

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИНТЕРНЕТА

Немецкий закон о социальных сетях: нормативное закрепление технологического отставания

Андрей Румянцев*

Немецкий закон о социальных сетях был принят летом 2017 года на волне истерии, разразившейся в западных демократиях после победы Трампа на выборах в США в ноябре 2016 года. Согласно позиции немецкого правительства цель его принятия заключалась в борьбе с «фейковыми новостями» и «пропагандой ненависти», угрожающими общественному строю страны. Эти изначально англоязычные термины широко использовались при представлении официальной позиции, включая пояснительную записку к законопроекту, несмотря на то что в тексте закона они отсутствуют и, в принципе, не используются в немецком законодательстве. Закон предусматривает создание социальными сетями механизма для подачи жалоб пользователей на сообщения в этих сетях. Сети обязаны оперативно рассматривать такие жалобы и принимать решения об удалении или блокировке сообщений, которые признаны противоречащими нормам Уголовного кодекса, перечисленным в законе. Кроме того, сети обязаны раз в полгода публиковать отчёты о работе этого механизма, включая данные о числе жалоб и числе положительных решений по ним. Нарушение требований закона может повлечь за собой наложение административного штрафа в размере до 50 млн евро. В немецком обществе и у международного сообщества закон вызвал большей частью отрицательную реакцию. В частности, указывалось на опасность того, что наравне с противоправными сообщениями будут удаляться и такие, которые при ближайшем рассмотрении не нарушают право. По итогам 2018 года можно сделать лишь некоторые выводы о том, насколько подтвердились опасения критиков либо, наоборот, позиции правительства. Однако обнаружилась другая, неожиданная тенденция. Немецкие суды по жалобам пользователей, чьи сообщения были удалены или заблокированы, приняли ряд решений, в которых сочли, что социальные сети тем самым нарушили конституционную свободу выражения мнений (абзац 1 статьи 5 Основного закона Германии). Благодаря этому социальные сети, несмотря на свой характер частно-правовых субъектов, оказались адресатами ограничений, базирующихся на основных правах, которые по общему правилу, а также исторически действовали в первую очередь в отношении публичной власти.

DOI: 10.21128/1812-7126-2019-3-27-53

→ *Социальная сеть; пропаганда ненависти; недостоверная информация; жалобы на контент; свобода слова; избыточное удаление информации*

Немецкий закон о социальных сетях является одним из представителей становящегося всё более многочисленным класса рестриктивных законодательных мер в отношении Интернета, принимаемых в разных странах мира, включая те, которые до недавнего времени считались поборниками свободы и де-

мократии. Он был принят 30 июня 2017 года и вступил в силу 1 октября того же года; в полном объёме закон заработал с 1 января 2018 года.

Изучение этого закона даёт хороший повод для того, чтобы сделать краткий обзор проблем, возникающих при правовом регулировании Интернета. Кроме того, при рассмотрении этой темы был поднят ряд вопросов общеправового и междисциплинарного характера.

* Румянцев Андрей Георгиевич — доктор права (Др. юр.), Москва, Россия (e-mail: post@law.net.ru).

1. О законе

1.1. Краткая предыстория

Принятию закона предшествовал длительный период непростых взаимоотношений между немецким правительством и крупными сетевыми компаниями, в первую очередь американскими¹. Правительство пыталось убедить заокеанских бизнесменов в необходимости более активно бороться с контентом, который, по его мнению, нарушает немецкие законы². С этой целью в 2015 году была организована рабочая группа (англ.: Task Force), в которую вошли представители правительства и американских сетевых компаний. Несмотря на некоторые подвижки в этой сфере, серьёзного улучшения так и не произошло: доля удаляемых сообщений среди тех, которые правительство считало недопустимыми, осталась низкой, особенно у «Твиттера». Это вынудило немецкое правительство (технически: правительственные фракции в Бундестаге) внести проект закона, принуждающий интернет-компании к более жёсткому контролю за распространяемым ими контентом.

Произошло это весной 2017 года, на пике истерии о влиянии России на исход выборов и голосований в западных демократиях. Однако так и осталось загадкой, какова была истинная мотивация немецкого правительства. Действительно ли оно испугалось российского влияния в преддверии выборов в не-

мецкий федеральный парламент — Бундестаг — осенью 2017 года, либо оно просто воспользовалось удобным моментом, чтобы «продать» нужный, с его точки зрения, но крайне непопулярный в обществе закон. В пользу последнего говорит тот факт, что закон вступил в силу уже после выборов в Бундестаг, а его регулятивное воздействие выходит далеко за пределы области политической информации. В этой связи также можно упомянуть, что немецкие политологи и медиасоциологи осторожно высказываются относительно того, каков *реальный эффект* иностранного информационного воздействия на избирательные процедуры в европейских странах³.

1.2. Содержание закона

Полное название закона — закон «Об улучшении ситуации с правоприменением в социальных сетях» (нем.: Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken; *далее* — закон о сетях, закон о социальных сетях) — адекватно отражает его содержание⁴. Закон не создаёт нового «материального» права, а принуждает социальные сети к введению механизмов и процедур для рассмотрения жалоб в отношении сообщений, которые в этих сетях распространяются и которые нарушают действующее право. С точки зрения законодательной техники закон выстроен весьма своеобразно и, хотя бы уже по этой причине, заслуживает более детального представления.

В сферу действия закона попадают сообщения, распространение которых является нарушением определённых статей (или параграфов) немецкого Уголовного кодекса. Перечень этих параграфов приведён в абзаце 3 § 1 Закона о сетях. Всего упомянуты 22 пара-

¹ См. пояснительную записку к закону: BT-D 18/12356, 16.05.2017. S. 1–2, 11, 13. Здесь и далее используются так называемые печатные документы (нем.: Drucksache) Бундестага. Это система документации важнейших парламентских процессов: протоколы пленарных заседаний, запросы фракций или вопросы депутатов правительству и ответы на них, проекты резолюций, пояснительные записки к проектам законов и т. д. Документы имеют сквозную нумерацию, начинающуюся с номера законодательного периода. Закон о социальных сетях был принят в конце 18-го законодательного периода (2013–2017). Текущий законодательный период (2017–2021) является, соответственно, 19-м по счёту. Документы можно получить в pdf-формате по адресу: URL: <https://www.bundestag.de/drucksachen> (дата обращения: 16.05.2019).

² Ряд эпизодов изложен в: Румянцев А. Алгоритмы приходят на смену медиаманатам: Как сетевые платформы влияют на коммуникацию в обществе и право // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 6 (115). С. 49–69, 57.

³ См., например, материалы, подготовленные к публичным слушаниям на тему «Сопrotивляемость демократий в контексте выборов в Европарламент», состоявшимся 10 апреля 2019 года в комитете Бундестага по цифровой политике. URL: https://www.bundestag.de/ausschuesse/a23_digital/anhoerungen/anhoerung-592370 (дата обращения: 16.05.2019).

⁴ Текст закона можно получить по следующему адресу: URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/index.html> (дата обращения: 16.05.2019). На этом сайте можно получить и тексты других федеральных законов.

графа особенной части УК. Здесь представлены составы преступлений, имеющие отношение к информации. Перечислим их: распространение (средств) пропаганды организации, признанной неконституционной (§ 86 УК), либо использование опознавательных знаков такой организации (§ 86а УК), подготовка тяжёлого насильственного деяния, угрожающего государству (§ 89а УК), либо распространение или приобретение литературы, мотивирующей к совершению такого деяния (§ 91 УК), изменнические фальсификации (§ 100а УК)⁵, публичные призывы к совершению уголовных преступлений (§ 111 УК), нарушение общественного порядка путём угрозы совершения уголовного преступления (§ 126 УК), создание преступных сообществ (§ 129 УК), создание террористических организаций (§ 129а УК), возбуждение ненависти по национальному, расовому или религиозному признаку (§ 130 УК), прославление насилия (§ 131 УК), поощрение или одобрение уголовного преступления (§ 140 УК), оскорбление вероисповеданий, религиозных организаций и мировоззренческих объединений (§ 166 УК), распространение детской порнографии (§ 184b в совокупности с § 184d УК), оскорбление (§ 185 УК), клевета (§ 186, 187 УК), нарушение личной (интимной) сферы человека с помощью фотографии (§ 201а УК), угроза совершением преступления (§ 241 УК), подделка данных, имеющих доказательственное значение (§ 269 УК).

