

ЮРИДИЧЕСКИЙ БИЗНЕС

«Цифре» ищут суверенитет

— сегмент рынка —

Однако классическая теория, оценивавшая влияние медиа на социальные процессы, в большинстве случаев оказалась чересчур оптимистичной. Виднейший теоретик социальных коммуникации Маршалл Маклюэн, основоположник так называемой Торонтской школы, которая ввела в оборот сам термин «медиа», совместно с последователями предсказывал, что «влияние медиа породит электронную агору — виртуальную площадку, где каждый сможет свободно выражать свои убеждения, не боясь цензуры. Власть большого бизнеса и большого правительства будет непременно свергнута, потому что новые технологии гигантски увеличат влияние каждого отдельного человека». Отсюда выводился положение о влиянии новых медиа на экономику: «В киберпространстве технологический прогресс превращает один рынок за другим из естественных монополий в такие, где конкуренция есть правило, а не исключение». В наше время это звучит довольно парадоксально, особенно с учетом того, что за какие-то последние 20 лет безусловный оптимизм в отношении пионерской роли медиаплатформ рассеялся. «Сеть колонизировали международные корпоративные киты, развившиеся на государственные деньги и тесно сотрудничающие с американскими агентствами» — это утверждение, о котором Ричард Барбрук и Энди Камерон из Вестминстерского университета писали в своей «Калифорнской идеологии» еще в середине 1990-х годов, сначала служило манифестом американского киберпанка, а теперь практически превратилось в глобальный мейнстрим.

На наших глазах ломается мировоззрение, устоявшееся за последние десятилетия: цифровые гиганты, которых прежде воспринимали исключительно в качестве драйверов технологического прогресса, сегодня подозреваются в том, что на самом деле его тормозят. Google и Facebook, по мнению американской юстиции, систематически и на протяжении длительного времени подавляли инновации, не допуская на рынок конкурентные сервисы или покупая стартапы, угрожающие их монопольной власти. Цифровых гигантов все чаще обвиняют в политической цензуре и произвольной расчистке контента — как в России, так и в США эти обвинения нередко звучат с полярных позиций.

Квалификация сомнительных практик платформ с позиций защиты конкуренции

В январе текущего года мы стали свидетелями беспрецедентного случая: основные медиаплатформы, в том числе социальные сети, заблокировали аккаунты экс-президента США. Эти медиа имеют огромную аудиторию и, соответственно, рыночную власть, что подтверждается уровнем резонанса от блокировок аккаунтов Дональда Трампа. Как следствие, назрел вопрос оценки действий платформ с позиций антитраста. Возможности применения к подобным ситуациям антимонопольного законодательства США еще обсуждается, но представляется довольно логичной.

Другая угроза цифровому суверенитету и конкуренции со стороны цифровых гигантов прослеживается из анализа исков к Facebook, поданных Федеральной торговой комиссией и федеральными прокурорами десятков штатов США. Заявители утверждают, что корпорация скупала перспективные стартапы, чтобы усилить свое положение на рынке, и тем уничтожала конкуренцию.



Дмитрий Магона

«Цифровые» конфликты развиваются и в российском правовом поле. В последние месяцы стали заметны блокировки аккаунтов и каналов, которые Google осуществляет на одном из своих сервисов социального сетевого видеохостинга, практики которого в зависимости от обстоятельств блокировок в отношении тех или иных пользователей могут быть признаны нарушающими федеральный закон «О защите конкуренции». Уровень популярности сервиса позволяет сразу предположить, что если он и не монополист, то как минимум занимает на рынке главенствующее положение и на его деятельность распространяются запреты, установленные для доминанта.

Анализируя нейтральность платформ, первое, что стоит отметить, — то, что ее пользовательское соглашение направлено на обеспечение максимальной дискреции сервиса и снижение его ответственности перед пользователями. Так, в соглашении есть отдельная категория «бизнес-пользователей», к которым можно отнести практически всех профессиональных создателей видеоконтента. В отношении представителей этой категории сервис не несет ответственности за «упущенную выгоду, недополученный доход, потерю данных, упущенный шанс, потерю предполагаемых

сбережений, а также косвенные, сопутствующие или штрафные убытки».

