

Г. К. Дмитриева\*,  
О. В. Луткова\*\*

## Национальные механизмы регулирования трансграничных авторских отношений, объектом которых являются сиротские произведения

***Аннотация.** В статье рассмотрены механизмы национального (как правового, так и неюридического) регулирования сиротских произведений, то есть произведений, обладатель (обладатели) прав на которые не установлен(ы) и/или не установлено местонахождение правообладателя. Сиротские произведения предположительно находятся под охраной авторского права, что означает действие исключительных прав на них и потенциальную необходимость получить разрешение у правообладателя на любые способы использования такого произведения — воспроизведение, включая оцифровку, перевод, переработку и др. Однако в ситуации, когда правообладатель не установлен (недоступен), пользователь не имеет объективной возможности получить такое разрешение, и произведение фактически остается вне социума, хотя может при этом иметь художественную, культурную или историческую ценность. Примерно с начала нового тысячелетия в национальных системах права ряда государств началась работа по созданию особого режима правовой охраны сиротских произведений, и в настоящее время около 20 государств мира разработали основы такого режима. В статье анализируется регулирование бесхозных произведений в нескольких государствах — в ЕС и его государствах-членах, Великобритании, США, Канаде, Корее, Японии, Индии. Выявлены зачатки материально-правового и коллизионного регулирования трансграничных отношений, объектом которых являются сиротские произведения. Отмечены особенности регулирования произведений с неустановленным автором в эпоху сетевого общества: в частности, необходимость оцифровки сиротских произведений, поскольку многие из них находятся в единственном экземпляре на испорченных временем носителях; а также тот факт, что оцифрованное произведение из баз данных может мгновенно распространиться в другие юрисдикции. Сделан прогноз возможных путей эволюции правового регулирования указанных отношений с использованием механизмов национального и международного права.*

***Ключевые слова:** сиротские произведения, произведение с потерянным автором, бесхозное произведение, свободное использование произведений, общественное достояние, база данных, авторское право, оцифровка произведений, коллизионное регулирование, охраноспособность произведений.*

© Дмитриева Г. К., Луткова О. В., 2019

\* Дмитриева Галина Кирилловна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист Российской Федерации  
gkdmitrieva@msal.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

\*\* Луткова Оксана Викторовна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ovlutkova@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.018-029

Наряду с такими проблемами охраноспособности произведений в трансграничных авторских отношениях, как несовпадение круга регулируемых объектов в разных государствах, снижение требований к уровню охраноспособности произведений в отдельных государствах, особенности правового регулирования параллельного творчества и повторных произведений<sup>1</sup>, различие оснований и сроков перехода произведений в общественное достояние<sup>2</sup>, актуальна проблема охраны произведений, авторов которых невозможно установить.

Эта категория произведений в национальном праве и доктрине государств может иметь различные названия: произведения, не определяемые по субъекту авторского права; сиротские или бесхозные произведения (*orphan work*); произведения с недоступным правообладателем; произведения с потерянным автором и др. Специфика правового положения таких произведений в том, что обладатель (обладатели) прав на них не установлен(ы) и/или не установлено местонахождение правообладателя. При этом сами произведения предположительно находятся под охраной авторского права<sup>3</sup>, что означает действие исключительных прав на них и потенциальную необходимость получать разрешение у правообладателя на любые способы использования такого произведения — воспроизведение, включая оцифровку, перевод, переработку и др. Однако в ситуации, когда правообладатель не установлен (недоста-

пен), пользователь не имеет объективной возможности получить такое разрешение.

Если подходить к сиротским произведениям исключительно с тем же набором инструментов правового регулирования, как к произведениям, в отношении авторов которых нет сомнений, доступным оказывается только механизм свободного использования<sup>4</sup>, то есть очень ограниченный перечень возможностей использования произведения без разрешения правообладателя и выплаты ему гонорара<sup>5</sup>.

Таким образом, произведение, на эксплуатацию которого невозможно легитимно получить разрешение, фактически оказывается вне социума, исключенное из культурного оборота и обреченное храниться на первоначальном носителе с опасностью полной утраты. Такое произведение не только не может быть правомерно выпущено в оборот, но не может даже стать частью электронного фонда библиотеки, музея или архива.

Имеющиеся статистические данные процентного соотношения сиротских произведений и произведений с известными правообладателями впечатляют значительным количеством именно бесхозных произведений. Так, Британская библиотека оценивает количество сиротских произведений в своих фондах в 26,5 %, Университет Карнеги Мелон (*Carnegie Mellon University*) в двух исследованиях приходит к результатам 21 и 31 %<sup>6</sup>, американская Цифровая библиотека Хатхи Траст (*Hathi Trust*

<sup>1</sup> См.: Луткова О. В. Проблема охраноспособности произведений с незначительным уровнем творчества и повторных произведений в авторском праве зарубежных государств и РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 8. С. 5—16; № 9. С. 5—16.

<sup>2</sup> См.: Луткова О. В. Общественное достояние в международном авторском праве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 3. С. 45—58.

<sup>3</sup> В ином случае они входили бы в общественное достояние и на них распространялся бы режим общественного достояния без каких-либо оговорок, то есть исключительные права на них прекратили бы действие.