Несмотря на внушительность этого перечня, сюда попали далеко не все составы, которые связаны с информацией. В ходе обсуждения законопроекта из него были удалены три состава, предусматривающие ответственность за оскорбление федерального президента, государства и его символов, а также конституционных органов власти (§ 90, 90а, 90b УК)⁶. Остался без внимания и состав, предусматривающий уголовную ответвен-

ность за запись или прослушивание с помощью технических устройств устных доверительных сообщений, а также их распространение (§ 201 УК). Из нескольких статей, запрещающих распространение разных видов порнографии, закон включил лишь те, которые имеют отношение к детской порнографии. Хотя в общем и целом логика законодателя была понятна, он попытался выделить не просто наиболее опасные составы, а те деяния, для совершения которых активно используется Интернет⁷, впоследствии возникли вопросы о критериях, на основании которых те или иные информационные правонарушения были включены в сферу действия нового закона⁸.

Несколько слов заслуживает использованный в законе способ формирования перечня запрещённых действий. Вместо того чтобы заново создавать список сообщений, распространение которых является противоправным с точки зрения нового закона, была сделана отсылка к описаниям объективных сторон соответствующих уголовных составов⁹. С одной стороны, это позволило сократить время на разработку закона, а также избежать дублирования материального права. С другой — такой подход несёт риски и приводит к определённым противоречиям, о чём будет сказано ниже.

Адресатами требований закона являются лица, владеющие и управляющие социальными сетями (в дальнейшем для краткости мы будем использовать понятие «социальные сети»). Последние определены следующим образом: *социальная сеть* — это платформа¹⁰ в Интернете, которая предназначена для того,

⁷ См.: BT-D 19/355, 29.12.2017. S. 10.

⁸ См. позицию Бундесрата: BT-D 18/12727, 14.06.2017. S. 18–20. См. также: *Nolte G. Hate-Speech, Fake-News, das «Netzwerkdurchsetzungsgesetz» und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM). 2017. Н. 7. S. 552–565, 555.*

⁹ В литературе указывается на неопределённость в вопросе о том, в каком объёме правоприменитель закона о социальных сетях должен обращаться к составам УК. См.: *Liesching M. Was sind «rechtswidrige Inhalte» im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes? // ZUM. 2017. Н. 11. S. 809–815.*

¹⁰ Понятие «платформа» в отличие от многих других легкеем компьютерно-сетевом жаргоне определено в пункте 13 абзаца 2 § 2 Государственного договора о телерадиовещании.

⁵ Этот состав заслуживает более детального представления. Его объективная сторона описывается следующим образом: подделка и распространение предметов или фальсификация новостей, которые, если бы они были настоящими (истинными), могли нанести ущерб внешней безопасности или отношениям Германии с третьими странами, с целью убедить другую страну в том, что эти предметы или новости являются настоящими (истинными).

⁶ См.: BT-D 18/13013, 28.06.2017. S. 19.

чтобы пользователи обменивались сообщениями любого характера (нем.: *beliebige Inhalte*), а также делали такие сообщения общедоступными (абзац 1 § 1 Закона о сетях). Однако для того, чтобы попасть в сферу действия закона, необходимо выполнение ещё двух условий: 1) владелец платформы в ходе её использования должен стремиться к извлечению прибыли в качестве цели своей деятельности; 2) число пользователей, зарегистрированных на территории Германии, должно быть не меньше 2 млн человек. Тем самым из сферы действия закона (точнее его основных норм) были выведены ресурсы, подобные «Википедии», а также крупные иностранные сети, не получившие широкого распространения в Германии. Последнее имеет значение для российских сетей, хотя они тоже могут оказаться в «зоне риска». В пояснительной записке к закону правительство назвало число *десять* в качестве оценки того, сколько платформ может коснуться новый закон¹¹. Безусловно, среди них находятся три крупнейшие американские компании: «Фейсбук» (Facebook), «Твиттер» (Twitter) и «Гугл» (Google); последний – в первую очередь из-за платформы видеохостинга «ЮТуб» (YouTube) и в меньшей степени из-за закрытой в 2019 году социальной сети «Гугл+» (Google+)¹². Возможно, что в их число попадают и российские сети «ВКонтакте» и «Одноклассники», которые оказываются среди лидеров, как минимум по пользовательскому трафику¹³.

Закон исключает явным образом ряд сервисов, которые могли бы попасть под определение социальной сети (абзац 1 § 1 Закона о сетях). Это платформы с контентом, прошедшим «журналистско-редакционную» подготовку, за содержание которого отвечают их владельцы, то есть сайты, являющиеся сами либо принадлежащие другим средствам массовой информации. На таких сайтах пользователи также могут публиковать сообщения

для всеобщего доступа, например, комментарии к редакционным материалам. Эти комментарии и другие разделы, где может размещаться пользовательский контент, модерировются владельцами сайтов. Кроме того, из сферы действия закона изъяты платформы, служащие индивидуальной коммуникации (например, сервисы, предоставляющие услуги электронной почты), и платформы, предназначенные для «распространения специфического контента» (нем.: *Verbreitung spezifischer Inhalte*). В пояснительной записке к закону этот момент был разъяснён следующим образом¹⁴. Закон действует в отношении социальных сетей *общего назначения*, в которых отсутствуют тематические ограничения. Таковыми ограничениями не считаются правила *нетикета* и прочие точечные запреты отдельных видов сообщений. Напротив, сети, предназначенные для обмена сообщениями на определённую тему, не попадают в сферу действия закона. В качестве примера таких сетей правительство называет «профессиональные сети» (нем.: *berufliche Netzwerke*), то есть сети, образованные по признаку профессиональной принадлежности, в которых обсуждается круг вопросов, связанных с определённой профессией. Можно предположить, что, например, сеть «Линкд-Ин» (LinkedIn) по причине своей строго заданной тематической направленности не попадает под действие нового закона¹⁵. То же самое справедливо для многочисленных тематических форумов. Последние, впрочем, даже в случае своей популярности, вряд ли преодолели бы планку в 2 млн пользователей.

После вступления закона в силу вопрос о принадлежности определённых сервисов к числу регулируемых им социальных сетей возник в связи с опасностью, исходящей от чатов и форумов на игровых платформах, где обсуждается и одобряется совершение массовых убийств¹⁶. Правительство подтвердило, что эти сервисы не подпадают под действие закона о сетях. В этой связи следует указать, что кроме этого закона существуют другие механизмы, направленные на борьбу с незаконным контентом. Вообще, закон о сетях

¹¹ BT-D 18/12356, 16.05.2017. S. 3.

¹² См.: URL: <https://support.google.com/plus/answer/9217723> (дата обращения: 16.05.2019).

¹³ См.: URL: <http://meedia.de/2015/06/19/die-10-groesten-sozialen-netzwerke-der-welt-und-deutschlands> (дата обращения: 16.05.2019). На текущий момент сеть «ВКонтакте» занимает в Германии 9-е место по пользовательскому трафику, см.: URL: <http://alexa.com/siteinfo/vk.com> (дата обращения: 16.05.2019).

¹⁴ BT-D 18/12356, 16.05.2017. S. 19.

