

И. Ю. Левова, Д. В. Винник, А. Ю. Моисеева

# **СИРОТСКИЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ В РОССИИ: СТАТУС, ПУТИ РЕШЕНИЯ ПРОБЛЕМЫ**

Как открыть доступ к произведениям, авторов или законных правообладателей которых  
установить невозможно.

Настоящее исследование посвящено актуальной проблеме охраняемых, но не нуждающихся в охране так называемых сиротских произведений. Авторы исследования предпринимают концептуальный анализ проблемы и исследуют подходы к корректному юридическому определению сиротского произведения, рассматривая причины появления сиротских произведений, коренящиеся в основах современной системы авторского права, а также изучают размах проблемы сиротских произведений на примере крупных зарубежных библиотечных коллекций и проводят оценку масштаба проблемы для произведений, входящих в состав библиотечного фонда Российской Федерации. Кроме того, авторы анализируют используемые в современной системе права принципы справедливого использования и исключений для свободного использования (а также процедуру легализации через признание имущества вымороченным) как возможные варианты решения проблемы.

Авторы приходят к выводу, что существующих подходов недостаточно, для того, чтобы решить проблему сиротских произведений, которая требует принципиального дополнения авторского права и введения регистрации для таких произведений. Опираясь на уже существующий опыт правовой реформы Евросоюза и подходы к решению проблемы сиротских произведений в США, авторы исследования детально разбирают предложенный Министерством связи РФ законопроект по введения статуса сиротского произведения и соответствующего реестра, и формулируют рекомендации по процедурам реализации новой правовой нормы на основе схемы opt-out.

Исследование подготовлено в рамках проекта «Общественное достояние» Ассоциации интернет-издателей. При реализации проекта используются средства государственной поддержки, выделенные Ассоциации интернет-издателей в качестве гранта в соответствии с распоряжением Президента Российской Федерации от 01.04.2015 № 79-рп и на основании конкурса, проведенного Фондом ИСЭПИ.

Текст научно-исследовательской работы  
публикуется на условиях лицензии Creative Commons  
Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)



## Оглавление

1. Концептуальный анализ проблемы сиротских произведений.....	5
1.1. Определение сиротского произведения.....	5
1.2. Причины появления сиротских произведений .....	7
1.3. Бернская конвенция как фиксация закрытой системы передачи прав .....	8
1.4. Концептуальный анализ вторичного использования сиротских произведений в условиях информационного общества.....	13
1.5. Анализ применимости доктрины <i>справедливого использования</i> и доктрины <i>исключения для свободного использования</i> для легализации использования сиротских произведений .....	15
1.6. Исследования по оценке объемов сиротских произведений (NathiTrust).....	19
1.7. Открытый реестр сиротских произведений и возможности его использования как инструмента защиты прав авторов.....	22
2. Анализ практики легализации сиротских произведений в ЕС и США.....	25
2.1. Процесс легализации сиротских произведений в Евросоюзе ..	25
2.2. Обсуждение проблемы легализации сиротских произведений в Copyright Office.....	35
3. Анализ проблем распространения и использования произведений с неустановленным авторством (сиротских произведений) в России .....	37
3.1. Оценка объемов сиротских произведений в РФ (в частности по схеме оценке объёмов сиротских произведений в исследовании NathiTrust) .....	37
3.2. Анализ существующей практики публикации сиротских произведений, в том числе в советский период: схема opt-out .....	41
3.3. Анализ существующих правовых средств легализации сиротских произведений (слабые места легализации через «вымороченное имущество»).....	45

3.4. Анализ инициативы Минкомсвязи РФ о реестре сиротских произведений и возможности использования схемы опт-аут .....	49
3.5. Формулировка рекомендаций по регулированию для Российской Федерации .....	52
Список экспертов, участвовавших в проведении работы, с указанием их экспертного статуса .....	53
Библиографический список .....	54
Зарубежные нормативные правовые акты.....	54
Отечественная и зарубежная литература.....	55

# СИРОТСКИЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ В РОССИИ: СТАТУС, ПУТИ РЕШЕНИЯ ПРОБЛЕМЫ

## 1. Концептуальный анализ проблемы сиротских произведений

### 1.1. Определение сиротского произведения

*Сиротское произведение* (orphan work) — это защищаемое законодательством об авторском праве произведение, обладатель прав на которое не может быть установлен и/или локализован. Это определение принято в директиве Европейского парламента и Совета от 25 октября 2012 года 2012/28/EU об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений (Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works)<sup>1</sup> — ключевом нормативном документе, устанавливающем правила использования сиротских произведений в Евроне. Это же определение (с незначительным отличием в формулировке) принимается в Отчете по сиротским произведениям и массовой оцифровке (Report on Orphan Works and Mass Digitization)<sup>2</sup> Бюро авторского права Соединённых Штатов Америки от июня 2015 г., который является основой для разработки национальной стратегии США в области регулирования правоотношений по сиротским произведениям. В законодательстве РФ термин «сиротские произведения» не определен, однако он фигурирует в некоторых менее формальных документах, посвященных авторскому праву, прежде всего в так называемой Московской конвенции по авторскому праву, подготовленной Ассоциацией интернет-издателей в 2011 г.<sup>3</sup> Там он имеет тот же смысл, что и в нормативных документах ЕС и США.

Объектами авторского права, действующего в большинстве стран мира, законодательство признает любые произведения интеллектуального труда, имеющие конкретного автора или авторов, за исключением произведений, имеющих официальный характер (нормативных актов, судебных документов, официальных документов международных организаций, а также их официальных переводов, государственных символов и знаков, а также символов и знаков муниципальных образований), сообщений, имеющих исключительно информационный характер (новостных сообщений, программ телепередач, расписаний движения транспортных средств и тому подобного). Таким образом, авторское право действует на произведения науки, литературы и искусства,

---

<sup>1</sup> URL: <http://lexdigital.ru/2012/070/> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>2</sup> URL: <http://copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>3</sup> URL: <http://www.slideshare.net/juliaeydel/ss-9746977> (дата обращения 22.02.2016).

выраженные в различной форме: печатные и рукописные тексты, изображения (в том числе фотографии, карты, схемы, иллюстрации, картины и рисунки), аудиовизуальные и кинематографические произведения. Фонограммы, как правило, признаются объектами смежных прав и на них распространяются те же ограничения использования, что и на объекты авторских прав.

Международные нормы в области авторского права требуют получения лицензии — разрешения правообладателя (автора, издателя, вещательной компании и пр.) на копирование произведения и его публикацию в печатном или цифровом виде. Существующее правовое противоречие заключается в том, что сиротские произведения технически невозможно использовать на законных основаниях. Между тем, количество сиротских произведений, хранящихся в различных библиотеках, архивах и других учреждениях культуры, огромно. По приблизительной оценке Британской библиотеки, 40% защищенных авторским правом произведений в ее коллекции — 150 млн произведений в общей сложности — являются сиротскими<sup>4</sup>. Многие из них не имеют реальной коммерческой ценности, однако имеют культурную и образовательную ценность. Письма, дневники, карты, учебные и научные тексты попадают именно в эту категорию. По оценкам Центра по изучению общественного достояния в Юридической школе университета Дюка (The Center for the Study of the Public Domain at Duke Law School), сиротские произведения, возможно, составляют большинство материалов о культуре XX века<sup>5</sup>. С развитием цифровой медиаиндустрии проблема сиротских произведений усугубляется, поскольку, согласно законодательству об авторском праве, разрешение правообладателя требуется не только на воспроизведение, но и на оцифровку работы. Это означает, что сиротское произведение не может на законных основаниях стать частью электронного фонда библиотеки, музея или архива и обречено храниться на своем первоначальном носителе с опасностью быть утраченным навсегда.

В Европе и США проблема сиротских произведений была осознана почти десятилетие назад, и сегодня достигнуты значительные успехи по урегулированию их правового статуса. В России сиротскими произведениями начали интересоваться лишь недавно и в основном по инициативе представителей интернет-сообщества. Тем не менее, уже предложены меры по реформированию законодательства РФ и организации

---

<sup>4</sup> Orphan works — Frequently asked questions. European Commission. // URL: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-12-743\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-743_en.htm?locale=en) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>5</sup> Handbook on Copyright and Related Issues for Libraries. // URL: <http://www.eifl.net/resources/eifl-handbook-copyright-and-related-issues-libraries-english> (дата обращения 22.02.2016).

соответствующей инфраструктуры с целью создания условий для коммерческого и некоммерческого использования сиротских произведений<sup>6</sup>.

## 1.2. Причины появления сиротских произведений

Основной причиной появления сиротских произведений является *утрата информации об авторе не по воле самого автора*. Существует несколько обстоятельств, которые могут вызвать утрату такой информации:

1. Информация об авторе отсутствует в силу действия объективных факторов. Это происходит в тех случаях, когда произведение было выпущено давно и существует в единственном экземпляре, а информация об авторе стерлась в связи с повреждением/неправильным хранением.

2. Произведение скопировано (полностью или частично) без указания автора, а оригинал утерян. В этом случае информация об авторе, возможно, сохранилась в каких-либо иных документах, если издатель копии документировал свои действия на момент копирования. С принятием законодательства об авторском праве издание копий без указания авторства незаконно, однако возможны случаи халатного отношения издателя к своим обязанностям по защите авторских прав вплоть до потери самих данных об авторе.

3. Отсутствуют площадки обнародования результатов творческого труда, при котором возможна защита прав автора. В этом случае автор может опубликовать свое произведение в самиздате или в открытом доступе в сети, если он все же желает обнародовать его. Очевидно, что в самиздатовских копиях или свободно распространяемых и редактируемых электронных копиях информация об авторе может на каком-то этапе быть утрачена или искажена. Публикуя свое произведение, таким образом, автор изначально идет на этот риск.

Вторая причина появления сиротских произведений состоит в том, что *произведение является результатом творческого труда множества авторов, не знающих друг о друге*. Интернет дает возможность множеству пользователей копировать чужие произведения полностью или частично, переименовывать их форму и содержание на свое усмотрение, а также соединять их друг с другом, получая новое произведение. В таком случае затруднительно не только узнать имя или псевдоним всех авторов, но даже установить какие бы то ни было четкие критерии авторства. При этом изъять из сети или реального мира распечатанный из сети результат творческого труда практически невозможно, поскольку копирование в сети осуществляется свободно, буквально по клику

---

<sup>6</sup> Какие авторские произведения являются сиротскими и как их использовать? // URL: [http://www.copyright.ru/news/main/2014/06/23/proizvedenie\\_ohrana](http://www.copyright.ru/news/main/2014/06/23/proizvedenie_ohrana) (дата обращения 22.02.2016).

мышли. Впоследствии добросовестному пользователю очень трудно или невозможно найти автора или авторов работы, что приводит к огромному массиву сиротских работ.

Еще одной причиной можно считать *безответственное отношение авторов к своим правам*. Безразличие, проявляемое авторским сообществом к результатам своего труда, имеет негативные последствия для пользователей и свободного, законного культурного оборота результатов интеллектуального труда в целом. Безразличие автора к судьбе своего творения оборачивается юридической незащищенностью и риском для пользователя. Пользователь подвергается чрезмерному риску стать правонарушителем, если не предпримет мер для поиска автора, однако автору защита его авторских прав может быть неинтересна. Автор же не несет никакой ответственности за подобное отношение к своему труду, поскольку его в любом случае защищает закон, принудительно наделяющий автора практически абсолютной монополией на распоряжение своим произведением.

В качестве последней причины можно назвать *усиленный контроль государства за содержанием интернет-пространства*. Естественно, государство следит за контентом, циркулирующим в сети, так как в Российской Федерации запрещено разжигание ненависти по религиозным, гендерным, национальным и иным признакам. Существует запрет на рекламу и пропаганду наркотиков, психотропных веществ, оружия, нетрадиционных отношений среди несовершеннолетних. Однако такой запрет не останавливает многих авторов от создания произведений, нарушающих закон. Очевидно, что таких авторов государство имеет право привлекать к административной или уголовной ответственности в случае же доказанности их деяния и признания судом их вины, но найти таких авторов — зачастую задача не самая простая. Попытки уйти от юридической ответственности в рамках действующего законодательства толкают недобросовестных авторов на создание произведений со спорным или незаконным содержанием. Опасаясь преследования или блокировки аккаунта в сети, они выкладывают свои произведения анонимно, не снабжая их сопроводительными данными для последующей связи пользователя с автором (авторами). В то же время автор не лишен и не должен быть лишен права на анонимное опубликование своего произведения, если это не нарушает закон. Более того, законодательство должно осуществлять защиту прав добросовестного анонимного автора, если в том есть необходимость.

### **1.3. Бернская конвенция как фиксация закрытой системы передачи прав**

Согласно общим положениям, устанавливаемым институтом права интеллектуальной собственности, автору в отношении его произведения (иному



правообладателю) принадлежит исключительное право правомерно использовать или разрешать использовать такое произведение по своему усмотрению в любой форме и любым способом. То есть за авторами закрепляется монопольное (исключительное) право на использование соответствующего объекта авторского права. Однако всегда наряду с признанием исключительности прав автора существовали изъятия из этих прав, а правомочия автора никогда не были безграничными и всеобъемлющими: практически на любое исключительное право накладывалась целая система ограничений, которая отражала характер сложившихся отношений между создателем произведения и обществом.

Все существующие на сегодняшний день и юридически закрепленные системы ограничения авторских прав можно свести к двум типам:

- открытая система ограничений авторских прав;
- закрытая система ограничений авторских прав.

Открытая система характеризуется тем то, что законодательно не устанавливается четкий перечень случаев, допускающих свободное использование произведений, а закрепляются лишь критерии, при которых такое использование возможно. Эта система дает определенную гибкость в оценке изъятий из авторского права, однако, с другой стороны, не дает юридической предсказуемости использования авторских произведений. К данной системе относится американское авторское право. Вторая система исключений построена на законодательном закреплении исчерпывающего перечня ограничений исключительного права, не подлежащего расширительному толкованию. Примером здесь служат европейская и построенные по ее образцу системы авторского права, главным образом французского, германского или российского происхождения.

В общем, признаются следующие исключения:

- исключение из авторского права для личного или другого частного использования;
- исключение для частной коммуникации, например в кругу семьи;
- исключение для пародии, попури или карикатуры;
- исключение для цитирования;
- исключение для копирования в научных или учебных целях;
- исключения для сообщений в новостях;

- исключение, необходимое для административных нужд правосудия и публичной политики<sup>7</sup>.

Наличие системы ограничений авторских прав обусловлено целью обеспечить разумный баланс интересов автора и публики. Данная цель закреплена ключевым международным соглашением в этой области, принятым в швейцарском Берне в 1886 году — **Бернской конвенцией об охране литературных и художественных произведений** (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, далее — Бернская конвенция).