<sup>4</sup> В США и других англосаксонских странах используются доктрина добросовестного использования произведений (*fair use*) и доктрина честного использования произведений (*fair dealing*). См.: Луткова О. В. Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 186—199.

<sup>5</sup> См.: Луткова О., Черныш Д. Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 12. С. 47—56.

<sup>6</sup> Статистические данные опубликованы в статье: Калятин В. О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. Октябрь — декабрь. С. 12.

Digital Library) после серьезного исследования обнародовала примерную цифру — 50 %<sup>7</sup>.

Наиболее типичными причинами, по которым произведения попадают в категорию сиротских, считаются следующие<sup>8</sup>:

- информация об авторе утрачена помимо воли самого автора: на выпущенном давно и в единственном экземпляре произведении могла стереться информация об авторе из-за повреждения носителя; оригинал произведения утерян, а копия не содержит информации об авторе; автор опубликовал произведение самиздатом или в Интернете, где информация о нем была утрачена или искажена;
- произведение является результатом творческого труда нескольких лиц, не знающих друг о друге<sup>9</sup>;
- автор безразлично относится к результату своего интеллектуального труда и др.<sup>10</sup>

Безусловно, не все произведения с недоступным правообладателем непременно имеют коммерческую ценность. Они могут обладать культурной, исторической и образовательной ценностью, характеризуя исторические эпохи или конкретные персоны, как, например, личные письма и дневники, географические карты, учебные и научные тексты и др. В частности, если обратиться к культуре XX в., известна оценка Центра по изучению общественного достояния Юридической школы университета Дюка

(The Center for the Study of the Public Domain at Duke Law School), согласно которой большинство информации об этом историческом периоде в настоящее время выражено именно в сиротских произведениях<sup>11</sup>.

В этой связи важна разработка специального правового регулирования для произведений с недоступным правообладателем, которое позволяло бы сохранить защиту владельца прав, но при этом открывало бы пользователям в разных государствах в определенном объеме доступ к таким произведениям.

Разного рода попытки легализовать доступ к сиротским произведениям предприняты в правовых системах ряда стран. И к настоящему времени более 20 государств уже приняли акты, регулирующие этот вопрос. Однако в механизмах законодательного доступа к сиротским произведениям в трансграничном масштабе отсутствует единообразие: от закрепления возможности использования сиротских работ на индивидуальной основе в одних государствах до разрешения лицензирования в массовых масштабах в других государствах.

**Европейский Союз.** Начало попыток легализовать допуск заинтересованных лиц к использованию сиротских произведений в ЕС отражено в отчете Рабочей группы высокого уровня по цифровым библиотекам 2007 г.<sup>12</sup> (High Level Expert Group on Digital Libraries). В этом документе акцентировано внимание

<sup>7</sup> Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of «Rights» in Digital Collection Building. By J. P. Wilkin. Feb., 2011 // URL: <https://www.clir.org/pubs/ruminations/wilkin/> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

<sup>8</sup> Существуют и другие научные позиции, например что длительная охрана авторских прав, «которая исчисляется в течение всей жизни автора и 70 лет после его смерти...», приводит к тому, что «...владельца авторских прав будет просто невозможно или очень сложно идентифицировать...». См.: *Мишакова Ю. И.* «Сиротские произведения»: история и перспективы развития // Вопросы российского и международного права. 2018. Т. 8, № 5А. С. 169.

<sup>9</sup> Например, произведения как результат некоторых типов лицензирования по модели creative commons. Или так называемые «демотиваторы» — пародии на основе заимствования изображенного на «плакате-мотиваторе» другого автора оптимистичного визуального сюжета, но с комментарием, формирующим у реципиента настроение обреченности и бессмысленности якобы мотивируемых усилий.

<sup>10</sup> Исследование причин возникновения сиротских произведений см.: *Левава И. Ю., Винник Д. В., Моисеева А. Ю.* Сиротские произведения в России: статус, пути решения проблемы. Как открыть доступ к произведениям, авторов или законных правообладателей которых установить невозможно. М., 2016. С. 7—8.

<sup>11</sup> Orphan Works Analysis and Proposal. Submission to the Copyright Office. Center for the Study of the Public Domain. Duke Law School. March, 2005. URL: <http://www.law.duke.edu/cspd> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

<sup>12</sup> Report on Digital Preservation, Orphan Works European Commission and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues / Ad. by the High Level Expert Group at its third meeting on 18.04.2007 // URL: [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).

на необходимость решения государствами — членами ЕС проблемы правового положения сиротских произведений и предложены следующие принципы использования таких произведений: выработка единых оснований использования; разработка правил добросовестного поиска авторов; исключение произведения из реестра сиротских в случае обнаружения автора; установление особого режима использования таких произведений для некоммерческих учреждений в культурных и образовательных целях; закрепление возможности коммерческого использования; выплата правообладателю в случае его обнаружения гонорара за период использования произведения как сиротского.

Эти принципы воспроизведены как юридические нормы в Директиве Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2012/28/ЕС от 25 октября 2012 г. об определенном разрешенном использовании произведений, неопределяемых по субъекту авторского права<sup>13</sup> (далее — Директива). В соответствии с этим документом «произведения... считаются неопределяемыми по субъекту авторского права, если ни один из правообладателей такого произведения... неизвестен или не обнаружено местонахождение ни одного из известных правообладателей в результате добросовестного поиска, проведенного и зафиксированного» (с. 2).