¹⁵ Об этом в явном виде упоминалось во время дебатов в Бундестаге, см.: BT-D 18/235, 19.05.2017. S. 23854.

¹⁶ BT-D 19/9624, 24.04.2019. S. 4–5.

носит скорее комплементарный, дополнительный характер. Базовой нормой является положение о пределах ответственности операторов телекоммуникационных, сетевых сервисов и платформ, закреплённое в § 10 Закона о телемедиа (нем.: *Telemediengesetz*, *TMG*)¹⁷. Эта норма предусматривает освобождение от ответственности за создание условий для совершения правонарушения (нем.: *Störerhaftung*; см. § 1004 Гражданского кодекса) с использованием технических сетевых ресурсов. Предпосылкой для применения нормы является удаление незаконного контента сразу же после того, как оператору стало известно о его существовании, что, собственно, и происходит на практике¹⁸. Закон о социальных сетях создал лишь конкретный механизм для реализации этой нормы в определённом сегменте¹⁹.

На социальные сети, подпадающие под действие закона, возлагается ряд обязанностей, нарушение которых может привести к наложению административного штрафа. Наиболее важные из них — это создание механизма для рассмотрения жалоб на содержание сообщений, распространяемых в сетях (§ 3 Закона о сетях), а также регулярная публикация отчётов о работе этого механизма (§ 2 Закона о сетях).

В рамках указанного механизма пользователи должны получить возможность подавать жалобы на сообщения в сетях. Такая возможность должна быть легкодоступной и предоставляться на постоянной основе. Социальная сеть обязана оперативно рассматривать поступающие жалобы на предмет их обоснованности. В случае, если сообщение, ставшее предметом жалобы, «очевидно противоправно» (нем.: *offensichtlich rechtswidrig*)²⁰, оно должно быть удалено либо забло-

кировано в течение 24 часов. В других случаях противоправные сообщения должны изыматься из всеобщего доступа не позднее чем через 7 дней после подачи жалобы. Закон предусматривает ряд исключений. Срок в 24 часа не применяется, если существует договорённость с органом следствия, заинтересованным в сохранении этого сообщения. Максимальный срок в 7 дней может быть превышен, если социальная сеть в течение 7 дней после поступления жалобы передала её сторонней организации, уполномоченной рассматривать такие жалобы.

Другой случай, когда сеть не обязана убирать сообщение в течение 7 дней, имеет место в *спорных* ситуациях, если «решение о противоправности сообщения зависит от правдивости или ложности утверждения о факте или очевидным образом от других фактических обстоятельств» (подпункт «а» пункта 3 абзаца 2 § 3 Закона о сетях). В этом случае социальная сеть *может* (но не обязана) дать возможность высказаться по поводу жалобы автору сообщения. Тем самым закон предусматривает (пусть и крайне рудиментарный) элемент соревновательности. Законодателю видится следующий сценарий развития событий²¹: если автор сообщения не воспользовался правом на ответ, то сеть вправе считать жалобу обоснованной и удалить сообщение; если ответ поступил, то сеть должна сопоставить его содержание с содержанием жалобы и принять решение на основании анализа убедительности аргументов пользователей; подчёркивается, что если позднее выяснится ошибочность этого решения сети, то это не может быть основанием для вынесения административного штрафа. После принятия решения об удовлетворении жалобы или отказе в этом сеть информирует о своём решении заявителя, а также автора обжалованного сообщения.

На этом процедура обжалования завершается. Однако на отказ социальной сети удовлетворить жалобу можно в свою очередь подать жалобу в надзорный орган, которым

¹⁷ BT-D 18/12356, 16.05.2017. S. 12; BT-D 19/6970, 14.01.2019. S. 9.

¹⁸ См.: *Nolte G.* Op. cit. S. 553.

¹⁹ См.: *Holznapel B.* Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Eine kritische Bestandsaufnahme aus internationaler Sicht // ZUM. 2017. H. 8/9. S. 615–624, 620.

²⁰ Критики закона утверждают, что смысл этого понятия сам по себе неочевиден, см., например: *Ladeur K.-H., Gostomzyk T.* Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) i.d.F. vom 16. Mai 2017 –

BT-Drs. 18/12356. S. 23. URL: <https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/NetzDG-Gutachten-Gostomzyk-Ladeur.pdf> (дата обращения: 16.05.2019). См. также: *Liesching M.* Was sind «rechtswidrige Inhalte» im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes? S. 814.

²¹ BT-D 18/13013, 28.06.2017. S. 21.

согласно закону является Федеральное ведомство по делам юстиции (нем.: Bundesamt für Justiz; далее — ФВЮ)²². Смысл этого действия требует более детального рассмотрения. Здесь важно отметить, что отдельные отклонения от предписаний закона в ходе применения процедуры рассмотрения жалоб сами по себе не представляют состава административного правонарушения²³. Поэтому если социальная сеть в конкретном случае либо нарушила сроки рассмотрения жалобы, либо отказала в удалении противоправного контента, либо, наоборот, удалила сообщение, не нарушающее требований закона, то это ещё не является поводом для вынесения штрафа. Таковым может быть лишь *систематическое* нарушение требований закона, например, уклонение социальной сети от создания необходимого механизма либо его недолжная работа. Жалобы в ФВЮ в первую очередь необходимы для мониторинга того, как социальные сети исполняют закон. Если число обоснованных жалоб превысит определённый порог, то ФВЮ может инициировать административное разбирательство, по итогам которого может быть принято решение о наложении денежного штрафа. Его размер за нарушение основных положений закона составляет до 5 млн евро в отношении физических лиц либо до 50 млн евро в отношении юридических лиц²⁴.

Столь высокие суммы обусловлены стремлением повысить «стоимость» нарушения права. Иногда сознательное несоблюдение норм права оказывается выгодным в силу более низких финансовых издержек. В своё вре-

мя «открытие» этого феномена способствовало росту популярности экономического анализа права. В административном регламенте, регулирующем принципы определения суммы штрафа, в качестве цели определяется «изъятие у компаний экономической выгоды» (нем.: Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils), возникшей в результате нарушения закона (см. также абзац 4 § 17 Закона об административных правонарушениях)²⁵. Если содержание отделов цензуры за счёт средств компании окажется дороже, чем размер штрафа, то существует вероятность того, что компании предпочтут нарушать закон. Высокий размер штрафов по закону о социальных сетях должен предотвратить такое развитие событий²⁶.

Если для вынесения решения о штрафе необходимо установление факта того, что сообщения, которые своевременно не были удалены социальной сетью, нарушают требования закона, ФВЮ для подтверждения этого обязано обратиться в суд, чтобы получить так называемое предварительное решение (нем.: Vorabentscheidung). Оно является обязательным, носит окончательный характер и само по себе не подлежит обжалованию. Однако обжаловано может быть административное решение о назначении штрафа, а в рамках этой процедуры могут быть подвергнуты проверке и выводы суда²⁷. Интересно, что жалоба на административное решение подаётся в тот же самый суд, который выносил предварительное решение.

Другой обязанностью социальных сетей, которой закон уделил существенное внимание, является публикация ими отчётов об обращении с жалобами. Заметим, что эта обязанность возникает лишь в случае, если число жалоб в течение года превысило 100. Закон детально излагает, какие вопросы должны освещаться в таких отчётах, а также определяет сроки их публикации (раз в полгода). В частности, такой отчёт должен представить в общем и целом, как социальная сеть борется

²² Данное ведомство является федеральным органом власти, совмещающим свойства российских федеральных надзоров и федеральных агентств. Его не следует путать с Федеральным министерством юстиции.

²³ См.: ВТ-D 18/12356, 16.05.2017. S. 24–25; ВТ-D 18/13013, 28.06.2017. S. 22; ВТ-D 19/765, 15.02.2018. S. 3.

