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ?[1]

Аннотация. *В статье рассмотрены особенности технологии цифрового двойника. Проведено разграничение данной технологии с такими смежными категориями, как информационная модель, цифровой образ, цифровой профиль, цифровая тень, виртуальный объект. Сделан вывод о неоднородности объектов, входящих в состав технологии цифрового двойника.*

Ключевые слова: *цифровой двойник, объект права, искусственный интеллект, виртуальная реальность, дополненная реальность, цифровой образ, цифровой профиль, цифровая тень, виртуальный объект, единая технология.*

В юридической литературе все чаще встречаются заключения о необходимости расширения круга объектов гражданских прав за счет новых их разновидностей, возникающих вследствие цифровизации экономики. Подобные суждения вызывают широкую дискуссию и дают повод для высказывания позиций, иногда противоположных.

Так, С.И. Носов исходит из того, что право к указанным новшествам может относиться по-разному: например, в силу присущего ему консерватизма пытаться применять к ним действующую систему правовых норм, устоявшиеся правовые конструкции[2]. Вместе с тем, по мнению автора, становится все более очевидным, что требуются новые подходы, новые конструкции регулирования возникающих отношений.

Также и Э.В. Талапина пишет о том, что в отношении виртуальных объектов не обойтись без создания новых, специальных норм, подчеркивая при этом, что наступление новых технологий способно

[1] Настоящая статья представляет собой дополненную версию авторской статьи «Цифровой двойник – самостоятельный объект гражданских прав?» (Хозяйство и право. 2020. № 7. С. 95–104).

[2] *Носов С.И.* Право и информатизация // Юрист. 2019. № 4. С. 8.

вовсе переформатировать право, само это понятие, феномен, его содержание, механизм действия, да и всю систему права[1].

Между тем не во всех случаях применение новых технологий влечет возникновение новых объектов, которые подлежат упоминанию в нормах ГК РФ об объектах гражданских прав. Данный тезис предлагается проиллюстрировать примером технологии цифрового двойника.

Что собой представляет цифровой двойник?

По поводу цифрового двойника как новейшей технологии опубликовано множество работ, однако в большинстве своем эти публикации носят сугубо технический характер и описывают содержание и возможности именно самой технологии. Какие-либо серьезные юридические исследования по данной проблематике найти достаточно сложно. Как правило, в статьях на правовую тематику авторы ограничиваются упоминанием цифрового двойника среди иных цифровых объектов без детального разбора его правовой природы и сущности.

Обратившись к официальным (прежде всего стратегическим) документам, можно встретить положения об использовании современных технологий, в том числе технологий цифровых двойников[2]. Так, в Дорожной карте развития «сквозной» цифровой технологии «Новые производственные технологии»[3] «цифровой двойник» назван технологией-интегратором практически всех сквозных цифровых технологий и субтехнологий, он характеризуется как технология-драйвер. В Комплексном плане модернизации и расширения магистральной инфраструктуры на период до 2024 года[4] к числу основных сквозных технологий работы с данными в транспортном комплексе относятся именно цифровые двойники – виртуальные образы транспортных средств и объектов инфраструктуры, в том числе для управления их жизненным циклом. Важно заметить, что последний из названных актов является единственным официальным документом, в котором

[1] *Талапина Э.В.* Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. 2018. № 2. С. 11.

[2] Паспорт национального проекта «Образование», утв. Президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 24.12.2018 № 16.

[3] Сформирована в рамках федерального проекта «Цифровые технологии» национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации».

[4] Утвержден распоряжением Правительства РФ от 30.09.2018 № 2101-р.

понятие цифрового двойника рассматривается не через призму математических моделей и иных технических понятий.

С учетом сказанного для целей правовых исследований прежде всего надо определить, что следует понимать под цифровым двойником, для установления действительной природы данного явления обратившись к содержанию самой технологии. Как будет показано ниже, суть данной технологии оказывает непосредственное влияние на понимание цифрового двойника в юридическом аспекте.

Как известно, концепцию цифрового двойника представил в 2003 г. в Мичиганском университете Майкл Гривс в статье[1] по управлению жизненным циклом продукта (*PLM*). Цифрового двойника он рассматривал как виртуальный, цифровой эквивалент физического продукта. При этом он отмечал, что описание виртуального продукта должно быть практически идентичным физическому, указывая на необходимость взаимосвязи между физическим и виртуальным объектами (синхронизации данных о физическом продукте и информации, содержащейся в виртуальном объекте). При этом он выделял три основные составляющие концептуальной модели цифрового двойника: 1) физические продукты в реальном пространстве; 2) виртуальный продукт в виртуальном пространстве; 3) взаимосвязь данных и информации, которые связывают виртуальный и реальный продукты. Кроме того, М. Гривс подчеркивал, что использование модели цифрового двойника должно происходить на протяжении всего жизненного цикла продукта, что, по мнению автора настоящей статьи, является немаловажным для понимания сути цифрового двойника для целей права.

Вслед за М. Гривсом к теории цифрового двойника стали обращаться многие ученые и практики как в России[2], так и за рубежом[3].

---

[1] *Greeves Michael W.* Digital Twin: Manufacturing Excellence through Virtual Factory Replication. LLC, 2014, 7 pp.

[2] Частично публикации анализируются в настоящей статье.

[3] См., например: *Schule M., Linus A., Juergen R.* Experimentable digital twins for model-based systems engineering and simulation-based development // 11th Annual IEEE International Systems Conference, SysCon. 2017. 1–8 pp.; *Glaessgen E., Stargel D.* The digital twin par-adigm for future NASA and US Air Force vehicles // 53rd AIAA/ASME/ASCE/AHS/ASC Structures, Structural Dynamics and Materials Conference 20th AIAA/ASME/AHS Adaptive Structures Conference 14th AIAA. 2012. 1818 pp.; *Rosen R., Wichert G., Lo G., Bettenhausen K.* About The Importance of Autonomy and Digital Twins for the Future of Manufacturing. IFAC-PapersOnLine, 2015, 567–572 pp.; *El Saddik A.* Digital twins: the convergence of multimedia technologies // IEEE MultiMedia. 2018. Т. 25. №. 2. 87–92 pp. и т.д.

Проведенный анализ публикаций, посвященных цифровому двойнику, позволяет выделить следующие присущие данной технологии особенности:

1) она может быть использована в отношении любых объектов – вещей, процессов, систем и т.д. Однако для упрощения понимания под объектом далее будет пониматься реально существующий физический продукт (далее – физический объект);

2) технология применима как к уже существующим физическим объектам, так и к проектируемым;

3) взаимосвязь между физическим объектом и цифровым двойником, являющимся аналогом физического объекта (этот вывод прямо вытекает из суждений Майкла Гривса, причем обязательным является полное сходство между физическим объектом и его цифровым двойником);

4) цифровой двойник – это динамическая модель физического объекта: с учетом существования цифрового двойника на протяжении всего жизненного цикла физического объекта, т.е. на этапе создания, доработки, эксплуатации, устранения недостатков, утилизации (ликвидации), цифровой двойник должен быть «постоянно обновляемым представлением реального физического продукта, устройства, процесса»[1] (это предполагает сбор данных о физическом объекте, их обработку, анализ и последующие прогнозы и предложения относительно улучшения работы объекта);

5) цифровой двойник предполагает использование технологии дополненной и виртуальной реальности[2];

6) применение в технологии цифрового двойника искусственного интеллекта и машинного обучения[3]: как отмечается в литературе, цифровой двойник работает в три этапа: видеть, думать и делать[4];

7) «наследование» данных о физическом объекте при создании его новых модификаций, т.е. максимальное использование предыдущего

---

[1] *Фонтес Эд*. Цифровые двойники: не просто модный тренд (URL: https://www.comsol.ru/blogs/digital-twins-not-just-hype/ (дата обращения: 18.02.2020)).

[2] *Вичугова А.* Цифровизация производства и цифровые двойники: объединяем PLM, IoT и Big Data (URL: https://www.bigdataschool.ru/bigdata/digital-twin-plm-iot-big-data.html (дата обращения: 18.02.2020)).

[3] Технология цифровых двойников (URL: https://future2day.ru/texnologiya-cifrovyx-dvojnikov/ (дата обращения: 18.02.2020)).

[4] *Курганова Н.В., Филин М.А., Черняев Д.С., Шаклеин А.Г., Намиот Д.Е.* Внедрение цифровых двойников как одно из ключевых направлений цифровизации производства // International Journal of Open Information Technologies. 2019. Т. 5. № 5. С. 106.

опыта проектирования, изготовления и испытаний при разработке новых изделий[1].

Технологии цифровых двойников в настоящее время активно применяются на практике. *Gartner* прогнозирует, что уже к 2021 г. половина крупных промышленных компаний будет использовать цифровых двойников, что приведет к повышению эффективности этих организаций на 10%. По прогнозам экспертов, через пять лет рынок таких продуктов, как цифровые двойники, достигнет 16 млрд долл.[2]

Можно привести несколько примеров использования технологии цифрового двойника.

Tesla создает цифрового двойника для каждого проданного автомобиля. Встроенные в него датчики передают данные на завод, где искусственный интеллект решает, штатно ли работает машина или ей требуется техническое обслуживание. Причем некоторые сбои компания устраняет удаленно, просто обновив программное обеспечение автомобиля.

Chevron Corporation использует технологию на нефтяных месторождениях и нефтеперерабатывающих заводах, чтобы предсказывать возможные технические проблемы. Предполагается, что применение цифровых двойников на производстве расширят к 2024 г.

У Сингапура есть цифровой двойник – динамическая трехмерная модель города со всеми объектами: от зданий и мостов до бордюров и деревьев. В виртуальный Сингапур поступают данные с городских датчиков и информация от госучреждений. Положительные эффекты внедрения цифрового двойника города: правительство может прогнозировать действия в случае ЧС, а архитекторы – планировать новые стройки с учетом городской инфраструктуры[3].

В России эта технология не менее востребована.

Первым значимым проектом, реализованным полностью в этой технологии, считается «Кортеж» – это проект, в рамках которого создаются представительские автомобили серии *Aurus*[4].

---

[1] *Курганова Н.В., Филин М.А., Черняев Д.С., Шаклеин А.Г., Намиот Д.Е.* Внедрение цифровых двойников как одно из ключевых направлений цифровизации производства // International Journal of Open Information Technologies. 2019. Т. 5. № 5. С. 107.

[2] *Пешкова И.* Как цифровые двойники помогают российской промышленности (URL: https://rb.ru/longread/digital-twin/ (дата обращения: 22.02.2020)).

[3] *Мокшина О.* Цифровые двойники: как интернет вещей предотвращает аварии на производстве (URL: https://mcs.mail.ru/blog/cifrovye-dvojniki-internet-veshchej-predotvrashchaet-avarii (дата обращения: 04.07.2020)).

[4] Цифровые двойники и цифровые тени в высокотехнологичной промышленности (URL: https://news.myseldon.com/ru/news/index/197616357 (дата обращения: 22.02.2020)).

Цифровой двойник внедряется, в частности, и на площадках КамАЗа: уже созданы 3D-модели 28 единиц станков с ЧПУ и 20 универсальных станков, а также более 50 единиц различного технологического оборудования (роботы, манипуляторы, кантователи, рольганги). 3D-модели применяются при моделировании механообработки и сборки, а также для размещения оборудования на 3D-планировках заводов.

Вместе с тем, несмотря на активное производственное применение технологий цифрового двойника, единой трактовки данного термина не существует. Различными авторами предлагаются разные определения термина «цифровой двойник». Для целей настоящей статьи интерес представляют лишь те из них, которые могут быть использованы для установления правовой сущности цифрового двойника; те, в которых понятие цифрового двойника раскрывается с технической точки зрения, далее рассматриваться не будут.

Итак, самым простым определением цифрового двойника, обнаруженным в сети Интернет, стало следующее: это виртуальная копия физического продукта, процесса или системы[1].

По мнению В. Потехина, цифровой двойник – это виртуальная модель (прототип) существующего в реальности предмета: детали, устройства или технологического процесса[2].

Более пространное определение содержится в публикации А. Вичуговой, которая под цифровым двойником понимает виртуальную интерактивную копию реального физического объекта или процесса, которая помогает эффективно управлять им, оптимизируя бизнес-процессы[3].

В качестве развивающегося цифрового профиля исторического и текущего поведения физического объекта или процесса, который помогает оптимизировать эффективность бизнеса, рассматривают цифрового двойника Д.С. Кокорев и А.А. Юрин[4].

Беглый просмотр изложенных определений позволяет заключить, что изложенные определения не раскрывают цифрового двойника с юридической стороны. Вследствие этого представляется необходимым разобрать ряд вопросов, способствующих более глубокому раскрытию рассматриваемого понятия.

---

[1] Технология цифровых двойников (URL: https://future2day.ru/texnologiya-cifrovyx-dvojnikov/ (дата обращения: 18.02.2020)).

[2] *Потехин В.* Цифровой двойник (URL: https://xn--80aaafltebbc3auk2aepkhr3ewjpa.xn--p1ai/tsifrovoy-dvoynik/ (дата обращения: 20.02.2020)).

[3] *Вичугова А.* Указ. соч.

[4] *Кокорев Д.С., Юрин А.А.* Цифровые двойники: понятие, типы и преимущества для бизнеса // COLLOQUIUM-JOURNAL. 2019. № 10 (34). С. 102.

Отличие цифрового двойника от смежных категорий

Обозначенные выше особенности технологии цифрового двойника позволяют разграничить понятие «цифровой двойник» от смежных категорий, таких как информационная модель, цифровой образ, цифровой профиль, цифровая тень, виртуальный объект.

Информационная модель

Цифрового двойника можно рассматривает как некий информационный сервис, в котором хранится информация о соответствующем физическом объекте. Причем технология цифрового двойника позволяет собирать информацию о физическом объекте на всех стадиях его существования – от проектирования до утилизации и при создании его модифицированных копий.

Обозначенные свойства цифрового двойника сближают его с информационной моделью.

В ГОСТ 2.053-2013 «Единая система конструкторской документации. Электронная структура изделия. Общие положения» дано следующее определение: информационная модель изделия представляет собой информационное описание понятий предметной области в определенном контексте и в объеме, достаточном для решения конкретной задачи (п. 3.1.6). Иными словами, информационная модель – это информация, описывающая ограниченное количество характеристик и параметров объекта, которые необходимы для решения определенной задачи, она не привязана к конкретному материальному предмету (физическому объекту).

Последнее принципиально отграничивает информационную модель от цифрового двойника: цифровой двойник не ограничивается сбором данных, полученных на стадии разработки и изготовления продукта, – он продолжает собирать и анализировать данные во время всего жизненного цикла реального физического объекта, в том числе с помощью многочисленных *IoT*-датчиков (сокр. от англ. *Internet of Things* – интернет вещей). Таким образом, технология цифрового двойника дает возможность моделировать самые разные ситуации, которые могут возникать на производстве, позволяя подбирать наиболее адекватные сценарии проведения технологических процессов, чтобы избежать «сбоев и форс-мажоров»[1].

[1] Подробнее см.: *Пешкова И.* Указ. соч.

Цифровой образ

Необходимо учитывать цифровой формат – это особая форма выражения, (существования, оформления) объекта, в силу которой он «существует» в информационной системе в виде кода. Например, Л.В. Санникова и Ю.С. Харитонова указывают, что под цифровой формой существования активов следует понимать именно двоичный код[1].

Применительно к слову «образ» даются следующие определения: это живое, наглядное представление о ком-либо или о чем-либо[2]; это обобщенное художественное восприятие действительности, облеченное в форму конкретного индивидуального явления[3]. Вследствие сказанного можно заключить, что образ не всегда в полной мере воспроизводит само явление (объект и т.д.), так как в большей степени связан с индивидуальным восприятием и представлением конкретного лица об объекте (явлении).

Исходя из сказанного, можно понимать цифровой образ как существующее в цифровой форме представление об объекте, воспроизводящее основные данные о нем – он отображает реальный физический объект лишь приблизительно, с некоторыми отступлениями.

В свою очередь для цифрового двойника характерно точное воспроизведением физического объекта в цифровом формате с возможностью отслеживания действий последнего, накопления данных о его существовании в реальном мире и поиском вариантов решения задач, связанных с обслуживанием объекта и устранением ошибок (неполадок) на протяжении всего его жизненного цикла.