Бернская конвенция пересматривалась в 1896, 1908, 1914, 1928, 1948, 1967, 1971 и 1979 годах. Текст действующей Конвенции соответствует Парижскому акту 1971 года, измененному в 1979 году<sup>8</sup>. Бернская конвенция администрируется Всемирной организацией интеллектуальной собственности (World Intellectual Property Organization, далее ВОИС)<sup>9</sup> с момента ее официального учреждения в 1967 г. В настоящее время участниками Конвенции являются 169 государств<sup>10</sup>. Российская Федерация присоединилась к Конвенции 13 марта 1995 года с оговоркой о том, «что действие Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для Российской Федерации уже являются на её территории общественным достоянием»<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Атанасов С. Исключения или ограничения по авторскому праву // URL: [http://www.i2r.ru/static/504/out\\_23439.shtml](http://www.i2r.ru/static/504/out_23439.shtml) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>8</sup> Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений // URL: [http://www.wipo.int/treaties/ru/text.jsp?file\\_id=283702](http://www.wipo.int/treaties/ru/text.jsp?file_id=283702) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>9</sup> URL: <http://www.wipo.int/portal/en/> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>10</sup> WIPO-Administered Treaties // URL: [http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_i](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_i) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>11</sup> Постановление Правительства РФ от 03.11.1994 г. № 1224 «О присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 г., Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 г. и дополнительным Протоколам 1 и 2, Конвенции 1971 г. об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их (фонограмм) // Собрание законодательства РФ, 14.11.1994, № 29, ст. 3046. // URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=4927;dst=0;ts=272B74C33697F44C95925BED7F86BD31>, Berne Notification No. 162 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. [http://www.wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty\\_berne\\_162.html](http://www.wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty_berne_162.html) (дата обращения 22.02.2016).

11 декабря 2012 года оговорка была отозвана правительством РФ, что являлось одним из условий вступления России в ВТО<sup>12</sup>.

Бернская конвенция устанавливает минимальные нормы охраны, которые распространяются на подлежащие охране произведения и права, а также на срок охраны. Применительно к произведениям охрана распространяется на «все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены» (ст. 2(1) Конвенции). Правовая охрана произведения может истребоваться при наличии хотя бы одного из условий, которые сформулированы в ст. 3 Бернской конвенции:

- автор произведения является гражданином государства-участника конвенции;
- произведение было впервые опубликовано в стране-участнице Бернской конвенции с согласия автора.

Охрана распространяется на личные неимущественные права автора и имущественные права.

*Личными неимущественными правами автора признаются:*

- право авторства на произведение;
- право на защиту репутации автора.

*Имущественными правами признаются:*

- право на воспроизведение произведения;
- право на публичное исполнение произведения;
- право на сообщение для всеобщего сведения исполнения произведения;
- право на переработку произведения.

Согласно Бернской конвенции, продолжительность охраны должна составлять не менее пятидесяти лет после смерти автора.

В соответствии с ч. 1 ст. 9 Стокгольмской редакции Бернской конвенции от 1967 г., авторы литературных и художественных произведений, охраняемых Бернской конвенцией, пользуются исключительным правом разрешать воспроизведение этих произведений любым образом и в любой форме. При этом ч. 2 ст. 9 делает изъятие о том, что законодательством стран Союза может разрешаться воспроизведение таких произведений при соблюдении трех условий (так называемый трехступенчатый тест Бернской конвенции):

---

<sup>12</sup> Постановление от 11 декабря 2012 г. №1281 «Об отзыве заявления, сделанного при присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений» // URL: <http://m.government.ru/docs/6705/> (дата обращения 22.02.2016).

- установление исключений из права на воспроизведение возможно в определенных особых случаях;
- воспроизведение не должно наносить ущерба нормальной эксплуатации произведения;
- воспроизведение не должно ущемлять необоснованным образом законные интересы автора.

Согласно первому условию, допускаются только исключения, включенные в разряд особых случаев. Следовательно, недопустимы общие исключения, такие, как общее исключение для частного использования. При этом в границах лимитированных частных случаев добросовестное использование, по-видимому, не исключается. Другие два условия «следует рассматривать в контексте каждого из них. Исключение недопустимо, если оно позволяет третьей стороне эксплуатировать произведения таким образом, чтобы создавать конкуренцию владельцу авторского права, или если применение исключений затрагивает потенциальный рынок произведения»<sup>13</sup>.

Указанные условия ограничения авторских прав сохраняются в действующем тексте Бернской конвенции и дополнительно закреплены в Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, далее ТРИПС) от 1994 г., содержащем ряд пунктов, дополняющих основные положения Бернской конвенции, касающиеся имущественных прав, и Договоре ВОИС по авторскому праву (World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, далее ДАП) от 1996 г., регулирующем охрану авторского права в области интернета<sup>14</sup>. Для России с 5 февраля 2009 г. действует ДАП<sup>15</sup> и с 22 августа 2012 г. ТРИПС (в связи с присоединением ее к ВТО).

---

<sup>13</sup> Атанасов С. Исключения или ограничения по авторскому праву // URL: [http://www.i2r.ru/static/504/out\\_23439.shtml](http://www.i2r.ru/static/504/out_23439.shtml) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>14</sup> Договор ВОИС по авторскому праву // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=12740> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>15</sup> Распоряжение Правительства РФ от 21.07.2008 N 1052-р «О присоединении Российской Федерации к Договору Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву, принятому Дипломатической конференцией по некоторым вопросам авторского права и смежных прав в г. Женеве 20 декабря 1996 года» // URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_106301](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_106301) (дата обращения 22.02.2016).

#### 1.4. Концептуальный анализ вторичного использования сиротских произведений в условиях информационного общества

Информационное общество предъявляет к законодательству об авторском праве новые требования. Свободная публикация контента в интернете в десятки раз увеличивает количество создаваемых произведений, многие из которых в итоге оказываются сиротскими. Свободный доступ к большинству произведений в интернете, развитие технологий «пиратского» копирования произведений с лицензируемым доступом, а также распространенность пиринговых сетей и торрент-трекеров играют в этом процессе не последнюю роль. Конечно, далеко не все произведения в сети представляют какую-либо культурную ценность и вообще предназначены для культурного оборота (некоторые произведения создаются автором преимущественно для себя — заметки, дневники и т. п.). Однако, согласно международным нормам авторского права, закон должен защищать произведение независимо от его ценности и назначения.

Дополнительно запутывает ситуацию тот факт, что расширяются возможности редактирования чужих произведений и создания новых произведений на их основе. В качестве простейшего примера можно упомянуть такой распространенный жанр как демотиваторы — формально, это разновидность настенного плаката, пародирующая мотиваторы (плакаты, предназначенные для создания рабочего настроения), использующая схожие с мотиваторами изображения, но с подписями, направленными на создание атмосферы обречённости и бессмысленности человеческих усилий. Как правило, изображение, используемое в демотиваторе, создано не тем человеком, который прикрепляет к нему подпись. Часто это фотографии, найденные в сети и изначально не имеющие никакого отношения к теме демотиватора, поэтому одна и та же фотография может служить основой для множества разных демотиваторов. В этих условиях было бы крайне затруднительно ввести какой-либо механизм учета всех случаев использования ее как художественного произведения и защиты прав ее автора, тем более, что сама фотография часто взята с сайта, где автор не обозначен. Еще более сложно обстоит дело с аудиопроизведениями. В большинстве стран, где действует законодательство об авторском праве и смежных правах, его нормы, регулирующие использование фонограмм, сложны настолько, что разобраться в них под силу только профессиональному юристу. Между тем, современная музыка включает такие жанры, в которых новое произведение создается путем многократного наложения друг на друга сэмплов из многих других произведений, добавления к ним эффектов, изменения звучания иногда до полной неузнаваемости. Выпускаются библиотеки сэмплов, каждый из которых защищен авторским правом, однако в библиотеке не всегда указано, кто считается автором и как с

этим автором связаться. В условиях все более жесткой конкуренции в музыкальной индустрии музыканты и ди-джеи часто оставляют без внимания тот факт, что использованный ими сэмпл кому-то принадлежит, и таким образом оказываются под угрозой судебного преследования.

Что касается сиротских произведений, если они попадают в интернет, можно с почти полной уверенностью сказать, что авторское право на них на практике не будет действовать. Если уж права живых и известных авторов часто невозможно защитить, то что сказать о правах тех, кто неизвестен или умер, не оставив наследников? Многие пользователи интернета копируют и размещают в открытом доступе такие произведения совершенно без злого умысла, поскольку считают, что, в силу отсутствия указания на копирайт, эти произведения можно считать общественным достоянием. Многочисленные разъяснения юристами того, что статус общественного достояния произведение может получить лишь по закону или если автор прямо выразил желание, чтобы его произведение перешло в этот статус<sup>16</sup>, фактически не действуют. Достаточно зайти в любую социальную сеть, чтобы убедиться в этом. Преследование нарушителей в этих условиях становится невозможным ввиду их подавляющего — по сравнению с защитниками авторских прав — количества.

Вместе с тем не секрет, что опасность, представляемая «пиратским» копированием произведений, доступных оффлайн и особенно онлайн, значительно преувеличивается. Многие авторитетные исследования показали, что «самые злостные „пираты“ являются и самыми щедрыми покупателями контента. Вопреки представлениям лоббистов крупного контентного бизнеса, неавторизованная дистрибуция не только не подрывает коммерческие интересы индустрии, но, напротив, помогает ей, поскольку играет роль бесплатной рекламы. А реклама особенно необходима в условиях информационной перегрузки, присущей современному обществу. Главный „враг“ автора и издателя в информационном обществе — вовсе не „пират“, но неизвестность и дефицит внимания и времени, которые пользователь способен уделить тому или иному контенту»<sup>17</sup>. В случае сиротских произведений это еще более верно, поскольку неразвитость законодательного регулирования их использования практически исключает такие произведения из культурного оборота. Во всяком случае, автор, хоть и неизвестный, как правило,

---

<sup>16</sup> См: 10 главных мифов об авторском праве // URL: [http://www.triz-ri.ru/market/?id=569&name=10\\_glavnyh\\_mifov\\_ob\\_avtorskom\\_prave](http://www.triz-ri.ru/market/?id=569&name=10_glavnyh_mifov_ob_avtorskom_prave) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>17</sup> Трансформация авторского права в интернете: зарубежные тенденции, бизнес-модели, рекомендации для России / Под ред. И. Засурского и В. Харитоновой. М.: НП «Ассоциация интернет-издателей»; Кабинетный учёный, 2013. — С. 15.

заинтересован в том, чтобы его произведение распространялось какими-либо способами. При этом, как уже было замечено, сиротские произведения часто не имеют коммерческого потенциала и не издавались бы даже при условии наличия развитого законодательства в данной области. Поэтому многие организации, объединяющие пользователей интернета и интернет-издателей, выступают за прекращение репрессивных мер по отношению к пиратам и переход к конструктивному диалогу с ними.

Исключение из приведенных выше соображений, конечно, составляет так называемое «коммерческое пиратство», когда нелицензионный контент не только распространяется, но и продается, причем зачастую по ценам лицензионной продукции. Еще недавно такая ситуация в России была повсеместной. Эти тенденции нужно пресекать, поскольку они негативно влияют на информационный бизнес в целом, лишая издателей лицензионного контента какой бы то ни было мотивации для своей деятельности. Тем более, что качество «пиратских» продуктов, как правило, невысоко, и часто при «пиратском» копировании страдает не только форма, но и содержание произведения. Пользователь оказывается в ситуации, когда он был бы готов купить лицензионный продукт, но не может этого сделать из-за отсутствия такового на рынке.

Второе исключение составляют ситуации, которые можно назвать «пиратским» редактированием. Нередко складывается ситуация, когда недобросовестный пользователь, ознакомившись с содержанием произведения, сокращает и переименовывает его по своему усмотрению, оставляя при этом без изменений информацию об авторе и/или названии, и выкладывает результат своей деятельности в сеть. Такие действия, помимо того, что они дезинформируют остальных пользователей, могут нанести ущерб репутации автора и в целом содействуют распространению ложной и искаженной информации. В правовом плане они могут быть приравнены, по меньшей мере, к некорректному цитированию и должны преследоваться по закону вне зависимости от того, является редактируемое произведение сиротским или нет.

### **1.5. Анализ применимости доктрины *справедливого использования* и доктрины *исключения для свободного использования* для легализации использования сиротских произведений**

Принцип сочетания частных и публичных интересов реализован в законодательстве по авторскому праву большинства развитых стран. В некоторых государствах он даже нормативно закреплен. В англосаксонском авторском праве применяется официальная доктрина *справедливого использования* (в другом варианте перевода «добросовестного использования» — «fair use» в законодательстве США; в ряде

стран с законодательством, основанным на системе права Великобритании, используется термин «fair dealing»). В соответствии с этой доктриной ограниченный объем материала, на который распространяется авторское право, может быть использован для целей передовой науки, искусства, критики и распространения общих знаний без нарушения авторских прав. В США доктрина справедливого использования разрешает также свободное создание пародий на произведения. «Решения, принятые за последние несколько лет, показывают, что суды будут разрешать использование защищенного авторским правом материала, если такая публикация предпринимается в интересах общества, когда материал представляет собой интерес с точки зрения новостей или вызывает иной всеобщий интерес. Например, исходя из последнего принципа, мы видим, что предоставлялись разрешения копировать научные статьи, если такие статьи предназначены для использования в академических, а не коммерческих целях»<sup>18</sup>.

В §107 раздела 17 Кодекса США указано, что при определении того, является ли справедливое использование произведения допустимым, следует принимать во внимание следующие факторы:

- цель и характер такого использования, а также то, является ли использование коммерческим или некоммерческим;
- природа оригинального произведения;
- величина и значимость использованной части по отношению к целому произведению;
- воздействие, которое использование оказывает на потенциальный рынок и цену защищённой авторским правом работы<sup>19</sup>.

Сама эта формулировка носит рекомендательный характер, поэтому суды при оценке того, справедливо или несправедливо используется произведение, в каждом конкретном случае могут учитывать один или несколько указанных факторов или любые другие факторы, которые имеют отношение к делу, из соображений разумности и справедливости. При этом на практике в большинстве случаев, когда принимается решение о том, что произведение используется справедливо, суд основывается на учете, по крайней мере, одного из факторов, перечисленных выше.

Принятие доктрины справедливого использования способствует обмену информацией между представителями различных профессий, более быстрому прогрессу

---

<sup>18</sup> Ограничения, налагаемые на средства массовой информации // URL: [http://www.democracy.ru/library/foreign/countries/usa/rus\\_1996-23.html](http://www.democracy.ru/library/foreign/countries/usa/rus_1996-23.html) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>19</sup> Title 17 of the United States Code, section 107 // URL: <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html> (дата обращения 22.02.2016).