Возможность как-то защитить тот небольшой объем прав, который остается у пользователей, осложняется тем, что соглашение регулируется в соответствии с английским правом и для разрешения споров стороны могут обратиться в суды Англии и Уэльса. Такое условие вынуждает пользователей полагаться на ограниченные возможности внутренней апелляции сервиса — а она практически не регламентирована и не предусматривает необходимости сервиса мотивировать свои решения.

При этом соглашение предоставляет ему максимальную дискрецию в вопросах ограничения и блокировки видеоконтента. Видеоконтент или аккаунт могут быть удалены или заблокированы по трем причинам: если того потребует закон или судебное решение, из-за существенного или неоднократного нарушения соглашения, а также из-за того, что действия могут повлечь за собой юридическую ответственность или нанести вред какому-либо пользователю, третьему лицу, самому сервису или аффилированному лицу.

Если ознакомиться со всем текстом соглашения, можно прийти к выводу, что набор правил в документе составлен таким обра-

зом, что практически любой видеоконтент может нарушать то или иное его положение.

ФАС на страже нейтралитета

На сервисах сетевого видеохостинга возможны и другие дискриминационные практики. Так, важным является появление видеоконтента на главной странице (в виде персонализированных рекомендаций), в ряде разделов, а также в результатах поиска. Отвечающие за это алгоритмы непрозрачны: благодаря их настройке сервис имеет возможность регулировать, какой именно видеоконтент просмотрит зритель. Это еще одна площадка для возможных злоупотреблений.

Непрозрачность условий соглашения сервиса и недостаточная регламентация его работы помимо риска злоупотреблений несет экономическую опасность и возможна в том числе из-за доминирующего положения сервиса на рынке и отсутствия у пользователей альтернатив. Проблему необходимо решать методами антимонопольного регулирования.

Ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции запрещает любые действия или бездействие доминанта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей».

ФАС России уже фиксировала случаи злоупотребления доминирующим положением на цифровых рынках, два из них заслуживают особого внимания. Первый — действия Apple по установлению правила, согласно которому компания могла отклонить и не допустить в App Store любое приложение стороннего разработчика по любой причине. Суд посчитал, что совокупность действий цифрового гиганта существенно ухудшила функциональность приложений родительского контроля сторонних разработчиков (дело «„Лаборатория Касперского“ и Apple»).

Во втором случае ФАС признала неправомерными действия Google по навязыванию предустановки совместно с Google Play иных продуктов Google, поиска Google по умолчанию, соблюдения запрета на предустановку приложений, продуктов иных разработчиков (дело «„Яндекс“ и Google»).

Конкретные действия по блокировке аккаунтов, видеоконтента или дискриминация в системе рекомендаций могут квалифицироваться как нарушения отдельных пунктов ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции. При этом антимонопольному органу не придется доказывать, что такие действия привели к негативным последствиям.

Как уже было замечено, важным условием цифрового суверенитета является обеспечение нейтральности цифровых платформ и медиа. В декабре прошлого года ART DE LEX начал системный проект с региональной общественной организацией «Центр интернет-технологий» (РОЦИТ) по мониторингу нарушений принципа нейтральности медиаплатформами (как зарубежных, так и отечественными). Это позволяет оценить масштаб нарушений и в отдельных случаях принять меры по защите нарушенных прав участников рынка. Ранее РОЦИТ направил в ФАС России заявление о злоупотреблении Google своим доминирующим положением на рынке социального сетевого видеохостинга.

Судебная перспектива

Вопрос о неправомерных блокировках со стороны Google рассматривается также в су-

дебном порядке — речь идет о так называемом кейсе «Царьграда» в производстве Арбитражного суда г. Москвы. Это первый случай применения новеллы ст. 248.1 АПК РФ об исключительной подсудности российских судов по спорам тех лиц, которые находятся под санкциями со стороны зарубежных государств.

Иск заявлен НАО «Царьград Медиа» против ответчиков Google Ireland Limited, Google LLC и ООО «Гугл» о признании недействительным их отказа от договора на предоставление услуг социального сетевого видеохостинга и об обязанности восстановить доступ НАО «Царьград Медиа» к его аккаунту.

Основанием отказа от договора и блокировки аккаунта выступили персональные санкции по украинской программе, введенные США и ЕС в отношении учредителя «Царьград Медиа» в 2014 году.

При этом о санкциях группа Google вспомнила лишь в июле 2020 года, когда аудитория канала превысила 1 млн подписчиков.