²⁴ См.: Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen im Bereich des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) (далее — NetzDG-Bußgeldleitlinien), 22.03.2018. S. 11–12. Это административный регламент под названием «Принципы определения суммы денежных штрафов по закону об улучшении ситуации с правоприменением в социальных сетях», регулирующий более детально некоторые вопросы применения данного закона. URL: https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/NetzDG/Leitlinien_Geldbussen_de.pdf (дата обращения: 16.05.2018).

²⁵ NetzDG-Bußgeldleitlinien. S. 15.

²⁶ См. также: ВТ-D 18/12356, 16.05.2017. S. 12.

²⁷ Ibid. S. 27; Höld F. Das Vorabentscheidungsverfahren nach dem neuen NetzDG: Rechtliches Neuland bei der Bekämpfung von Kriminalität in sozialen Netzwerken // MultiMedia und Recht (MMR). 2017. H. 12. 791–795, 794.

с противоправным контентом, описать процедуру подачи жалоб, а также привести статистику с разбивкой по параграфам УК, которые были сочтены нарушенными.

Кроме этого, сети обязаны выполнять ещё целый ряд других обязанностей, имеющих отношение к процедуре обжалования и — более широко — к их участию в правовом обороте. Удалённые сообщения «для целей доказывания» должны храниться в течение 10 недель на территории одной из стран, входящих в состав Европейского Союза (пункт 4 абзаца 2 § 3 Закона о сетях). Сети обязаны регулярно проводить обучение своих сотрудников, занятых рассмотрением жалоб (предложение 3 абзаца 4 § 3 Закона о сетях). Сеть должна иметь представителя на территории Германии, который уполномочен принимать юридически значимые сообщения в рамках правоприменительных процедур, предусмотренных законом (абзац 1 § 5 Закона о сетях). Также необходимо назначение представителя для обеспечения связи между социальной сетью и немецкими правоохранительными органами (абзац 2 § 5 Закона о сетях). При буквальном толковании закона требование о назначении представителей распространяется на все коммерческие сети, независимо от числа их пользователей в Германии²⁸. Если эта интерпретация верна, то такая обязанность возникает и для российских сетей. Причём за её нарушение также предусмотрен денежный штраф, правда, в меньшем размере — до 5 млн евро. Однако до сих пор неизвестно, чтобы какая-либо иностранная социальная сеть, не попадающая под действие основных норм закона, стала объектом преследования за нарушение этого требования.

Вопрос территории действия закона решён следующим образом. Правонарушения могут преследоваться и в том случае, если они совершены за пределами Германии (абзац 3 § 4 Закона о сетях). В то же время правом подачи жалобы на сообщения обладают только физические лица, проживающие на территории Германии, либо организации, в Германии расположенные. Точнее, лишь неправомерный отказ в удовлетворении жалоб таких лиц может послужить поводом для применения санкций, предусмотренных законом (пункт 2 абзаца 1 § 4 Закона о сетях). Поэтому формуляр для подачи жалоб сети «Фейсбук» недоступен с IP-адресов, расположенных в России²⁹.

Одновременно с принятием закона о социальных сетях были внесены дополнения в закон о телемедиа, новые нормы которого (абзацы 3–5 § 14) предусматривают возможность получения данных от сети о её пользователях в случае гражданско-правового разбирательства, если затронуты права, нарушенные одной из статей УК, перечисленных в абзаце 3 § 1 Закона о социальных сетях. Ранее закон разрешал предоставление такой информации лишь по запросам правоохранительных органов и спецслужб или по запросам иных лиц, если речь шла о нарушении прав интеллектуальной собственности (абзац 2 § 14 Закона о телемедиа).

1.3. Прогнозы правительства и итоги за 2018 год

В пояснительной записке к закону правительство прогнозировало следующие параметры его применения: общее число жалоб — 500 тыс. в год, жалоб в ФВЮ на отказ социальных сетей удалять сообщения — 25 тыс., число административных процессов по поводу вынесения денежного штрафа в отношении социальных сетей — 500³⁰. Кроме того, ожидалось до 100 предварительных судебных решений о признании сообщений противоречащими закону.

По итогам 2018 года можно привести следующую статистику. Общее число жалоб, поданных в адрес трёх крупнейших социальных

²⁸ Причина неопределённости в этом вопросе заключается в следующем положении закона: «Оператор социальной сети освобождается от обязанностей согласно § 2 и 3, если социальная сеть имеет внутри страны [то есть Германии. — А.Р.] меньше двух миллионов зарегистрированных пользователей» (абзац 2 § 1 Закона о сетях). Однако обязанность назначить представителей закреплена в § 5 закона. Причём её формулировки не обязательно свидетельствуют о том, что такие представители необходимы лишь для выполнения обязанностей согласно § 2 и 3 закона. Иными словами, эта обязанность может носить самостоятельный характер. См. также: *Guggenberger N. Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung // Neue Juristische Wochenschrift (NJW). 2017. Н. 36. S. 2577–2582, 2578.*

²⁹ Читатель может проверить это сам: <https://web.facebook.com/help/contact/1909333712721103> (дата обращения: 16.05.2019).

³⁰ ВТ-D 18/12356, 16.05.2017. S. 4.

сетей³¹, составило около 1 млн³². Бросается в глаза разница в числе жалоб на сообщения в разных сетях. Так, «Фейсбук» получил 1 386 жалоб (удовлетворено, полностью или частично: 377, или 27,2 %), «Твиттер» — 521 280 (удовлетворено: 51 810, или 9,94 %); «Гугл» («ЮТуб») получил жалобы на 465 784 сообщения (удовлетворено: 112 941, или 24,25 %). Это различие объясняется тем, что подать жалобу в рамках процедуры, предусмотренной законом о социальных сетях, в «Фейсбуке» гораздо сложнее, чем в других социальных сетях: для этого предусмотрен специальный формуляр, местонахождение которого неочевидно, и который предусматривает заполнение многочисленных полей, включая имя и «физический» адрес заявителя³³. Всё это не способствует росту числа жалоб. Также интересно, что большая часть сообщений во всех трёх сетях была удалена в течение 24 часов после поступления жалобы, то есть речь шла о сообщениях, «очевидно» нарушающих требования закона.

За весь 2018 год ФВЮ получило 714 жалоб на отказы сетей удалять те или иные сообщения; было инициировано 782 административных разбирательства (они могут начинаться и по инициативе самого ведомства)³⁴; ни одного судебного решения о незаконности сообщения или административного решения

о вынесении штрафа принято не было³⁵. Но угроза этого остаётся. Так, правительство подчёркивает, что, вопреки ожиданиям, существенная часть жалоб на отказ в удалении сообщений носит обоснованный характер и подлежит полноценной проверке³⁶. Заметим, что это утверждение находится в определённом противоречии с неоднократно делавшимися заявлениями о том, что отдельные нарушения сетями правил рассмотрения жалоб не являются поводом для наложения штрафа. В апреле 2019 года ФВЮ заявило, что оно готовит первое решение о назначении штрафа, отказавшись при этом назвать сеть — нарушительницу закона³⁷.

2. Восприятие закона

2.1. Реакция экспертов и мирового сообщества

Инициатива правительства о принятии закона о социальных сетях вызвала смешанную, большей частью скептическую реакцию в обществе. На слушаниях в профильном комитете Бундестага, прошедших незадолго до принятия закона, большая часть экспертов выразила серьёзную критику в отношении закона, включая тезис о его противоречии конституции³⁸. Научная служба аппарата Бундестага в своём заключении на текст законопроекта также сочла, что ряд его положений противоречат конституции³⁹. Большинство опубликованных комментариев экспертов были отрицательными в отношении закона целиком либо его отдельных важных положений⁴⁰.