Цифровой профиль

Не так давно был разработан законопроект о цифровом профиле гражданина и юридического лица[4]. Проект предусматривает дополнение Закона «Об информации» новой статьей, посвященной правовому регулированию цифрового профиля.

---

[1] *Санникова Л.В., Харитонова Ю.С.* Правовая сущность новых цифровых активов // Закон. 2018. № 9. С. 93.

[2] *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка / Российская академия наук. Ин-т русского языка; Российский фонд культуры. М.: АЗЪ, 1993. С. 447.

[3] Образ // Современный толковый словарь русского языка Ефремовой (URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf/efremova/200310/%D0%9E%D0%B1%D1%80%D0%B0%D0%B7 (дата обращения: 22.02.2020)).

[4] Законопроект № 747513-7 (URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/747513-7 (дата обращения: 24.02.2020)).

Под цифровым профилем в законопроекте понимается совокупность сведений о гражданах и юридических лицах, содержащихся в информационных системах государственных органов, органов местного самоуправления и организаций, осуществляющих отдельные публичные полномочия, а также в единой системе идентификации и аутентификации. Иными словами, цифровой профиль в понимании авторов проекта это совокупность информации о субъектах права, а не об объектах прав, а основное предназначение цифрового профиля – сбор и обобщение информации о субъекте.

В то же время высказывается мнение, что концепция цифровых двойников подлежит распространению как на субъекты, так и на объекты[1]. В связи с этим цифровой профиль можно рассматривать как составляющую цифрового двойника (с ограничением применения).

Цифровая тень

Цифровую тень определяют как систему связей и зависимостей, описывающих поведение реального физического объекта, как правило, в нормальных условиях работы и содержащихся в больших данных (*Big Data*), получаемых с этого объекта при помощи технологий *IIoT* (сокр. от англ. *Industrial Internet of Things* – промышленный интернет вещей)[2]. То есть посредством использования технологии цифровой тени производится сбор оперативной информации о функционировании физического объекта, его параметров.

Исходя из сказанного и с учетом некоторой прослеживающейся взаимосвязи цифрового двойника с цифровой тенью, можно сделать вывод о существующих различиях между цифровой тенью и цифровым двойником: в отличие от первой, второй помимо сбора информации позволяет прогнозировать и выстраивать вариативные модели поведения физического объекта в разнообразных ситуациях.

---

[1] Как отмечается, концепцией цифрового двойника охватывается как органичное расширение технологий промышленного интернета вещей и более ранних проявлений телеметрического контроля, так и цифровой профиль человека (*digital identity*) или организации, накапливающий все элементы цифровой реальности, так или иначе связанные с человеком или организацией. См.: Доклад РАНХиГС «Государство как платформа: люди и технологии» (URL: https://technet-nti.ru/news/6852 (дата обращения: 22.02.2020)).

[2] Цифровая тень способна предсказать поведение реального объекта только в тех условиях, в которых осуществлялся сбор данных, но не позволяет моделировать ситуации, в которых реальный объект не эксплуатировался. См.: *Смазневич И.* Указ. соч.

Виртуальный объект

Термин «виртуальный» раскрывается в ГОСТ 15971-90 «Системы обработки информации. Термины и определения» (п. 5): это – процесс или устройство в системе обработки информации, кажущиеся реально существующими, поскольку все их функции реализуются какими-либо другими средствами. Ключевыми здесь являются слова «кажущиеся реально существующими»: они подтверждают, что виртуальный – это не существующий в реальности.

Развивая эту идею, Р.Ш. Рахматуллина подчеркивает, что виртуальное – это что-то иллюзорное, которое, по сути, ничего не моделирует и не создает в реальности[1]. Автор выделяет следующие черты виртуального объекта: это искусственно созданный с помощью компьютерных устройств объект, суррогат реальности, трансформация ощущений в настоящем, интерактивность[2].

Опираясь на сказанное, следует признать следующее. С одной стороны, с учетом использования в технологии цифрового двойника элементов виртуальной и дополненной реальности, цифровой двойник вполне может быть охарактеризован как виртуальный объект. С другой же стороны, виртуальный объект, как и все вышеперечисленные категории (за исключением цифровой тени) характеризует статичность, в то время как цифровой двойник – динамическая модель объекта.

Кроме того, цифровой двойник – это точное воспроизведение параметров физического объекта, в связи с чем обычно говорится об идентичности цифрового двойника и физического объекта. Между тем виртуальный объект не имеет связи с каким-либо физическим объектом, существуя самостоятельно.

Искусственный интеллект, технологии виртуальной и дополненной реальности как ключевые элементы «существования» цифрового двойника

Характерной чертой технологии цифрового двойника является использование ею таких ключевых технологий, как искусственный интеллект, а также технологии виртуальной и дополненной реальности.

[1] *Рахматуллина Р.Ш.* Цифровая форма объектов авторского права // Право и цифровая экономика. 2019. № 1. С. 37.

[2] Там же.

Именно указанные технологии позволяют анализировать полученную информацию о физическом объекте, принимать решения, соответствующие заданным параметрам, а также моделировать «поведение» физического объекта в будущем на основе накопленного опыта.

Искусственный интеллект

Вопросы использования искусственного интеллекта, а также его правовая природа являются предметом широкой дискуссии в юридической науке.

Попытка официального закрепления данного термина предпринята в ГОСТ Р 43.0.5-2009 «Информационное обеспечение техники и операторской деятельности. Процессы информационно-обменные в технической деятельности. Общие положения», который в п. 3.17 определяет «искусственный интеллект» как моделируемую (искусственно воспроизводимую) интеллектуальную деятельность мышления человека.

Более подробное определение содержится в Национальной стратегии развития искусственного интеллекта на период до 2030 г.[1]: согласно подп. «а» п. 5 Стратегии под искусственным интеллектом предлагается понимать комплекс технологических решений, позволяющий имитировать когнитивные функции человека (включая самообучение и поиск решений без заранее заданного алгоритма) и получать при выполнении конкретных задач результаты, сопоставимые, как минимум, с результатами интеллектуальной деятельности человека. Комплекс технологических решений включает в себя информационно-коммуникационную инфраструктуру, программное обеспечение (в том числе, в котором используются методы машинного обучения), процессы и сервисы по обработке данных и поиску решений.

Исходя из указанного определения, можно выделить следующие признаки искусственного интеллекта:

1) возможность имитации когнитивных функций человека;

2) способность к самообучению (в литературе можно встретить термин «машинное обучение», которое понимается как класс методов искусственного интеллекта, характерной чертой которых является не прямое решение задачи, а обучение при применении решений множества сходных задач)[2];

[1] Утверждена Указом Президента РФ от 10.10.2019 № 490.

[2] *Курганова Н.В., Филин М.А., Черняев Д.С., Шаклеин А.Г., Намиот Д.Е.* Указ. соч. С. 110.

3) поиск решений без заранее заданного алгоритма;

4) получение результатов, сопоставимых с результатами интеллектуальной деятельности человека.

Обобщая сказанное, следует акцентироваться на том, что искусственный интеллект решает задачи на основе разработанных человеком и заложенных в него алгоритмов. При этом самостоятельных решений он «принимать» не может – его самостоятельность весьма ограничена и контролируется человеком, который может изменить алгоритм или отказаться от решения задачи, поставленной перед искусственным интеллектом. Способность к самообучению и возможность «принятия» решений предопределены человеком и заложены в программу для ЭВМ, разработанную человеком: разработчик изначально определил в программе конкретные цели, которым должны отвечать «действия» искусственного интеллекта, в том числе возможность к накоплению опыта, самосовершенствованию и решению творческих задач и т.д. Таким образом, искусственный интеллект исполняет волю человека, обеспечивает его потребности и интересы (в рассматриваемом случае связанные с созданным цифровым двойником).

Технологии виртуальной и дополненной реальности

В литературе достаточно часто встречаются упоминания о технологиях виртуальной и дополненной реальности, проводятся исследования, посвященные исключительно этим технологиям, по результатам которых авторы предлагают свое видение их существа и специфики.

Например, Э.И. Абдуллина обращает внимание на то, что виртуальная реальность включает различные объекты, которые можно условно разделить на две основные группы: во-первых, созданные правообладателем результаты интеллектуальной деятельности, служащие основой для формирования виртуальной реальности (симуляторы или игры); во-вторых, объекты, созданные или приобретенные пользователем на базе представленных симулятором или игрой функциональных возможностей[1].

Однако надо признать, что в правовом аспекте эти явления исследованы явно недостаточно, а предлагаемые юристами определения понятий обычно углубляются скорее в философские или технические, нежели правовые аспекты.

[1] *Абдуллина Э.И.* Правовые аспекты создания и использования сложных объектов интеллектуальных прав в виртуальной реальности // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 9. С. 148.

Так, Е.С. Гринь и А.Г. Королева рассматривают виртуальность как свойство идеального объекта, означающее создание с помощью компьютерных технологий имитации объективной реальности или отображения мира, вымышленного автором. Дополненную реальность, по мнению указанных авторов, можно рассматривать в качестве созданных техническими средствами виртуальных объектов, взаимодействующих с настоящим миром в режиме реального времени[1].

Р.И. Дремлюга и А.В. Крипакова выделяют следующие императивные признаки, присущие виртуальной реальности:

– виртуальная реальность – это модель или симуляция настоящего или вымышленного мира (среды);

– это симуляция компьютерная (цифровая);

– такая симуляция должна в некоторой степени создавать у пользователя (или группы пользователей) ощущение реальности мира посредством обратной связи, реалистичности передвижений или другими способами[2].

Разработчики Дорожной карты развития «сквозной» цифровой технологии «Технологии виртуальной и дополненной реальности»[3] определили технологии виртуальной и дополненной реальности следующим образом:

– виртуальная реальность – комплексная технология, позволяющая погрузить человека в иммерсивный виртуальный мир при использовании специализированных устройств (шлемов виртуальной реальности). Виртуальная реальность конструирует новый искусственный мир, передаваемый человеку через его ощущения;

– технология дополненной реальности – технология, позволяющая интегрировать информацию с объектами реального мира в форме текста, компьютерной графики, аудио и иных представлений в режиме реального времени.

Значимость обозначенных технологии для цифрового двойника довольно очевидна: именно применение данных технологий позволяет моделировать и имитировать практические любые ситуации, в которых может находиться физический объект, воссоздавать раз-

[1] *Гринь Е.С., Королева А.Г.* Формирование базовых моделей охраны технологий виртуальной и дополненной реальности в сфере права интеллектуальной собственности // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 6. С. 92.

[2] *Дремлюга Р.И., Крипакова А.В.* Преступления в виртуальной реальности: миф или реальность? // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 3. С. 163.

[3] Сформирована в рамках федерального проекта «Цифровые технологии» национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации».

личные действия (поведение) этого объекта в рамках определенного программного продукта (базы данных), наглядно демонстрировать внутреннее устройство объекта, а также установить невидимые, на первый взгляд, повреждения физического объекта, сбои, что способствует с помощью технологии искусственного интеллекта поиску решений по их устранению.

Концепция цифрового двойника как юридической категории

Проведенный анализ позволяет сделать ряд выводов.

Во-первых, надо признать, что цифровой двойник представляет собой явление, которое задействует:

– разнообразные данные (информацию);

– различные технологии (включая технологии искусственного интеллекта, виртуальной и дополненной реальности);

– иные научные и технологические решения, не обладающие признаками охраноспособного результата.

Во-вторых, можно признать, что цифровой двойник – это форма отображения физического объекта.

В-третьих, нужно обратить внимание и на неразрывность связи цифрового двойника с физическим объектом – отсутствие такой взаимосвязи не позволяет отнести цифровой объект к категории цифрового двойника.

Исходя из сказанного, можно проанализировать возможность признания его объектом гражданских прав.

Весьма широкая формулировка ст. 128 ГК РФ, содержащая открытый перечень объектов гражданских прав, позволяет относить к числу таких объектов абсолютно разные «блага», весьма разнородные по своей сути.

Л.В. Санникова и Ю.С. Харитонова, исходя из того, что «благо» – понятие относительное, поскольку та или иная вещь является благом не сама по себе, а лишь в определенном отношении, когда она приносит пользу субъекту, отмечают следующее: к числу объектов гражданских прав может быть отнесен не любой объект, полученный в результате использования цифровых технологий, а лишь тот, который обладает ценностью, реальной или потенциальной[1].

Кроме того, обладающие экономической ценностью объекты должны быть оборотоспособными в понимании ст. 129 ГК РФ. В связи

[1] *Санникова Л.В., Харитонова Ю.С.* Указ. соч. С. 88.

с этим следует согласиться с М.А. Рожковой, которая, рассматривая понятие «имущество», обращает внимание на такие свойства как экономическая ценность (объективная ценность) для участников оборота и возможность передачи (перехода) от одного лица к другому[1].

В связи с этим актуальным становится вопрос: обладает ли цифровой двойник свойством оборотоспособности и допускает ли он переход (передачу) от одного лица к другому?

Ответ на данный вопрос, по мнению автора настоящей статьи, лежит в плоскости неразрывности цифрового двойника с физическим объектом, аналогом которого он является в цифровом формате, что говорит о производном характере цифрового двойника от его физического объекта. Нельзя рассматривать цифрового двойника как самостоятельный объект, игнорируя его привязку к физическому объекту.

Таким образом, нет оснований относить цифрового двойника к числу объектов гражданских прав. Представляется целесообразным рассматривать цифрового двойника исключительно как составную часть технологического решения (технологии цифрового двойника), которая не играет самостоятельной роли и не предполагает возникновения в отношении нее самостоятельных субъективных гражданских прав.

Заключение

Вряд ли кто-то из юристов станет возражать тезису о том, что правовые отношения, складывающиеся в цифровом пространстве, должны иметь соответствующее правовое регулирование. Исходя из этого и, несмотря на тот факт, что цифровые двойники являются для российской действительности относительно новой технологий, она должна найти отклик в правовой практике, а возникающие в связи с ней отношения – регламентацию в системе действующих правовых норм.

Пристатейный библиографический список

1. *Абдуллина Э.И.* Правовые аспекты создания и использования сложных объектов интеллектуальных прав в виртуальной реальности // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 9. С. 147–152.

[1] *Рожкова М.А.* Комментарий к главе 6 Гражданского кодекса Российской Федерации // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2014 (СПС «КонсультантПлюс»).

2. *Вичугова А.* Цифровизация производства и цифровые двойники: объединяем *PLM, IoT* и *Big Data* (URL: https://www.bigdataschool.ru/bigdata/digital-twin-plm-iot-big-data.html (дата обращения: 18.02.2020)).

3. *Гринь Е.С., Королева А.Г.* Формирование базовых моделей охраны технологий виртуальной и дополненной реальности в сфере права интеллектуальной собственности // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 6. С. 90–97.

4. *Дремлюга Р.И., Крипакова А.В.* Преступления в виртуальной реальности: миф или реальность? // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 3. С. 161–169.

5. *Кокорев Д.С., Юрин А.А.* Цифровые двойники: понятие, типы и преимущества для бизнеса // COLLOQUIUM-JOURNAL. 2019. № 10 (34). С. 101–104.

6. *Курганова Н.В., Филин М.А., Черняев Д.С., Шаклеин А.Г., Намиот Д.Е.* Внедрение цифровых двойников как одно из ключевых направлений цифровизации производства // International Journal of Open Information Technologies. 2019. Т. 5. № 5. С. 105–115.

7. *Мокшина О.* Цифровые двойники: как интернет вещей предотвращает аварии на производстве (URL: https://mcs.mail.ru/blog/cifrovye-dvojniki-internet-veshchej-predotvrashchaet-avarii (дата обращения: 04.07.2020)).

8. *Носов С.И.* Право и информатизация // Юрист. 2019. № 4. С. 6–13.

9. *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка / Российская академия наук. Институт русского языка; Российский фонд культуры. М.: АЗЪ, 1993. 960 с.

10. *Пешкова И.* Как цифровые двойники помогают российской промышленности (URL: https://rb.ru/longread/digital-twin/ (дата обращения: 22.02.2020)).

11. *Потехин В.* Цифровой двойник (URL: https://xn--80aaafltebbc3auk2aepkhr3ewjpa.xn--p1ai/tsifrovoy-dvoynik/ (дата обращения: 20.02.2020)).