Иностранные ответчики настаивали на оставлении иска без рассмотрения из-за наличия соглашения, по которому спорные вопросы надлежало рассматривать в английских государственных судах (в отношении требования из договора) и американских судах (в отношении требований из блокировки аккаунта). Однако Арбитражный суд г. Москвы признал свою исключительную компетенцию в этом деле и приступил к рассмотрению дела по существу.

Это дело может сформировать подходы не только к применению нормы о юрисдикции российских судов по отношению к спорам с участием подсанкционных лиц, но и подходы к допустимости произвольного отказа медиаплатформ от исполнения своих обязательств по соглашениям с пользователями.

Разумное регулирование вместо репрессий

Влияние медиа на социальные процессы стало столь велико, что приводит к столкновению с государством. Именно поэтому в последние годы государственные регуляторы во многих странах инициировали масштабные процессы против цифровых платформ и сервисов (включая медиа), обвиняя последних в незаконном использовании персональных данных, нарушении конкуренции и поприщении конституционных свобод граждан. Повсеместно происходит трансформация законодательства и регуляторных техник под нужды социально-экономического развития той или иной страны.

Я скорее являюсь сторонником разумного регулирования экономической деятельности цифровых гигантов, нежели применения к ним репрессивных мер (закон с недавнего времени при определенных условиях позволял вовсе ограничить доступ к цифровым платформам и медиа). Федеральная антимонопольная служба, в данном случае являясь основным регулятором в области экономической деятельности, в случае возбуждения и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства цифровыми гигантами вправе выдать последний поведенческие предписания, направленные на прекращение неправомерных действий. При этом ФАС России — один из лидеров среди мировых антимонопольных регуляторов, она располагает всей необходимой экспертизой и ресурсами для расследования и пресечения неправомерных действий. Рассмотренные ФАС России в последние годы «цифровые» дела являются тому подтверждением.

Сетевое нападение

— сегмент рынка —

Привычные нам виды коммерческой деятельности все больше оцифровываются, бизнес уходит в онлайн. Но в интернете его поджидает не только высокая прибыль, но и сетевые мошенники, которые разнообразными способами — от привычного контрафакта до онлайн-опросов — нарушают интеллектуальные права известных брендов. Эффективно ли защищаться с помощью сетевой блокировки и кого можно привлечь к ответственности, если нарушителя найти не удалось, „Ъ“ рассказали генеральный директор компании BrandSecurity РУСЛАН КРИВУЛИН и управляющий партнер юридической фирмы Semenov & Pevzner РОМАН ЛУКЬЯНОВ.

Основные угрозы онлайн-пространства

Один из известных путей, по которому развивается сетевое мошенничество с использованием известных брендов, — это хорошо спланированные таргетированные атаки. К особенностям схемы можно отнести сложность обнаружения мошеннических ресурсов, поскольку злоумышленники ежедневно регистрируют сотни доменных имен, часто никак не связанных с наименованием бренда, а жутковатые ссылки генерируются не посредственно под каждого пользователя.

Схема опасна тем, что за счет использования контекстной рекламы ссылки на мошеннические сайты часто располагаются в поисковиках выше официальных страниц брендов и пользователи могут до последнего момента не подозревать, что находятся на фишинговом сайте.

Не гнушаются мошенники и методами социальной инженерии, представляясь социальными сетями сотрудниками крупных онлайн-



Роман Лукьянов, управляющий партнер юридической фирмы Semenov & Pevzner

ресурсов, к примеру известного магазина по продаже бытовой техники, и предлагая покупателю сделать весомую скидку на любой товар. В ходе переписки пользователю также присылают персонализированную ссылку на фишинговый сайт (часто даже на конкретный интересующий его товар) и предлагают оплатить покупку через данный ресурс. Такая схема затронула не только практически все крупнейшие онлайн-магазины розничной торговли, но и разнообразные сервисы по продаже железнодорожных и авиабилетов.

Еще один относительно новый тренд — это активное использование злоумышленниками сервисов с короткими онлайн-опросами (так называемые квизы). В основном

схему эксплуатируют в банковском сегменте, особенно на различных сервисах, предлагающих услуги по инвестированию в ценные бумаги. Мошенники создают специальные сайты с опросами и оформляют их в виде официальных ресурсов, используя популярные бренды банков. Затем, собрав пользовательскую информацию, они обманом предлагают внести деньги на счет якобы официального сервиса, работающего под эгидой крупного банка. Количество подобных квизов, в которых используется символика ведущих российских банков, исчисляется сотнями, если не тысячами.