науки и образования, развитию культуры и искусств. Известные американские исследователи Мэлвилл и Ниммер считают, что без этой доктрины авторское право, призванное поддерживать творчество, могло бы в конечном счете парадоксальным образом задушить его<sup>20</sup>. Огромное значение доктрина справедливого использования имеет для СМИ. Было бы крайне затруднительно заниматься журналистикой в условиях запрета на любое цитирование, на съемку в открытых для публичного посещения местах и на публичных мероприятиях на том основании, что в кадр могут попасть произведения, охраняемые авторским правом, и на многое другое.

Однако в связи с тем, что доктрина справедливого использования родилась в странах общего права, в странах континентального права (в том числе и в России) она неприменима. В некоторых из этих стран есть близкий по смыслу аналог, который можно назвать доктриной *исключения для свободного использования*. Основное отличие «справедливого» и «свободного» использования состоит в том, что в первом случае разрешено абсолютно любое использование произведения, если такое использование является справедливым, а во втором случае имеются лишь отдельные исключительные случаи, когда произведение можно использовать без разрешения автора и выплаты ему вознаграждения. В части четвертой ГК РФ приведены следующие случаи свободного использования произведений без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения:

- свободное воспроизведение произведения в личных целях (ст. 1273 ГК);
- свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях (ст. 1274 ГК);
- свободное публичное исполнение правомерно обнародованного музыкального произведения (ст. 1277 ГК);
- свободное воспроизведение произведения для целей правоприменения (ст. 1278 ГК);
- свободная запись произведения организацией эфирного вещания в целях краткосрочного пользования (ст. 1279 ГК)<sup>21</sup>.

Как видно, перечисленные случаи почти точно совпадают с концепцией справедливого использования. Единственное существенное отличие состоит в том, что в перечень включено свободное воспроизведение в личных целях. Это означает, например, что вы можете переписать содержимое купленного вами лицензионного диска с игрой,

---

<sup>20</sup> Соболев М.Н. Истоки доктрины добросовестного использования произведений в книгопечатании и журналистике Англии и США // URL: <http://www.mediascope.ru/node/1765> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>21</sup> URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_64629](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629) (дата обращения 22.02.2016).

если он не снабжен защитой от копирования, на свой компьютер и в дальнейшем играть без использования DVD-привода. В большинстве случаев доктрина справедливого использования также оправдывает такие действия, однако не для неограниченного количества копий. В некоторых случаях создание более 10 копий может быть приравнено судом к коммерческому использованию.

Доктрина исключения для свободного использования до некоторой степени облегчает легализацию сиротских произведений. Она прямо разрешает использование сиротских произведений в учебных заведениях, библиотеках, архивах, музеях и иных учреждениях культуры, а также средствах массовой информации и специализированных изданиях. По-видимому, ключевые нормативные акты об использовании сиротских произведений, принятые в последние годы в Европе (в первую очередь Директива Европейского Парламента и Совета от 25 октября 2012 года 2012/28/EU об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений<sup>22</sup>) продиктованы теми же соображениями, которые выражены в доктрине исключения для свободного использования, даже если эти соображения не высказываются явно. В международном праве эта доктрина имеет перед доктриной справедливого использования то очевидное преимущество, что ее применение не требует судебного разбирательства, поскольку нормативные акты, в основе которых она лежит, имеют обязательный характер и не допускают расширительного толкования.

К сожалению, на уровне национального авторского права доктрина исключения для свободного использования проигрывает доктрине справедливого использования по тем же причинам, по которым она выигрывает у нее на международном уровне. Необходимость ограничивать легализацию лишь определенными особыми случаями ведет к тому, что законное использование сиротских произведений возможно исключительно в стенах указанных учреждений, а также в рамках СМИ и специализированных изданий с соблюдением правил цитирования. Копирование, сканирование и иное воспроизведение целого материала или значительной его части остается под запретом. Кроме того, доктрина исключения для свободного использования никак не решает проблему с теми сиротскими произведениями, которые не имеют большой значимости для науки, образования и культуры, представляя интерес только для ограниченного круга частных пользователей. Между тем представляется желательным, чтобы такие произведения тоже могли найти свою аудиторию, несмотря на их сиротский статус.

---

<sup>22</sup> URL: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf) (дата обращения 22.02.2016).

## 1.6. Исследования по оценке объемов сиротских произведений (HathiTrust)

Для исследования приблизительного количества сиротских произведений, исследователи HathiTrust в 2010—2011 годах проанализировали состав базы HathiTrust, который насчитывает более 5 миллионов оцифрованных произведений из библиотек США. Для этого они разделили все имеющиеся произведения на 4 большие группы по дате публикации. Основания для такого разделения предоставляет закон об авторских правах США<sup>23</sup>, согласно которому, разделение происходит следующим образом:

1. Произведения, изданные до 1923 года, считаются находящимися в общественной собственности.

2. Для произведений, изданных в период с 1923 по 1963 год, необходимо уведомление об авторских правах (copyright notice) и обновление авторских прав (copyright renewal).

3. Для произведений, изданных в период с 1963 по 1977 год, необходимо только уведомление об авторских правах (copyright notice).

4. Если произведения созданы после 1977 года и опубликованы при наличии уведомления об авторских правах (copyright notice), то авторские права сохраняются до смерти автора + 70 лет после этого, то есть можно считать, что такие работы под авторским правом ещё надолго.

Кроме того, все произведения разделили на два типа: опубликованные в США и за пределами США. Причины для этого заключаются в том, что для произведений, изданных с 1923 по 1977 в США и вне США, были разные статусы авторских прав.

Далее, как уже было сказано, произведения, изданные до 1923, находятся в общественном достоянии.

Для произведений 1923—1963 годов, изданных в США, Мичиганский университет провел исследование, в ходе которого выяснилось<sup>24</sup>, что 55% произведений находятся в общественной собственности, а 45% имеют конкретных правообладателей.

Благодаря исследованию, проведенному в институте Карнеги-Меллона<sup>25</sup>, были получены следующие результаты для произведений 1923—1963 годов:

- общественная достояние: 10% изданных в США, 10% изданных не в США;

---

<sup>23</sup>Copyright Term and the Public Domain in the United States // URL: <http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm> (По состоянию на 1 января 2016 года.) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>24</sup> URL: <http://www.lib.umich.edu/imls-national-leadership-grant-crms> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>25</sup> URL: <http://www.clir.org/pubs/reports/pub134/pub134col.pdf> (дата обращения 22.02.2016).

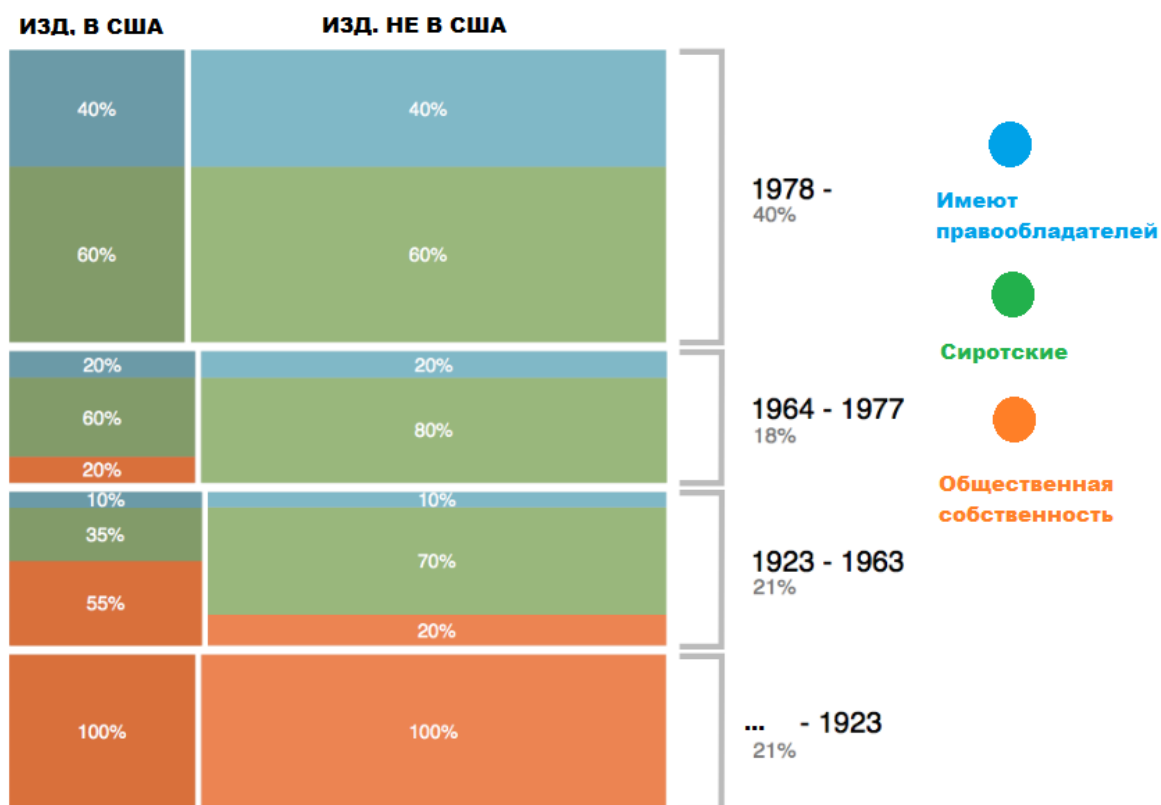
- правообладатели: 55% США, 20% не США;
- сиротские: 35% США, 70% не США.

О произведениях 1963—1977 годов имеется гораздо меньше информации, чем о периоде 1923—1963. Это вызвано тем, что для произведений, изданных в 1963—1977 годах, не нужно продлевать авторские права, достаточно лишь уведомления (см. выше).

Поэтому весьма приблизительно пропорция выглядит следующим образом:

- общественная собственность: 20% США, 0% не США;
- правообладатели: 20% США, 20% не США;
- сиротские: 60% США, 80% не США.

Для произведений, изданных после 1977 года, ситуация существенно сложнее. Нет сомнений, что среди них практически все находятся под защитой авторских прав. Авторы исследования NathiTrust попытались связаться с издательствами, выпускавшими произведения, написанные после 1977 года (очевидно, что подавляющее их большинство ещё существует). На этот запрос откликнулось 30% издательств<sup>26</sup>, предоставив точные данные об авторских правах. Таким образом, исследователи предполагают, что из произведений, изданных в США и за их пределами после 1977 года, 40% имеют правообладателей, а 60% — сиротские (см. общий результат в таблице 1).



<sup>26</sup> URL: <http://www.clir.org/pubs/ruminations/01wilkin/wilkin.pdf> (дата обращения 22.02.2016).

## Таблица 1. Итоговый результат исследования NathiTrust

По результатам этих данных можно сделать следующий вывод: из трёх категорий произведений сиротские — самая многочисленная. Если считать суммарно все произведения, изданные в США и за их пределами, и всех годов издания, то около 50% произведений, имеющихся в цифровой библиотеке NathiTrust — сиротские. Важно понимать, что это *не все* произведения, имеющиеся в библиотеках США (получается около 2,5 млн произведений NathiTrust — сиротские). Можно отметить, что чем «новее» произведения, тем больше среди них сиротских, но это может быть связано, во-первых, с неточностью исследования относительно произведений, изданных после 1977 года, во-вторых, с заметным увеличением количества издаваемых произведений после 1977 года.

Стоит отметить, что если для книжных произведений ситуация более или менее ясна, то, например, для музыкальных произведений, как показывает очень крупное исследование о «Состоянии хранения записанных звуков в США»<sup>27</sup>, ситуация гораздо более запутанная. Федеральный закон об авторских правах действует для музыкальных произведений, изданных после 15 февраля 1972 г. в США, а так же для всех произведений, изданных в любое время вне США. Произведения, изданные в США, до 1972 г. подчиняются локальным законам штатов, что создает много неясностей с правами. Хотя точных исследований по этому вопросу нет, очевидно, что число сиротских работ в области музыкальных произведений является очень большим. По самым скромным оценкам, ранее 1972 года 8 из 10 изданных в США произведений — сиротские. Гораздо более важно то, что люди, которые хранят музыкальные произведения, редко имеют возможность разобраться в хитросплетениях локальных законов, которые к тому же, как правило, очень строгие. Между тем произведения, изданные в США до 1972 года, перейдут под юрисдикцию федерального закона только через 95 лет после его принятия, то есть в 2067 г. Это создает парадоксальную ситуацию, когда произведение конца XIX века получит авторский статус только в 2067-м. Такая ситуация не соответствует нынешним реалиям, когда большинство музыкальных произведений существуют и хранятся в цифровом формате. При этом многие из музыкальных произведений (особенно изданные до 1972 г. в США) являются культурным достоянием, поэтому вопрос о правовом регулировании их использования весьма сложен.

---

<sup>27</sup> The State of Recorded Sound Preservation in the United States: A National Legacy at Risk in the Digital Age // URL: <http://www.clir.org/pubs/reports/pub148/reports/pub148/pub148.pdf> (дата обращения 22.02.2016).

## 1.7. Открытый реестр сиротских произведений и возможности его использования как инструмента защиты прав авторов

Обсуждение концепции создания единого открытого реестра сиротских произведений в Европе началось в конце 2000-х гг. При наличии законодательного регулирования использования сиротских произведений такой реестр позволил бы библиотекам обмениваться данными о хранящихся у них сиротских произведениях, а пользователям — получать доступ к этим произведениям на законных основаниях. Подобный же проект представлен в инициативе Минкомсвязи РФ о реестре сиротских произведений и возможности использования схемы опт-аут от 27 августа 2015 года<sup>28</sup>. Согласно этой инициативе, создание реестра обеспечит повышение прозрачности и эффективности деятельности по коллективному управлению авторскими и смежными правами. Дополнением к реестру сиротских произведений должен стать реестр произведений, которые перешли в статус общественного достояния, поскольку в ФЗ «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации (в части совершенствования механизма коллективного управления авторскими и смежными правами)» от 27 августа 2015 года предлагается: «Если спустя 6 месяцев с момента внесения в реестр произведения, обладателя авторских прав на которое не удалось установить, правообладатель не идентифицирует себя путем направления обоснованного заявления в адрес федерального органа исполнительной власти, уполномоченного Правительством Российской Федерации на создание, формирование и ведение реестра, такое произведение переходит в общественное достояние»<sup>29</sup>. Это должны быть именно разные реестры, поскольку перечень сведений, которые необходимо хранить о сиротских произведениях, отличатся от перечня сведений, которые необходимы относительно произведений, перешедших в статус общественного достояния.