Важным аспектом для трансграничного регулирования в рамках ЕС является уточнение, что «произведения... признанные неопределяемыми по субъекту авторского права в соответствии со ст. 2 в одном государстве — члене ЕС, должны признаваться таковыми во всех государствах — членах ЕС... могут быть использованы и к ним может быть получен доступ в соответствии с настоящей Директивой во всех государствах — членах ЕС» (ст. 4).

Действие Директивы распространяется на все произведения, находящиеся под защитой законодательства об авторских правах государств — членов ЕС с 29 октября 2014 г. включительно (ст. 8 п. 1).

Ограничения исключительных прав на сиротские произведения незначительны и заключаются в том, что организации (общедоступные библиотеки, образовательные учреждения

и музеи, архивы, фильмо- и аудиофонды, организации общественного вещания, учрежденные в государствах ЕС) вправе (ст. 6): сообщать сиротские произведения для всеобщего сведения; воспроизводить их в целях оцифровки, сообщения, индексирования, каталогизации, сохранения или реставрации. При этом организациям разрешено получать доход за использование сиротских произведений для достижения целей, связанных с общественными интересами.

Если обнаружится автор сиротского произведения в период действия исключительных прав, он может прекратить указанный статус произведения (ст. 5), а также получить справедливую компенсацию за весь период использования произведения до прекращения статуса сиротского. Компенсация устанавливается государством — членом ЕС, на территории которого расположена организация, использовавшая произведение, в отношении которого заявлены права (ст. 18).

На основании Директивы организована единая база данных для ЕС о произведениях с неустановленным правообладателем — Orphan Works Database<sup>14</sup>. Помимо информации о сиротских произведениях, находящихся в коллекциях указанных ранее организаций, база данных содержит информацию о коллективных обладателях прав на нее, что должно облегчать заинтересованным лицам получение цифровой копии произведения в законных целях. База комплектуется усилиями крупных библиотек Европы.

Стоит подчеркнуть, что Директива — региональный документ. Ее действие распространяется на отношения государств — членов ЕС и не обязывает государства, входящие в ЕС, действовать аналогичным образом в отношении других государств.

В этом контексте интересен опыт регулирования доступа к бесхозным произведениям непосредственно в национальном праве государств ЕС.

**Франция.** В 2012 г. парламент Франции принял Закон «О цифровом использовании недоступных книг XX века»<sup>15</sup>, в котором Государственной библиотеке Франции

<sup>13</sup> СПС «ГАРАНТ».

<sup>14</sup> URL: <https://www.oami.europa.eu/orphanworks/> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

<sup>15</sup> JORF n°0053 du 2 mars 2012. LOI n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du xxe siècle // URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=273943](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=273943) (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

(Gallica<sup>16</sup>) разрешена оцифровка печатных произведений, изданных до 1 января 2001 г., авторы которых не установлены (L. 134-1)<sup>17</sup>. Оцифровка возможна в случае, когда они не находятся в коммерческом использовании. Оцифрованные произведения передаются в фонд, через который к ним получают доступ пользователи, а также компании-партнеру, ответственному за их дальнейшее использование.

Правообладатель в течение 6 месяцев после размещения в фонде принадлежащего ему произведения может изъять его с целью нового выпуска на рынок (L. 134-3.-I). Для реализации этой цели у правообладателя есть 2 года, после чего право на воспроизведение и распространение произведения в цифровой форме переходит к библиотеке. Библиотека воспроизводит соответствующее произведение на условиях выплаты лицензионных отчислений организации по коллективному управлению правами, принадлежащей Министерству культуры Франции.

В соответствии с данными, представленными на сайте Gallica, в библиотечном фонде находится около 2 млн номеров газет и журналов, более 1 млн изображений, около 100 тыс. рукописей, 130 тыс. географических карт, более 50 тыс. аудиозаписей, более 48 тыс. партитур и более 0,5 млн электронных книг<sup>18</sup>. Предусмотрен электронный поиск произведений по ряду критериев, таких как дата и язык издания, тип доступа (коммерческое или бесплатное использование). Возможен электронный экспорт многих документов, объективирующих произведения, их загрузка, печать, отправка по электронной почте и др. (L. 134-2; L. 134-4; L. 134-5; L. 134-6).

Понимание сиротской работы в рассматриваемом Законе совпадает с общеевропейским согласно Директиве (L. 113-10).

**Германия.** В соответствии с рассмотренной ранее Директивой ЕС в Германии вступил в силу Закон о сиротских произведениях и вышедших из продажи изданиях 2014 г.<sup>19</sup> На его основании предусмотрена выдача лицензий на ис-

пользование вышедших из продажи изданий через национальные организации коллективного управления правами, наиболее значимыми среди которых являются Общество авторов и издателей текстовых произведений (VG Wort) и Общество защиты авторских прав в искусстве (VG Bild-Kunst; представляет интересы художников, фотографов, дизайнеров, карикатуристов, режиссеров, операторов и хореографов). Обе организации по коллективному управлению правами администрируют базы данных в соответствующих сферах.