12. *Рахматуллина Р.Ш.* Цифровая форма объектов авторского права // Право и цифровая экономика. 2019. № 1. С. 35–38.

13. *Рожкова М.А.* Комментарий к главе 6_Гражданского кодекса Российской Федерации // Гражданский кодекс_Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2014 (СПС «КонсультантПлюс»).

14. *Санникова Л.В., Харитонова Ю.С.* Правовая сущность новых цифровых активов // Закон. 2018. № 9. С. 86–95.

15. *Талапина Э.В.* Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. 2018. № 2. С. 5–17.

16. *Фонтес Эд.* Цифровые двойники: не просто модный тренд (URL: https://www.comsol.ru/blogs/digital-twins-not-just-hype/ (дата обращения: 18.02.2020)).

17. Цифровые двойники и цифровые тени в высокотехнологичной промышленности (URL: https://news.myseldon.com/ru/news/index/197616357(дата обращения: 22.02.2020)).

18. *Michael W.* Greeves. Digital Twin: Manufacturing Excellence through Virtual Factory Replication. LLC, 2014, 7 pp.

А.Г. Фаизова

ПРОБЛЕМА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В АНОНИМНОЙ СЕТИ ДАРКНЕТ

Аннотация. *Статья посвящена анализу общественных отношений, опосредованных анонимной сетью Даркнет, и их соотношению с нормами права, сложности обнаружения и пресечения противоправных деяний, регулярно совершаемых на просторах Даркнета. Автор рассматривает разные подходы к правовой регламентации анонимных сетей и поиску путей баланса между обеспечением права на тайну частной жизни и конфиденциальностью персональных данных и соблюдением законности на территории страны.*

Ключевые слова: *Даркнет, Тор, правонарушение, Интернет, анонимайзер, кибербезопасность, конфиденциальность.*

С каждым днем Интернет все больше проникает в различные сферы общественной жизни: почти любая деятельность всякого лица так или иначе связана с онлайн-средой, причем довольно часто эта деятельность уже немыслима без Интернета, а иногда и почти полностью протекает в интернет-пространстве. В сети Интернет ежедневно размещаются огромные объемы самой разнообразной информации, создается большое количество новых аккаунтов, пользователи ведут активную онлайн-жизнь – порой даже более активную, нежели в реальности. При этом правовые нормы, изначально создаваемые для регламентации поведения индивидов и применения их в реальной жизни, не всегда годятся для регулирования взаимоотношений, возникающих в онлайн-среде. И в итоге большой пласт общественных отношений, опосредованных сетью Интернет, остается слабо или вовсе не урегулированным законом, и более того, новые технологии нередко создают условия для обхода закона и усложняют поиск и раскрытие противоправных деяний.

В настоящее время наблюдается рост количества правонарушений, совершаемых в интернет-пространстве, причем темпы роста онлайн-правонарушений выше роста правонарушений в реальной жизни. Данный факт объясняется, во-первых, постепенным перемещением очагов противоправной деятельности в Интернет, облегчающий коммуникацию

между правонарушителями и упрощающий механизмы нарушения закона. И во-вторых, становится очевидным, что возникновению новых технологий сопутствует появление новых, ранее неизвестных видов правонарушений, касающихся, в частности, сфер кибербезопасности, защиты персональных данных, интеллектуальной собственности.

В настоящей работе будет рассмотрена одна из наиболее известных и неоднозначных с юридической точки зрения анонимных сетей – сеть Даркнет (англ. *DarkNet* – темная сеть, теневая сеть), которая открыта не только для добросовестных пользователей, но и для правонарушителей.

Даркнет представляет собой скрытую файлообменную сеть, которая существует «поверх» открытой сети Интернет (англ. *Overlay Network* – оверлейная сеть). Впервые термин «Даркнет» в современном его понимании был использован в докладе сотрудников *Microsoft* Питера Биддла, Пола Инглэнда, Маркуса Пейнаду и Брайана Уиллмана «Даркнет и будущее распространение информации»[1] (2002). В нем авторы акцентировали внимание на том, что одним из главных препятствий для разработки эффективных технических средств защиты авторских прав (*DRM*-технологий) является именно существование Даркнета.

Довольно часто в литературе «даркнетами» называют любые скрытые изолированные сети, которые характеризуются тем, что они не допускают ответы на запросы извне, а доступ к ним ограничен и очерчивается определенным кругом пользователей. Но в действительности это неверное использование термина: помимо Даркнета существуют и другие скрытые сети, цель создания которых изначально совпадает с целью создания Даркнета – организация автономной площадки обмена информацией, не подконтрольной государствам. Это, например, оверлейная анонимная децентрализованная сеть *I2P*, одноранговая сеть *Freenet*, предназначенная главным образом для хранения данных без возможности их цензуры. Даркнет занял лидирующую позицию среди таких сетей, что обусловлено простотой и бесплатностью его использования, высокой скоростью передачи зашифрованных данных, большим количеством размещенных веб-ресурсов и, как следствие, значительным числом его пользователей.

Доступ в Даркнет возможен только с помощью специального браузера *Tor* (от англ. *TheOnionRouter*) – открытого программного обе-

[1] *Biddle P., England P., Peinado M., Willman B.* The Darknet and the Future of Content Distribution // The Wyndham City Center Washington DC: ACM Workshop on Digital Rights Management, 2002.

спечения, построенного на основе луковой маршрутизации. Луковая маршрутизация (англ. *onion routing*) представляет собой технологию анонимного обмена информацией, сообщения которой неоднократно шифруются и отсылаются через несколько сетевых узлов (луковых маршрутизаторов), каждый из которых удаляет свой слой шифрования (по аналогии с шелухой луковицы) и отсылает сообщения далее – это приводит к тому, что промежуточные узлы не знают ни источник, ни пункт назначения сообщения, ни его содержание. С помощью *Tor* устанавливается соединение, защищенное от прослушивания; пользователи *Tor* могут сохранять анонимность при посещении сайтов, ведении блогов; конечный адресат сообщения получает уже расшифрованные данные с высокой степенью их защищенности; использование технологий *Tor* обеспечивает действительную конфиденциальность коммерческих тайн, а также тайну коммуникаций.

Помимо вышеуказанного, Даркнет имеет ряд принципиальных отличий от прочих скрытых сетей. В качестве одной из отличительных черт можно указать то, что в Даркнете используется не зарегистрированная в *ICANN* доменная зона *.onion* (англ. *onion* – лук), которую иногда называют «псевдо-доменом». При этом соединения в Даркнете устанавливаются только между доверенными пользователями («пирами» – равноправными участниками сети, или «друзьями») с использованием нестандартных протоколов и портов, а файлообмен происходит анонимно, что позволяет передавать информацию без риска ее подмены или перехвата.

Изложенное позволяет характеризовать Даркнет как скрытую сеть, гарантирующую анонимность своим пользователям и исключающую возможность государственного вмешательства в коммуникации и файлообмен, чего не может обеспечить открытая сеть Интернет. В этих условиях Даркнет, называемый иногда «интернетом в интернете», активно развивается: «...здесь существуют свои доски объявлений (например, *8chan*, *nntpchan*), для покупки разных товаров есть онлайн-рынки (*Alphabay*, *Hansa*), блоги (*OnionNews*, *Deep Web Radio*), даже своя энциклопедия – *Hidden Wiki*, где можно найти статьи на самые разные темы, а также ссылки на другие сайты ресурса. *Dark Web* предоставляет людям полную свободу слова и информации, становясь, таким образом, надежной защитой демократии»[1], поскольку контент веб-ресурсов

[1] *Джумадиль Е.Е., Макаревич М.Л.* Пути незаконного использования возможностей интернета и вопросы правовой регламентации // Инновационная экономика: перспективы развития и совершенствования. 2018. № 2 (28). С. 23.

никем не цензурируется и пользователи имеют возможность общаться свободно, без опасений преследования за их взгляды.

С появлением криптовалюты (в частности, биткоина) активность на просторах Даркнета резко возросла, хотя использование криптовалюты имеет свою слабую сторону в части обеспечения анонимности: система блокчейн, лежащая в основе платежей криптовалютой, позволяет отследить транзакции, поскольку является прозрачной для пользователей сети Интернет. Однако, как известно, с появлением новой технологии зачастую появляются и новые пути обхода ее требований: для обеспечения сокрытия совершаемых противоправных сделок используются «биткоин-миксеры» – специальные «отмывочные» сервисы, которые призваны скрыть путь криптовалют и очистить историю транзакций.

Последнее замечание в полной мере относится к Даркнету, который получил известность в качестве «черного рынка», ставшего средством взаимодействия правонарушителей и местом совершения разнообразных правонарушений: на нем разместилось большое количество торговых площадок по купле-продаже наркотических средств[1], оружия, поддельных документов и банковских карт, персональных данных; форумы по обмену информацией запрещенного характера и организации преступной деятельности (включая работорговлю, поиск киллеров, кражу конфиденциальной информации и прочее), по нелегальному распространению файлов авторских произведений и другие. Анализ противоправной деятельности в Даркнете позволяет условно подразделить ее на три основные разновидности правонарушений: в сфере защиты прав и свобод граждан, в сфере защиты имущественных прав, в сфере информационной безопасности и информационных технологий (включая, например, хакерство, действия по выводу из строя компьютеров (*DDoS*-атаки) и другие). Изложенное позволяет прийти к выводу о том, что права, получающие правовую охрану и защиту в реальном мире, становятся уязвимыми в Даркнете.

Возникает вопрос: если Даркнет представляет опасность для общества и несет в себе угрозу совершения правонарушений и даже преступлений, то почему он до сих пор функционирует и не запрещен? Но ответы на этот вопрос отнюдь не единообразны: одни авторы считают обоснованным запрет анонимности пользователей, злоупотребляющих правом на неприкосновенность частной жизни, а именно нарушаю-

[1] *Martin J.* Drugs on the Dark Net: How Cryptomarkets are Transforming the Global Trade in Illicit Drugs. N.Y.: Palgrave Macmillan, 2014. 92 p.

щих права и законные интересы граждан и использующих при этом скрытые сети и разные анонимайзеры (инструменты для сокрытия *IP*-адреса и другой информации об используемом компьютере)[1], другие же ратуют за целесообразность сохранения анонимности пользователей скрытых сетей при любых условиях.

В связи со сказанным интерес представляют поправки, вводящие запрет средств обхода интернет-блокировок[2], которые были внесены в 2017 г. в Закон об информации. Эти поправки устанавливали запрет на использование анонимайзеров и *VPN*-сервисов, скрывающих данные пользователя, для получения доступа к заблокированным в РФ информационно-телекоммуникационным сетям, доступ к которым ограничен, и заблокированным информационным ресурсам (речь идет о сайтах и страницах, внесенных в Единый реестр доменных имен, указателей страниц сайтов в сети Интернет и сетевых адресов, позволяющих идентифицировать сайты в сети Интернет, содержащие информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено (далее – Единый реестр)). С целью исполнения этого запрета владельцам таких сетей, систем и программ предоставлялся доступ к Единому реестру. За неисполнение данного требования законом предусматривалась ответственность в виде ограничения доступа к информационным ресурсам, которые предоставляют доступ к сетям, системам и программам, используемым для обхода блокировок. Кроме того, на операторов поисковых систем была возложена обязанность прекратить выдачу ссылок на заблокированные информационные ресурсы. В развитие в 2018 г. был принят закон[3], который вводил административную ответственность операторов поисковых систем и провайдеров, соответственно, за выдачу ссылок на запрещенные сайты и за непредставление или несвоевременное представление в Роскомнадзор данных, позволяющих идентифицировать владельца программно-аппаратных средств доступа к информационным ресурсам, или сетям, доступ к которым ограничен.

Казалось бы, очевидным является вывод о том, что под действие закона о запрете средств обхода интернет-блокировок должен подпа-

[1] См., например: *Скифская К.Н.* Правоотношения в «DarkNet»: проблемы идентификации и урегулирования // Современные научные исследования и разработки. 2018. Т. 3. № 4 (21). С. 339–345.

[2] Федеральный закон от 29.07.2017 № 276-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об информации, информационных технологиях и о защите информации”».

[3] Федеральный закон от 27.06.2018 № 155-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях».

дать в том числе *Tor*-браузер – он обеспечивает доступ к сети Даркнет, позволяющей обходить блокировки, вследствие чего с его помощью возможно открывать заблокированные в РФ информационные ресурсы. Однако на данный момент *Tor* продолжает находиться в свободном доступе и его все еще можно скачать и установить на устройство, тем самым получив доступ к Даркнету[1]. Такое положение вещей можно объяснить тем, что законодательство не ввело ответственность за использование средств обхода блокировки в частных, личных целях. А имевшие место немногочисленные аресты, связанные с использованием *Tor*-браузера и деятельностью в Даркнете, стали следствием конкретных совершенных правонарушений (например, участие в экстремистских организациях или призывы к массовым беспорядкам), а не использованием *Tor*-браузера и Даркнета самих по себе.

На наш взгляд, мирный «серфинг» по Даркнету и использование *Tor* в целях, которые преследовали создатели скрытой сети (свободное самовыражение и волеизъявление без опасения цензуры и преследований за политические и иные взгляды), не должны быть наказуемыми. Кроме того, непродуманное и от этого неработоспособное законодательство не способно изменить ситуацию с Даркнетом: идея запрета и блокировки *Tor* и Даркнета является практически неосуществимой в силу технологических особенностей построения инфраструктуры сетей. В связи с этим Нил Уолш, эксперт в области кибербезопасности из Управления ООН по наркотикам и преступности, подчеркивает, что запретить Даркнет – это все равно, что запретить воздух, так как «он основан на программном обеспечении, у него нет географической привязки, так что запретить его невозможно»[2].

Действительно, блокировка *Tor* в РФ может быть преодолена, если найти адреса прокси-серверов, которые расположены за рубежом, и заходить на запрещенные ресурсы с их помощью. Другой путь обойти блокировку – использовать для получения доступа так называемые мосты (англ. *bridges*) – непубличные узлы. Помимо этого существует технология «Подключаемый Транспорт» (англ. *Pluggable Transports*), которая маскирует трафик, делая его неотличимым от обычного разрешенного трафика, и позволяет заблокированным государственными службами программам оставаться неуязвимыми.

[1] https://www.torproject.org/download/ (дата обращения: 02.08.2020).

[2] Можно ли запретить «Даркнет»? (URL: http://www.unic.ru/event/2020-07-09/v-mire/intervyu-mozhno-li-zapretit-darknet (дата обращения: 02.08.2020)).

Анализ логики развития технологий (в качестве ответа на попытки государств так или иначе поставить под контроль информационно-коммуникационные сети, информационные системы и компьютерные программы) позволяет заключить, что каждый устанавливаемый легальный запрет в сети нивелируется созданием новой, более усовершенствованной технологии, позволяющей обойти этот запрет. Наглядным примером может служить провал проекта «Золотой щит», создаваемого правительством Китайской Народной Республики, целью которого стала изоляция жителей Китая от ряда западных информационных ресурсов и сервисов, в том числе и блокировка *Tor*: до сих пор в Китае возможно использовать этот браузер, что свидетельствует в первую очередь о технологической невозможности установить запрет на свободное его использование.

Основным девизом апологетов *Tor* и Даркнета является утверждение о том, что каждый имеет право на доступ к не цензурируемой сети и на сохранение неприкосновенности частной жизни в Интернете[1]. Многие пользователи видят в Даркнете инструмент для защиты основных гражданских прав и свобод в сети Интернет, и данный факт подтверждается все большим влиянием на сетевое сообщество различных движений, призывающих уйти в автономный Интернет, не регулируемый государствами и корпорациями[2]. В связи с этим попытки государств так или иначе ограничить доступ к технологиям, которые позволяют скрыть *IP*-адрес или обойти блокировку, воспринимаются в сети не иначе как посягательство на фундаментальные права и свободы человека.

Однако здесь упускается из вида необходимость в разграничении того, в какой степени технология создает площадку для журналистов и диссидентов, позволяя им открыто выражать свои мысли, и в какой – площадку для нарушения фундаментальных прав и свобод, неся угрозу правам других лиц на жизнь и здоровье, на имущество, на защиту персональных данных. Здесь же можно обратить внимание и на то, что легкость совершения правонарушений в онлайн-среде, анонимность в сети, к сожалению, являются факторами, которые расширяют круг правонарушителей, причем главным образом за счет молодежи.