Нельзя не упомянуть и такое «классическое» нарушение прав на товарные знаки, как продажа контрафакта под видом известного бренда. Мошенники и здесь стали более подготовленными: по примеру интернет-пиратов, администрирующих площадки с нелегальным контентом, они все чаще прибегают к услугам абзузостойчивых хостинг-провайдеров и регистраторов доменных имен (в основном зарубежных).

Соразмерная борьба

Самым эффективным инструментом пресечения нарушений интеллектуальных прав в цифровом пространстве сегодня является блокировка пиратских сайтов — специальная процедура, которая позволяет правообладателям оперативно добиться ограничения доступа к нелегальному ресурсу. Исключительной компетенцией по рассмотрению заявлений об ограничении доступа к пиратским ресурсам обладает Московский городской суд, но на текущий момент этот инструмент доступен лишь правообладателям объектов авторского права и смежных прав (кроме правообладателей фото), включая музыку, кино, видеоигры, софт, книги и телепередачи.

В 2020 году судебная практика по применению блокировки подверглась корректи-

вам: теперь в отдельных случаях постоянная блокировка сайтов признается способом защиты, не соразмерным нарушению. Например, в деле «ОНТАРГЕТ и Google» (дело №3-200/2020) правообладатель обратился в суд, требуя на постоянной основе заблокировать YouTube за незаконное размещение пяти образовательных видеороликов. Суд посчитал, что блокировка в данном случае выступает несоразмерной мерой ответственности, и, кроме того, учел, что правообладатель не обращался к ответчику с досудебной претензией, а ролики на момент рассмотрения спора были удалены.

Кроме того, в 2020 году вступили в силу поправки к федеральному закону «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»: они частично распространили механику блокировки пиратских сайтов на мобильные и прочие программные приложения. Первое решение, касающееся мобильных приложений, 11 декабря прошлого года было вынесено по спору между ООО «С.Б.А. Мьюзик Паблшинг» и Google LLC (дело №3-1523/20). Суд запретил компании Google LLC создавать технические условия, дающие возможность размещать в Google Play программные приложения с доступом к пиратской музыке.

За все ответит посредник

В современном мире обнаружить право нарушителя в сети крайне сложно, а бывает, что и просто невозможно. Иногда вызвать компенсацию или убытки за нарушения исключительных прав можно с другого лица — информационного посредника, который своими действиями способствовал нарушению.

Правовая норма, регулирующая этот институт (ст. 1253.1 ГК РФ), не называет напрямую конкретных субъектов, которых можно причислить к категории информационных

посредников. Однако существующая судебная практика относит к ним сайты с пользовательским контентом, включая видеохостинги и социальные сети, хранилища файлов, провайдеров хостинга, операторов связи, CPA-сети и торрент-трекеры.

Привлечь информационного посредника к ответственности можно только при несоблюдении определенных законом требований, включая следующие: он не знал и не должен был знать о нарушении, получил претензию от правообладателя и принял необходимые для пресечения нарушения меры, а также не изменяет материал, размещаемый в сети третьим лицом.

В 2020 году перечень субъектов, которые могут квалифицироваться в качестве информационных посредников, расширился. Теперь к ним могут относиться сайты, зарегистрированные в качестве СМИ (дело «„КХЛ Маркетинг“ и Goodgame.ru, №3-400/2019»), а также интернет-магазины, работающие по принципу печати по требованию, или print on demand (дело «Carte Blanche Greetings и Printdirect», №А40-133275/2019). Кроме того, к искам против информационных посредников стали прибегать правообладатели, которые ранее не пользовались этим механизмом (например, владельцы анимационных брендов). Поскольку тенденция на более частое правоприменение нормы об информационных посредниках защищает интересы правообладателей довольно эффективно, велики шансы, что она сохранится и в 2021 году.

Распространение цифровизации сулит бизнесу не только новые возможности, но и новые риски. Вместе с тем законодательство и судебная практика адаптируются под изменчивую реальность, совершенствуясь и предлагая правообладателям работающие инструменты правовой защиты — важно лишь быстрая реакция и умение эффективно их использовать.