В том случае, когда добросовестные попытки установить правообладателя произведения оказались безрезультатными, публичным библиотекам, государственным научным и учебным заведениям разрешено оцифровывать такие «бесхозные» произведения и размещать их в открытом доступе онлайн в рамках миссии по сохранению культурного наследия.

Официально действующие в определенной сфере авторских прав организации в отношении прав на воспроизведение представляют интересы правообладателей, не передавших полномочия на лицензирование своих произведений ни одной организации коллективного управления, при выполнении следующих условий:

- произведение было впервые опубликовано до 1 января 1966 г.;
- 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.

<sup>16</sup> Gallica (фр. Gallica) — онлайн-библиотека Национальной библиотеки Франции. Все материалы библиотеки находятся в свободном доступе. Библиотека содержит следующие виды документов: книги, журналы, газеты, фотографии, карикатуры, плакаты, карты, рукописи, партитуры, аудиоматериалы, книжные миниатюры.

<sup>17</sup> How France is embracing digitization of everything // CNN. URL: [http://edition.cnn.com/2015/02/21/intl\\_tv/chambers-france-digitization/index.html](http://edition.cnn.com/2015/02/21/intl_tv/chambers-france-digitization/index.html) (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

<sup>18</sup> Gallica en chiffres. <http://gallica.bnf.fr/GallicaEnChiffres> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

<sup>19</sup> Германия спешит соответствовать Директиве ЕС «О сиротских произведениях» // URL: [https://www.copyright.ru/news/main/2014/3/21/ocifrovka\\_proizvedenie](https://www.copyright.ru/news/main/2014/3/21/ocifrovka_proizvedenie) (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

**Соединенное Королевство.** В Великобритании проблема сиротских произведений рассматривалась в течение нескольких лет как ключевое направление независимого обзора системы интеллектуальной собственности, проведенного в ноябре 2010 г. Было выявлено, в частности, что около 40 % находящихся в архивах материалов являются произведениями с неустановленным правообладателем и содержатся на материальных носителях, созданных из распадающегося материала, — на целлулоидной пленке, звуковой ленте и пр. В 2013 г. на основании рекомендаций к докладу и Директивы ЕС 2012 г.<sup>20</sup> были приняты поправки в Закон об авторском праве, дизайне и патентах 1998 г. В Закон были введены положения уполномочить Государственного секретаря предоставлять неисключительные лицензии на использование сиротских работ на срок до семи лет с возможностью продления для ситуаций, когда предполагаемый пользователь провел добросовестный поиск, но не смог найти владельца исключительных прав.

**США.** Попытки законодательно урегулировать доступ к сиротским произведениям предпринимались в США с конца прошлого века, но не были успешны. Так, в 1998 г. был принят Закон о справедливости в области лицензирования музыки (Fairness in Music Licensing Act), благодаря которому действие института добросовестного использования произведений распространялось на музыкальные произведения с недоступным правообладателем, а также на музыкальные произведения, которые давно не переиздавались. Барам и ресторанам было позволено воспроизводить произведения, находящиеся в указанном статусе, без необходимости во всех других случаях лицензии. Однако Европейская комиссия в 2000 г. обратилась жалобой в ВТО по факту нарушения Соединенными Штатами Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г., и США отменили упомянутый Закон<sup>21</sup>.

Кроме того, в 2005 г. в США была предпринята попытка создания базы данных сиротских произведений под названием «Фонд мертвой руки», в задачи которой входило перечислять процент от продажи или предоставления доступа к сиротским произведениям. Инициатива исходила от Бюро по охране авторских прав при Библиотеке Конгресса. Собранные средства предполагалось направлять на выплату компенсации обладателям исключительных прав на сиротские произведения в случае их обнаружения. Однако в 2006 г. законопроект по этому вопросу был отклонен Конгрессом под влиянием протестов со стороны организаций, представляющих интересы групп художников и издателей<sup>22</sup>. Считается, что это произошло в первую очередь из-за неконкретности предлагаемых мер, выраженных в формулировках «добросовестный поиск в разумных объемах» и «добропорядочные намерения использования произведения»<sup>23</sup>.

В настоящее время достижения США по легализации доступа к произведениям с неустановленным правообладателем сводятся к документу неюридического характера — докладу Бюро по охране авторских прав в США (US Copyright Office) «Сиротские произведения и массовая оцифровка» 2015 г.

В Докладе предложено создать систему расширенного коллективного лицензирования на оцифровку произведений с неустановленным правообладателем, которую можно использовать для авторизации проектов на условиях, установленных сторонами, и под государственным надзором. Согласно этой модели, лицензии должны выдаваться и управляться коллективными организациями, которые получают на это полномочия от определенных государственных органов по авторскому праву. Коллективные организации, выступая лицензиарами, как на безвозмездных, так и на возмездных условиях, представляют интересы неустановленных владельцев авторских прав на следующие категории произведений: литературные произведе-

<sup>20</sup> Великобритания в настоящее время находится в процессе выхода из Европейского Союза, однако указанная Директива ЕС 2012 г. оказала влияние на ее внутреннее законодательство.