³¹ См. отчёты компаний: URL: https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2018/07/facebook_netzdg_juli_2018_deutsch-1.pdf (дата обращения: 16.05.2019); https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2019/01/facebook_netzdg_januar_2019_deutsch52.pdf (дата обращения: 16.05.2019); <https://transparency.twitter.com/de.html> (дата обращения: 16.05.2019); <https://storage.googleapis.com/transparencereport/legal/netzdg/YT-NetzDG-TR-Bundesanzeiger-2018-06.pdf> (дата обращения: 16.05.2019); <https://storage.googleapis.com/transparencereport/legal/netzdg/YT-NetzDG-TR-Bundesanzeiger-latest.pdf> (дата обращения: 16.05.2019).

³² Точное число назвать невозможно, так как «Гугл» сообщает данные не о количестве жалоб, а о количестве обжалованных сообщений.

³³ *Löber L. I., Roßnagel A.* Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung: Bilanz nach den ersten Transparenzberichten // MMR. 2019. Н. 2. S. 71–76, 72. По мнению авторов цитируемой статьи, труднодоступность формуляра в случае «Фейсбука» означает нарушение требований закона о социальных сетях.

³⁴ См.: URL: <https://www.presseportal.de/pm/58964/4175374> (дата обращения: 16.05.2019).

³⁵ ВТ-D 19/7023, 15.01.2019. S. 5–6.

³⁶ ВТ-D 19/5389, 29.10.2018. S. 8.

³⁷ См.: URL: <https://meedia.de/2019/04/05/angeblich-verstoss-gegen-netzdg-in-100-faellen-justizamt-bereit-erstmalig-klage-gegen-soziales-netzwerk-vor/> (дата обращения: 16.05.2019).

³⁸ См.: URL: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw25-pa-recht-rechtsdurchsetzung/510328> (дата обращения: 16.05.2019).

³⁹ См.: Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit. WD 10-3000-040/17. 14.06.2017. S. 17. URL: <https://www.bundestag.de/resource/blob/517612/1aa3b04546f84e9b795bf22e5d2cda8a/WD-10-040-17-pdf-data.pdf> (дата обращения: 16.05.2019).

⁴⁰ Одна из немногих публикаций в пользу принятого закона: *Peifer K.-N.* Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die

Обеспокоенность выразили и представители международного сообщества. Уполномоченный ООН по вопросам свободы слова Дэвид Кэй опубликовал встревоженное послание, в котором указал на то, что новый закон противоречит статье 19 Пакта ООН о гражданских и политических правах, к которому Германия присоединилась в 1973 году⁴¹. Озабоченность в связи с принятием закона высказала и Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ)⁴². Организация «Репортеры без границ» выразила опасения, что механизм, предложенный законом, приведёт к удалению журналистских материалов без полноценной проверки их правомерности⁴³. Еврокомиссар по делам юстиции Вера Юрова заявила, что немецкий закон о социальных сетях не может быть примером для Европы⁴⁴.

Мы привыкли к тому, что в подобной ситуации оказываются страны определённого типа, включая Россию. Но времена меняются, и необходимо отказаться от устоявшихся клише. На текущий момент немецкая политическая элита проигрывает «пропагандистскую войну»⁴⁵ как внутри страны, так и в международном измерении. Это подталкивает её к использованию «административного ресурса». По этой причине инициативы в области регулирования Интернета, исходящие от немецкого правительственного блока, самого правительства либо партий, его поддерживающих, нужно рассматривать с настороженностью. Впрочем, то же самое справедливо и по отношению к инициативам оппозиционных партий, потому что в своей деятельности они ориентируются на собственные идеологические постулаты, которые могут не совпадать

с тем, что мы сочтём более правильным, и на обстоятельства сугубо тактического свойства — что партии выгодно с точки зрения ведения политической борьбы. Об этом подробнее ниже.

2.2. Реакция политических партий

Закон оказался в центре внимания политических партий, предоставив им повод ещё раз заявить о своих политических платформах. Этому содействовало то, что закон носит ярко выраженный *политический* характер. Поясним, что имеется в виду. Строго говоря, любой нормативный акт является в каком-то смысле политическим, потому что содействует развитию общества в определённом направлении, иными словами, способствует реализации политики определённого рода. Но если в отношении некоего закона существует консенсус, а следовательно, отсутствуют политические разногласия и не ведутся дебаты, то такой закон можно считать просто «юридическим». Закон о социальных сетях, напротив, является примером политического закона, так как выражает партикулярную политическую позицию, которую разделяют далеко не все.

«Водораздел» прошёл между теми, кто считает, что дискуссия в обществе должна вестись максимально свободно, и теми, кто полагает, что её нужно контролировать и ограничивать. Причины для того, чтобы занимать разные позиции, многообразны. Их можно разделить на *прагматические* и *идеологические*. Вначале несколько слов о последних. Можно считать свободу слова самоценностью либо, наоборот, полагать, что «плебс» не заслуживает того, чтобы его услышали, опять-таки не по каким-то прагматическим соображениям (борьба за власть и влияние и т. д.), а лишь в силу того, что «плебс» не заслуживает другого. Такая точка зрения может быть распространена в сословном или кастовом обществе. Неожиданно выяснилось, что в современном немецком обществе, несмотря на всю риторику о правах человека, всеобщем равенстве и т. д., отношение многих представителей политической и публицистической элиты к массам достаточно скептическое либо даже презрительное.

Прагматические причины заключаются в том, выигрывает ли на текущем этапе некая

selbstregulierte Vorzensur? — Zivilrechtliche Aspekte // Archiv für Presserecht (AIP). 2018. Н. 1. S. 14–23.

⁴¹ См.: URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf> (дата обращения: 16.05.2019).

⁴² См.: URL: <https://www.osce.org/fom/347651> (дата обращения: 16.05.2019).

⁴³ См.: URL: <https://www.reporter-ohne-grenzen.de/pressemittteilungen/meldung/netzdg-verabschiedung-einschnellschuss/> (дата обращения: 16.05.2019).

⁴⁴ См.: *Libor C. Kritik am NetzDG // AIP*. 2018. Н. 1. S. 37.

⁴⁵ Для обозначения информационно-идеологического противостояния получило распространение замечательное выражение «соревнование нарративов и ценностей» (BT-D 19/2224, 18.05.2018. S. 5).

политическая сила от максимально неограниченной свободы слова или нет. Как правило, это зависит от того, насколько сильны её аргументы, могут ли они говорить сами за себя. Если эти аргументы недостаточно убедительны, то такая политическая сила будет делать акцент *не на свободе, а на ответственности*, и наоборот.

Из всех партий, представленных в Бундестаге, «Альтернатива для Германии» (*далее* — АдГ) в наименьшей степени может рассчитывать на благосклонность со стороны системных средств массовой информации, а следовательно, в наибольшей степени заинтересована в альтернативных каналах коммуникации⁴⁶. Поэтому не стоит удивляться, что именно эта партия проявила наибольшую активность в критике закона. Так, практически сразу после выборов в Бундестаг 24 сентября 2017 года фракция партии АдГ, впервые прошедшей в федеральный парламент, внесла законопроект об отмене закона о социальных сетях⁴⁷. Конечно, это предложение не было поддержано, но свою позицию партия обозначила вполне однозначно. Критическое отношение к закону демонстрирует и Свободная демократическая партия (*далее* — СвДП), наиболее последовательно из всех системных партий представляющая идеологию классического либерализма и выступающая за минимизацию государственного вмешательства в жизнь общества, особенно если речь идёт об экономических аспектах. «Зелёные»⁴⁸ и «Левые»⁴⁹ выступили за частичную отмену либо модификацию закона.

Особенно у «Зелёных» заметно желание усилить борьбу с контентом в Интернете, который они считают по тем или иным причинам недопустимым⁵⁰.