Внутренняя структура *реестра сиротских произведений* должна включать несколько основных параметров для идентификации:

- идентификационный номер,
- предположительный автор,
- название,
- описание произведения,

---

<sup>28</sup>

URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_5142/d65fbe0a603d59546c3338bcfc6bf09bb0332817](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/d65fbe0a603d59546c3338bcfc6bf09bb0332817) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>29</sup> URL: <http://www.consultant.ru/law/review/2725678.html> (дата обращения 22.02.2016).

- его категория (целесообразно ввести такие категории как «литературное произведение», «аудиовизуальное произведение», «кинопроизведение», «фотография», «фонограмма» и т. д.),

- описание,
- дата с которой произведение находится в реестре,
- организация, курирующая вопросы защиты авторского права на данное произведение,

- дата окончания срока подачи заявления об авторстве, после которой произведение перейдет в статус общественного достояния. По необходимости можно ввести и другие категории данных, например, о пользователях, подавших запрос на использование произведения.

В *реестре произведений, признанных общественным достоянием*, необходимо хранить следующие виды информации:

- идентификационный номер,
- категория,
- описание,
- автор (если он установлен),
- дата, с которой произведение признано общественным достоянием,
- основания этого признания (указание на соответствующие документы),
- дата опубликования, если произведение опубликовано после смерти автора — указание на это обстоятельство,
- указание на обнаруживавшее лицо.

Доступ к реестрам должен быть открытым. Целесообразно организовать его через специальный сайт в сети интернет, который содержал бы форум и новостной портал по тематике сиротских произведений и произведений, признанных общественным достоянием. Авторы, пользователи и иные лица, интересующиеся данной проблемой, должны иметь возможность регистрации аккаунтов на таком сайте, что упростило бы общение между участниками форума и поиск необходимой тематической информации. Сайт должен решать, по крайней мере, следующие задачи:

- создавать возможность для автора отследить правовой статус своей работы и связаться с уполномоченными органами, чтобы заявить о своем авторстве;

- создавать возможность для пользователей оставить заявку на использование сиротского произведения, если его автор будет найден или если произведение перейдет в статус общественного достояния, с получением пользователем уведомления в случае одного из этих событий;

- развивать общение, обмен информацией между организацией, в ведении которой находятся сиротские произведения, авторами, если таковые найдутся, и пользователями;
- обеспечивать доступ к новостям по тематике;
- защищать пользователей от злоупотребления авторами своими правами с целью ложного обвинения в нелегальном использовании сиротской работы.

### *Европейский опыт*

Сиротские произведения являются значительной частью фондов европейских библиотек, музеев, кино- и аудио-архивов, а также архивов организаций общественного вещания. Отсутствие данных об их правообладателях часто является препятствием для их оцифровки и открытия к ним публичного доступа. Поэтому в соответствии с директивой Европейского Парламента и Совета от 25 октября 2012 года 2012/28/EU об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений<sup>30</sup> была организована единая база данных сиротских работ для ЕС под названием Orphan Works Database<sup>31</sup>. Кроме информации о самих работах, эта база данных содержит информацию о коллективных правообладателях на нее, что позволяет в рамках системы расширенного коллективного лицензирования получить разрешение использование цифровой копии работы в законных целях. Эта база данных создается объединенными усилиями сотрудников большинства крупнейших библиотек Европы.

На данный момент в Европе существует уникальное учреждение, которое является связующим информационным узлом между большинством библиотек, — Европейская библиотека (The European Library)<sup>32</sup>. Это интернет-портал, открывающий доступ к ресурсам 48 национальных библиотек Европы и многих исследовательских библиотек. Ресурс даёт возможность поиска библиографических записей, цифровых объектов (доступ к которым в большинстве бесплатный). Крупнейшие библиотеки стран, входящих в Совет Европы, предоставляют через портал доступ к своим ресурсам: электронным каталогам библиотек, а также к полным текстам документов, аудиозаписям. На портале доступно более 200 миллионов записей, включая 24 миллиона страниц текстового материала, более чем 7 миллионов оцифрованных объектов. Тридцать пять разных языков доступны для поиска контента. Кроме доступа через поисковый аппарат, Европейская библиотека организует виртуальные выставки материалов из национальных библиотек Европы. На

---

<sup>30</sup> URL: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>31</sup> URL: <https://oami.europa.eu/orphanworks> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>32</sup> URL: <http://www.theeuropeanlibrary.org/tel4/> (дата обращения 22.02.2016).



выставках географически разрозненные предметы объединяются в единые массивы, предоставляя различные темы и предметные области, в том числе:

1. «Читая Европу» (Reading Europe): около 1000 книг, отобранных национальными библиотеками, в большинстве случаев полные тексты с сопроводительными комментариями.

2. «Дорогами цыган» (A Roma Journey) : тексты, фотографии и записи народных песен, демонстрирующих культурное наследие цыган в Европе.

3. «Войны Наполеона» (Napoleonic Wars): коллекция портретов, военных карт, карт городов, писем, книг и других материалов, имеющих отношение к Наполеоновским войнам.

4. «Сокровища национальных библиотек Европы» (Treasures of Europe's National Libraries): собрание наиболее ценных материалов, отобранных европейскими национальными библиотеками из своих фондов.

5. «Здания национальных библиотек» (National Library Buildings): изображения национальных библиотек, являющихся партнёрами Европейской библиотеки.

## **2. Анализ практики легализации сиротских произведений в ЕС и США**

### **2.1. Процесс легализации сиротских произведений в Евросоюзе**

Разработка схемы легального использования сиротских произведений является одной из приоритетных задач законодательства ЕС в сфере интеллектуальной собственности. Однако процесс этот протекает не без трудностей и с разной скоростью в различных странах ЕС, что видно уже из первого отчета на эту тему, опубликованного в 2007 г. Рабочей группой высокого уровня по цифровым библиотекам (High Level Expert Group on Digital Libraries)<sup>33</sup>. В отчете было показано, что на тот момент не существовало ни одного достаточно эффективного механизма, регулирующего использование сиротских произведений и их оцифровку. Ставилась задача разработки таких механизмов на уровне ЕС, однако рекомендовалось законодательно закрепить возможность различного решения государствами-членами ЕС вопроса сиротских произведений при условии, что будут соблюдаться следующие основные принципы:

1. Использование всех сиротских произведений должно регулироваться на общих основаниях.

---

<sup>33</sup> Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works. European Commission (18/04/2007) // URL: [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc\\_id=295](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=295) (дата обращения 22.02.2016).

2. Должны быть разработаны рекомендации по *поиску с разумной скрупулезностью* (reasonably diligent search), учитывающие

- наличие идентифицирующей информации на имеющейся копии произведения;
- публичную доступность произведения;
- дату его создания и открытия для публичного доступа;
- возможность поиска информации об авторстве с использованием публичных и государственных ресурсов;
- факт нахождения в живых автора произведения или существования организации-правообладателя;
- природу и интенсивность использования (используется произведение в коммерческих или в некоммерческих целях и как часто оно используется).

3. Должны быть разработаны положения о выводе произведения из использования как сиротского в случае появления правообладателя.

4. Культурным, некоммерческим учреждениям должен быть предложен специальный порядок обсуждения условий использования сиротских произведений для целей их распространения.

5. Должно признаваться существование правового зазора для некоторых случаев, в частности, для больших коллекций, где нормативы не могут быть выполнены на уровне каждого частного объекта.

6. Должна быть предложена возможность коммерческого использования сиротских произведений.

7. Должно быть включено требование о выплате вознаграждения в общем случае и в случае появления правообладателя.

Также были рекомендованы некоторые меры, не имеющие законодательного характера, а именно:

- создание баз данных, содержащих информацию о сиротских произведениях;
- внедрение улучшенных способов включения метаданных (данных о правообладателе) в цифровые материалы;
- развитие контрактных практик, в частности, для использования аудиовизуальных работ.

В 2011 г., согласно отчету, подготовленному для Британского института кино<sup>34</sup>, в большинстве стран ЕС все еще не было возможности легально использовать сиротские

---

<sup>34</sup> Audiovisual Orphan Works in Europe — national survey. Report prepared for the British Film Institute (BFI) (05-2011) // URL: <http://www.keanet.eu/docs/ORPHAN%20WORKS%20STUDY%20KEA.pdf> (дата обращения 22.02.2016).

произведения. Лишь в некоторых странах существовали программы, направленные на решение этой задачи. В Чехии, Венгрии, Нидерландах и скандинавских странах в области авторского права применялась схема расширенного коллективного лицензирования (extended collective licensing), которая действовала следующим образом: для некоторых способов использования — например, для исследований, не имеющих коммерческого значения — авторские материалы могли быть предоставлены бесплатно, тогда как более коммерческое использование требовало уплаты лицензионного сбора<sup>35</sup>. Эта схема неплохо себя зарекомендовала в сложившихся условиях, однако она охватывала не все способы использования и не все виды произведений. В Чехии коллективное лицензирование не распространялось на аудиовизуальные материалы. В Нидерландах эта проблема решалась обходным путем: Институт кино EYE (EYE Film Institute) заключил с соответствующими объединенными сообществами авторов соглашение о широком коллективном лицензировании электронного использования аудиовизуальных произведений, которое позволяло использовать авторские произведения на его собственной платформе VOD.

В Венгрии в 2008 г. была введена первая в ЕС система, разработанная специально для сиротских произведений. В рамках мер по поиску правообладателей эта система обязывала делать публикацию в национальной газете по факту обнаружения произведения с незарегистрированным авторством. Если правообладатель не находился, пользователь мог уплатить лицензионный сбор в Венгерском ведомстве по патентам и получить разрешение на использование произведения, которому присваивался статус сиротского. Подобная же система, охватывающая все виды сиротских произведений, была успешно опробована в Дании. Однако эта система была неприменима для Евросоюза в целом, так как она не работала через границы.

Во Франции специальным правительственным постановлением разрешалось общественное лицензирование некоторых сиротских произведений, которое реализовывалось с помощью контрактного соглашения, заключенного между Национальным аудиовизуальным институтом и объединенным сообществом авторов, исполнителей и журналистов. Это постановление было началом глобального французского проекта по созданию законодательной базы для использования недоступных произведений, завершившегося принятием «Закона о недоступных книгах

---

<sup>35</sup> Howard J. Google Decision Spurs Research Libraries to Rethink the Path to Digital Access. The Chronicle of Higher Education.. // URL: <http://chronicle.com/article/Google-Decision-Spurs-Research/126878/> (дата обращения 22.02.2016).

XX века» (La loi sur les livres indisponibles du XX<sup>ème</sup> siècle)<sup>36</sup>. Согласно этому закону, защищенные авторским правом книги, изданные во Франции на французском языке и отсутствующие в прямой продаже, должны быть внесены в специальный реестр ReLIRE. По истечении 6 месяцев, если правообладатель не объявился и не потребовал, чтобы книга была изъята из реестра, она должна быть оцифрована и передана в онлайн-книжные магазины. При изъятии книги из реестра издатели могут в течение двух лет представить доказательства того, что книга снова появилась в продаже, иначе она все равно должна быть оцифрована. Закон вызвал бурную полемику, разделившую общество на два лагеря. Правозащитники не без оснований опасались, что он создаст множество возможностей для ущемления имущественных интересов авторов и издателей, тогда как сторонники либерализации авторского права в цифровой среде доказывали, что большинство книг, которые подпадают под действие Закона, не переиздаются именно потому, что не представляют интереса с коммерческой точки зрения, и, если их не оцифровать, рискуют навсегда исчезнуть из актуального культурного пространства. Так или иначе, существовало и существует множество препятствий тому, чтобы опыт Франции был в полном объеме перенят в других странах.

В отчете 2011 г. для Британского института кино особо приветствовалось создание Международной федерацией авторских обществ (International Federation of Reproduction Rights Organisations, IFRRO) единого реестра авторских прав — общедоступной информационной системы ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works)<sup>37</sup> в рамках проекта оцифровки коллекций всех европейских библиотек при создании масштабного цифрового библиотечного ресурса Europeana. ARROW представляет собой инструмент, позволяющий медиа-провайдерам в автоматическом режиме получать информацию об авторских правах и о том, является ли произведение сиротским, а также получать разрешения на оцифровку или предоставление публичного доступа к произведению. Хотя первоначально в ARROW хранилась и обрабатывалась информация только о печатных сиротских произведениях, впоследствии было инициировано создание расширенного реестра ARROW+ для визуальных произведений.

В том же году был заключен «Меморандум о взаимопонимании по ключевым принципам оцифровки и обеспечения доступности произведений, вышедших из коммерческого оборота» (Memorandum of Understanding on Key Principles on the

---

<sup>36</sup>

URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025422700&fastPos=2&fastReqId=1301362333&categorieLien=id&oldAction=rechTexte> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>37</sup> URL: <http://www.arrow-net.eu/> (дата обращения 22.02.2016).

Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works)<sup>38</sup>. В нем четко указывалось, что произведение может считаться вышедшим из коммерческого оборота и, следовательно, использоваться как таковое только после проведения определенных и полностью документированных процедур. После получения произведением этого статуса учреждения культуры могут оцифровывать его и выкладывать для публичного доступа с некоммерческими целями. Меморандум распространяется только на книги и журналы, которые были впервые опубликованы в государстве, где признается меморандум. Специально оговаривается, что разрешение на некоммерческое использование относится и ко всем вложенным произведениям, например, к иллюстрациям в книгах. При разработке меморандума были выявлены некоторые трудности, связанные с ограничениями действия «мягкого права». Одной из таких трудностей стала разработка механизмов трансграничного доступа к произведениям, которые не входят в списки организаций коллективного управления.

Следующим шагом должно было стать принятие общеевропейского нормативного акта, четко устанавливающего правовой статус сиротских произведений и правила их использования. Таким актом стала директива Европейского парламента и Совета от 25 октября 2012 года 2012/28/EU об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений (Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works)<sup>39</sup>. Согласно этой директиве, учреждения культуры (библиотеки, архивы, музеи, учебные заведения и организации общественного вещания) имеют право использовать сиротские произведения (печатные, кинематографические и аудиовизуальные), а также сиротские фонограммы с целью их оцифровки, каталогизации, хранения и распространения после скрупулезного поиска правообладателя, определенного согласно отчету Рабочей группы высокого уровня по цифровым библиотекам. При отрицательных результатах поиска статус сиротского произведения или фонограмма получает сразу во всех странах ЕС. Следует отметить, что под директиву подпадают только произведения и фонограммы, которые впервые выпущены в государстве, где находится запрашивающая их организация. Следует также отметить, что в директиве предусмотрена возможность дальнейшего расширения списка разрешенных способов использования сиротских произведений и фонограмм как на национальном, так и на международном уровне.