[1] Tor. Abuse FAQ (URL: https://2019.www.torproject.org/docs/faq-abuse.html.en (дата обращения: 02.08.2020)).

[2] Fight for the Future (URL: https://www.fightforthefuture.org/ (дата обращения: 02.08.2020)).

Вследствие этого необходимость борьбы с правонарушениями, опосредованными Даркнетом, не вызывает сомнений. Однако вопрос остается в том, использование каких инструментов позволит достичь желаемого результата.

В связи с изложенным, необходимо обратить внимание на следующее: в условиях неэффективности закона о запрете средств обхода интернет-блокировок в 2019 г. федеральный исследовательский центр «Информатика и управление» Российской академии наук начал разработку системы контроля за тем, как поисковики, *VPN*-сервисы, прокси-сервисы и анонимайзеры блокируют запрещенные в России сайты[1]. То есть следующая попытка поставить *Tor* под контроль государства основана уже не на правовых, а на технических средствах.

Комментируя это начинание, следует заметить, что *Tor* изначально был технологией, созданной в исследовательском подразделении Военно-морских сил США для передачи секретных сообщений между работниками ведомств, но впоследствии исходный код технологии был открыт и она стала активно использоваться и гражданскими лицами. С учетом этого представляется маловероятным, что не существует абсолютно никаких средств ее централизованного контроля. И нужно признать, что в современных условиях открытое технологическое противостояние – это смелое решение, требующее тщательной подготовки и комплексного подхода, при этом вопрос эффективности подобной меры государства напрямую зависит от технологической новизны и потенциала применяемого способа противостояния. Но существующий мировой опыт и анализ динамики развития интернет-технологий не внушает слишком сильной уверенности в положительном результате нововведений.

В связи со сказанным актуальным становится заключение, которое поддерживают многие эксперты: необходимо бороться не с самими технологиями, а с противоправными целями их использования и непосредственно с правонарушителями, работать на предупреждение правонарушений. Как справедливо отметил в своем интервью Нил Уолш, «ужасно, когда дети погибают под колесами машин от того, что

[1] Федеральный исследовательский центр «Информатика и управление» Российской академии наук выиграл конкурс на выполнение работ по созданию Автоматизированной системы контроля выполнения требований ст. 15.8 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (URL: https://zakupki.gov.ru/223/purchase/public/purchase/protocol/ip/application/comissiondecision.html?noticeInfoId=&protocolInfoId=10550100&mode=view (дата обращения: 09.05.2021)).

за рулем – пьяный водитель, но эту проблему не решить, просто введя запрет на автомобили»[1].

Вследствие сказанного чрезвычайно важным становится оснащение правоохранительных органов специальным оборудованием, а также своевременная переквалификация сотрудников и совершенствование знаний в сфере информационных технологий и информационной безопасности. Причем речь не идет о профессиональных умениях, позволяющих найти скрытую информацию или раскрыть аккаунт в Даркнете – нередко необходимы обычные знания открытого Интернета и механизмов его работы. Например, Росс Ульбрихт, основатель противоправного сайта *SilkRoad* («Шелковый путь»), размещенного в Даркнете, был идентифицирован и задержан благодаря тому, что за несколько лет до создания этого сайта он оставил свою персональную почту на одном из форумов для программистов в открытом Интернете[2].

Завершить настоящую статью хотелось бы замечанием американского криптографа, писателя и специалиста по компьютерной безопасности Брюса Шнайера, который, рассматривая комплексность проблемы «тотальной поднадзорности», предложил искать разумный баланс между информационной безопасностью и конфиденциальностью[3]. Полагаем, что именно в таком ключе должно развиваться правовое регулирование отношений, связанных с использованием информационных технологий, а нахождение баланса между анонимностью и защищенностью прав будет во многом зависеть от комплексности подхода и научной проработанности самой проблемы.

Пристатейный библиографический список

1. *Джумадиль Е.Е., Макаревич М.Л.* Пути незаконного использования возможностей интернета и вопросы правовой регламентации // Инновационная экономика: перспективы развития и совершенствования. № 2 (28). 2018. С. 21–27.

[1] Можно ли запретить «Даркнет»? (URL: http://www.unic.ru/event/2020-07-09/v-mire/intervyu-mozhno-li-zapretit-darknet (дата обращения: 02.08.2020)).

[2] *Bilton N.* (2017) American Kingpin: Catching the Billion-Dollar Baron of the Dark Web. N.Y.: Portfolio. 352 p.

[3] *Schneier B.* (2016) Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World. N.Y.: W.W. Norton & Company; 448 p.

2. *Скифская К.Н.* Правоотношения в «DarkNet»: проблемы идентификации и урегулирования // Современные научные исследования и разработки. 2018. Т. 3. № 4 (21). С. 339–345.

3. *Bilton N.* (2017) American Kingpin: Catching the Billion-Dollar Baron of the Dark Web. N.Y.: Portfolio. 352 p.

4. *Martin J.* Drugs on the Dark Net: How Cryptomarkets are Transforming the Global Trade in Illicit Drugs. N.Y.: PalgraveMacmillan. 2014, 92 p. (DOI: 10.1057/9781137399052).

5. *Schneier B.* (2016) Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World. N.Y.: W.W. Norton & Company; 448 p.

О.П. Печеный

ЦИФРОВЫЕ ФОРМЫ НАСЛЕДСТВЕННОГО ПРАВА: СОВРЕМЕННЫЕ ВЫЗОВЫ, СООТНОШЕНИЕ С ЛИЧНОСТНЫМИ АСПЕКТАМИ

Аннотация. *В статье анализируются цифровые формы наследственного права. Автор освещает проблемы наследования цифровых активов, цифровые формы завещаний, цифровые форматы наследственных прав. Проводится анализ действующего законодательства о наследовании, практики его применения. Исследуется зарубежный опыт и возможность использования в национальной системе наследования.*

Ключевые слова: *наследство, цифровой формат, наследственное право, электронная цифровая подпись.*

В настоящее время наше общество стремительно изменяется под влиянием различных факторов, в первую очередь цифровых форм отношений между людьми по поводу различных материальных и нематериальных благ. Более того, сами эти цифровые формы, включая Интернет, совсем недавно считавшиеся техническими средствами, обеспечивающими доведение информации до всеобщего сведения[1], перестают быть и ощущать себя таковыми, превозносятся на совершенно иной уровень. Можно говорить о формировании цифровыми формами привычной для субъектов социума, для людей среды. Соответственно, отсутствие цифровых форм коммуникаций уже не может восприниматься как естественное состояние, а нецифровые формы – как исключение. Такие изменения ощущаются во всех сферах, включая правовую. М.А. Рожкова обоснованно выделяет тенденцию к эволюции арбитража и других альтернативных социальных механизмов разрешения споров, которые вбирают в себя возможности, предоставляемые современными технологиями. Если на начальном этапе появились онлайн-заседания арбитража с использованием сети

[1] *Белов В.А.* Digital Private Law & Rights: размышления о преобразованиях, уже произведенных в частном праве развитием глобальной компьютерной сети Интернет, и о реформах, его скоро и неминуемо по той же причине ожидающих // Право в сфере Интернета: сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. (Анализ современного права). С. 266.

Интернет, то современный этап – это принципиальное изменение субъектного состава участников такого разбирательства, использование в механизме разрешения споров искусственного интеллекта[1]. От себя следует добавить, что в связи с этим качественно изменяются задачи юриспруденции и правового регулирования – от описания в правовых формах цифровых явлений к вписыванию правовых конструкций, механизмов, явлений в изменяющиеся цифровые формы. В связи с этим не лишен смысла вопрос о том, можно ли считать судебным, арбитражным разбирательством разрешение спора при помощи искусственного интеллекта или этому механизму необходимо другое наименование, например «виртуальный арбитраж»?

В рамках данной статьи речь пойдет о воздействии цифровых форм на наследственные отношения. Не вызывает сомнений, что цифровые технологии дополняют, а порой и серьезно «теснят» классические гражданско-правовые формы.

Наследственное право, в котором, с одной стороны, достаточно сильно проявляется личностный формат, с другой стороны, будучи консервативно организованной подотраслью частного права, приемлет цифровые формы в ограниченном сегменте. Поэтому определим *три* основные области наследственного права, в которых взаимодействие с цифровыми формами может проявляться в наибольшей мере. Здесь могут быть выделены следующие сферы:

а) наследование цифровых активов;

б) цифровые формы завещаний, включая и существующие формы, но сопровождаемые дополнительно цифровой фиксацией;

в) цифровые форматы наследственных прав, включая цифровое оформление наследства.

Не вызывает сомнений то, что данный перечень не может считаться исчерпывающим, а в дальнейшем можно говорить и о цифровом формате субъектов наследственных правоотношений. Например, искусственный интеллект как наследник, разрешение споров о наследстве с участием искусственного интеллекта и прочее.

Аспект наследование цифровых активов тесно связан с цифровыми активами и цифровыми правами в целом, включая и цифровую собственность. От определения правовой природы активов в гражданском законодательстве будет зависеть степень их транзитивности, включая

[1] *Рожкова М.А.* Об автоматизации онлайн-арбитража и онлайн-урегулирования коммерческих и потребительских споров // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2019 (Анализ современного права). С. 206.

возможность перехода в порядке наследования. Следует учитывать, что в гражданском законодательстве многих стран (включая ст. 1112 ГК РФ, ст. 1216 ГК Украины) концепция наследование предопределяет последнее как наследование в правах и обязанностях. Однако цифровые активы в большинстве случаев (с позиций доктрины и теории гражданского права) правами не могут считаться, не укладываясь соответственно в господствующую концепцию наследования.

Примером может быть цифровая форма доступа к определенным (глобальным, социальным) интерактивным сетям, что может осуществляться, в частности, с помощью аккаунта как специфического средства доступа к сети[1].

Первый вопрос, который возникает при рассмотрении данной проблемы: *что же, собственно, представляет собой аккаунт*?

Этимологически слово «аккаунт» (от англ.: *account*) означает личный счет и впервые было использовано для обозначения банковских счетов. Впоследствии это слово перешло в сферу информационных технологий, оставаясь, по сути, бытовым вариантом такого термина, как «учетная запись», т.е. запись, содержащая сведения, которые пользователь сообщает о себе определенной компьютерной системе. Аккаунт, как правило, содержит сведения, необходимые для опознания (идентификации) пользователя при подключении к системе.

Для аутентификации могут использоваться аппаратные средства (производят одноразовые ключи, считывающие биометрические характеристики и т.д.), а также одноразовые пароли. То есть аккаунт можно определить *как технико-юридическую возможность доступа к определенной информационной системе*. Соответственно, такая возможность, закрепленная юридически, обладает транзитивностью и может переходить к наследникам и другим лицам в порядке наследования. Однако является ли данная возможность правом – большой вопрос. Следует говорить о смешанной природе указанного явления[2]. Кроме того, нельзя не заметить наличие личностного элемента при осуществлении данной возможности, однако по нашему мнению, отсутствует неразрывная связь с личностью носителя, поэтому ограничения в наследовании прав, неразрывно связанных с личностью наследодателя,

[1] Подробнее см.: *Печеный О.П., Клименко С.* Иные права, не имеющие имущественного содержания в составе наследства // Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права: монография / И.В. Спасибо-Фатеева, В.И. Крат, О.П. Печеный и др.; под общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2016. С. 364–367.

[2] *Панарина М.М.* Наследование аккаунта в социальных сетях и вопросы цифрового наследования: правовое исследование // Наследственное право. 2018. № 3. С. 27–28.

предусмотренные гражданским законодательством в данном случае не применяются[1].

Что же касается имущественных прав на аккаунт, например возможности его использования третьими лицами за определенное вознаграждение, то в данном случае законодательный механизм подтверждения того, что определенный аккаунт создан конкретным лицом, отсутствует. Кроме того, при создании аккаунтов большинство владельцев сайтов в условиях прямо или косвенно предусматривает невозможность передачи личных данных (логина и пароля) третьим лицам.

Возможность перехода к наследникам может быть связана с видовыми особенностями аккаунтов – как возможностей доступа к материальным благам (к счету, ячейке в банке и прочим) или нематериальным (к персональной электронной почте, страничке в социальных сетях). В условиях отсутствия собственного весомого опыта законодательного регулирования следует обратиться к зарубежным подходам и практике.

К примеру, приобрело известность дело, рассмотренное судами Германии, по которому родители получили доступ к аккаунту в соцсети умершей дочери с целью выяснения круга ее общения[2]. Суды исходили из того, что цифровой контент может быть сопоставлен с дневниками или личной перепиской. С наследственно-правовой точки зрения нет причин рассматривать цифровой контент по-другому, поскольку наследник не является посторонним лицом, а имеет тесную личную связь: отец умершей дочери – по отношению к указанному аккаунту[3].

Кроме того, при взгляде на проблему наследования цифровых активов сквозь призму объекта и содержания наследственного правоотношения, можно выявить значительный *личностный* аспект как неимущественных (что можно считать естественным), так и имущественных (что естественным считать нельзя) прав, которые в силу данного критерия лишаются признаков транзитивности либо в силу предписаний позитивного права, либо по сути, вследствие правовой природы таковых.

---

[1] Вместе с тем требует отдельного изучения вопрос о том, может ли аккаунт быть признан объектом исключительных прав (интеллектуальной собственности) с соответствующим правовым режимом и возможностью наследования.

[2] Update: parents can access dead daughter's Facebook, German court rules (URL: https://www.thelocal.de/20180712/german-court-to-rule-on-parents-access-to-dead-daughters-facebook (дата обращения: 01.09.2020)).

[3] *Панарина М.М.* Наследование аккаунта в социальных сетях и вопросы цифрового наследования: правовое исследование // Наследственное право. 2018. № 3. С. 27–28.

Так, не входят в состав наследства личные неимущественные права, неразрывно связанные с личностью наследодателя (ч. 2 ст. 1112 ГК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 1219 ГК Украины), отдельные личные имущественные права, к примеру, право наследования обязательной доли в порядке наследственной трансмиссии (п. 3 ст. 1156 ГК РФ, ст. 1276 ГК Украины). Сугубо личными, неотчуждаемыми являются также отдельные «процедурные» наследственные права, включая право на составление завещания, его отмену, принятие наследства, отказ от его принятия. Эти права не могут приобрести статус цифровых активов, а их осуществление носит индивидуальный характер.

Следующим является вопрос допустимости *цифровой формы завещания* как прижизненного распоряжения наследодателя на случай смерти. Первоначально отметим, что нормы ГК большинства государств постсоветского пространства воплощают как незыблемую идею нотариальной формы завещания как основной, а документарной – как единственной. Однако нужно ли хранить верность этой идее, вопрос далеко не риторический.

Европейские исследователи наследственного права отмечают в качестве всеобщей тенденцию либерализации требований в отношении формы завещания[1]. Как пишет Е. Петров, общей тенденцией современных правопорядков является отход от формализма и строгости. При этом автор рисует картину механизма наследования будущего, подчеркивая, что, скорее всего, через 20 лет люди вообще перестанут составлять и подписывать юридические документы от руки. Цифровая подпись является более надежной. Нотариус уступит место программе, которая будет безошибочно идентифицировать завещателя по отпечатку пальца, убеждаться в его психическом состоянии по зрачку, выслушивать завещательные распоряжения, предоставив предварительно квалифицированную юридическую консультацию, и передавать информацию в закодированном виде в электронную базу завещаний. Выходить из дома и тратить средства для составления завещания не понадобится, сократятся расходы на нотариальные услуги, уменьшится количество споров о наследстве[2].

---

[1] *Циммерман Р.* Формы завещания: «воля законодателя» или выражение правовой культуры? // Вестник гражданского права. 2017. № 1. С. 254.

[2] *Петров Е.Ю.* Наследственное право России: состояние и перспективы развития (сравнительно-правовое исследование). М.: М-Логос, 2017. С. 8, 91–92 (URL: https://m-lawbooks.ru/wp-content/uploads/2020/02/e.yu_.-petrov-nasledstvennoe-pravo-2.pdf (дата обращения: 01.09.2020)).

Такой прогноз уже частично реализуется в отдельных правопорядках. Хотя до сих пор общим мировым трендом является недопущение завещаний, подписанных электронно-цифровой подписью, в форме видеообращения, однако уже сейчас механизм *dispensing power*, существующий в Австралии, Новой Зеландии, ЮАР и некоторых других странах, преодолевает этот запрет[1]. Так, в Каталонии и Неваде допускается электронная подпись завещания[2].