Обсуждение закона используется в целях борьбы с политическими оппонентами, реальными или мнимыми. Так, «Зелёные» в своих запросах относительно реализации закона о социальных сетях интересуются, как правительство борется с правым экстремизмом⁵¹, а АдГ спрашивает то же самое, но уже в отношении левого экстремизма⁵². Фракции партий, входящих в правящую коалицию, — христианских демократов (ХДС/ХСС)⁵³ и социал-демократов (СДПГ), которые, собственно, и внесли закон, — напротив, не проявили никакой активности.

Важную роль в работе политической оппозиции в немецком парламенте — Бундестаге — играют «малые запросы» (нем.: *kleine Anfrage*), адресуемые правительству в письменной форме, ответы на которые вместе с вопросами публикуются на сайте Бундестага. Правом на подачу таких запросов обладает группа депутатов, составляющая не менее 5% от общего числа членов парламента, либо отдельная фракция, которая по определению соответствует этому условию (абзац 1 § 10, абзац 3 § 75, § 76, 104 Регламента Бундестага). Эти запросы являются излюбленным инструментом оппозиционных фракций, который помогает сразу решить две важные задачи. Во-первых, они используются для декларации собственной политической позиции, которая излагается в преамбуле запроса, а также отражается в формулировках вопросов. Во-вторых, они служат получению информации от правительства. Несмотря на политическую мотивацию этой деятельности, благодаря запросам оппозиционных фракций и правительственным ответам на них, ряд положений закона о социальных сетях прояснился, а также стали очевидны некоторые проблемы, связанные с конструкцией контрольного механизма, созданного на его ос-

⁴⁶ Интересно, что, отвечая на один из запросов фракции «Зелёных», правительство даже проявило определённое понимание таких устремлений: «Компьютерные и социальные средства коммуникации позволяют группам общества, у которых сложилось впечатление, что интересующие их вопросы недостаточно отражаются в классических средствах массовой информации, использовать другие «альтернативные» каналы коммуникации и даже распространять собственные новости [в данном пассаже речь шла о так называемых *фейковых* новостях. — А. Р.] и позиции. Это является также проявлением структурных изменений общественности, вызванных приходом Интернета, и происходящих одновременно с этим общественных и политических изменений» (ВТ-D 19/2224, 18.05.2018. S. 2–3).

⁴⁷ ВТ-D 19/81, 20.11.2017.

⁴⁸ ВТ-D 19/5950, 22.11.2018.

⁴⁹ ВТ-D 19/218, 11.12.2017.

⁵⁰ См., например, документ с громким названием «Правый популизм, правый экстремизм и политическая дезинформация в сети», ВТ-D 19/2224, 18.05.2018.

⁵¹ ВТ-D 19/2224, 18.05.2018. S. 9, 11.

⁵² ВТ-D 19/4295, 12.09.2018. S. 4.

⁵³ Христианско-демократический союз (ХДС) и Христианско-социальный союз (ХСС) традиционно образуют в Бундестаге единую фракцию.

нове. Точнее, более понятной стала позиция правительства в отношении этих моментов. Не исключено, что если бы эти положения интерпретировались судами, то результат оказался бы иным.

3. Анализ и критика отдельных аспектов закона о социальных сетях

3.1. Удаление сообщений, не нарушающих право (overblocking)

Главный недостаток закона, на который указывают почти все комментаторы, — это опасность удаления контента, не нарушающего право. Процедура, предусмотренная законом, особенно жёсткие сроки для принятия решений об удалении сообщений, вкупе с ощутимыми штрафами, как опасаются критики, подталкивают социальные сети к удалению сообщений в «серой зоне», в отношении которых существуют хоть какие-то сомнения об их совместимости с требованиями закона⁵⁴. Такой эффект принято именовать «overblocking» — английским термином, теперь используемым и в немецком языке в соответствующих текстах. Предполагаемое наличие этого эффекта позволяет говорить о противоречии закона конституционной свободе выражения мнений, закреплённой в абзаце 1 статьи 5 Основного закона Германии⁵⁵, и корреспондирующей ей конституционной свободе на получение информации⁵⁶.

Косвенно существование этого эффекта подтверждается статистикой применения закона в 2018 году. Полное отсутствие судебных решений о признании тех или иных сообщений противоречащими закону (получение которых происходит по инициативе ФВЮ) и решений о вынесении штрафа может свидетельствовать о том, что немецкие власти довольны тем, как социальные сети удаляют контент. Хотя сугубо теоретически излишняя борьба с контентом также должна была бы считаться нарушением⁵⁷, ни у кого не вызывает сомнений, что закон нацелен на облегчение удаления сообщений, а не на защиту позиций их авторов.

В литературе высказано мнение, что незначительная доля удовлетворённых жалоб (10–27 %) пользователей на контент свидетельствует об ответственном подходе компаний к их рассмотрению⁵⁸. Однако делать такой вывод только на основании этих данных нельзя. Возможно, эти цифры говорят лишь о том, что преобладающее число жалоб «очевидно» не обосновано. Мы не можем ничего сказать о качестве положительных решений об удалении контента.

3.2. Приватизация цензуры⁵⁹ или национализация «Фейсбука»?

Многие критики указывают на то, что закон «приватизирует» правоприменение, передавая частным компаниям вопросы, которые до сих пор решали (уголовные) суды⁶⁰. Тем

⁵⁴ См., например: BT-D 18/12727, 14.06.2017. S. 17; Nolte G. Op. cit. S. 556; Holznapel B. Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Eine kritische Bestandsaufnahme aus internationaler Sicht. S. 623; Müller-Franken S. Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? — Verfassungsrechtliche Fragen // AiP. 2018. H. 1. S. 1–14, 7–8, 10.

⁵⁵ См., например: Ladeur K.-H., Gostomzyk T. Op. cit. S. 80–85; Papier H.-J. Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft // NJW. 2017. H. 42. S. 3025–3031, 3030; Kalscheuer F., Hornung C. Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz — Ein verfassungswidriger Schnellschuss // Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ). 2017. H. 23. S. 1721–1725, 1722–1724.

⁵⁶ На это особо обращено внимание в: Liesching M. Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG: Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte // MMR. 2018. H. 1. S. 26–30, 27–28.

⁵⁷ См.: Guggenberger N. Op. cit. S. 2580.

⁵⁸ Löber L.-I., Roßnagel A. Op. cit. S. 73.

⁵⁹ Слово «цензура» используется в данном случае не только как метафора и поэтому не взято в кавычки. В литературе обращается внимание на то, что закон о социальных сетях, возможно, находится в конфликте с конституционным запретом цензуры (предложение 3 абзаца 1 статьи 5 Основного закона), см.: Liesching M. Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG. S. 28–29.

⁶⁰ BT-D 19/81, 20.11.2017. S. 2; BT-D 19/218, 11.12.2017. S. 5; Heckmann D., Wimmers J. Stellungnahme der DGRI zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG) // CR. 2017. H. 5. S. 310–316, 313–314; Müller-Franken S. Op. cit. S. 7. Иное мнение, согласно которому произвол частных компаний при удалении контента, напротив, ограничивается, высказывается в: Peifer K.-N. Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die

самым пользователи — авторы удаляемых сообщений — теряют ряд возможностей по защите своих прав, которые им предоставляет публичное право⁶¹. При рассмотрении таких дел уголовными судами используется не только собственно уголовное право, но и позиции в отношении свободы слова, выработанные Федеральным конституционным судом Германии. Отход от этого правила грозит отменой решения⁶². Высказанные опасения касались скорее даже не того обстоятельства, что сети, являясь частными субъектами, не будут применять позиции конституционного суда, а того, что это окажется затруднительным в ходе последующей проверки решений сетей гражданскими судами.