---

<sup>38</sup> Memorandum of Understanding on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works // URL: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>39</sup> URL: <http://lexdigital.ru/2012/070/> (дата обращения 22.02.2016).

Директива специально оговаривает, что предоставление публичного доступа к сиротскому произведению или фонограмме может осуществляться только в электронной форме. В целях стимулирования оцифровки выгодоприобретателям должно предоставляться право получать доход от использования копий на условиях директивы для достижения ими целей, связанных с общественными интересами, в том числе в рамках соглашений о государственно-частном партнерстве. Со своей стороны выгодоприобретатель должен выплатить авторское вознаграждение в пользу обществ по коллективному использованию прав, в случае, если автор не был найден. В случае появления автора директива предписывает передачу вознаграждения ему, а также возможность отзыва им своего произведения. Государствам-членам ЕС разрешается самостоятельно организовывать контроль соблюдения правил поиска правообладателей, последующего использования произведений и фонограмм, а также выплаты вознаграждений, если потребуется.

Чтобы устранить дублирование усилий, директива рекомендует создать единую базу данных для ЕС, содержащую информацию о сиротских произведениях и фонограммах, в том числе об их пользователях, способах использования и изменениях их статуса, и установить прозрачные принципы предоставления к ней общего доступа. В соответствии с директивой такая база была создана и курируется Ведомством по гармонизации внутреннего рынка (Office for Harmonization in the Internal Market, OHIM). Она получила название Онлайновой базы данных о сиротских произведениях для ЕС (Online EU-wide database for Orphan Works)<sup>40</sup>. Также параллельно проекту ARROW+ в ноябре 2013 г. стартовал проект FORWARD (Framework for a EU-Wide Audiovisual Orphan Works Registry)<sup>41</sup>, направленный на создание общей для ЕС системы оценки и регистрации авторских прав на аудиовизуальные произведения с фокусировкой на сиротских произведениях. По своему завершению система FORWARD должна представлять собой автоматизированный инструмент для скрупулезного поиска правообладателей аудиовизуальных произведений в соответствии с установленными нормами.

Принятие директивы 2012/28/ЕС и создание технических инструментов ее реализации является, несомненно, большим шагом в сторону либерализации авторского права в Европе. Однако эффективность имеющихся баз данных на современном этапе вызывает сомнения. На сегодня в Онлайновой базе данных о сиротских произведениях

---

<sup>40</sup> URL: <https://oami.europa.eu/ohimportal/en/web/observatory/orphan-works-database> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>41</sup> URL: <http://project-forward.eu/forward-new/> (дата обращения 22.02.2016).

для ЕС содержится информация о 251 литературном произведении, 829 аудиовизуальных произведениях, 39 кинематографических произведениях, 341 фонограмме, 3 иллюстрациях, 3 фотографиях и 1 произведении изобразительного искусства. Очевидно, что этим не исчерпывается реальное количество сиротских произведений и фонограмм, существующих в Еврoзоне в настоящее время. Кроме того, даже если действительно полные базы данных будут созданы, без принятия дополнительных нормативных актов их использование будет ограничиваться только некоммерческими целями. Между тем коммерческое использование сиротских произведений, если оно не причиняет ущерба автору, крайне желательно, поскольку оно, во-первых, повысило бы экономическую активность на рынке интеллектуальной собственности, во-вторых, позволило бы воспроизводить данные произведения на более высоком уровне. Например, издательства, специализирующиеся на выпуске редких книг и изображений, вероятно, были бы заинтересованы в том, чтобы издавать некоторые сиротские произведения для продажи. Поэтому можно заключить, что решение проблемы сиротских произведений, достигнутое на уровне ЕС, неполно и нуждается в доработке на уровне национальных законодательств.

Стоит сказать, что некоторые шаги в эту сторону уже предпринимаются. Первым государством, сформировавшим всеобъемлющие нормы коммерческого и некоммерческого использования сиротских произведений, стала Великобритания. В 2013 г. там был принят «Закон о внесении изменений в ряд законодательных актов о предпринимательстве» (Enterprise and Regulatory Reform Act)<sup>42</sup>, уполномочивающий госсекретаря Великобритании устанавливать правила выдачи лицензий на любое использование сиротских произведений любого вида при условии, что в эти правила будет включен скрупулезный поиск правообладателя и выплата лицензионного сбора, размер которого зависит от «рыночной ставки» на произведения данного вида. Лицензионный сбор используется для выплаты вознаграждения правообладателю, если он появится позже. Также предусматривается возможность расширенного коллективного лицензирования при условии, что в лицензии будет четко указано, на какой вид произведений она распространяется и какими способами использования ограничивается. Правительство Великобритании признает, что для реализации закона потребуется разработать гибкие механизмы учета для всех возможных случаев. (Например, некоторую трудность представляет защита прав фотографов, поскольку существующие практики позволяют корректно идентифицировать авторов аналоговых, но не цифровых фотографий.) Однако оно не рассматривает неизбежные трудности как повод для того,

---

<sup>42</sup> URL: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/pdfs/ukpga\\_20130024\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/pdfs/ukpga_20130024_en.pdf) (дата обращения 22.02.2016).

чтобы законодательно ограничивать использование сиротских произведений. Причинами такого решения стали, как утверждается, стремление максимизировать экономический потенциал сиротских произведений, а также понимание того, что в реальной практике коммерческое и некоммерческое использование разграничиваются весьма условно<sup>43</sup>.

Новая схема позволила открыть публичный доступ к широкому кругу работ, которые ранее содержались только в архивах. В 2014 г. электронная экспозиция британского музея Тейт пополнилась 12 произведениями художника Альфреда Уоллиса, которые ранее считались сиротскими, поскольку он умер в 1942 г., не оставив живых наследников. Другим бенефициарием стал Музей Разума, в котором хранились культурно значимые произведения сотрудников и пациентов Королевского госпиталя Бедлама, который был первым в Соединенном Королевстве учреждением, специализирующимся на душевных болезнях. Многие из этих работ были собраны психиатрами, интересующимися терапевтическим значением творчества. Имперский военный музей смог выставить оригиналы писем, дневников и других документов, важных для подготовки нации к столетию Первой мировой войны<sup>44</sup>.

С января 2014 г. в Германии вступили в силу поправки в «Закон об авторском праве и смежных правах» (Urheberrechtsgesetz) и поправки в «Закон об управлении авторским правом и смежными правами» (Urheberrechtswahrnehmungsgesetz). Согласно первому из двух нормативных актов, в соответствии с директивой 2012/28/ЕС публичным библиотекам, государственным научным и учебным заведениям после скрупулезного поиска правообладателей разрешена оцифровка сиротских произведений и размещение их в открытом доступе онлайн. Поиск должен осуществляться с использованием публичных и государственных баз данных, в первую очередь баз данных организаций коллективного управления правами — Общества авторов и издателей текстовых произведений (VG Wort) и Общества защиты авторских прав в искусстве (VG Bild-Kunst). Согласно второму нормативному акту, официально действующие в определенной сфере организации по правам на воспроизведение представляют интересы правообладателей-«аутсайдеров» (то есть не передавших полномочия на лицензирование своих произведений ни одной организации коллективного управления) при выполнении следующих условий:

---

<sup>43</sup> “Orphan work usage will have to be paid for under new copyright law, Government says” // URL: <http://www.out-law.com/en/articles/2012/july/orphan-work-usage-will-have-to-be-paid-for-under-new-copyright-law-government-says/> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>44</sup> “Millions of unseen 'orphan' artworks to be put on show” // URL: <http://www.independent.co.uk/arts-entertainment/art/news/millions-of-orphan-artworks-and-historic-documents-to-be-seen-under-new-copyright-laws-9824266.html> (дата обращения 22.02.2016).



- произведение было впервые опубликовано до 1 января 1966 года;
- экземпляры произведений хранятся в фондах и архивах государственных учреждений;
- использование вышедших из продажи произведений ограничивается воспроизведением и распространением в некоммерческих целях;
- по заявке организации по коллективному управлению правами произведение зарегистрировано в открытом реестре вышедших из продажи произведений;
- в течение 6 недель после внесения произведения в упомянутый реестр правообладатель не направил возражения в организацию по коллективному управлению правами.

Ведение реестра вышедших из продажи произведений находится в компетенции государственного Бюро по патентам и товарным знакам Германии (Deutsches Patent- und Markenamt, DPMA), ознакомиться с ним можно на сайте Бюро. Также вступившие в силу с 2014 года нормы позволяют авторам произведений науки — научных работ — повторно переиздавать свои труды через 12 месяцев после первой публикации при условии преследования некоммерческих целей<sup>45</sup>.

В ноябре прошлого года в Польше вступил в силу закон от 24 июля 2015 г., в соответствии с которым вносятся поправки в «Закон о промышленной собственности и некоторые другие законы» (Ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy — Prawo własności przemysłowej oraz niektórych innych ustaw)<sup>46</sup>. Его основные положения разрешают оцифровку при отсутствии разрешения автора в социально значимых целях, таких как образование и сохранение культурного наследия. Реализуя директиву 2012/28/ЕС и Меморандум о взаимопонимании, закон разрешает использование сиротских произведений и фонограмм, а также произведений, вышедших из коммерческого оборота, после проведения всех надлежащих процедур. Введение права публичного заимствования ограничено произведениями в фондах публичных библиотек. «В результате библиотечные услуги в Польше, можно сказать, вошли в двадцать первый век. Важно отметить, что библиотечное сообщество впервые участвовало в политической дискуссии высокого уровня в области авторского права, и библиотекари были признаны важной заинтересованной стороной в процессе национального реформ»<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> URL: [http://www.copyright.ru/news/main/2014/3/21/ocifrovka\\_proizvedenie/](http://www.copyright.ru/news/main/2014/3/21/ocifrovka_proizvedenie/) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>46</sup> URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=15803> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>47</sup> URL: <http://www.eifl.net/news/new-copyright-law-poland-heralds-new-era-libraries> (дата обращения 22.02.2016).

Резюмируя сказанное, в Европе сосуществуют несколько независимых схем решения проблемы сиротских произведений и смежной проблемы произведений, вышедших из коммерческого оборота. Все их можно условно разделить на две группы:

1. *Схемы, основанные на подходе opt-out.* При таком подходе правообладатель по умолчанию считается согласным на использование своего произведения, но может в любой момент отказаться. К этой группе следует безоговорочно отнести французскую практику оцифровки и использования произведений, вышедших из коммерческого оборота, хотя в целом законодательство Франции в области авторского права скорее не следует подходу opt-out. Влияние этого подхода заметно в законодательстве Великобритании, особенно с момента принятия Enterprise and Regulatory Reform Act. К плюсам французской и британской схем следует отнести, во-первых, первоочередную заботу об общественном благе (сохранении и распространении национальной культуры), во-вторых, максимизацию экономического потенциала произведений, на которые распространяется регулирование. С некоторой точки зрения, плюсом также является то, что эти схемы выдержаны в едином духе вместо того, чтобы определять отдельный порядок регулирования для каждого случая. Однако, с другой точки зрения, это единство является их минусом, поскольку требует гибких механизмов на более низком уровне, учитывающих специфику каждого вида произведений и каждого случая использования. Вероятно появление большого количества спорных случаев. Другим минусом подхода opt-out является в целом более слабая защита интересов правообладателей, однако, как утверждают многие эксперты, масштабы этой проблемы сознательно преувеличиваются крупными игроками рынка интеллектуальной собственности.

2. *Схемы, основанные на подходе opt-in.* При таком подходе правообладатель по умолчанию считается не согласным, но может специально разрешить использование своего произведения. К этой группе следует отнести схему расширенного коллективного лицензирования, возникшую независимо в нескольких странах Европы и в конце концов законодательно закрепленную в директиве 2012/28/ЕС, а также законодательство в области авторского права Германии. Несомненными плюсами таких схем являются, во-первых, всесторонняя защита имущественных прав и личных неимущественных прав авторов, во-вторых, однозначность толкования законов во всех сложных случаях. При этом в случае слаженного взаимодействия всех заинтересованных сторон — авторов, пользователей произведений и государства — подход opt-in обеспечивает приемлемый уровень заботы об общественном благе. Главный минус таких схем состоит в том, что в отсутствие такого взаимодействия они совершенно неэффективны. (Например, коллективное лицензирование бессмысленно вводить в стране, где нет развитого

института объединенных авторских сообществ, и именно такова, к сожалению, нынешняя ситуация в России.) Более того, они способны полностью парализовать культурный оборот некоторых произведений, в первую очередь сиротских. Наконец, как бы ни было развито законодательство, основанное на подходе opt-in, оно всегда отстает от требований времени, поскольку постоянно появляются новые виды произведений и новые способы их использования, для которых еще не существует разрешительных механизмов регулирования.

## 2.2. Обсуждение проблемы легализации сиротских произведений в Copyright Office

Американский опыт легализации сиротских произведений всё ещё находится в разработке. Бюро по охране авторских прав в США (US Copyright Office) представило в недавнем (лето 2015 года) докладе «Сиротские произведения и массовая оцифровка»<sup>48</sup> свои предложения по легализации сиротских произведений. Важно понимать, что это не прямая директива, и статус этих предложений лишь рекомендательный, пока ещё они не проходили чтений в Сенате США. Тем не менее, предложения USCO являются результатом многолетних дебатов и неудачных попыток легализовать использование сиротских произведений. В начале доклада, они перечисляют по пунктам их критерии легализации сиротского произведения:

- установить ограничение средств правовой защиты за нарушение авторских прав для определенных пользователей, которые могут доказать, что они провели искренний и скрупулезный поиск (good faith diligent search) владельца авторского права и не смогли установить личность или местонахождение его или ее;
- определить скрупулезный поиск (diligent search) как, минимум, поиск в записях Бюро по охране авторских прав (USCO), поиск источников авторского права, собственности и лицензии с использованием разумных и целесообразных в конкретной ситуации технологических средств и баз данных;
- требовать от Бюро (USCO) поддержки и обновления рекомендуемых практик (Recommended Practices) скрупулезного поиска для разных категорий работ, проводя публичные консультации с заинтересованными сторонами;
- разрешать судам США определять соответствие конкретного поиска требуемому согласно определению Бюро, принимать во внимание иностранные юридические

---

<sup>48</sup> Orphan Works and Mass Digitization. A report of the register of copyrights // URL: <http://copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf> (дата обращения 22.02.2016).