Возможно, следует говорить о поэтапном и постепенном допущении цифровой формы завещания, начав с закрепления в позитивном праве видеофиксации процесса составления, подписания и удостоверения завещания, первоначально для целей его максимальной защиты и повышения доказательственной силы, в последующем следует перейти к вопросу об электронно-цифровой подписи завещания и электронной форме. Заслуживает внимания практика придания силе завещаний отдельных предсмертных распоряжений наследодателя, сделанных при помощи виртуальных средств.

Например, в Швеции имел место случай, когда завещатель провел свои последние часы, рассылая смс-сообщения своей семье и друзьям, в которых он детально описал ту часть имущества, которую каждый из них получит после его смерти, позднее совершив самоубийство. В суде эта процедура была представлена как собственно завещание, которое завещатель хотел оставить своим родным. Сначала суд первой инстанции не признал действительными смс-сообщения как завещание, но апелляционный суд отменил решение районного суда. Согласно одному из экспертов по наследству в Швеции, если бы этот завещатель написал дополнительно свои слова на бумаге, то завещание могло быть признано недействительным.

В судебной практике по делам о наследовании нередки споры о признании недействительным завещания по причине дефекта или отсутствия воли, включая случаи, когда завещание подписано другим лицом, как при наличии законных оснований (функции рукоприкладчика), так и без таковых. На практике это порождает проблемы, возникает необходимость проведения посмертных судебно-почерковедческих экспертиз на предмет подлинности подписи завещателя на завещании. В условиях цифровой эпохи свободные образцы почерка завещателя отыскать достаточно сложно, люди перестали писать письма, редко ведут дневники, в прошлом остались подпи-

[1] Там же. С. 91.

[2] *Циммерман Р.* Указ. соч. С. 253.

си в ведомостях на получение зарплаты и пенсии. Конечно, могут быть найдены школьные тетради или пылкие юношеские любовные письма, но для экспертного исследования по давности лет они непригодны. Поэтому проблема личного написания и подписания завещания (и любого другого гражданско-правового документа, включая договор) требует решения.

В ст. 490 нового ГК Китая (действующего с 01.01.2021) предусмотрено (как и ранее в Законе КНР 1999 г. «О договорах»), что подписание договора может осуществляться проставлением отпечатка пальца. Новый ГК Китая предусматривает, что договор в форме отдельного письменного документа является заключенным с момента подписания, проставления печати или отпечатка пальца сторонами. Допустимы три варианта – личная печать, подпись, отпечаток пальца, каждый из который возможен для заключения договора.

Подобный способ идентификации личности подписанта в целом заслуживает внимания, хотя могут возникнуть определенные замечания. К примеру, допустимо ли использовать для подписания искусственную руку? Причем речь не идет о протезе: ученые Италии и Швеции разработали роботизированную искусственную руку, способную «чувствовать». Первый пациент, потерявший правую руку в результате рака, может теперь управлять движениями механических пальцев и ощущать реакцию предмета. Движения пальцев контролируются сознательно, движения механических пальцев передаются в мозг пациента так, что он их чувствует и получает сигнал обратной связи[1]. Как видим, форма завещания, ее цифровой формат, выступает в связи с идентификацией личности завещателя.

При этом вопрос соотношения электронной формы и его печатного варианта не может быть исключительно правовым. Какого-либо нормативного предписания или судебного решения недостаточно, чтобы приравнять электронную и документарную форму на ментальном уровне. Много говорилось и писалось о разнице восприятия, различных ценностях книг виртуальной и печатной.

Философы пишут, что книга печатная подобна предмету, а книга виртуальная напоминает музыку. О виртуальной книге остается особое впечатление: она обрастает «покрывающими воспоминаниями», которые комбинируются из наших ощущений, чувств, фантазий по поводу прочитанного. Ею нельзя любоваться, испытывать кинетические

[1] *Каку М.* Физика будущего / пер. с англ. 6-е изд. М.: Альпина нон фикшн, 2019. С. 216–217.

ощущения, а это было бы так актуально, читая о силе простых вещей[1]. Возможно, с этим связано сознательное отношение к виртуальному и цифровому как к неподлинному, на уровне соотношения оригинала и копии, которая лишь обладает необходимыми качествами имитируемой вещи, не будучи ею[2]. Цифровая форма обладает энергией подобия и подражания, в философско-культурологическом аспекте близка к тематике копии, фотографии, клонирования. Очевидно, что для преодоления данного концепта потребует не только модернизации законодательства, изменения правоприменительной практики, следует ожидать и структурно-ментальных изменений в восприятии цифровых форм.

Допущение цифрового формата наследственных прав, включая цифровое оформление наследства, также связано с определением и способами фиксации цифровых прав, в первую очередь цифровой собственности. В качестве перспективного здесь может быть обозначено направление первоначально цифрового *оформления* наследственных прав, соответствующего ведения реестров, перехода от документарной формы нотариальных документов о наследстве к цифровому формату. Кроме того, в целях унификации наследственных процедур имеет введение единого свидетельства о праве на наследство вместо свидетельства на каждый из объектов наследственной массы.

Пристатейный библиографический список

1. *Белов В.А.* Digital Private Law & Rights: размышления о преобразованиях, уже произведенных в частном праве развитием глобальной компьютерной сети Интернет, и о реформах, его скоро и неминуемо по той же причине ожидающих // Право в сфере Интернета: сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. 528 с. (Анализ современного права).

2. *Каку М.* Физика будущего / пер. с англ. 6-е изд. М.: Альпина нон фикшн, 2019. 736 с.

[1] *Шугайло И.В.* Диалог с простыми вещами // Сила простых вещей: сборник статей / под ред. С.А. Лишаева. СПб.: Алетейя, 2014 (Вестник Самарской государственной академии. Серия: Философия. Филология. 2013. № 2 (14). URL: https://cyberleninka.ru/article/n/dialog-s-prostymi-veshami-sila-prostyh-veschey-sb-st-pod-red-s-a-lishaeva-spb-aleteyya-2014-384-s-tela-mysli/viewer (дата обращения: 01.09.2020)).

[2] *Разинов Ю.А.* Фальшивка // Сила простых вещей: сборник статей / под ред. С.А. Лишаева. СПб.: Алетейя, 2014. С. 164.

3. *Панарина М.М.* Наследование аккаунта в социальных сетях и вопросы цифрового наследования: правовое исследование // Наследственное право. 2018. № 3. С. 27–28.

4. *Петров Е.Ю.* Наследственное право России: состояние и перспективы развития (сравнительно-правовое исследование). М.: М-Логос, 2017. 152 с. (URL: https://m-lawbooks.ru/wp-content/uploads/2020/02/e.yu_.-petrov-nasledstvennoe-pravo-2.pdf (дата обращения: 01.09.2020)).

5. *Печеный О.П., Клименко С.* Иные права, не имеющие имущественного содержания в составе наследства // Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права: монография / И.В. Спасибо-Фатеева, В.И. Крат, О.П. Печеный и другие; под общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2016. С. 364–367.

6. *Рожкова М.А.* Об автоматизации онлайн-арбитража и онлайн-урегулирования коммерческих и потребительских споров // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2019. 448 с. (Анализ современного права).

7. *Циммерман Р.* Формы завещания: «воля законодателя» или выражение правовой культуры? // Вестник гражданского права. 2017. № 1.

8. *Шугайло И.В.* Диалог с простыми вещами // Сила простых вещей: сборник статей / под ред. С.А. Лишаева. СПб.: Алетейя, 2014. 384 с. (Вестник Самарской государственной академии. Серия: Философия. Филология. 2013. № 2 (14). URL: https://cyberleninka.ru/article/n/dialog-s-prostymi-veshami-sila-prostyh-veschey-sb-st-pod-red-s-a-lishaeva-spb-aleteyya-2014-384-s-tela-mysli/viewer (дата обращения: 01.09.2020)).

А.А. Богустов

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ РЕТРАКЦИИ

Аннотация. *Статья посвящена анализу правовых аспектов процедуры ретракции научных статей. На основании проведенного исследования сделан вывод о том, что природа ретракции не может быть объяснена при помощи существующих институтов авторского права. При этом ретракция способна приводить к отдельным нарушениям субъективных прав авторов. Коллизия ретракции и права может быть устранена лишь путем изменения правил о ретрагировании и достижения их соответствия действующему законодательству. Негативным последствием ретракции является фактическое признание не известных действующему законодательству и доктрине субъективных прав. Фактическое признание правомочий, составляющих сущность ретракации, создает неопределенность прав и обязанностей субъектов авторско-правовых отношений*.

Ключевые слова: *автор, произведение, авторское право, ретракция*.

Ретракция (ретрагирование) статей в настоящее время приобретает все большее распространение. Это объясняется стремлением к снижению числа недобросовестных научных публикаций и повышению качества подобных изданий. Возможность применения процедуры ретракции обосновывается мотивами научной этики, а возникающие в связи с этим отношения по определению считаются не имеющими правового характера. Однако на практике последствия ретрагирования затрагивают субъективные права и интересы авторов, что вызывает необходимость распространения на возникающие отношения авторско-правового регулирования. Это начинает признаваться и лицами, решающими вопрос о ретракции научных публикаций на практике. В частности, высказываются мнения о том, что ретрагирование направлено на пресечение нарушений не только этических правил, но и норм авторского права. Например, член Совета по этике Ассоциации научных редакторов и издателей (далее – АНРИ) А. Кулешова указывает на то, что ретракция применяется помимо прочего из-за «плагиата, самоплагиата, других проблем с авторскими правами,

сокрытия конфликтов интересов»[1]. Необходимо также обратить внимание на то, что в настоящее время процесс ретрагирования начинает рассматриваться как альтернативный способ защиты нарушенных авторских прав. Например, сторонниками использования ретракции в таком качестве высказывается следующее мнение: «В России защита авторского права регулируется главой 70 Гражданского кодекса РФ, из-за чего некоторые исследователи считают, что отстоять свое авторство можно только в суде. Это не так – инициировать редакционную проверку и ретракцию материала, содержащего плагиат, можно через Интернет»[2].

Из сказанного выше можно сделать вывод о том, что ретракция порождает ситуацию, при которой применение моральных норм приводит к возникновению юридических последствий. В этом случае неизбежно возникает вопрос о соотношении требований этики и права и последствиях их возможной коллизии, т.е. необходимо выявить, насколько ретрагирование согласуется с существующими механизмами авторско-правового регулирования. Решение этой проблемы имеет важное практическое значение. Это связано с тем, что разграничение в области применения моральных норм и норм права всегда сохраняется, а произвольное применение принудительных мер за нарушение этических требований «означало бы одновременно и нарушение закона и снижение норм нравственности»[3]. Применяя данное положение к рассматриваемой в настоящей статье проблеме можно сделать вывод, что фактическое наделение правовыми последствиями процедуры ретракации в конечном счете приводит к уменьшению регулятивного воздействия авторско-правовых норм, созданию альтернативных праву механизмов регламентации отношений интеллектуальной собственности и, соответственно, снижению уровня законности в данной сфере. В связи с этим актуальной представляется задача проанализировать процесс ретракации с точки зрения авторского права. При этом исходной точкой такого анализа должен выступать п. 1 ст. 1259 ГК РФ, закрепивший, что объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искус-

[1] *Кулешова А.* Большая чистка // N+1: научные статьи, новости, открытия (URL: https://nplus1.ru/blog/2020/01/10/retraction-in-russia (дата обращения: 01.08.2020)).

[2] *Обыденкова В.К.* Рекомендации по ретракции научных публикаций в Интернете, нарушающих авторские права // Homo Cyberus. 2019. № 2 (7). (URL: http://journal.homocyberus.ru/Obydenkova_VK_2_2019 (дата обращения: 01.08.2020)).

[3] *Голунский С.А., Строгович М.С.* Теория государства и права. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. С. 168.

ства независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения.

Легального определения термина «ретракция» не существует, но на практике он понимается без каких-либо существенных разногласий. Например, Совет по этике научных публикаций АНРИ разработал «Правило отзыва (ретрагирования) статьи от публикации». Данный документ определил, что отзыв текста от публикации – это «механизм исправления опубликованной информации и оповещения читателей о том, что публикация содержит серьезные недостатки или ошибочные данные, которым нельзя доверять»[1]. Это определение легло в основу правил ретрагирования, применяемых отдельными издательствами и редакциями научных журналов[2].

Таким образом, ретрагирование влечет за собой отзыв текста от публикации. Но последствия такого отзыва однозначно не определены и вызывают разночтения. Например, рассматривая практику РИНЦ по применению ретракции, Ю.М. Брумштейн указывает, что с позиций данной организации «можно считать, что при ретракции публикация статьи объявляется недействительной или, если воспользоваться юридической терминологией, ничтожной. Однако сама статья не изымается из научно-информационного пространства, доступность к ней сохраняется в научной электронной библиотеке, расположенной на сайте *www.elibrary.ru*»[3]. При этом упомянутый автор справедливо отмечает, что использование термина «отозвана» для обнародованных научных статей не соответствует действующему законодательству РФ, в котором «возможность отзыва предусматривается только для неопубликованных работ»[4].

---

[1] Правило отзыва (ретрагирования) статьи от публикации. Совет по этике научных публикаций АНРИ // Роснаучпериодика. Экосистема устойчивого развития российских научных журналов. Платформа Ассоциации научных редакторов и издателей (URL: http://rassep.ru/sovet-po-etike/rossiyskaya-praktika/retraktsiya (дата обращения: 01.08.2020)).

[2] Ретракция // Научно-издательский центр «Открытое знание» (URL: https://scipress.ru/about-us/retraction.html (дата обращения: 01.08.2020)); Порядок отзыва (ретракции) статьи в журнале «Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России» // Санкт-Петербургский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации (URL: https://университет.мвд.рф/Nauka/периодические-издания/журнал-вестник-санкт-петербургского-унив/порядок-отзыва-ретракции-статьи-в-журнал (дата обращения: 01.08. 2020).

[3] *Брумштейн Ю.* Отзыв научных статей: правовые основы и практика деятельности // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 9. С. 17–28 (URL: https://base.garant.ru/77710074 (дата обращения: 01.08.2020)).

[4] Там же.

С этим бесспорным утверждением невозможно не согласиться. Но, по нашему мнению, недопустимость отождествления процедур ретрагирования и отзыва произведения в значении, предаваемом этому явлению авторским правом, не ограничивается лишь запретом, содержащимся в действующем законодательстве, а имеет более глубокие теоретические основания. Это связано с тем, что процедура отзыва произведений в законодательстве об авторском праве различных государств[1] не имеет однозначного понимания и может трактоваться более широко, чем это предусмотрено действующим ГК РФ. Следовательно, теоретически отзыв возможен и в отношении уже опубликованных произведений, и сущностные характеристики данной процедуры с авторско-правовой точки зрения не изменяются. То есть ретракцию научных статей нельзя отождествлять с отзывом произведений даже в том случае, когда такая процедура разрешается действующим законодательством и в отношении опубликованных произведений.

На наш взгляд, можно выделить следующие причины, не позволяющие отождествить ретракцию и отзыв произведения.

Во-первых, процессы ретрагирования и отзыва произведения в авторском праве преследуют различные, а зачастую диаметрально противоположные цели. Как было указано выше, ретракция направлена на информирование читателей о наличии в произведении науки серьезных недостатков либо недостоверных данных. То есть осуществление подобной процедуры направлено на обеспечение не интересов автора, а общества.

В свою очередь, возможность отзыва произведения объясняется исключительно необходимостью обеспечения интересов автора. Если отзыв допускается лишь до момента обнародования произведения, то необходимо согласиться с С.А. Судариковым, который отмечал, что единственная точка зрения на причины признания данного права «заключается в том, что это была попытка оградить автора от произвола организаций, заключивших договор с автором на обнародование произведения, но по тем или иным причинам не выполнивших свои обязательства»[2]. Если же законодательство допускает возможность отзыва произведения после его обнародования, то это можно объяс-

[1] Данная проблема ранее была рассмотрена более подробно автором настоящей статьи в работе: *Богустов А.А.* Право на отзыв в системе личных неимущественных прав автора (по законодательству государств – участников СНГ) // Вісник Одеського національного університету ім. І.І. Мечнікова. Серія: Правознавство. 2015. Т. 20. Вип. 2 (27). С. 40–49.