Здесь необходимо кратко изложить немецкую доктрину в отношении *пределов действия* основных (конституционных) прав. Эти права по умолчанию действуют непосредственным образом лишь в отношениях между гражданами и публичной властью. В отношениях между частными субъектами основные права могут применяться опосредованно или косвенно (нем.: *mittelbare Drittwirkung*). Степень их влияния на толкование права в гражданско-правовых отношениях различна в разных категориях дел и зависит от позиций Федерального конституционного суда. В частности, он поддерживает более интенсивное вовлечение института основных прав в случаях, когда частные субъекты обладают разными фактическими возможностями в спорной сфере либо когда речь идёт о жизненно важных интересах лица, пытающегося обосновать свои позиции ссылкой на основное право. Примерами таких сфер являются отношения между квартиросдатчиками и квартиросъёмщиками⁶³ либо отношения между спортивными клубами, с одной сторо-

ны, и болельщиками, которым может быть вынесен индивидуальный запрет на посещение стадиона, с другой стороны⁶⁴. Сюда относятся и отношения, связанные с распространением и получением информации⁶⁵. Во всех этих случаях конституционный суд вынес решения, усиливающие правовое положение одних граждан в их отношениях с другими гражданами либо частными организациями (в последнем из упомянутых выше решений — по делу *Fraport* — речь шла о компании, контрольный пакет акций которой находился в руках государства). Эти позиции конституционного суда учитываются гражданскими судами при разрешении дел.

Текущая судебная практика в Германии показывает, что социальные сети могут частично потерять контроль за толкованием своих собственных правил использования предлагаемых ими сервисов. В 2018 году был принят ряд решений, в которых суды сочли, что конституционное право пользователей сетей на свободу выражения мнений в конфликте с правами самих сетей должно получить приоритет⁶⁶. Таким образом, существует тенденция по приближению уровня связанности сетей основными правами к уровню, характерному для государственных органов власти, хотя это «приближение» не должно означать уравнивание⁶⁷. Получит ли эта тенденция дальнейшее развитие — неясно. Ситуация отличается от той, которая рассматривалась в основополагающем решении Фе-

selbstregulierte Vorzensur? — Zivilrechtliche Aspekte. S. 20.

⁶¹ См.: Müller-Franken S. Op. cit. S. 6–7.

⁶² Недавним примером этого послужило удовлетворение конституционной жалобы лица, осуждённого по § 130 УК Германии (возбуждение ненависти по национальному и прочим признакам). См.: Bundesverfassungsgericht (*далее* — BVerfG). 1 BvR 2083/15. Kammerbeschluss vom 22. Juni 2018. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20180622_1bvr208315.html (дата обращения: 16.05.2019).

⁶³ BVerfG. *Besitzrecht des Mieters*. 1 BvR 208/93 (E 89, 1). Beschluss vom 26. Mai 1993.

⁶⁴ BVerfG. *Stadionverbot*. 1 BvR 3080/09 (E 140, 317). Beschluss vom 11. April 2018. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20180411_1bvr308009.html (дата обращения: 16.05.2019).

⁶⁵ BVerfG. *Fraport*. 1 BvR 699/06 (E 128, 226). Urteil vom 22. Februar 2011. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20110222_1bvr069906.html (дата обращения: 16.05.2019).

⁶⁶ Из последних решений — решение окружного земельного суда Мюнхен: OLG München. 18 W 1294/18. Beschluss vom 24. August 2018; и в ещё более выраженном виде — решение земельного суда Бамберг: LG Bamberg. 2 O 248/18. Urteil vom 18. Oktober 2018.

⁶⁷ См., например: Holznapel D. *Overblocking durch User Generated Content (UGC) — Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?* // CR. 2018. Н. 6. S. 369–378, 371–372; Spindler G. *Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke: Eine Untersuchung der zivil- und verfassungsrechtlichen Grundlagen* // CR. 2019. Н. 4. S. 238–247, 242–244.

дерального конституционного суда по делу *Fraport*, где гражданам противостояло формально частное предприятие со значительным государственным участием⁶⁸. В случае же социальной сети, такой, например, как «Фейсбук», речь идёт об однозначно частной компании, которая потенциально может с большим успехом ссылаться на свои конституционные права. Однако в одном из своих последних решений Конституционный суд косвенно признал, что социальные сети могут быть адресатами требований, основанных на конституционных правах граждан⁶⁹.

Критическая оценка «приватизации» правоприменения основывается и на том, что частные интернет-компании объективно не являются наилучшими хранителями прав и свобод человека. Они ориентируются в первую очередь на соображения экономической целесообразности. Характерно, что, несмотря на критику, высказанную в ходе принятия закона о социальных сетях, ни одна из компаний, попавших в сферу его действия, не подала конституционную жалобу на него⁷⁰.

3.3. «Удвоение» процедуры

Ряд вопросов депутатов касался проблем, вызванных «удвоением» процедур. Одни и те же нормы материального уголовного права должны теперь толковаться и применяться в разном порядке. С одной стороны, это классический уголовный процесс, построенный на принципах соревновательности, с другой — это максимально «оптимизированная» процедура по закону о социальных сетях.

3.3.1. Дела частного обвинения

Среди уголовных составов, перечисленных в абзаце 3 § 1 Закона о сетях, есть дела частного обвинения. Уголовное расследование по ним возбуждается по инициативе лиц, являющихся потерпевшими. Фракция АдГ в сво-

ём запросе интересовалась, могут ли подавать жалобы на сообщения, нарушающие эти параграфы, любые лица, в том числе не относящиеся к кругу потерпевших⁷¹. Правительство дало положительный ответ. С точки зрения правительства, это различие не означает противоречия, так как Уголовный кодекс и закон о социальных сетях преследуют разные цели. В чём заключается эта разница, правительство попыталось разъяснить, отвечая позднее на аналогичный вопрос фракции СвДП⁷². Изложим эту позицию.

В случае уголовного преследования отсутствие заявления потерпевшего по делам частного обвинения представляет собой процессуальное препятствие для проведения расследования. Однако это не означает, что завершённый состав преступления отсутствует. В силу этого, как правило, сохраняется и нарушение общественной безопасности и порядка. По этой причине удаление такого сообщения в соответствии с законом о социальных сетях, даже при отсутствии заявления пострадавшего лица, по мнению правительства, не находится в противоречии с ситуацией, возникающей в рамках уголовного процесса.

Немецкое общество права и информатики в своём заключении отрицательно отнеслось к включению в список составов § 185 УК, предусматривающего уголовное наказание за оскорбление. Авторы заключения прогнозировали поток жалоб лиц, посчитавших себя оскорблёнными⁷³.

Однако реальность может оказаться ещё хуже. Этот состав относится к числу дел частного обвинения, что представляется обособленным: считать себя оскорблённым или нет, это индивидуальное право (личное дело) человека. Но по закону о социальных сетях эта «монополия» ликвидируется. Можно предположить, что найдётся некоторое количество людей, которые будут целенаправленно просматривать обсуждения в сетях на предмет высказываний, выходящих за пределы речей «кисейных барышень», и писать на них жалобы.

В принципе, подобные ожидания оправдались. Например, у «Твиттера» именно жалобы по поводу оскорблений оказались на

⁶⁸ См. комментарий к решению LG Bamberg в: *Knebel S. V. Anmerkung [zum LG Bamberg] // MMR. 2019. N. 1. S. 59–60.*

⁶⁹ BVerfG. 1BvQ 42/19. Beschluss vom 22. Mai 2019. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20190522_1bvq004219.html (дата обращения: 28.05.2019).

⁷⁰ На это обращено особое внимание в: *Löber L. I., Roßnagel A. Op. cit. S. 71.*

⁷¹ BT-D 19/355. 29.12.2017. S. 9.

⁷² BT-D 19/7023. 15.01.2019. S. 4.