<sup>21</sup> Dispute Settlement: Dispute DS160 // World Trade Organization. URL: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds160\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm) (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

<sup>22</sup> Peters M. The Importance of Orphan Works Legislation // U. S. Copyright Office. URL: <https://www.copyright.gov/orphan/> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

<sup>23</sup> Козловский С. А., Горбунова А. С., Жуков Д. А. [и др.] Открытая библиотека. Рекомендации для библиотек по использованию открытых лицензий и публикации произведений в режиме открытого доступа / под общ. ред. С. А. Козловского. М. : Ваш формат, 2017. С. 100.

ния; графические произведения, включая опубликованные в виде иллюстраций, диаграмм или аналогичных дополнений к литературным произведениям; фотографии.

В случае если правообладатель будет установлен, он вправе прекратить статус своего произведения как сиротского.

Предложены следующие принципы регулирования доступа к сиротским произведениям<sup>24</sup>:

- ограничить средства защиты авторских прав для тех пользователей, которые могут доказать, что провели добросовестный и скрупулезный поиск правообладателя и не смогли установить его личность и/или местонахождение;
- определить, что скрупулезный поиск означает как минимум поиск при помощи Бюро по охране авторских прав, поиск источников авторского права и лицензий с использованием разумных и целесообразных технических средств и баз данных;
- требовать от Бюро по охране авторских прав поддержки в поисках;
- разрешить суду США при определении им соответствия конкретного результата поиска закону США принимать во внимание подтверждающие документы иностранной юрисдикции о том, что поиск был произведен добросовестно и с достаточным усердием, при условии, что соответствующее иностранное государство обеспечивает аналогичное обращение с результатами поиска, квалифицируемыми США;
- денежную компенсацию пользователями за нарушение авторских прав на сиротские произведения ограничить разумным размером в виде суммы, с которой согласились бы заинтересованные покупатель и продавец непосредственно перед началом использования;
- отменить денежную компенсацию для некоммерческих образовательных и культурных учреждений;
- ограничить объем санкций против переработки сиротского произведения, если она сочетается со значительным оригинальным выражением в новой работе, разумной компенсацией за прошлые и будущие виды использования и обеспечение атрибуции;

- разрешить суду налагать судебный запрет на внесение изменений в сиротское произведение, таких как вставка переводчиком или переписчиком фрагментов (слов или фраз) в первоначальный текст, ведущих к созданию новой производной работы, при условии, если таким образом первичному автору будет нанесен вред репутационного характера;
- сохранить возможность добросовестного использования (fair use) сиротских произведений и др.

В ряде государств (Канада, Япония, Индия, Южная Корея) в настоящее время в отношении бесхозных произведений законодательно установлены системы лицензирования, в которых использованы схожие алгоритмы публичных поисков автора с дальнейшим внесением иском лицензией «страхового» взноса на случай обнаружения правообладателя произведений.

**Канада.** Классическим примером государственного лицензирования сиротских произведений является правовое регулирование Канады, закрепленное в Законе об авторском праве Канады<sup>25</sup> (разд. 77), в который были внесены поправки в 2012 г. Любое лицо, которое испрашивает разрешение на использование защищенных авторским правом работ, но не может найти правообладателя, может обратиться в Совет по авторским правам Канады за неисключительной лицензией на использование этой работы (Copyright Act, s. 6.2). При этом испрашивающее лицензию лицо должно доказать, что предприняло разумные меры, которые не привели к обнаружению правообладателя.

Совет по авторским правам Канады ведет базу данных выданных лицензий, устанавливает сроки использования произведения и размер сбора за пользование. Сборы направляются в организации по коллективному управлению авторскими правами.

Лицензии могут быть выданы на произведения, охраняемые авторским правом и опубликованные: печатные произведения, аудиозаписи, видеозаписи, включая записи трансляций. Предметом лицензии могут быть все виды исключительных авторских прав, принадлежащие владельцу.

Если обнаружится правообладатель, он вправе требовать снять с произведения статус

<sup>24</sup> Orphan Works and Mass Digitization. A report of the register of copyrights. June, 2015 // URL: <https://www.copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

<sup>25</sup> Copyright Act (R.S.C., 1985, consolidated version incorporating all amendments up to June 19, 2017) // URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=441765](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=441765) (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

сиротского, а также требовать выплаты в свою пользу вознаграждения, определенного в лицензионном договоре, но не позднее пяти лет после истечения срока действия лицензии. В противном случае вознаграждение сохраняется за соответствующей организацией.

**Индия.** Согласно законодательству Индии (Art. 31a, Indian Copyright Act)<sup>26</sup> лицензия на использование бесхозного произведения может быть выдана любому лицу государственным органом — Советом по авторскому праву — при следующих условиях: объект лицензии представляет собой неопубликованную индийскую<sup>27</sup> работу; автор умер или неизвестен либо автор (правообладатель) не может быть найден; предметом лицензии является право на публикацию или перевод произведения на любой язык; перед подачей заявки заявитель опубликовал на английском языке свое предложение в выпуске ежедневной газеты, имеющей циркуляцию в большей части и имеющей специальное приложение, предназначенное для подобных публикаций; такое предложение должно быть сделано в установленной форме и сопровождаться рекламой. Если лицензия будет предоставлена, заявитель должен внести на счет государственного органа сумму роялти с тем, чтобы она могла быть выплачена владельцу авторских прав в случае его обнаружения.