[2] *Судариков С.А.* Основы авторского права. Минск: Амалфея, 2000. С. 226.

нить стремлением обеспечить автору свободу творчества. Например, Д. Липцик указывает, что признание права на отзыв «свидетельствует о большом уважении к интеллектуальной щепетильности автора и естественным образом дополняет его право принимать решение об обнародовании своего произведения. Оно также исходит из необходимости защитить свободу мысли и подразумевает в то же время возможность менять свои мнения»[1].

Во-вторых, различие целей ретракции и отзыва произведений приводят к несовпадению субъектов способных совершать данные действия.

С точки зрения авторского права отзыв произведения можно трактовать как односторонний акт, направленный на реализацию принадлежащего автору личного неимущественного права. При этом право на отзыв, в отличие от большинства личных неимущественных прав, не имеет бессрочного характера. Можно предположить, что данное право находится в зависимости от права на обнародование и лишь обеспечивает возможность его реализации. Для выявления отличий данного права от ретракции необходимо также отметить, что право на отзыв по своему характеру является личным неимущественным, и соответственно является непередаваемым и неотчуждаемым. Как и любое неимущественное право автора, оно характеризируется помимо прочего тем, что «оно не может быть объектом изъятия, принудительного исполнения или экспроприации»[2]. Более того, из анализа п. 1 ст. 1269 ГК РФ можно сделать вывод о том, что право автора на отзыв произведения не только противопоставляется правам лиц, которым отчуждено исключительное право на произведение или предоставлено право использования произведения, но и обладает по отношению к правам указанных лиц приоритетом.

Иначе обстоит дело с процессом ретрагирования. Например, можно обратиться к упоминавшемуся ранее «Порядку отзыва (ретракции) статьи в журнале “Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России”», в котором установлен типичный механизм практической реализации процедуры ретракции. Из анализа п. 3 и 4 данных правил следует, что автор наряду с иными лицами может выступать лишь инициатором ретрагирования, причем данное действие не влечет само по себе каких-либо последствий, поскольку окончательное решение

[1] *Липцик Д.* Авторское право и смежные права. М.: Ладомир; Изд. ЮНЕСКО, 2002. С. 150.

[2] Там же. С. 137.

об отзыве статьи от публикации принимает редакция журнала. То есть возможность ретракации не относится к субъективным правам автора. Более того, отзыв произведения от публикации осуществляется лицом, которому это право не может принадлежать по определению.

В-третьих, не совпадают объекты, в отношении которых возможно применение процедур ретракции и отзыва произведения.

По общему правилу отзыв в значении, предаваемом данному действию ст. 1269 ГК РФ, может быть использован в отношении любых произведений, охраняемых авторским правом. В свою очередь, ретракция применяется исключительно лишь к произведениям науки. Следовательно, ретрагирование призвано установить некую особую процедуру отзыва от публикации в отношении отдельных объектов авторского права по признаку назначения произведения. Это позволяет сделать вывод, что ретракция стремится выйти за рамки действия следующего из анализа ст. 1259 ГК РФ принципа одинакового применения механизма авторско-правового регулирования ко всем произведениям науки, литературы и искусства независимо от достоинства и назначения произведения.

Но если даже теоретически допустить возможность установления неких специальных правил, касающихся исключительно произведений науки, то необходимо признать большую вероятность возникновения проблем практического характера в процессе их реализации. Например, Е.А. Кондратьева справедливо замечает, что законодательного определения и закрепления признаков произведений науки, литературы и искусства в настоящее время нет, и на основании этого приходит к выводу, что «на сегодняшний день является значительной проблемой отсутствие не только четких критериев отнесения того или иного объекта авторских прав к одной из трех названных групп, но и определения понятий научного, литературного произведений и произведения искусства, а также собственно произведения»[1].

В конечном счете применение ретракации требует более четкого определения понятия «произведение науки». Прежде всего необходимо закрепление однозначно сформулированных признаков, позволяющих разграничить научные произведения от научно-методических либо научно-популярных. Вслед за этим возникает вопрос, возможно ли ретрагирование последних, поскольку включение ошибочных, недостоверных, сфальсифицированных и тому подобных сведений

[1] *Кондратьева Е.А.* Объекты интеллектуальных прав: особенности правовой охраны. М.: Статут, 2014. С. 54.

в научно-методические работы потенциально может повлечь неблагоприятные последствия куда более масштабные, чем те, которые могут возникнуть от недобросовестных научных публикаций.

Кроме того, ретракция на практике применяется в отношении научных статей. Однако категория произведения науки включает в себя статьи, но не исчерпывается ими. В таком случае возможно ли ретрагирование в отношении монографий, докладов, тезисов выступлений на конференциях, лекций и если да, то каков должен быть порядок ее осуществления. Но какими бы ни были ответы на поставленные выше вопросы, они не способны прояснить сущности ретракации. Положительный ответ приводит к практической невозможности определения границ применения данной процедуры, а отрицательный позволяет сделать вывод о искусственности и произвольности выбора ее объекта.

В-четверых, не совпадают последствия рассматриваемых нами действий.

Отзыв в понимании данного процесса ГК РФ означает лишь отказ автора от обнародования произведения. Возможность отзыва произведения сама по себе представляет личное неимущественное право автора, реализация которого не означает отказа автора от иных принадлежащих ему прав и тем более не влекущее ничтожности произведения. Реализация автором права на отзыв не лишает его возможности в последующем вновь ввести это произведение в гражданский оборот.

Последствия применения ретракции не столь очевидны. Как было отмечено выше, ретрагирование трактуется как отзыв статьи с публикации. Но правила ретрагирования, разработанные общественными организациями и редакциями научных журналов, не объясняют последствий подобного отзыва. При этом ретракция не может привести к объявлению статьи недействительной (ничтожной). Более того, следует учитывать, что процедура признания произведения ничтожным неизвестна авторскому праву.

Исходя из проведенного анализа, можно сделать вывод о том, что сущностные характеристики ретракции не позволяют признать ее разновидностью отзыва произведения в авторском праве. Более того, ретракция не может быть сведена к какому-либо иному авторско-правовому институту, известному действующему законодательству. Необходимо также учитывать, что по своей правовой природе правила ретрагирования научных публикаций, принимаемые издательствами и редакциями научных журналов, являются локальными нормативными актами, которые не могут ухудшать положение граждан путем

установления дополнительной ответственности либо обязанностей, не предусмотренных действующим законодательством.

Следовательно, ретракция должна влечь для автора неблагоприятные последствия не правового, а морально-этического характера. При этом такие принудительные меры, применяемые к недобросовестному автору, не должны иметь государственно-властного характера. В теории права высказывается справедливое мнение о том, что соблюдение нравственных норм обеспечивается «общественной средой, общественным мнением, отношением общественности к нарушителям норм нравственности»[1]. То есть последствия отзыва статьи при ретрагировании должны выражаться в формировании негативного мнения в научной среде об авторе, снижении доверия коллег к полученным им результатам и тому подобным мерам общественного характера, но никоим образом подобные последствия не должны нарушать принадлежащих конкретному лицу авторских прав.

В связи с этим представляется необходимым рассмотреть с правовой точки зрения результаты ретракции. В упоминавшихся ранее «Правилах отзыва (ретрагирования) статьи от публикации» Совета по этике научных публикаций АНРИ указывается, что при ретракции статьи на электронную версию публикации наносится надпись «ОТОЗВАНА/RETRACTED» и дата ретракции, эта же пометка ставится при статье в оглавлении выпуска. Кроме того, информация об отозванных текстах передается в НЭБ (*elibrary.ru*), КиберЛенинку и Совет по этике научных публикаций. Отозванные статьи и ссылки из них исключаются из РИНЦ и не участвуют при расчете показателей. А Совет по этике научных публикаций вносит информацию в единую базу ретрагированных статей.

Указанные последствия предусматриваются и в большинстве правил ретрагирования, разработанных издательствами и редакциями журналов[2]. Но в них может дополнительно предусматриваться возможность совершения и иных действий. Например, в некоторых правилах ретракции установлено, что в случае серьезного морального ущерба сторонам конфликта интересов информация о факте нарушения научной этики может быть передана по месту работы автора[3]. В качестве

[1] *Голунский С.А., Строгович М.С.* Указ. соч. С. 162.

[2] Ретракция // Научно-издательский центр «Открытое знание»; Порядок отзыва (ретракции) статьи в журнале «Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России».

[3] Порядок отзыва (ретракции) статьи в журнале «Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России»; Ретракция статей // Сетевой научный журнал «Науч-

еще одного последствия ретракции иногда рассматривается доведение информации о статьи до ВАК[1].

На наш взгляд, указанные последствия ретрагирования способны иметь не только морально-этические, но и правовые последствия.

Характерным, на наш взгляд, является следующий пример. Во всех упоминавшихся выше правилах ретрагирования научных статей к основаниям для применения такой процедуры помимо прочего относится некорректный состав авторов (отсутствует тот, кто достоин быть автором; включены лица, не отвечающие критериям авторства). Указание в решении о ретрагировании информации о том, что лицо, указанное в качестве автора произведения, не отвечает критериям авторства, размещение подобных сведений вместе с произведением, направление их по месту работы либо в ВАК, по нашему мнению, можно рассматривать как нарушение закрепленного в ст. 1265 ГК РФ права авторства – «права признаваться автором произведения». В правовой доктрине наиболее распространенной является точка зрения, состоящая в том, что «право авторства включает в себя, с одной стороны, возможность лица считаться автором произведения, с другой – возможность требовать признания данного факта со стороны других лиц»[2]. В рассматриваемом нами случае нарушение права авторства выражается в публичном непризнании авторства конкретного произведения за лицом, указанным в данном качестве. Кроме того, само по себе наличие у лиц, осуществивших процедуру ретракации, морально-этических предпосылок для непризнания данного факта не является правовым основанием для отрицания принадлежности права авторства конкретному лицу. Это следует из закрепленной в ст. 1257 ГК РФ презумпции авторства. То есть лицо, указанное в качестве автора на экземпляре или копии произведения (в нашем случае – в научной статье) должно считаться им, пока не доказано обратное.

Естественно, что презумпция авторства, как и любая другая презумпция, может быть опровергнута. При этом из п. 2 ст. 1250 ГК РФ следует, что способы защиты интеллектуальных прав могут применяться по требованию правообладателей, организаций по управле-

ный результат. Социология и управление». (URL: http://rrsociology.ru/info/authors/su_retraction (дата обращения: 01.08.2020)).

[1] Положение о ретрагировании статей сетевого научного издания «Традиционное прикладное искусство и образование» // Традиционное прикладное искусство и образование (URL: https://dpio.ru/doc/retragirovanie.pdf (дата обращения: 01.08.2020)).

[2] *Матвеев А.Г.* Интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства. Пермь: Перм. гос. нац. исслед. ун-т., 2015. С. 259.

нию правами на коллективной основе, а также иных лиц в случаях, установленных законом. Применяя данное правило к опровержению презумпции авторства, можно сделать вывод, что если в число авторов включены лица, не отвечающие критериям авторства, то право оспорить это принадлежит только иным соавторам. А если в числе авторов отсутствует тот, кто достоин им быть, то требование может предъявить только лицо, не указанное в таком качестве. Иные же лица (включая редакции журналов, ассоциации издателей и т.д.) не могут предъявлять подобных требований, поскольку их субъективные права в данном случае не нарушены. Тем более они не могут односторонними действиями опровергнуть презумпцию авторства. То есть процедура ретракции не способна в данном случае заменить судебного решения.

Кроме того, ретракция может вызывать последствия, затрагивающие не только авторские, но и иные субъективные гражданские права. Например, в упоминавшихся выше правилах осуществления отзыва научных статей от публикаций, применяемых редакциями журналов и издательствами, указывается, что к основаниям осуществления подобной процедуры относятся помимо прочего обнаружение некорректных заимствований (плагиата) в публикации, дублирование статьи в нескольких изданиях, обнаружение в работе фальсификаций или фабрикаций либо серьезных ошибок, некорректный состав авторов, сокрытие конфликта интересов.

Анализ указанных оснований позволяет сделать вывод о том, что все они могут быть сведены в конечном счете либо к нарушению действующего законодательства, либо к нарушению этических норм. И хотя ретракция не рассматривается как мера наказания автора, применение данной процедуры будет означать, что автор совершил противоправный либо аморальный поступок. Информация об этом будет содержаться в решении о ретрагировании, в описании статьи на сайте научного издания и в НЭБ (*elibrary.ru*), либо даже направляться по месту его работы и в ВАК. При этом соответствие действительности распространяемых подобным образом сведений подтверждается только самим решением о ретракции.

Наличие этих обстоятельств дает возможность предполагать, что у автора ретрагированной научной статьи могут присутствовать основания для предъявления в соответствии со ст. 152 ГК РФ требований о защите чести, достоинства и деловой репутации. Общепризнанно, что существуют три условия для предъявления подобного требования.

Во-первых, необходимой предпосылкой выступает «установление факта распространения указанных сведений»[1]. При ретракации же сведения негативного характера распространяются путем их сообщения неопределенному кругу лиц либо конкретным третьим лицам.

Во-вторых, условием является «порочащий характер распространенных сведений»[2]. По мнению Пленума ВС РФ, высказанному в постановлении от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц», порочащими являются сведения «содержащие утверждения о нарушении гражданином или юридическим лицом действующего законодательства, совершении нечестного поступка, неправильном, неэтичном поведении в личной, общественной или политической жизни, недобросовестности при осуществлении производственно-хозяйственной и предпринимательской деятельности, нарушении деловой этики или обычаев делового оборота, которые умаляют честь и достоинство гражданина или деловую репутацию гражданина либо юридического лица». Как было сказано выше, анализ условий проведения ретракации указывает на то, что она становится возможной при совершении автором в процессе подготовки и опубликования статьи нарушения норм права и (или) морали. То есть сведений об отзыве статьи от публикации по подобным основаниям можно трактовать как порочащие.

В-третьих, основанием для предъявления требований о защите чести, достоинства и деловой репутации является «ложный характер распространенных сведений о гражданине»[3]. При осуществлении ретракации следует учитывать, что в случае возникновения спора в суде бремя доказывания истинности оснований для ее проведения и, соответственно, правдивости распространяемых сведений будет возложено на соответствующую редакцию либо издательство.

Анализ процедуры ретракации позволяет сделать вывод, что ее результатом выступает фактическое признание и защита неких новых, не известных действующему законодательству и не признаваемых теорией субъективных прав (например, право редакции журнала на отзыв произведения, признание его ничтожным и т.п.).

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации. Недвижимые и движимые вещи. Ценные бумаги. Защита чести, достоинства и деловой репутации. Охрана частной жизни. Постатейный комментарий к главам 6–8 / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014. С. 184.

[2] Там же. С. 185.

[3] Там же. С. 185.

Все эти признаваемые *de facto* права по своей природе подобны абсолютным. Но необходимо помнить, что еще Г.Ф. Шершеневич писал: «Права абсолютные – это те, в которых праву активного субъекта соответствует обязанность всех сограждан и которые поэтому охраняются против каждого, забывшего лежащую на нем обязанность»[1]. Сама природа подобных прав указывает на то, что их число ограничено, а возникновение их новых разновидностей возможно только в случае признания позитивным законодательством. В отношении же ретракации это условие не соблюдено. В данной ситуации можно вести речь о том, что фактическое признание правомочий, составляющих сущность ретракации, создает неопределенность прав и обязанностей субъектов авторско-правовых отношений.

Можно привести возражения и в отношении отдельных, фактически возникающих в результате ретракции прав. Например, высказывается мнение о том, что применение ретрагирования способно предотвратить «отчуждение авторской идеи»[2].

Подобный подход коренным образом отличается от общепризнанных механизмов, используемых авторским правом, предоставляющих охрану не идее как таковой, а объективной форме ее выражения. Можно согласиться с тем, что возможность присвоения или предоставления охраны идеям «помешало бы свободному развитию творческой мысли и появлению неограниченного числа различных произведений. К одной и той же идее, поиску, теме возвращаются до бесконечности. Обращаясь к ним, каждый автор создает новое произведение, несущее отпечаток его личности и индивидуальности. Результат может быть иногда впечатляющим, в другой раз – незначительным, но именно возможность отталкиваться от того, что уже существует, без необходимости проделывать заново уже пройденный кем-то путь, и позволяет каждому поколению вносить свой вклад в медленный прогресс цивилизации»[3]. Сказанное в полной мере относится и к идеям, выраженным в научных произведениях. Таким образом, можно сделать вывод о том, что фактическое признание возникающих в результате ретракации полномочий может не только не способствовать научному прогрессу, но и выступить фактором, сдерживающим его.