подтверждения искреннего и скрупулезного поиска, при условии, что иностранная юрисдикция использует схожие подходы для проверки соответствия поиска требуемому;

- в дополнение к скрупулезному поиску, пользователь должен подписать уведомление об использовании (Notice of Use), предоставляемым Бюро (USCO) обеспечивая соответствующее отношение к произведению, а так же участие в переговорах по предоставлению разумной компенсации правообладателям, которые подали уведомление о нарушении авторских прав (Notice of Claim of Infringement), наряду с другими требованиями;

- ограничить денежную компенсацию за нарушение авторских прав сиротских произведений определенным пользователям (соответствующим п. 1) до разумной компенсации; сумма, с которой согласились бы заинтересованный покупатель и заинтересованный продавец непосредственно перед началом использования;

- отменить денежную компенсацию за нарушение авторских прав сиротских произведений, если определенные некоммерческие учебные заведения, музеи, библиотеки, архивы, общественное вещание используют их на некоммерческой основе в образовательных, религиозных и благотворительных целях, при условии, что лицо незамедлительно прекращает использование произведения при нарушении авторских прав;

- ограничить область предписаний против нарушений авторских прав сиротских произведений, если произведение соединено со «значительным оригинальным выражением» (significant original expression) с новым произведением, при условии, что нарушитель платит разумную компенсацию за прошлые и будущие использования и обеспечивает авторство;

- разрешить судам накладывать запрет на включение сиротского произведения в новое, производное произведение, при условии, что вред автору-владельцу имеет репутационный характер и никак иным способом не компенсируется;

- обеспечить возможность для государственных служащих осуществлять ограничения на судебные запреты после выплаты согласованной или определенной судом компенсации; и

- явным образом сохранить возможность пользователям на справедливое использование (fair use) сиротских работ.

Подобный подход к практике легализации сиротских произведений со стороны Бюро подвергается в США некоторой критике. Например, Американское общество архивариусов (Society of American Archivists) полагает, что подобный подход к авторскому праву сделает невозможным издательство работ с «малым коммерческим

потенциалом»<sup>49</sup>. Например, если кто-то пожелает издать письма некоего автора, то ему придется искать правообладателей не только самих писем, но и правообладателей писем, которые получал или на которые отвечал тот автор, которых может быть не один десяток. Или, например, в письмах могут содержаться фотографии кого-то. По мнению членов сообщества архивариусов, затраты на поиски правообладателей или авторов не позволяют издавать работы, которые не будут хорошо продаваться, но которые могут иметь важное культурное и историческое значение.

Ещё более резко критикует этот подход Майк Масник с сайта TechDirt<sup>50</sup>. По его мнению, все проблемы, связанные с авторским правом и сиротскими произведениями в частности, — это выдуманные проблемы. Он вообще предлагает называть работы не «сиротами», а «заложниками». В частности, он критикует идею «скрупулезного поиска», говоря, что вместо того, чтобы заставить регистрироваться владельца авторских прав, Бюро заставляет регистрироваться там *пользователя*. Так же он считает неправильным тот факт, что Бюро неявно пытается сделать справедливое использование (fair use) чем-то нежелательным, об этом свидетельствуют судебные процессы над Google Books и HathiTrust, упомянутые в отчете Бюро. В общем и целом, критика Масника сводится к тому, что система авторских прав в США работает неправильно. По его мнению, проблема сиротских произведений решилась бы в один миг, если бы авторские права не передавались бы по умолчанию, а регистрировались бы по обращению, то есть тогда не пришлось бы разыскивать правообладателей сиротских работ: если они не зарегистрированы, значит их права и не нарушены, а если правообладатель зарегистрирован, то и найти его легко.

### **3. Анализ проблем распространения и использования произведений с неустановленным авторством (сиротских произведений) в России**

#### **3.1. Оценка объемов сиротских произведений в РФ (в частности по схеме оценке объёмов сиротских произведений в исследовании HathiTrust)**

Статистика, представленная в исследовании HathiTrust утверждает, что более чем у 45% произведений отсутствует или не найден автор, поэтому ранее было довольно сложно установить их правовой статус при необходимости переведения результатов

---

<sup>49</sup> URL: [http://files.archivists.org/Copyright\\_Office\\_OrphanWorks\\_071015-2.pdf](http://files.archivists.org/Copyright_Office_OrphanWorks_071015-2.pdf) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>50</sup> URL: <https://www.techdirt.com/articles/20150607/14411031264/only-copyright-office-would-fix-problem-orphan-works-doubling-down-problem-itself.shtml> (дата обращения 22.02.2016).

интеллектуального труда в электронный формат<sup>51</sup>. Эта оценка может быть неточной, об этом прямо говорится в докладе, представленном HuthiTrust. На отсутствие точных данных про истинное количество сиротских произведений указывается в документе “Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of 'Rights' in Digital Collection Building”<sup>52</sup>.

Метод подсчета объема сиротских произведений, применяющийся в исследованиях HuthiTrust, включает в себя следующие процедуры:

- учет момента создания произведения (Effort Date);
- учет информации о месте хранения произведения: HuthiTrust стало центральным обменным пунктом информации о хранящихся в различных библиотеках материалах;
- анализ всей приходящей из иных библиотек информации на различных языках, он позволяет оценить масштабы ситуации;
- систематизация произведений по дате (с какого срока в правовом поле произведение оценивается как общественное достояние).

Необходимо отметить, что в США, где применялась описанная методика, существует дифференциация дат по годам опубликования произведения. В зависимости от даты публикации меняется правовой режим охраны авторских прав. В России же, согласно гражданскому законодательству, произведение становится общественным достоянием по истечении семидесяти лет с 1 января года, следующего за годом смерти автора. На произведение, обнародованное анонимно или под псевдонимом, срок действия исключительного права истекает через семьдесят лет, считая с 1 января года, следующего за годом его правомерного обнародования. Если в течение указанного срока автор произведения, обнародованного анонимно или под псевдонимом, раскроет свою личность или его личность не будет далее оставлять сомнений, исключительное право будет действовать в течение срока его жизни и семидесяти лет после смерти<sup>53</sup>.

Основным залогом успеха HuthiTrust было создание базы, насчитывавшей около 5 млн произведений. Был произведена систематизация произведений. Для оценки объемов сиротских произведений в России можно было бы использовать ресурс Российской государственной библиотеки, объем фонда, которой составляет около 44,8 миллиона

---

<sup>51</sup> URL: [http://www.eifl.net/sites/default/files/resources/201409/handbook\\_rus\\_05.pdf](http://www.eifl.net/sites/default/files/resources/201409/handbook_rus_05.pdf) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>52</sup> URL: <http://www.clir.org/pubs/ruminations/01wilkin/wilkin.pdf> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>53</sup>

URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_64629/675b81f0bc9b8ecd68ea332ecfd9d1562541fb98](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/675b81f0bc9b8ecd68ea332ecfd9d1562541fb98) (дата обращения 22.02.2016).

экземпляров<sup>54</sup>. Если оценивать этот или другой крупный фонд в России, то необходимо систематизировать исследуемый материал по следующим критериям:

- издано произведение в России или нет;
- год издания (можно исследовать материал по каждому десятилетию XX века, чтобы отследить динамику изменения объема сиротских работ).

Однако к российской ситуации трудно применять методы оценки объема сиротских произведений, разработанные для Запада. Так, существенным препятствием для повторения исследования, проведенным NuthiTrust является отсутствие строгой зависимости правового статуса произведения и даты его опубликования, как например, в США, где систематизирование материалов шло в зависимости от даты их опубликования (издания) и от даты уже шло определения правового режима работы. Определяющим фактором в России считается смерть автора, после которой семьдесят лет спустя произведение переходит в статус общественного достояния. Таким образом, в каждом конкретном случае необходимо не только выяснять дату издания произведения, но и жив ли автор, что в сущности приводит к неопределенному правовому статусу произведения и затруднению исследования объемов сиротских и не только работ. В случае, если бы правовой статус произведения зависел бы от даты издания (опыт США), то это существенно бы облегчило работу по систематизации и анализу результатов интеллектуального труда и не возлагало бы на исследовательский фонд необходимости разыскивать неизвестного автора.

Используя метод, представленный в “Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of ‘Rights’ in Digital Collection Building”, можно предположить, что общий объем книг и изданий, защищенных авторским правом и представляющих актуальный интерес, исчисляется миллионами. Если говорить только о советской книгоиздательской продукции (а в среднем в СССР выпускалось не менее 70 тыс. изданий ежегодно), то, за вычетом дублей, брошюр и всего остального, даже 30% от этой цифры — это почти 1,5 млн изданий<sup>55</sup>. Используя тот же множитель, условную цифру в 2,5 млн актуальных книг мы получаем из статистики Книжной палаты, согласно которой в год выпускается в среднем около 100 тысяч книг, после вычета брошюр<sup>56</sup>. Таким образом порядка 4 млн книг в настоящее время представляют актуальный интерес. Если хотя бы 10% из них являются сиротскими, то это уже 400 тыс. книг, к которым читающая аудитория не может получить свободного доступа. А ведь реальный процент сиротских

<sup>54</sup> URL: <http://leninka.ru/index.php?doc=3026> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>55</sup> См.: История книги / Под ред. А.А.Говорова и Т.Г.Куприяновой. — М. 1998.

<sup>56</sup> См.: Книжный рынок России. Отраслевой доклад ФАПМК. — М., 2013.

произведений, скорее всего, значительно выше. Если добавить к этому произведения всех других видов, то ситуация вырисовывается крайне удручающая.

Можно назвать несколько причин, почему не представляется возможным установить точный объем сиротских произведений в РФ. Согласно докладу Федерального агентства по печати и массовым коммуникациям «Книжный рынок России», большинство современных авторов предпочитают публиковать свои произведения в электронном формате. Западное пространство масс-медиа предлагает услуги ресурса Amazon.com (и менее известных аналогичных сайтов), на котором, автор имеет возможность опубликовать результат интеллектуального труда. Публикация на специально предназначенных ресурсах защищает произведение от незаконного копирования и распространения, тем самым предотвращая ситуацию возможной потери информации о правообладателе на результат интеллектуального труда. В докладе отмечается, что российский сегмент интернета не предлагает аналогичных доступных и востребованных пользователями ресурсов. Работающие в российской части интернета площадки для обнародования результатов творческого труда не пользуются широкой популярностью среди авторов и пользователей в целом<sup>57</sup>. Отсутствие популярности и необходимости таких площадок для обнародования результатов труда приводит к двум последствиям:

1. Опубликование произведений в свободном доступе более привлекательно для авторов, поскольку выше шанс доведения до пользователей нового произведения.
2. Возможна потеря информации об авторе произведения в связи с незаконным копированием и распространением произведения.

Например, российская автоматическая издательская система Ridero<sup>58</sup> предлагает пользователям создать собственную книгу и отправить ее на продажу в интернет-магазины. Пользователь может сделать верстку своей книги, загрузив текст (в форматах .doc, .docx, .txt, .rtf и .odf). Процесс верстки с помощью Ridero очень прост и доступен даже тем, кто не разбирается в создании книг. В системе можно сверстать книгу, разместить в интернет-магазинах и скачать в форматах ePub, fb2 и mobi, а также скачать все необходимые файлы для печати книги в типографии. Среди партнеров Ridero — интернет-магазины Ozon, GooglePlay и «ЛитРес»<sup>59</sup>. Стоит заметить, что публикация произведения через электронный сайт снижает вероятность потери или стирания информации об авторе произведения. Непопулярность, согласно информации Федерального агентства по печати и массовым коммуникациям, заключается в

---

<sup>57</sup> Там же.

<sup>58</sup> URL: <https://ridero.ru/> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>59</sup> URL: <http://www.fapmc.ru/mobile/activities/reports/2015/bookmarket.html> (дата обращения 22.02.2016).



незаинтересованности российского пользователя платить за результат интеллектуального труда, выложенного в сеть. Иными словами, пользователи сети предпочитают скачивание пусть и неполных произведений, но бесплатно, иногда далее распространяя в сети скаченную информацию без указания информации об авторе.

Можно заключить, что для осуществления точного расчета процента сиротских произведений в РФ необходимо:

- установить обмен о поступающей информации о произведениях между библиотеками, музеями, галереями иными учреждениями культуры;
- популяризовать общедоступные платные или бесплатные площадки в реальном и интернет пространстве с целью создания возможности отслеживать ситуации появления и исчезновения результатов интеллектуального труда.

### **3.2. Анализ существующей практики публикации сиротских произведений, в том числе в советский период: схема opt-out**

Основы гражданского законодательства СССР в ст. 98 определяются неотчуждаемые права автора<sup>60</sup>, но в тоже время регламентируют ситуации, в которых согласие автора на использование результата его труда не требуется. Права автора включают в себя право на опубликование, воспроизведение и распространение своего произведения всеми дозволенными законом способами под своим именем, под условным именем (псевдоним) или без обозначения имени (анонимно); на неприкосновенность произведения. Здесь очевидно некоторое сходство правовой системы СССР и Российской Федерации. Однако существенное отличие современного закона Российской Федерации от законодательства СССР в сфере авторских прав заключается в том, что российское авторское право охраняет произведения, изданные анонимно, независимо от того, к какому способу обнародования прибегнул автор. Советское же авторское право давало право на анонимность публикации только при условии публикации результата интеллектуального труда через официальные издательства после прохождения государственной цензуры на соответствия произведения требованиям реалий советского общества. Параллельно в советский период имела широкое распространение практика самиздата, часть которого могла публиковаться анонимно. Самиздат — способ неофициального и потому неподцензурного производства и распространения литературных произведений, религиозных и публицистических текстов в СССР. Копии текстов изготавливались автором или читателями без ведома и разрешения официальных органов власти, как правило машинописным, фотографическим или рукописным

---

<sup>60</sup> URL: [http://www.lawrussia.ru/texts/legal\\_346/doc346a819x422.htm](http://www.lawrussia.ru/texts/legal_346/doc346a819x422.htm) (дата обращения 22.02.2016).

способами, а к концу эпохи СССР — также и при помощи ЭВМ. Самиздатом распространялись также магнитофонные записи песен В. Высоцкого, А. Галича, Ю. Визбора, Булата Окуджавы, А. Розенбаума, А. Вертинского, М. Ножкина, Леонида Утёсова, А. Новикова, Юлия Кима, Арк. Северного, К. Беляева, инструментального ансамбля «Братья Жемчужные», исполнителей-эмигрантов<sup>61</sup>. Самиздат считался запрещенным, а произведения, опубликованные в самиздате, не охранялись авторским правом. Более того — такая практика преследовалась по закону, поскольку тексты и иные результаты творческого труда, представленные в самиздате, не подвергались цензурированию и могли содержать чуждые социалистическому обществу идеи.