**Япония.** Закон Японии об авторском праве<sup>28</sup> (ст. 67) предписывает потенциальным пользователям сиротских произведений обращаться к уполномоченному Агентства по делам культуры. Такое обращение возможно в отношении определенных видов работ. Заявитель должен подтвердить, что не смог найти или установить правообладателя после должной осмотритель-

ности, а также должен внести денежный сбор (компенсацию) в пользу правообладателя. Принудительное лицензирование возможно только в отношении обнародованных произведений, которые не предоставлялись общественности в течение значительного периода времени<sup>29</sup>.

**Корея.** Согласно Корейскому закону об авторском праве<sup>30</sup> (ст. 50) пользователи могут подать заявку на принудительную лицензию по использованию некоторых видов сиротских работ, действуя через министра культуры, спорта и туризма. После получения разрешения и внесения компенсации заявитель на любых сделанных копиях должен указывать реквизиты лицензии<sup>31</sup>.

**Российская Федерация.** Проблема использования произведений с недоступным правообладателем в России в настоящее время не решена<sup>32</sup>, хотя и поднималась в виде законопроекта Минкомсвязи РФ о реестре сиротских и перешедших в общественное достояние произведений от 27 августа 2015 г. В проекте предлагалось создать открытый реестр произведений, с помощью которого осуществлялся бы поиск авторов и правообладателей. В случае если в течение 6 месяцев с момента публикации в реестре таковые не были найдены, произведение считалось бы перешедшим в общественное достояние. Предусматривалось использование такого произведения на условиях открытой лицензии (ст. 1286.1 ГК РФ). Ответственность лиц, использовавших такое произведение, в случае, если позднее правообладатель обнаружится, исключалась. Законопроект в настоящее время находится на доработке как противоречащий российскому законодательству<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> Indian Copyright Act, 1957 (Act No. 14 of 1957, as amended up to Act No. 49 of 1999) // URL: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=128097](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=128097) (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

<sup>27</sup> Индийская работа означает произведение литературы, драматическое или музыкальное произведение... автор которого, в случае неопубликования произведения, во время создания работы являлся гражданином Индии (Art. 2(a)(iii)), Indian Copyright Act).

<sup>28</sup> Japanese Copyright Act, Art. 67.

<sup>29</sup> С 1972 по 2010 г. в Японии было выдано всего 82 принудительные лицензии на использование произведений с потерянным правообладателем.

<sup>30</sup> South Korean Copyright Act, Art. 47.

<sup>31</sup> В настоящее время в рамках программы выпущено только 10 лицензий.

<sup>32</sup> Костюк К. Н. Проблема введения сиротских произведений в пространство легального рынка электронных книг // Библиотечное дело. 2013. № 8 (194). С. 31—33.

<sup>33</sup> В соответствии с законопроектом переход произведения в общественное достояние обусловлен только фактом включения его в специальный реестр, тогда как по российскому законодательству (так же как и на основании международных соглашений) этот переход связывается с истечением срока охраны исключительных прав (п. 1 ст. 1281, п. 1 ст. 1282 ГК РФ).

Можно прийти к выводу, что правовое регулирование доступа к произведениям, неопределяемым по субъекту авторского права, сложившееся в ряде государств к настоящему времени, специфично и далеко не только от унификации, но даже от гармонизации норм в рассматриваемой сфере. Неединообразно оценивается большинство элементов института произведений с потерянным автором: само понятие сиротского произведения; виды произведений, к которым может быть открыт доступ, и способы их возможного использования; субъектный состав пользователей и лиц, отвечающих за эксплуатацию произведений; сроки, в течение которых автор может прекратить статус сиротского произведения; возможность коммерческого использования таких произведений и многие другие.

В то же время в зарождающемся регулировании усматриваются некоторые общие тенденции развития: выбор в качестве объекта произведений, находящихся под охраной авторского права, авторы которых неизвестны или недоступны; требование проведения предварительного поиска правообладателя, который не привел к установлению его личности и/или местонахождения; создание банков-хранилищ произведений; возможность правообладателя в течение определенного времени восстановить свои права и получить компенсацию за использование произведения; разумное ограничение компенсации автору. В действующих нормах отдельных государств просматривается тенденция регулирования доступа к бесхозным произведениям в трансграничных отношениях: создание объединенных банков-хранилищ сиротских произведений и сотрудничество таких банков, а также признание статуса сиротского произведения, установленного в одном государстве, другими (договаривающимися) государствами (ЕС); восприятие (в установленном случае) национальными судами выданных в иностранной юрисдикции подтверждающих документов о проведенном поиске правообладателя в качестве доказательств «сиротства» произведения (США).

В силу особенностей ситуации — периода сепаратного и активного становления института регулирования сиротских произведений в разных государствах — и в доктрине нет единого мнения о том, что этот институт должен собой представлять и как «встраиваться» в мировую систему охраны авторских прав. Вариативность мнений ученых может тяготеть к предположению, что «...режим сиротских произведений представляет собой режим временного общественного достояния: сиротское произведение признается таковым и может использоваться любым лицом до тех пор, пока автор не будет установлен (не заявит о себе), то есть за автором сиротского произведения в любом случае должна быть сохранена возможность восстановления исключительного права в полном объеме»<sup>34</sup>. И одновременно существует небезосновательное утверждение, что «...сиротское произведение не может считаться перешедшим в общественное достояние...», поскольку «...презюмируется охрана авторским правом, сохраняется монопольное положение, обеспечивается защита исключительных прав»<sup>35</sup>.