---

[1] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М.: Спарк, 1995. С. 57.

[2] *Обыденкова В.К.* Указ. соч.

[3] *Липцик Д.* Указ. соч. С. 55.

На основании проведенного исследования можно сделать вывод о том, что ретрагирование (ретракция) не может быть сведено ни к одному существующему авторско-правовому институту. Цели и задачи осуществления отзыва статьи от опубликования, без сомнения, являются общественно полезными, но процесс их достижения может привести к конфликту с действующим законодательством, поскольку ряд последствий ретракции может затрагивать субъективные права и законные интересы граждан.

Устранение указанного противоречия возможно двумя путями. Во-первых, внесение в действующее законодательство изменений, закрепляющих сложившуюся в настоящее время практику ретракции. Но данное решение представляется маловероятным в силу высокой степени инфильтрации международно-правовых норм в национальное законодательство об авторском праве. Во-вторых, коллизия ретракции и права может быть устранена путем модернизации правил о ретрагировании и достижения их непротиворечия действующему законодательству.

К негативным последствиям ретракции следует отнести фактическое признание и защита новых, не известных действующему законодательству и не признаваемых теорией субъективных прав. Фактическое признание правомочий, составляющих сущность ретракации, создает неопределенность прав и обязанностей субъектов авторско-правовых отношений.

Пристатейный библиографический список

1. *Брумштейн Ю.* Отзыв научных статей: правовые основы и практика деятельности // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 9. С. 17–28 (URL: https://base.garant.ru/77710074).

2. *Голунский С.А., Строгович М.С.* Теория государства и права / Институт права АН СССР. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. 304 с.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации. Недвижимые и движимые вещи. Ценные бумаги. Защита чести, достоинства и деловой репутации. Охрана частной жизни. Постатейный комментарий к главам 6–8 / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014. 208 с.

4. *Кондратьева Е.А.* Объекты интеллектуальных прав: особенности правовой охраны. М.: Статут, 2014. 160 с.

5. *Кулешова А.* Большая чистка // N+1: научные статьи, новости, открытия (URL: https://nplus1.ru/blog/2020/01/10/retraction-in-russia (дата обращения: 01.08.2020)).

6. *Липцик Д.* Авторское право и смежные права. М.: Ладомир; Изд. ЮНЕСКО, 2002. 788 с.

7. *Матвеев А.Г.* Интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства. Пермь: Перм. гос. нац. исслед. ун-т., 2015. 444 с.

8. *Обыденкова В.К.* Рекомендации по ретракции научных публикаций в Интернете, нарушающих авторские права // Электронный научно-публицистический журнал «Homo Cyberus». 2019. № 2 (7) (URL: http://journal.homocyberus.ru/Obydenkova_VK_2_2019 (дата обращения: 01.08.2020)).

9. *Судариков С.А.* Основы авторского права. Минск: Амалфея, 2000. 512 с.

10. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М.: Спарк, 1995. 556 с.

КОРОТКО ОБ АВТОРАХ

БОГУСТОВ Андрей Алексеевич

В 1996 г. окончил юридический факультет Гродненского государственного университета им. Янки Купалы (г. Гродно, Республика Беларусь). В 2012 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ защитил кандидатскую диссертацию на тему: «Ценные бумаги как объекты прав в гражданском праве стран – участников СНГ (сравнительно-правовой анализ)».

В настоящее время – доцент кафедры международного права Гродненского государственного университета им. Янки Купалы.

Сфера научных интересов: сравнительное правоведение в сфере частного права стран СНГ и Восточной Европы, право ценных бумаг, право интеллектуальной собственности.

Автор более 200 научных публикаций, в том числе двух индивидуальных и двух коллективных монографий, четырех учебных пособий и более 30 статей в ведущих научных журналах России, Беларуси и Украины.

E-mail: bogustow@mail.ru

ГАПАНОВИЧ Анна Владимировна

В 2004 г. окончила юридический факультет Тюменского государственного института мировой экономики, управления и права.

С 2010 г. – начальник отдела договорной и претензионно-исковой работы правового управления ФГБОУ ВО «Тюменский индустриальный университет».

Сфера профессиональных интересов: договорное право, государственные (муниципальные) закупки, интеллектуальная собственность, цифровые технологии.

Автор ряда публикаций в юридических изданиях, сборниках материалов конференций по гражданскому праву.

E-mail: anna-g2001@mail.ru

ГЛОНИНА Вера Николаевна

Окончила бакалавриат и магистратуру юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова (в 2018 и 2020 г. соответственно). В настоящее время является студенткой школы права Иллинойсского университета в Урбане-Шампейне (США).

Работает юристом в практике интеллектуальной собственности и защиты данных юридической фирмы «АЛРУД». Является соруководителем направления IP CLUB, занимающегося подготовкой обзоров судебной практики в сфере интеллектуальной собственности.

Сфера профессиональных интересов: право интеллектуальной собственности, право информационных технологий.

Соавтор монографии «Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права». Автор ряда статей по вопросам права интеллектуальной собственности на русском и английском языках, в том числе опубликованных в журналах и сборнике «Право в сфере Интернета», журналах «Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права», «Журнал Суда по интеллектуальным правам» и др.

E-mail: glonina.vera@yandex.ru

ГРИН Дж. Реми

Доктор юриспруденции, Чикагский университет, 2016 г.

Ассоциат Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson.

КОЖЕМЯКИН Дмитрий Владимирович

В 2014 г. окончил учебу в Волгоградском государственном университете. В 2017 г. защитил кандидатскую диссертацию, посвященную правовому регулированию в области использования доменных имен.

В настоящее время работает старшим научным сотрудником НОЦ «Интеллектуальная собственность и интеллектуальные права» Национального исследовательского Томского государственного университета и доцентом кафедры финансового и предпринимательского права Волгоградского института управления – филиала РАНХиГС при Президенте РФ.

Является автором более 39 работ на русском и английском языках, в том числе монографий, учебных и учебно-методических пособий, статей в журналах, рекомендуемых ВАК РФ, а также индексируемых в базе данных *Scopus*.

E-mail: dv-k@outlook.com

КОЗЛОВА Марина Юрьевна

В 1994 г. с отличием окончила Волгоградский государственный университет по специальности «юриспруденция». В 2002 г. защитила кандидатскую диссертацию, посвященную исследованию антимоно-

польных ограничений принципа свободы договора. Кандидат юридических наук, доцент.

В настоящее время работает доцентом кафедры гражданско-правовых дисциплин Волгоградского института управления – филиала РАНХиГС при Президенте РФ.

Является автором более 100 работ, в том числе монографий, учебников, учебно-методических пособий, статей в журналах, рекомендуемых ВАК РФ, а также индексируемых в базах данных *Scopus, Web of Science*.

E-mail: kozlova-my@ranepa.ru, kravetz-m@mail.ru

ЛЕВАШОВ Артем Игоревич

В 2018 г. окончил юридический факультет Санкт-Петербургского государственного университета.

В 2018 г. начал работу в Северо-Западном центре консалтинга и защиты информации в качестве помощника юриста, с 2019 г. – в должности юриста. С 2019 г. также занимает должность специалиста отдела цифрового права Центра технологий распределенных реестров, созданного при СПбГУ в рамках реализации государственной программы «Национальная технологическая инициатива».

В 2019 г. занял первое место в конкурсе «*DLTReg* 2019. Регулирование и стандартизация в цифровой экономике», организованном Техническим комитетом по стандартизации «Криптографическая защита информации» (ТК 26).

Сфера профессиональных интересов: право интеллектуальной собственности, информационное право, международное частное право, банковское право.

E-mail: artem.i.levashov@gmail.com

МОТОВИЛОВА Дарья Аркадьевна

В 2007 г. окончила философский факультет Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова (специализация – социальная философия).

В 2014 г. с отличием окончила юридический факультет Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова (специализация – гражданское право).

В 2019 г. получила степень магистра права интеллектуальной собственности (*LL.M*) в Университете Турина (Италия).

С 2020 г. преподает курс Business Law на экономическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова.

Сфера научных интересов: интеллектуальная собственность, электронная коммерция, гражданско-правовое регулирование отношений в сети Интернет.

E-mail: da.motovilova@gmail.com

НОТО ЛА ДИЕГА Гвидо

Гвидо Ното Ла Диега является адъюнкт-профессором права интеллектуальной собственности и права частной жизни в Университете Стирлинга (Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии), где он занимает должность заместителя директора правовых программ, директора по вопросам равенства, разнообразия и инклюзивности юридического факультета, координатора модуля права медиа и интеллектуальной собственности, а также входит в состав общей университетской группы по этике и Центра по исследованиям в области информации, наблюдения и частной жизни (*CRISP*). Профессор Ното Ла Диега специализируется в области интернета вещей, искусственного интеллекта, облачных вычислений, робототехники и блокчейна. В своей работе он исходит из убеждения, что закон должен направлять новые технологии в антропоцентрическом направлении.

Обладатель докторской степени в области частного права (*Università degli Studi di Palermo*, Италия), степени *postdoc* в области права облачных вычислений (*Queen Mary University of London*, Великобритания) и стипендии Академии высшего образования (*Advance HE*), Гвидо Ното Ла Диега публиковался в ведущих международных журналах – таких, как *European Intellectual Property Review* и *European Journal of Law and Technology*. Работы профессора Ното Ла Диеги, опубликованные на английском, итальянском, русском и корейском языках, цитируются генеральным адвокатом Суда ЕС, палатой лордов, Европейской комиссией и Советом Европы.

Имея десятилетний академический опыт работы в Великобритании, Италии, Германии, Швейцарии, России и Бразилии, профессор Ното Ла Диега представил свои исследования на престижных площадках, включая Общественный форум ВТО в Женеве и конференцию «Компьютеры, неприкосновенность частной жизни и защита персональных данных» в Брюсселе.

Кроме преподавания в Университете Стирлинга, профессор Ното Ла Диега является директором Центра междисциплинарных исследований в интернете *вещей Ital-IoT*, приглашенным профессором

Университета Мачерата (Италия), членом Центра «Интернет и общество» *Nexa* (Турин, Италия), членом исследовательской группы *NINSO Northumbria Internet & Society Research Group*, а также членом Попечительского совета и Исполнительного комитета Общества ученых-юристов (*Society of Legal Scholars*) – старейшего и крупнейшего общества ученых-юристов в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии.

ПЕЧЕНЫЙ Олег Петрович

В 1998 г. окончил с отличием Национальную юридическую академию Украины им. Ярослава Мудрого (г. Харьков). Доцент, кандидат юридических наук.

С 2000 г. и по настоящее время преподает на кафедре гражданского права Национального юридического университета им. Ярослава Мудрого (г. Харьков).

С 2018 г. – член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Украины.

Сфера научных интересов: наследственное право, наследственное право и цифровые формы, общее учение об обязательствах, вопросы ответственности в гражданском праве, проблемы общей теории гражданского права.

Автор более 100 публикаций, среди которых практический комментарий к Гражданскому кодексу (2012), коллективные монографии из серии «Харьковская цивилистическая школа» («Защита субъективных гражданских прав и интересов» (2015), «Грани наследственного права» (2016), «О договоре» (2017) и прочие), ряд научных статей, включая публикации в сборниках серии «Анализ современного права / *IP & Digital Law*».

E-mail: rdash@km.ru

ПИСАРЕВ Владимир Владимирович

В 2021 г. окончил магистратуру юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова по кафедре предпринимательского права.

Паралигал в практике интеллектуальной собственности, информационных технологий и TMT московского офиса Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры».

Сфера научных интересов – корпоративное право, обязательственное право, право интеллектуальной собственности.

Призер V Всероссийского молодежного конкурса работ по праву информационных технологий и интеллектуальной собственности (*IP&IT LAW* – 2020).

E-mail: pisarev_vladimir@outlook.com

РОЖКОВА Марина Александровна

Доктор юридических наук.

Главный научный сотрудник отдела гражданского законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, эксперт Российской академии наук, член Экспертного совета Комитета Государственной Думы по информационной политике, информационным технологиям и связи, эксперт Российского фонда фундаментальных исследований, президент *IP CLUB*, основатель и научный редактор серии «Анализ современного права / *IP & Digital Law*».

Автор более 300 опубликованных работ, в том числе следующих книг: «Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в российском праве» (в соавторстве), «Международные договоры в сфере интеллектуальной собственности (актуальный обзор многосторонних соглашений)» (в соавторстве), «Интеллектуальная собственность: основные аспекты охраны и защиты», «Защита интеллектуальных прав: законодательные ошибки при определении статуса и компетенции специализированных органов, разрешающих дела в сфере промышленной собственности», «Защита деловой репутации в случаях ее диффамации или неправомерного использования (в сфере коммерческих отношений)» (в соавторстве), «Актуальные проблемы унификации гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства» (в соавторстве), «Интеллектуальная собственность: некоторые аспекты правового регулирования» (в соавторстве), «Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения», «Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения» (в соавторстве), «Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора», «Мировая сделка: использование в коммерческом обороте» и других.

E-mail: rozhkova-ma@mail.ru

Веб-сайт: rozhkova.com

РУЙЕ Николя

Получил юридическое образование в университете Лозанны, закончив его в 1997 г. Написал докторскую диссертацию при университете Базеля и получил степень доктора юридических наук в 2001 г.

С 1997 г. работал судебным секретарем окружного суда Лозанны и ассистентом в Центре корпоративного права и интеллектуальной собственности. Проходил первую адвокатскую практику в юридической компании «Гросс и партнеры» (2000–2003 гг.), после чего присоединился в 2003 г. в качестве партнера к юридической компании *MCE Avocats – Rechtsanwälte – Attorneys-at-law* (Лозанна, Локарно, Фрейбург и Цюрих).

Автор следующих монографий: «О договорах, которые нарушают публичное право» (на немецком языке, 2002, 571 с.), «Швейцарское обязательственное право и принципы европейского контрактного права» (на французском языке, 2007, 998 с.), «Швейцарское акционерное общество (коммерческое право, закон о слиянии, налоговое и биржевое право)» (на французском языке, 2008, 825 с., 2017, 941 с.), «Банковское дело в Швейцарии» (на немецком языке в 2010 г., на французском языке в 2011 г. и на английском языке в 2013 г.). Также является соавтором и соиздателем комментария к наследственному праву (2012, 1145 с.). Он написал общее введение в международное предпринимательское право (*International Business Law*, Цюрих/Гонконг, 2015, 618 с.). Текущие монографические работы – о лицензионном договоре.

Является профессором предпринимательского права в Школе Бизнеса Лозанны с 2004 г. Также с 2006 г. преподавал международное торговое право в Академии Народного Хозяйства (Институте бизнеса и делового администрирования). С 2005 по 2012 гг. преподавал в Университетском Институте Курта Боша. Представлял швейцарские национальные отчеты в Ассоциации друзей французской юридической культуры об ответственности юристов (Хошимин, 2011), о приобретении власти в корпорациях (Сантьяго-де-Чили, 2012), о соотношении между имматериальными благами и договорным правом (Барселона, 2014), третьих лицах и договоре (Панама, 2015), инвестициях (Берлин, 2016), о концептах в частном праве (Торино, 2017).

САФАРГАЛЕЕВ Линар Ильдарович

Аспирант кафедры гражданского права Уральского государственного юридического университета.

Юрист Адвокатского бюро Свердловской области «*Urals Legal*».

Научные интересы: гражданское право, право информационных технологий.

E-mail: linar.safargaleev@yandex.ru

СЕМЕНОВА Анастасия Александровна

Окончила бакалавриат (2018 г.) и магистратуру (2020 г.) МГИМО МИД России, направление – международное частное право, студент магистратуры Центра международных исследований интеллектуальной собственности Страсбургского университета (*CEIPI*). Младший юрист в юридической фирме *Baranchikov IP & IT Attorneys in Russia*.

Организатор международного конкурса «*Trademark Negotiation Competition*» (при поддержке *WIPO*, *EUIPO* и *Oxford University Press*).