Ситуации, в которых согласие автора на использование произведения, согласно советскому авторскому праву, не требуется, сводились к следующим:

1. Издание плановых и других произведений, созданных в порядке выполнения служебного задания. Литературное произведение может быть создано штатными работниками государственных и общественных организаций в порядке выполнения служебных обязанностей. Выполняя служебное задание, работники институтов научно-технической информации пишут статьи в реферативные сборники и журналы, сотрудники научно-исследовательских институтов создают монографии и другие плановые работы. При этом работник выступает как член коллектива трудящихся, работающих в одной организации, и выполняет трудовые обязанности, подчиняясь правилам внутреннего трудового распорядка. За свой творческий труд он получает вознаграждение в форме заработной платы. Эти отношения регулируются нормами трудового права. Вместе с тем авторское право на произведение, созданное в порядке служебного задания, с определенными ограничениями авторских правомочий сохраняется за автором. Согласно ч. 2 ст. 100 Основ: «автору произведения, созданного в порядке выполнения служебного задания в научной или иной организации, принадлежит авторское право на это произведение»<sup>62</sup>. Порядок использования организацией такого произведения и случаи выплаты вознаграждения автору устанавливаются законодательством Союза ССР и союзных республик». Следовательно, ст. 100 Основ, закрепляя авторское право за автором произведения, созданного по служебному заданию, в то же время предусматривает возможность ограничения двух авторских прав: 1) права на опубликование, воспроизведение и распространение произведения; 2) права на получение авторского вознаграждения.

---

<sup>61</sup> URL: <http://www.economist.com/news/china/21565644-communist-party-leaders-struggle-manage-tense-transition-riches-exposed> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>62</sup> URL: [http://www.lawrussia.ru/texts/legal\\_346/doc346a819x422.htm](http://www.lawrussia.ru/texts/legal_346/doc346a819x422.htm) (дата обращения 22.02.2016).

2. Помещение в научных и критических, учебных и политико-просветительных изданиях отдельных изданных произведений и отрывков из них.

3. Издание опубликованного произведения в переводе на другой язык. Нормы права, регулировавшие отношения, возникающие при переходе произведений на другой язык, призваны были способствовать широкому обмену культурными ценностями между народами СССР и развитию национальных культур. По сути, ставя частные интересы автора ниже интересов советского общества. Этим требованиям отвечает установленный советским законодательством принцип свободы перевода. Согласно ст. 102<sup>63</sup> Основное издание произведение может переводиться на другой язык без согласия, но с уведомлением автора, при условии сохранения целостности и смысла произведения. Переводу присущи все признаки самостоятельного произведения как объекта авторского права. Он является результатом творческой деятельности переводчика и выражен в объективной форме, позволяющей воспроизвести результат указанной деятельности. Поэтому законодательство относило его к числу объектов авторского права. Перевести изданное произведение может и сам автор. Такой перевод считался авторским. В данном случае автор пользовался авторским правом на само произведение и сделанный им перевод. Однако это не препятствовало иным лицам переводить произведение на другой язык.

4. Опубликование в газетах.

5. Издание произведения, авторское право на которое принудительно выкуплено государством у автора. Согласно официальной идеологии СССР, искусство принадлежит народу. До сих пор многие произведения советского периода находятся в собственности государства, которое распоряжается ими настолько неэффективно, что зачастую они оказываются исключены из культурного оборота.

Сам факт наличия у государства права принудительного выкупа произведения автора свидетельствует о том, что советское авторское право не давало автору свободы распоряжаться судьбой произведения. Это позволяет утверждать, что в советский период в авторском праве реализовывался подход opt-out, при котором явное согласие автора или иного правообладателя на использование произведения не требуется, существуют лишь установленные способы отзыва произведения из использования.

В целом, можно заключить, что в советской системе авторское право защищало права авторов только при двух условиях:

---

<sup>63</sup> URL: [http://www.lawrussia.ru/texts/legal\\_346/doc346a819x422.htm](http://www.lawrussia.ru/texts/legal_346/doc346a819x422.htm) (дата обращения 22.02.2016).

- обнародование исключительно через государственные учреждения, уполномоченные на такой род деятельности;

- цензура, без прохождения которой произведение (текст/фильм/картина и т. д.) не могло быть опубликовано. Тем самым государство ставило советского автора перед дилеммой — или дать государству право извратить его замысел и в дальнейшем опубликовать произведение или не обнародовать произведение в случае отказа от вносимых корректировок цензурой.

В сравнении с советским авторским правом современное российское авторское право характеризуется следующими чертами:

- правовая охрана распространяется на произведения в любом случае, анонимно они публикуют произведения или нет;

- нет цензуры, произведение может быть только полностью удалено в случае, если его содержание противоречит законным правам и интересам граждан;

- автор может публиковать свой труд через государственные, частные издательства или просто размещать свой труд в сети любым не запрещенным законом способом.

В современной России, как и в странах ЕС, в основе законодательства в области авторского права лежит подход opt-in, при котором для использования произведения необходимо получение явного согласия автора. Подобное требование выдвигается и в случае анонимности автора произведения. На пользователя, таким образом, распространяется бремя поиска автора и получения его согласия, выраженного установленным законом способом. Подход opt-in приводит к невозможности использования произведений авторов, которые не заинтересованы в том, чтобы решать, будет использовано произведение или нет. Участие в гражданском обороте таких произведений является незаконным.

Однако, как указывалось ранее, есть основания предполагать, что по меньшей мере 45% контента в реальном и медиапространстве является сиротским, причем сиротские произведения зачастую представляют большую культурную и образовательную ценность. Если использование таких произведений имеет принципиальную значимость для пользователя, а автора или правообладателя найти не удастся, подход opt-in толкает пользователей на нарушение закона. В этом заключается серьезный недостаток данного подхода. Современный российский закон, работающий по методу opt-in, защищает даже тех правообладателей, которые не желают такой защиты. Парадоксальным образом на практике часто, по крайней мере, в российском интернет-пространстве реализуется opt-out. Так, крупнейший торрент-трекер Rutracker размещает материалы любого содержания, являющиеся результатами интеллектуального труда, но затем удаляет ссылки по первому

требованию. При этом авторы, как ни странно, достаточно редко выражают свое несогласие со сложившейся ситуацией. Как утверждают владельцы трекера, доля удаленных раздач составляет менее 5%<sup>64</sup>.

### **3.3. Анализ существующих правовых средств легализации сиротских произведений (слабые места легализации через «вымороченное имущество»)**

В Законе содержится презумпция, согласно которой автором произведения науки, литературы или искусства является гражданин, творческим трудом которого оно создано. Лицо, указанное в качестве автора на оригинале или экземпляре произведения либо иным образом считается его автором, если не доказано иное. Таким образом, если у автора произведения возникнет необходимость в заявлении о своем имени и реализации своего неотчуждаемого права на имя, то он имеет возможность любым не запрещенным законом способом заявить о своем авторстве. Если автор желает оставаться в тени и не хочет быть доступным пользователям его права может защищать издательство, которое может быть по закону его представителем.

Однако в случае сиротских произведений, по определению, автор или неизвестен или не может быть найден, следовательно, невозможно испросить его согласия на то, чтобы его представляло издательство. Поэтому для легализации использования сиротских произведений требуются специальные законодательные механизмы. В настоящее время правоотношения по поводу сиротских произведений регулируются следующим образом:

1. Авторское право устанавливает механизм легализации произведений, чей автор не может быть найден добросовестным пользователем. При опубликовании произведения анонимно или под псевдонимом (за исключением случая, когда псевдоним автора не оставляет сомнения в его личности) издатель, имя или наименование которого указано на произведении, при отсутствии доказательств иного считается представителем автора и в этом качестве имеет право защищать права автора и обеспечивать их осуществление. Это положение действует до тех пор, пока автор такого произведения не раскроет свою личность и не заявит о своем авторстве. Тем самым российское законодательство позволяет автору сохранять свою личность в тайне и предоставляет защиту результату его интеллектуального труда<sup>65</sup>. Издатель, обладая правами и обязанностями представителя

---

<sup>64</sup> Трифонов Е. Как нам реорганизовать копирайт. URL: <https://vc.ru/p/reorganize-copyright> (дата обращения 22.02.2016).

<sup>65</sup> URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_64629/01cf40c9e42efacdb8dff7cdd410e2542bbbdfd4/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/01cf40c9e42efacdb8dff7cdd410e2542bbbdfd4/) (дата обращения 22.02.2016).

автора произведения, имеет право отстаивать право автора на опубликование произведения. Произведение, изданное анонимно, может быть представлено в различных библиотеках, хранилищах, музеях и иных учреждениях, специализирующихся на опубликовании и представлении результатов интеллектуального труда. Согласно российскому законодательству, отсутствие имени и псевдонима автора не является основанием лишения правового статуса авторского произведения без указания автора. Такой механизм легализации сиротского произведения хоть и не требует указания имени/псевдонима автора, но указывает на обязательное существование издателя этого произведения. В соответствии с российским законом, ст. 1287 ГК РФ, издателем является лицо, на которое в соответствии с договором возлагается обязанность издать произведение (издательский лицензионный договор). Лицензиат обязан начать использование произведения не позднее срока, установленного в договоре. При неисполнении этой обязанности лицензиар вправе отказаться от договора без возмещения лицензиату причиненных таким отказом убытков. Если лицо с которым заключен издательский лицензионный договор, выполнило свои обязательства по добросовестному опубликованию произведения в сроки, оговоренные в сделке, оно является издателем. Преимущества такого способа: (1) добровольная анонимность автора произведения, (2) защита авторских прав третьим лицом. Недостатки: (1) обязательное наличие издателя, (2) заключение издательского лицензионного договора.

2. Наследственное право также обладает правовыми механизмами регулирования правоотношений, связанных с сиротскими произведениями. Однако далеко не любое право может входить в состав наследственной массы. Согласно гражданскому законодательству ст. 1112 ГК РФ, в состав наследства входят принадлежавшие наследодателю на день открытия наследства вещи, иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности. Не входят в состав наследства личные неимущественные права и другие нематериальные блага<sup>66</sup>. В тоже время гражданское законодательство устанавливает, что право признаваться автором произведения и право автора на имя — право использовать или разрешать использование произведения под своим именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени, то есть анонимно, неотчуждаемы и непередаваемы, в том числе при передаче другому лицу или переходе к нему исключительного права на произведение и при предоставлении другому

---

<sup>66</sup>

URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_34154/5974980bb11fb5c75e99ac0cf647038fc393376f/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34154/5974980bb11fb5c75e99ac0cf647038fc393376f/) (дата обращения 22.02.2016).

лицу права использования произведения<sup>67</sup>. Личные неимущественные права (также обозначены в Бернской конвенции как «моральные права») включают в себя: право признаваться автором произведения (право авторства); право использовать или разрешать использовать произведение под подлинным именем автора, псевдонимом либо без обозначения имени, то есть анонимно (право на имя); право обнародовать или разрешать обнародовать произведение в любой форме (право на обнародование), включая право на отзыв, право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству автора (право на защиту репутации автора). Неимущественные авторские права действуют бессрочно. В России они могут принадлежать только физическому лицу и являются неотчуждаемыми. Отказ от этих прав ничтожен. Авторские права, признанные по закону неотчуждаемыми от личности автора не могут входить в состав наследственной массы, что, в свою очередь, делает совершенно невозможным переход таких прав в категорию выморочного имущества. Однако в состав наследственной массы могут входить интеллектуальные права. Согласно ст. 1226 ГК РФ, на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации) распространяются интеллектуальные права, которые включают исключительное право, являющееся имущественным правом<sup>68</sup>. В соответствии со ст. 1233 ГК РФ правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом. Правообладатель может сделать публично, то есть путем сообщения неопределенному кругу лиц, заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащие ему произведения науки, литературы или искусства либо объект смежных прав на определенных правообладателем условиях и в течение указанного им срока. Он может распорядиться им в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права) или предоставления другому лицу права использования соответствующего

---

<sup>67</sup>

URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_64629/01cf40c9e42efacdb8dff7cdd410e2542bbbdfd4/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/01cf40c9e42efacdb8dff7cdd410e2542bbbdfd4/) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>68</sup>

URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_64629/4f084f0ca9455af0c226715f0cc1ca3059d43411/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/4f084f0ca9455af0c226715f0cc1ca3059d43411/) (дата обращения 22.02.2016).

результата интеллектуальной деятельности<sup>69</sup>. Данная норма предоставляет правообладателю право завещать по наследованию исключительные права, поскольку односторонняя сделка — завещание — не является сделкой, противоречащей законодательству, и ее сущность не противоположна существу исключительного права в силу его имущественной природы. Легализация через наследственное право может быть нескольких видов. Если правообладатель является физическим лицом и завещает исключительные права иным лицам, то они переходят наследнику в порядке, установленном наследственным законодательством. К наследованию могут призываться граждане, находящиеся в живых в день открытия наследства, а также зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. К наследованию по завещанию могут призываться также указанные в нем юридические лица, существующие на день открытия наследства. К наследованию по завещанию могут призываться Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования, иностранные государства и международные организации, а к наследованию по закону — Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования. Если правообладатель не составил завещания, то наследственное право предусматривает процедуру наследования по закону, в рамках которой к наследству призываются лица в порядке очередности. Согласно ст. 1141 ГК РФ, наследники каждой последующей очереди наследуют, если нет наследников предшествующих очередей, то есть если они отсутствуют, либо никто из них не имеет права наследовать, либо все они отстранены от наследования, либо лишены наследства, либо никто из них не принял наследства, либо все они отказались от него<sup>70</sup>. Однако возможна ситуация, когда нет лиц, способных принять наследство. Ст. 1151 ГК РФ устанавливает, что в случае, если отсутствуют наследники как по закону, так и по завещанию либо никто из наследников не имеет права наследовать или все наследники отстранены от наследования, либо никто из наследников не принял наследства, либо все наследники отказались от наследства и при этом никто из них не указал, что отказывается в пользу другого наследника, имущество умершего считается

---

<sup>69</sup>

URL:  
[https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_64629/2ef636aadd9bee02a47d69d5393d32dbd576797d/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/2ef636aadd9bee02a47d69d5393d32dbd576797d/)  
(дата обращения 22.02.2016).

<sup>70</sup>

URL:[https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_34154/fccb811aaff0a78d6f1f77517a72c0063a807a7e/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34154/fccb811aaff0a78d6f1f77517a72c0063a807a7e/)  
(дата обращения 22.02.2016).



выморочным<sup>71</sup>. Исключительные права определяются законом как иное имущество, входящее в наследственную массу. Наследником такого типа имущества выступает Российская Федерация, которой переходят исключительные права на результат интеллектуальной деятельности. Наследник, вне зависимости от его вида, обладает правом использовать не противоречащим закону способом наследуемые права. Преимущества легализации сиротского произведения через правовые механизмы наследственного права: (1) возможность предопределить наследника в случае наследования по завещанию, (2) защита прав авторства, которое охраняется законом бессрочно. Недостатки: (1) если исключительные права становятся выморочным имуществом, реализация и защита таких прав может быть осуществлена без учета интересов наследодателя.