Противоречива ситуация с «бесхозными» произведениями и в мировой практике. При том что данные статистики (в том числе приведенные в начале статьи), казалось бы, сигнализируют о необходимости создания режима доступа к произведениям с потерянным автором, правотворческая практика «не торопится» с урегулированием отношений не только на международном уровне, но и во многих национальных правовых порядках; а там, где эти отношения все же каким-то образом урегулированы, механизмы доступа вдруг оказываются не слишком востребованы. И получается, что «в мире решения проблемы как будто есть, но на самом деле ни одно из них не работает»<sup>36</sup>.

Полагаем, что в условиях сетевого общества разработка режима правового регулирования доступа к произведениям с потерянным автором необходима по крайней мере по следующим причинам:

— общество должно иметь доступ к произведениям, чьих авторов невозможно установить

<sup>34</sup> Ахмедов Г. А., Войниканис Е. А., Глазунова К. Д. [и др.] Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита. М., 2017. С. 159. URL: [http://www.rvc.ru/upload/iblock/85d/Trends\\_in\\_Intellectual\\_Property.pdf](http://www.rvc.ru/upload/iblock/85d/Trends_in_Intellectual_Property.pdf) (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

<sup>35</sup> Ахмедов Г. А., Войниканис Е. А., Глазунова К. Д. [и др.] Указ. соч. С. 160.

<sup>36</sup> Савина М. Сиротские произведения в Сети // Computerworld Россия. 2017. № 20. URL: <https://www.osp.ru/cw/2017/20/13053623/>.

- или найти, поскольку такие произведения могут содержать ценность — художественную, коммерческую, историческую, культурную;
- многие произведения с неустановленным автором нуждаются в оцифровке, поскольку находятся в единственном экземпляре на испорченных временем носителях;
- размещенное в Сети (банке данных) произведение неминуемо «разойдется» по всему миру, включая юрисдикции, не предусматривающие его охрану.

Представляется, что инициировать переговоры о создании режима охраны целесообразно именно на международном уровне, поскольку любые национальные (и даже региональные)

нововведения, во-первых, не решат проблему трансграничных отношений в рассматриваемой сфере и, во-вторых, будут противоречить конвенционному режиму охраны исключительных авторских прав, основанному на критерии срока их охраны.

Что же касается вопроса о востребованности урегулирования отношений, полагаем, практика лицензирования использования сиротских произведений может быть незначительна именно из-за противоречивости и сложности подходов в разных государствах, но даже если некоторые ценные произведения, оказавшиеся без автора, вернутся в социум, усилия мирового сообщества будут оправданны.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ахмедов Г. А., Войниканис Е. А., Глазунова К. Д. [и др.] Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита. — М., 2017.
2. Калятин В. О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2015. — № 4.
3. Козловский С. А., Горбунова А. С., Жуков Д. А. [и др.] Открытая библиотека. Рекомендации для библиотек по использованию открытых лицензий и публикации произведений в режиме открытого доступа / под общ. ред. С. А. Козловского. — М.: Ваш формат, 2017.
4. Костюк К. Н. Проблема введения сиротских произведений в пространство легального рынка электронных книг // Библиотечное дело. — 2013. — № 8 (194).
5. Левова И. Ю., Винник Д. В., Моисеева А. Ю. Сиротские произведения в России: статус, пути решения проблемы. Как открыть доступ к произведениям, авторов или законных правообладателей которых установить невозможно. — М., 2016.
6. Луткова О., Черныш Д. Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2011. — № 12.
7. Луткова О. В. Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2016. — № 2.
8. Луткова О. В. Общественное достояние в международном авторском праве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2016. — № 3. — С. 45—58.
9. Луткова О. В. Проблема охраноспособности произведений с незначительным уровнем творчества и повторных произведений в авторском праве зарубежных государств и РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2016. — № 8. — С. 5—16; № 9.
10. Мишакова Ю. И. «Сиротские произведения»: история и перспективы развития // Вопросы российского и международного права. — 2018. — Т. 8, № 5А.
11. Савина М. Сиротские произведения в Сети // Computerworld Россия. — 2017. — № 20.
12. Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of «Rights» in Digital Collection Building / by J. P. Wilkin. — Feb., 2011.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