Участник и победитель многочисленных студенческих конкурсов по праву.

Соавтор монографии «Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права». Автор ряда статей по вопросам права интеллектуальной собственности, опубликованных в журналах («Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права», «Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность», «Журнал Суда по интеллектуальным правам»), сборниках и на сайте *zakon.ru*. Соавтор статей научно-творческого студенческого объединения «Абстрактный Колобок».

Сфера научных интересов: авторское право, интеллектуальная собственность, сравнительное правоведение, история права.

Email: anastasiiya.semenova@gmail.com

СЕРГАЧЕВА Ольга Александровна

В 2005 г. с отличием окончила Волгоградский государственный университет по специальности «Юриспруденция». В 2013 г. защитила кандидатскую диссертацию, посвященную сравнительно-правовому исследованию осуществления публичных закупок в Российской Федерации и Итальянской Республике.

В настоящее время – заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Волгоградского института управления – филиала РАНХиГС при Президенте РФ.

Является автором более 40 работ на русском, английском, итальянском языках, в том числе монографий, учебных и учебно-методических пособий, статей в журналах, рекомендуемых ВАК РФ.

E-mail: sergacheva.olia@yandex.ru

ФАИЗОВА Алина Гумеровна

В настоящее время является студентом 3 курса Юридического факультета Казанского (Приволжского) федерального университета.

Сфера научных интересов: гражданское право, информационное право, право цифровой экономики, право интеллектуальной собственности.

E-mail: alina.f.205@yandex.ru

ЩУКИНА Анастасия Сергеевна

В 2019 г. окончила с отличием юридический факультет Южно-Российского института управления филиала РАНХиГС при Президенте РФ. В том же году поступила в Российскую школу частного права при Исследовательском центре частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, где обучается в настоящее время.

Сфера научных интересов: право интеллектуальной собственности, гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное право.

E-mail: anastasia.s.shchukina@yandex.ru

TABLE OF CONTAINS

Marina Rozhkova
THE TERMS "DIGITAL LAW", "DIGITAL RIGHTS" AND "DIGITAL CURRENCY" IN RUSSIAN LAW
Abstract. *The article researches the dynamics of the development of Russian legislation, related to information technology. Based on the analysis of academic works and actual legislation the author analyzes the nature of terms 'digital law', 'digital rigts' and 'digital currency'.*
Keywords: *digital law, digital rigts, digital currency.*

Nicolas B. Rouiller
CRYPTOCURRENCIES: CURRENT REALITIES, PHILOSOPHICAL PRINCIPLES AND LEGAL MECHANISMS
Abstract. *This paper deals with practical aspects of cryptocurrencies, including the legal framework and instruments, but also with the underlying philosophical or political approaches that motivate creators of cryptocurrencies. These motivations are diverse. A feature common to most of them is the idea of a decentralized financial ecosystem, without (or with a strongly reduced role of) intermediaries and organizations that fulfill centralizing functions (notably banks): as a consequence, power is distributed and autonomy increased. For some, the philosophical source is a form of anarchism or of democratism; for others, it is a critical analysis of the economy, in particular of the situation of governmental currencies and of the fundamental inflationary potential resulting from contemporary monetary policies (like, in technical terms, quantitative easing, or, with a more polemic tone, currency debasing). Identifying the philosophical approaches – or several of them – is useful from many points of view, as this also enables to understand in a deeper way numerous technical and practical questions.*
Keywords: *cryptocurrencies, decentralized financial ecosystem.*

Guido Noto La Diega
ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND DATABASES IN THE AGE OF BIG MACHINE DATA
Abstract. *This paper deals with those databases where Artificial Intelligence technologies are used to obtain, verify, or present the database's contents ('AI databases'). The overarching research question is whether AI databases can be protected under the copyright and sui generis regimes provided by the Database Directive. The alleged inadequacy of the sui generis right for the data economy and, in particular, for machine-generated data led the European Parliament to call on*

the Commission to abolish said right and the Commission to propose the introduction of a data producer's right as a new property that would have done what the sui generis right had been unable to. It is this paper's contention that, contrary to popular belief, the sui generis right is fit for AI databases and that a different solution would lead to an overprotection of said subject matter by contractual means. The sui generis right may be the best, if not the only, way to protect AI 'authorial' works. Indeed, even if AI works currently fall outside the scope of copyright law for lack of originality, they could nonetheless be protected if part of a database. Thus, thanks to AI, the sui generis right may become more important than it ever was.

Keywords: *artificial intelligence, intellectual property, databases, copyright, sui generis right, EU law, big data, machine data, industrial data, internet of things, machine learning, data mining, contract law.*

Vera Glonina, Anastasiya Semenova

LEGAL PROTECTION OF NON-CREATIVE DATABASES IN RUSSIA AND IN FOREIGN COUNTRIES

Abstract. *The article is dedicated to the problem of the protection of non-creative databases protection of non databases. The authors analyze Russian and foreign legislation, case law and doctrine regarding the protection of non-creative databases and elaborate on the applicable test for ensuring a balance between the freedom of information and the necessity to protect efforts and investment of the database creators.*

Keywords: *database, information, related rights, sui generis.*

Marina Kozlova, Dmitriy Kozhemyakin, Olga Sergacheva

PROTECTING COMPETITION AND SPREADING DIGITAL TECHNOLOGY

Abstract. *The article presents an analysis of the antimonopoly regulation which facing of widespread and development of technologies for processing large amounts of data. The authors investigate the impact of digital platforms and pricing algorithms on the competitive environment, the practice of their application for market monopolization and the possibility of countering this effect from the antitrust law.*

Keywords: *competition in digital markets, digital platforms, antitrust immunities, digital cartels, pricing algorithms.*

Daria Motovilova

ONLINE MEDIA PLATFORMS: EU APPROACH TO REGULATION

Abstract. *The article reveals the economic nature of a platform and outlines the development of media from print to digital. Then, the article reviews the EU*

legal framework of online media platforms as a kind of audiovisual services, the responsibility of online intermediaries for user-generated content, the current CJEU practice on the right of communication to the public and recently adopted provisions aimed at certain types of online media platforms.

Keywords: *platform, media, copyright, related rights, right of communication to the public, audiovisual media services, online intermediaries, EU law, CJEU.*

Linar Safargaleev

AGGREGATORS OF GOODS AND SERVICES INFORMATION: REGULATION ISSUES

Abstract. *The article analyzes the regulation of a new construction in Russian law – the owner of an aggregator of goods (services) information. The author examines the status of the information aggregator and its owner, contractual relations with the aggregator owner, and the legal liability of the aggregator owner to users.*

Keywords: *Aggregator, legal status, consumer, services, intermediary, liability.*

Artem Levashov

THE LEGAL GROUND OF ORGANIZATION AND FUNCTIONING OF MOBILE APP STORES

Abstract. *This article discusses the legal content of mobile app stores as aggregating platforms for digital goods and services. The main trends in the development of regulation of information service providers are considered. The importance of identifying all participants in the information infrastructure of stores as a prerequisite for compliance with legislative requirements is emphasized. Particular attention is paid to the analysis of legal relations related to the placement of mobile applications in catalogs of stores and their selling to end users.*

Keywords: *E-commerce, information intermediaries, aggregators, digital products, mobile applications.*

Anastasiya Shchukina

PROTECTION OF "IMAGE RIGHTS" IN RUSSIA AND ABROAD

Abstract. *The article considers the approaches of different legal systems to the legal protection of image rights. This institution is rather poorly developed in the Russian doctrine, and stable judicial practice is also not formed. The author explores the legal nature of image rights, and also, taking into account the experience of foreign countries, makes suggestions for improving the legal regulation of this institution in Russia.*

Keywords: *image, image rights, brand, trademark.*

J. Remy Green

ALL YOUR WORKS ARE BELONG TO US: NEW FRONTIERS FOR THE DERIVATIVE WORK RIGHT IN VIDEO GAMES

Abstract. *In copyright law, the author of an original work has the exclusive right to prepare further works derivative of that original. Video game developers' works are protected by the Copyright Act. As video games take advantage of more advanced technology, however, players are doing more creative, interesting, and original things when they play games. Certain things players do create independent economic value and are the kinds of acts of original authorship our copyright system is designed to encourage. However, since the author of the video game is entitled to the full panoply of rights under the laws of the American copyright regime, they own the exclusive right to prepare works "derivative" of that game.*

This Article has both descriptive and normative goals. Its descriptive goals are to outline the current legal trends in the video game space and to demonstrate the huge economic stakes at play. Its normative goals are to offer a number of different ways of explaining how derivative works of video games are created and to suggest several modes of understanding how cases where ownership of these works is disputed should be decided. These modes include philosophical thought experiments, critical analysis of what exactly a game is, analysis of what kind of game underlies the second order work in question, and application of the liability/property rule framework from law and economics literature.

Vladimir Pisarev

E-SPORTS AND INTELLECTUAL PROPRTY: COUNTERING CHEATING IN E-SPORTS AND E-GAMING THROUGH TOOLS INTELLECTUAL PROPERTY LAWS

Abstract. *This article discusses legal practices that can counteract malicious, algorithmized interference with gaming software that is protected by licensing agreements. It is noted that in the industry of computer games for violation of intellectual rights, criminal, civil and disciplinary measures are applied.*

Keywords: *intellectual rights, intellectual property, e-sport, digital economy, legal liability*.

Anna Gapanovich

DIGITAL TWIN – THE INDIVIDUAL OBJECT OF CIVIL RIGHTS?

Abstract. *The author analyzes characteristics of the digital twin's technology. It is distinguished from the related categories such as information model, digital mode, digital identity, digital shadow, virtual object. It is concluded that the objects being parts of the digital twin's technology are unequal.*

Keywords: *digital twin, object of law, artificial intelligence, virtual reality, augmented reality, digital mode, digital identity, digital shadow, virtual object, a single technology.*

Alina Faizova

THE PROBLEM OF LEGAL REGULATION OF ACTIVITIES IN THE ANONYMOUS DARKNET

Abstract. *The article is devoted to the analysis of social relationships mediated by the anonymous Darknet and their correlation with the law, the complexity of detecting and suppressing illegal acts regularly committed on the Darknet. The author examines approaches to the legal regulation of anonymous networks and the search for a balance between ensuring the right to privacy and confidentiality of personal data and compliance with the law on the territory of the country.*

Keywords: *Darknet, Tor, offense, Internet, anonymizer, cybersecurity, privacy*.

Oleg Pecheniy

DIGITAL FORMS OF INHERITANCE: CONTEMPORARY CHALLENGES, RELATIONSHIP WITH PERSONAL ASPECTS

Abstract. *In the article the features digital forms of inheritance law are analyzed. The author highlights the problems of digital asset inheritance; digital forms of wills, digital formats of inheritance rights. The analysis of the current legislation on the inheritance of the practice of its application is carried out. Foreign experience and the possibility of using it in the national system of inheritance are investigated*.

Keywords: *inheritance; digital format; inherited law; electronic signature.*

Andrey Bogustov

LEGAL ASPECTS OF RETRACTION

Abstract. *The article is devoted to the analysis of legal aspects of the procedure of retraction of scientific articles. Based on the research, it is concluded that the nature of retraction can not be explained using existing copyright institutions. At the sametime, retraction can lead to individual violations of the authors subjective rights. The conflict between retraction and law can only beresolved by changing the rules on retraction and achieving their compliance with current legislation. The negative consequence of retraction is the de facto recognition of subjective rights unknown to the current legislation and doctrine. The de facto recognition of the powers of the constituents of the essence of retraction creates uncertainty of the rights and obligations of the subjects of copyright relations*.

Keywords: *author, work, copyright, retraction*.

Научное издание

ПРАВО ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ – 2021 (17): Ежегодник-антология (Анализ современного права / IP & Digital Law)

Подписано в печать 00.06.2021. Формат 60×90 $^{1}/_{16}$. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Усл. печ. л. 29,75. Тираж 000 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел./факс: +7(495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

Отпечатано в АО «Т8 Издательские Технологии».
109316, Москва, Волгоградский пр., д. 42, корп. 5.
Тел.: 8 (499) 322-38-30

КОЛЛЕГИЯ АДВОКАТОВ

РЕГИОН СЕРВИС

Основана в 2000 году

МЕЖРЕГИОНАЛЬНЫЙ ЛИДЕР В ВОПРОСАХ ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ БИЗНЕСА

deciso — [решительно, смело]

Ведущие позиции в международных и российских юридических рейтингах:

ПРАВО.RU 300
РЕЙТИНГ ЮРИДИЧЕСКИХ КОМПАНИЙ РОССИИ

«Крупнейшая региональная юридическая фирма в России»

The LEGAL 500

«Надежная команда юристов, знающих особенности каждого дела, способная решать комплексные задачи»

RANKED IN EUROPE CHAMBERS 2019
ATTORNEYS AT LAW REGIONSERVICE

«Внимание к деталям и способность находить наиболее подходящее решение для каждой проблемы»

Коммерсант.ru

«Лидер рынка юридических услуг и одна из лучших команд судебных юристов в России»

КЕМЕРОВО – ТОМСК – ТЮМЕНЬ – ЕКАТЕРИНБУРГ – МОСКВА

www.regionservice.com

ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ ДЛЯ ПРОФЕССИОНАЛОВ

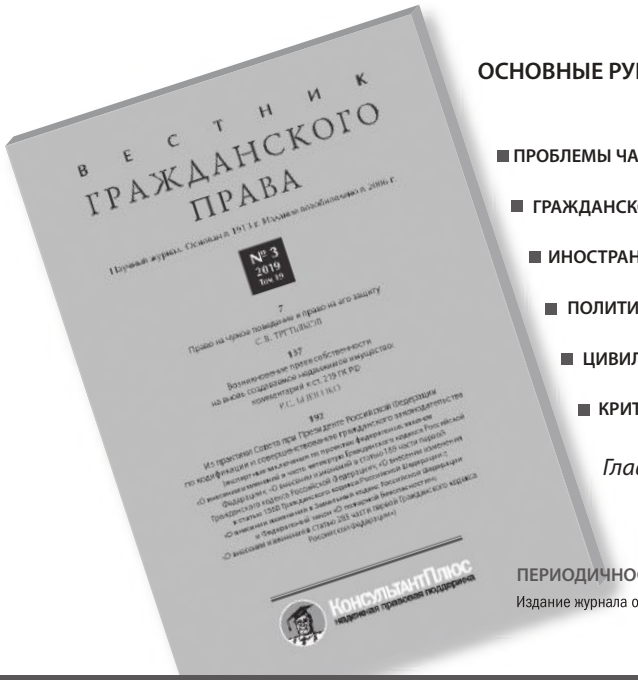
«ВЕСТНИК ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА»

Вестник гражданского права – это первый и единственный научный журнал, который посвящен обсуждению наиболее значимых проектов в области гражданского права России.

Впервые журнал начал выходить еще в дореволюционной России (1913 –1917 гг.) и, по мнению самых видных цивилистов того времени, был признан одним из самых авторитетных юридических изданий.

Современный «Вестник гражданского права» содержит анализ наиболее острых вопросов российского и зарубежного гражданского права, в нем широко представлена цивилистическая мысль прошлого – материалы, порой неизвестные современному юристу.

Журнал ставит своей целью развитие цивилистической мысли в России, распространение ее влияния на законотворчество и правоприменение.



ОСНОВНЫЕ РУБРИКИ ЖУРНАЛА:

- **ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА**
- **ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО В КОММЕНТАРИЯХ**
- **ИНОСТРАННАЯ НАУКА ЧАСТНОГО ПРАВА**
- **ПОЛИТИКА ПРАВА**
- **ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ МЫСЛЬ ПРОШЛОГО**
- **КРИТИКА И РЕЦЕНЗИИ**

Главный редактор Е.А. Суханов

ПЕРИОДИЧНОСТЬ ИЗДАНИЯ — 6 НОМЕРОВ в год

Издание журнала осуществляет ООО «Издательский дом В. Ема»

Стоимость годовой подписки на 2020 г. – 6 000 руб.

Оформить подписку можно на сайте **www.mvgp.org**
или по телефону **+7 (495) 649-18-06**.

Подписные индексы на 2020 год:
интернет-каталог «Почта России» – П2208,
Агентство «Роспечать» – 36771,
«Пресса России» – 36978 (полугодовая).

Приобрести номера журналов Вы можете в редакции по адресу:
Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.