#### **3.4. Анализ инициативы Минкомсвязи РФ о реестре сиротских произведений и возможности использования схемы опт-аут**

27 августа 2015 года Минкомсвязь представило инициативу, направленную на создание, в том числе реестров авторских произведений. Поправки касаются уточнения и совершенствования внедоговорного (расширенного) коллективного управления и перехода к модели управления авторскими правами на основе договоров, добровольно заключаемых правообладателем с обществами по коллективному управлению (по выбору), и направлены на повышение прозрачности и эффективности деятельности по коллективному управлению авторскими и смежными правами. Проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования механизма коллективного управления авторскими и смежными правами» подготовлен в том числе в части процедуры сбора авторских вознаграждений с вещателей, телеканалов, радиостанций и средств массовой информации.

Законопроектом предусматривается внесение в ГК РФ поправок, уточняющих и совершенствующих внедоговорное (расширенное) коллективное управление и переход к модели управления авторскими правами на основе договоров, добровольно заключаемых правообладателем с обществами по коллективному управлению, а также повышение прозрачности и эффективности деятельности по коллективному управлению авторскими и смежными правами за счет создания реестров<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_34154/5646edf4af763454a22ff6e4e5a9846cc7f4215f/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34154/5646edf4af763454a22ff6e4e5a9846cc7f4215f/) (дата обращения 22.02.2016).

<sup>72</sup> URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_5142/d65fbe0a603d59546c3338bfc6bf09bb0332817/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/d65fbe0a603d59546c3338bfc6bf09bb0332817/) (дата обращения 22.02.2016).

Одновременно законопроект вводит понятие **реестра произведений, перешедших в общественное достояние**, путем включения в ГК РФ ст. 1282.1. Данная поправка направлена на упрощение введения в оборот произведений, уже находящихся в режиме общественного достояния, а также произведений, обладателя авторских прав на которые не удалось установить (сиротских произведений). Подобные поправки свидетельствуют о направленности законодательных инициатив на работу согласно подходу opt-out, когда согласие автора, не заинтересованного в судьбе произведения, на использование произведения не требуется.

Вносимые поправки позволят гарантировать каждому правообладателю право выбора, хочет ли он управлять своими правами на индивидуальной или коллективной основе, а также гарантировать каждому правообладателю право выбора общества по коллективному управлению правами, которому он хочет передать полномочия по управлению принадлежащими ему исключительными правами. Таким образом законодатель пытается найти «золотую середину» интересов авторов, правообладателей и пользователей, поскольку чрезмерная опека над правами авторов приводит к перекосу уровня правовой защиты пользователей. Зачастую авторы сами могут быть повинны в незаконном использовании своих произведений, когда не указывают никаких данных для связи с ними по поводу использования результата их интеллектуального труда. Введение реестров и процедуры перевода сиротских произведений в разряд общественного достояния позволит обезопасить пользователей от злоупотребления авторами своими правами. Например, когда автор, проявляя равнодушие к своему произведению, видит, что оно активно используется, он заявляет о нарушении своих прав, требуя восстановления справедливости. Пользователь в такой ситуации крайне незащищен, потому что, даже будучи добросовестным пользователем, пытавшимся безуспешно отыскать автора, является нарушителем закона не по своему умыслу и желанию, а из-за безразличия автора.

В законопроекте указано: «Если спустя 6 месяцев с момента внесения в реестр произведения, обладателя авторских прав на которое не удалось установить, правообладатель не идентифицирует себя путем направления обоснованного заявления в адрес федерального органа исполнительной власти, уполномоченного Правительством РФ на создание, формирование и ведение реестра, такое произведение переходит в общественное достояние»<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> URL: <http://www.consultant.ru/law/review/2725678.html> (дата обращения 22.02.2016).

Российское авторское общество высказалось категорически против подобного изменения авторского законодательства. Если говорить конкретно о сиротских работах, то РАО считает, что данная норма будет нарушать законные права и интересы правообладателей, которые по каким-либо причинам не смогут вовремя заявить о себе. Свою позицию РАО подкрепляет доводом, что после перехода произведения в общественное достояние допускается его свободное использование любым лицом без согласия правообладателя и без выплаты авторского вознаграждения<sup>74</sup>. Однако на такую радикальную позицию можно возразить следующими доводами:

- Если бы российское законодательство действовало согласно подходу opt-out, авторские права все равно защищались бы вне зависимости от того, перешло ли произведение в категорию общественного достояния, хотя использование в таком случае осуществлялось бы в ином правовом режиме, а именно без выплат авторского вознаграждения. Смена правового режима авторского произведения не влечет за собой отказ в неотчуждаемых правах автора, описанных в ст. 1255 ГК РФ<sup>75</sup>.

- Подход opt-out предполагает, что автор, публикуя свое произведение анонимно и не заявляя о своем авторстве в течение определенного срока (6 месяцев), проявляет свою незаинтересованность в том, чтобы добросовестный пользователь мог его найти, а также своим бездействием дает добро на свободный оборот своего произведения. Такой подход существенно облегчает использование произведения, избавляя пользователя от опасности стать нарушителем прав автора. Происходит упрощение гражданского оборота результатов интеллектуальной собственности.

Единственным недостатком законопроекта представляется отсутствие механизма обжалования признания произведения общественным достоянием в случае, если автор в силу независящих от него обстоятельств не мог в установленный законом срок заявить о своем авторстве. Только в случае, если автор по независящим от него причинам не мог заявить о своем авторстве, суд может признать его право на заявление о своем авторстве и, как следствие, изъятие результата авторского труда из реестра произведений, признанных общественным достоянием.

---

74

URL:[https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_64629/366db9d9c7215d66ada95405f1654967f2ae5e4b/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/366db9d9c7215d66ada95405f1654967f2ae5e4b/)  
(дата обращения 22.02.2016).

75

URL:[https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_64629/5d2874854e8d6f002a2ab6ca07ef78313363ee73/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/5d2874854e8d6f002a2ab6ca07ef78313363ee73/)  
(дата обращения 22.02.2016).

### 3.5. Формулировка рекомендаций по регулированию для Российской Федерации

Рекомендации по регулированию правоотношений в сфере прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации можно выразить в нескольких пунктах, которые отражают направления деятельности способные сбалансировать отношения между авторами сиротских произведений и пользователей, защитить обе стороны правоотношения от злоупотребления своими правами.

- Переработка законодательства в сфере авторского права с целью достижения баланса в защите прав сторон, участвующих в обозначенных выше правоотношениях, совершенствование внедоговорного (расширенного) коллективного управления и переход к модели управления авторскими правами на основе договоров, добровольно заключаемых правообладателем с обществами по коллективному управлению.

- Отход от схемы opt-in и переход к схеме opt-out, снимающей с пользователя бремя поиска анонимного автора или автора, не оставившего данных для связи с ним.

- Законодательное определение срока с момента прекращения попыток налаживания связи с потенциальным автором (группой авторов) добросовестным пользователем (пользователями), который считается достаточным для того, чтобы произведению был присвоен статус сиротского. С момента присвоения этого статуса должен отсчитываться, согласно инициативе Минкомсвязи, шестимесячный срок, по истечении которого сиротское произведение официально переходит в категорию общественного достояния.

- Пошаговая процедура создания реестра сиротских произведений по принципу opt-out: 1) объявление списка произведений, в отношении которых есть основания предполагать, что они являются сиротскими, 2) обнародование списка и полугодовой срок ожидания реакции авторов, 3) внесение в реестр сиротских произведений тех произведений, авторы которых не объявили о своем желании исключить их из реестра.

- Дополнение инициативы следующим положением: если потенциальное сиротское произведение создано несколькими авторами, то в случае розыска одного из них и его заявления о своем авторстве в уполномоченный государственный орган в установленный законом срок произведение не может быть признано сиротским.

- Создание правового механизма оспаривания автором, не имевшим реальной возможности заявить о своем авторстве в положенный законом срок, признания его произведения общественным достоянием. Изъятие из данной категории произведения в случае наличия доказательств реальной невозможности автором уведомить уполномоченные органы о своем авторстве. Описанный правовой механизм позволит

также предотвратить возможные случаи злоупотреблением своими правами авторов, например, когда у ранее пассивного автора возник умысел незаконно обогатиться путем возмещения вреда за якобы незаконное использование добросовестным пользователем произведения, к судьбе которого, автор не проявлял интереса.

- Создание реестра сиротских произведений и произведений, переведенных в категорию общественного достояния. Доступ к реестрам должен быть открытым, целесообразно организовать его через специальный сайт в сети интернет. Такого рода сайт должен быть площадкой для размещения любой информации о сиротских произведениях и произведениях в статусе общественного достояния, в том числе новостей и статей по заявленной тематике. Авторы, пользователи и иные лица, интересующиеся данной проблемой, должны иметь возможность регистрации аккаунтов на таком сайте, что упростило бы общение между участниками форума и поиск необходимой тематической информации. Авторы должны иметь возможность отследить правовой статус своей работы и связаться с уполномоченными органами, чтобы заявить о своем авторстве. Пользователи должны иметь возможность оставить заявку на использование сиротского произведения, если его автор будет найден или если произведение перейдет в статус общественного достояния, с получением уведомления в случае одного из этих событий.

### **Список экспертов, участвовавших в проведении работы, с указанием их экспертного статуса**

- Левова Ирина Юрьевна, директор по стратегическим проектам Института исследований интернета.
- Винник Дмитрий Владимирович, ведущий научный сотрудник Института Философии и права Сибирского отделения РАН, доктор философских наук.
- Моисеева Анна Юрьевна, младший научный сотрудник Института Философии и права Сибирского отделения РАН

## Библиографический список

### Зарубежные нормативные правовые акты

1. Copyright Term and the Public Domain in the United States // URL: <http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm> (По состоянию на 1 января 2016 года.) (дата обращения 22.02.2016).
2. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. [http://www.wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty\\_berne\\_162.html](http://www.wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty_berne_162.html) (дата обращения 22.02.2016).
3. LOI n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025422700&fastPos=2&fastReqId=1301362333&categorieLien=id&oldAction=rechTexte> (дата обращения 22.02.2016).
4. Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 // URL: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/pdfs/ukpga\\_20130024\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/pdfs/ukpga_20130024_en.pdf) (дата обращения 22.02.2016).
5. The State of Recorded Sound Preservation in the United States: A National Legacy at Risk in the Digital Age // URL: <http://www.clir.org/pubs/reports/pub148/reports/pub148/pub148.pdf> (дата обращения 22.02.2016).
6. Title 17 of the United States Code, section 107 // URL: <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html> (дата обращения 22.02.2016).

### Международные стандарты и рекомендации

1. Galstyan H. Handbook on Copyright and Related Issues for Libraries [Электронный ресурс], 2009. — Режим доступа: [http://www.eifl.net/system/files/resources/201409/2009\\_eifl\\_handbook\\_complete.pdf](http://www.eifl.net/system/files/resources/201409/2009_eifl_handbook_complete.pdf), свободный.

2. Orphan Works and Mass Digitization [Электронный ресурс]: United States Copyright Office, 2015. — Режим доступа: <http://copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf>, свободный.
3. Pallante M. Orphan Works and Mass Digitization [Электронный ресурс]: SAA, 2015. — Режим доступа: [http://files.archivists.org/Copyright\\_Office\\_OrphanWorks\\_071015-2.pdf](http://files.archivists.org/Copyright_Office_OrphanWorks_071015-2.pdf), свободный.
4. Handbook on Copyright and Related Issues for Libraries. // URL: <http://www.eifl.net/resources/eifl-handbook-copyright-and-related-issues-libraries-english> (дата обращения 22.02.2016).
5. Memorandum of Understanding on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works // URL: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf) (дата обращения 22.02.2016).
6. Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works. European Commission (18/04/2007) // URL: [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc\\_id=295](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=295) (дата обращения 22.02.2016).

### Отечественная и зарубежная литература

1. Атанасов С. Исключения или ограничения по авторскому праву // URL: [http://www.i2r.ru/static/504/out\\_23439.shtml](http://www.i2r.ru/static/504/out_23439.shtml) (дата обращения 22.02.2016).
2. 10 главных мифов об авторском праве // URL: [http://www.triz-ri.ru/market/?id=569&name=10\\_glavnyh\\_mifov\\_ob\\_avtorskom\\_prave](http://www.triz-ri.ru/market/?id=569&name=10_glavnyh_mifov_ob_avtorskom_prave) (дата обращения 22.02.2016).
3. Краткая статистическая справка РГБ [Электронный ресурс], 2013. — Режим доступа: <http://leninka.ru/index.php?doc=3026>, свободный.
4. История книги. Под ред. А.А.Говорова и Т.Г.Куприяновой. М., 1998.
5. Книжный рынок России. Отраслевой доклад ФАПМК. Москва, 2013.
6. Ленский В. П. Книжный рынок России. Отраслевой доклад ФАПМК / В. П. Ленский. — М.: Федеральное агентство по печати и массовым коммуникациям, 2013. — 92 с.
7. Соболев М. Н. Истоки доктрины добросовестного использования произведений в книгопечатании и журналистике Англии и США // URL: <http://www.mediascope.ru/node/1765> (дата обращения 22.02.2016).
8. Трифионов Е. Как нам реорганизовать копирайт? [Электронный ресурс], 2013. — Режим доступа: <https://vc.ru/p/reorganize-copyright>, свободный.
9. Трансформация авторского права в интернете: зарубежные тенденции, бизнес-модели, рекомендации для России / Под ред. И. Засурского и В. Харитоновой. М.: НП «Ассоциация интернет-издателей»; Кабинетный учёный, 2013.
10. Copyright Term and the Public Domain in the United States [Электронный ресурс], 2016. — Режим доступа: <http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm>, свободный.
11. Covey D. T. Acquiring Copyright Permission to Digitize and Provide Open Access to Books [Электронный ресурс]: Carnegie Mellon University, 2005. — Режим доступа: [http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=lib\\_science](http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=lib_science), свободный.
12. Howard J. Google Decision Spurs Research Libraries to Rethink the Path to Digital Access. The Chronicle of Higher Education // URL: <http://chronicle.com/article/Google-Decision-Spurs-Research/126878/> (дата обращения 22.02.2016).
13. Levine M. Copyright Review Management System - IMLS National Leadership Grant [Электронный ресурс], 2015. — Режим доступа: <http://www.lib.umich.edu/copyright-review-management-system-impls-national-leadership-grant>, свободный.

14. Orphan Works and Mass Digitization. A report of the register of copyrights // URL: <http://copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf> (дата обращения 22.02.2016).
15. Wilkin J. P. Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of “Rights” in Digital Collection Building [Электронный ресурс], 2011. — Режим доступа: <http://www.clir.org/pubs/ruminations/01wilkin/wilkin.pdf>, свободный.