## NATIONAL MECHANISMS OF REGULATION OF CROSS-BORDER COPYRIGHT RELATIONS AIMED AT PROTECTION OF ORPHAN WORKS

**Galina K. Dmitrieva**, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (Moscow State Law University), Merited Lawyer of the Russian Federation

gkdmtrieva@msal.ru

9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

**Oksana V. Lutkova**, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

ovlutkova@mail.ru

9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

**Abstract.** *The article has investigated the mechanisms of the national (both legal and non-legal) regulation of orphan works, i.e. works the holder (holders) of rights to which is (are) not identified and/or the location of the rights-holder is not established. Orphan works are supposedly protected by copyright, which means the validity of exclusive rights and the potential need to obtain permission from the copyright holder for any form of using the works under consideration, namely: reproduction including digitization, translation, processing, etc. However, in a situation where the right holder is not determined (is unavailable), the user does not have an objective opportunity to obtain such a permission, and the work actually remains unknown to the society, although it can be of artistic, cultural or historical value. Since the beginning of the new millennium, the national legal systems of a number of States have establish a special regime for the legal protection of orphan works, and about 20 states of the world have developed the foundations of such a regime so far. The article analyzes the regulation of orphan works in several states — in the EU and its member states, Great Britain, the USA, Canada, Korea, Japan, India. The authors have determined the foundations of the substantive and conflict of laws regulation of cross-border relations regulating orphan works. Features of regulation of works with an unidentified author in the era of a network society are highlighted: in particular, the need to digitize orphan works, since many of them are in a single copy on the medium ruined by time, and the fact that the digitized work can instantly spread from databases to other jurisdictions. The authors provide for the forecast of possible ways of evolution of legal regulation of relations in question with the use of mechanisms of national and international law.*

**Keywords:** *orphan works, work with a lost author, ownerless work, free use of works, public domain, database, copyright, digitization of works, conflict of laws regulation, protectability of works.*

### REFERENCES

1. Akhmedov G. A., Voinikanis E. A., Glazunova K. D. [et al.] Osnovnye tendentsii razvitiya prava intellektualnoy sobstvennosti v sovremennom mire, v tom chisle novye obekty intellektualnykh prav i globalnaya zashchita [The main tendencies of intellectual property rights development in the modern world, including new objects of intellectual rights and global protection]. Moscow, 2017. (In Russ.)
2. Kalyatin V. O. Funktsii rezhima obshchestvennogo dostoyaniya v sovremennom informatsionnom obshchestve [Functions of the regime of public domain in the modern information society]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki [Law. Journal of the Higher School of Economics]*. 2015. No. 4. (In Russ.)
3. Kozlovskiy S. A., Gorbunova A. S., Zhukov D. A. [et al.] Otkrytaya biblioteka. Rekomendatsii dlya bibliotek po ispolzovaniyu otkrytykh litsenziy i publikatsii proizvedeniy v rezhime otkrytogo dostupa [Open library. Recommendations for libraries on the use of open licenses and publication of works in open access mode]. S. A. Kozlovsky (ed.). Moscow, Vash format Publ., 2017. (In Russ.)
4. Kostyuk K. N. Problema vvedeniya sirotskikh proizvedeniy v prostranstvo legalnogo rynka elektronnykh knig [The problem of introduction of orphan works into the space of the legal market of e-books]. *Bibliotechnoe delo*. 2013. No. 8 (194). (In Russ.)
5. Levova I. Yu., Vinnik D. V., Moiseeva A. Yu. Sirotskie proizvedeniya v Rossii: status, puti resheniya problemy. Kak otkryt dostup k proizvedeniyam, avtorov ili zakonnykh pravoobladateley kotorykh ustanovit nevozmozhno

- [Orphan works in Russia: The status, ways of solving the problem. How to open access to works, authors or legal owners of which cannot be established]. Moscow, 2016. (In Russ.)
6. Lutkova O., Chernysh D. Konvencionnoe regulirovanie svobodnogo ispolzovaniya proizvedeniy v transgranichnom kommercheskom oborote [Convention Regulation of Free Use of Works in Transboundary Commercial Turnover]. *Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava [Intellectual Property. Copyright and Related Rights]*. 2011. No. 12. (In Russ.)
  7. Lutkova O. V. Doktrina dobrosovestnogo ispolzovaniya proizvedeniy v sovremennom avtorskom prave SShA [The Doctrine of Fair Use of Works in Modern Copyright of the USA]. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki [Law. Journal of the Higher School of Economics]*. 2016. No. 2. (In Russ.)
  8. Lutkova O. V. Obshchestvennoe dostoyanie v mezhdunarodnom avtorskom prave [Public domain in international copyright law]. *Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava [Intellectual Property. Copyright and Related Rights]*. 2016, No. 3, pp. 45—58. (In Russ.)
  8. Lutkova O. V. Problema okhranosposobnosti proizvedeniy s neznachitelnyim urovnem tvorchestva i povtornykh proizvedeniy v avtorskom prave zarubezhnykh gosudarstv i RF [The problem of protection of works with insignificant level of creativity and repeated works in copyright of foreign states and the Russian Federation]. *Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava [Intellectual Property. Copyright and Related Rights]*. 2016. No. 8. pp. 5—16, No. 9. (In Russ.)
  10. Mishakova Yu. I. «Sirotskie proizvedeniya»: istoriya i perspektivy razvitiya [Orphan Works: History and Prospects of Development]. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava [Questions of Russian and International Law]*. 2018. Vol. 8, No. 5A. (In Russ.)
  11. Savina M. Sirotskie proizvedeniya v seti [Orphan works in the Network]. *Computerworld Russia*. 2017. No. 20. (In Russ.)
  12. Wilkin J.P. Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of “Rights” in Digital Collection Building. Feb., 2011.