⁷³ *Heckmann D., Wimmers J. Op. cit. S. 314.*

первом месте, опередив даже крайне популярный «политический» состав § 130 УК: оскорбление (§ 185 УК) — 156 442 жалобы, или 30,01 % от общего числа, возбуждение ненависти (§ 130 УК) — 151 886 жалоб, или 29,14 %. «Фейсбук» спасло лишь то, что эта сеть, как уже говорилось, предложила максимально неудобный способ подачи жалоб. Но и здесь жалобы на нарушение § 185 оказались на первом месте.

На эту проблему есть и другая, противоположная, точка зрения. Фракция партии «Зелёных» в своих предложениях об улучшении закона о социальных сетях высказалась за де-факто отмену дел частного обвинения, предложив расширение полномочий прокуратуры по проведению уголовных расследований по таким делам, если они связаны с Интернетом⁷⁴. В этой позиции органично проявилась склонность «Зелёных» к централистским и патерналистским решениям социальных проблем и связанному с этим ограничению личной свободы граждан.

3.3.2. А судьи кто?

В одном из запросов фракция АдГ интересовалась тем, какова должна быть профессиональная квалификация лиц, принимающих решения по жалобам на сообщения в рамках закона о социальных сетях⁷⁵. Должны ли, например, эти лица иметь «квалификацию, позволяющую занимать должность судьи» (нем.: *Befähigung zum Richteramt*)? Этим термином обозначается квалификация полноценного юриста, сдавшего так называемый Второй государственный экзамен, что является обязательным условием для выполнения классических юридических функций — работы адвокатом, судьёй или сотрудником прокуратуры. Смысл вопроса заключался в том, что, в отличие от уголовного расследования, решения по параграфам УК в рамках процедуры, предусмотренной законом о социальных сетях, будут принимать лица, такой квалификацией не обладающие, а возможно, вообще не имеющие какого бы то ни было высшего образования. Правительство дало весьма уклончивый ответ на этот вопрос.

В прессе были публикации о непростых условиях, в которых трудятся сотрудники социальных сетей и уполномоченных ими компаний, занимающиеся контролем контента⁷⁶. Они работают под давлением жёстких нормативов, например, рядовой сотрудник должен оценить в течение рабочего дня порядка 2 000 сообщений. В силу серьёзной психической нагрузки и невысокой оплаты эти позиции часто занимают люди, не имеющие возможность получить какую-либо другую, более достойную работу. В некотором роде речь идёт даже не о пролетариях, а о подёнщиках психического труда. Но даже если сообщения, нарушающие требования немецкого закона о социальных сетях, обрабатываются в ином порядке, чем иные, «массовые» сообщения⁷⁷, уровень такой обработки не сопоставим с тем, что происходит в рамках судебной процедуры.

3.3.3. Две практики

Тему дублирования можно завершить следующими соображениями. Юристы привыкли к дублированию норм материального права. Например, понятия собственности в уголовном и гражданском праве могут не совпадать, и квалифицированный юрист учитывает это. Однако ситуация, когда для применения одной и той же нормы материального права существуют разные процедуры, может приводить к неожиданным эффектам.

Если бы, как прогнозировало немецкое правительство, в рамках закона о социальных сетях принималось 100 судебных решений в год о признании того или иного сообщения противоречащим нормам Уголовного кодекса, то это неизбежно привело бы к формированию набора подходов к решению этого вопроса. Эта судебная практика, возможно, отличалась бы от практики уголовных судов. Причины такого отклонения заложены в различии процедур. Уголовный процесс — это полноценный соревновательный судебный

⁷⁴ ВТ-D 19/5950, 22.11.2018. S. 8.

⁷⁵ ВТ-D 19/355, 29.12.2017. S. 4–5.

⁷⁶ Krause T., Grassegger H. Inside Facebook: So arbeitet das Arvato-Löschtteam // *Süddeutsche Zeitung*. 2016. 15. Dezember. URL: <https://www.sueddeutsche.de/digital/exklusive-sz-magazin-recherche-inside-facebook-1.3297138> (дата обращения: 16.05.2019).

⁷⁷ См. отчёты сетей за июль–декабрь 2018 года: «Фейсбук», с. 5–7; «ЮТуб», с. 18–19.

процесс с участием защиты, которая предлагает собственные аргументы. Решения судов первой инстанции, как правило, могут быть пересмотрены вышестоящими судами. Процедура же вынесения судебного решения по закону о социальных сетях максимально упрощена. Проведение устного судебного разбирательства не обязательно, судья может вынести решение исключительно на основании изучения письменных аргументов сторон, в числе которых закон называет обращение Ведомства по делам юстиции и ответ социальной сети; позиция автора рассматриваемого сообщения может вообще остаться неизвестной и неисследованной⁷⁸. Рассмотрение этой категории дел находится в компетенции суда, рассматривающего жалобы на решения об административных штрафах, выносимые ФВЮ. Это также может содействовать появлению различий в практике, причём весьма вероятно, что тенденция будет заключаться в понижении порога, по достижении которого сообщения признаются противоречащими уголовному праву. В подобных условиях нельзя было исключать, что это приведёт и к снижению такого порога в судебной практике уголовных судов. Если этого не произойдёт, и обе ветви практики укоренятся, то ситуация станет вообще абсурдной: вопрос о противоправности одного и того же сообщения на основании одной и той же нормы материального права будет решаться неодинаково. Возникнут два разных понимания противоправности⁷⁹. Такой феномен требует более глубокого теоретического осмысления.

3.4. Вездесущий пользователь

Настоящей проблемой немецкой юридической дискуссии в области Интернета стало словоупотребление. Официальные документы — пояснительные записки к законопроектам, запросы фракций, ответы правительства на них — насыщены англоязычным, а также

публицистическим жаргоном: «hate speech» (нем.: Hasskriminalität), «fake news» (нем.: Falschnachrichten), «notice-and-take-down», «put-back», «compliance», «social bots» и т.д. Эти термины не используются в немецком законодательстве, и их юридическое значение остаётся туманным⁸⁰. Этой проблеме было посвящено несколько вопросов в запросах оппозиционных фракций⁸¹.

Отдельную проблему текста закона о социальных сетях представляет вездесущий «пользователь» (нем.: Nutzer, калька с англ.: user). Этим понятием обозначаются физические лица, использующие сети разными способами, не обязательно являясь их участниками. На беду, эти лица одновременно выступают в юридических ролях, существующих параллельно с их статусом пользователей, таких как заявитель жалобы либо его оппонент. Это смешение создаёт загадки, разрешение которых возможно лишь с использованием контекста и сопровождающих это догадок. Так, в одной, упомянутой выше, норме говорится о том, что если решение о правомерности сообщения зависит от фактических обстоятельств, то «в этом случае до принятия решения социальная сеть может предоставить пользователю возможность высказать свою позицию» (подпункт «а» пункта 3 абзаца 2 § 3 Закона о сетях). Какой из пользователей — заявитель жалобы или автор обжалуемого сообщения — точно имеется в виду, остаётся непонятным, но литература склоняется к тому, что речь идёт о последнем⁸².

В ряде других норм сталкиваются два «мира»: в одной фразе одновременно упоминаются «заявитель» (нем.: Beschwerdeführer) и уже знакомый нам «пользователь», хотя заявитель — тоже пользователь. Здесь происходит нарушение иерархии понятий или принципа, в соответствии с которым перечисление и сравнение объектов должно происходить по одному и тому же признаку, существующему на определённом уровне понятийной класси-

⁷⁸ В силу своей урезанности процедура получения предварительного судебного решения нарушает конституционный принцип на право изложить свою позицию в суде (абзац 1 статьи 103 Основного закона), см.: Heckmann D., Wimmers J. Op. cit. S. 314.

⁷⁹ В немецкой литературе действительно приводится идея о том, что противоправность по закону о социальных сетях отличается от противоправности по УК, см.: Höld F. Op. cit. S. 792.

⁸⁰ См., например: Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit. S. 12–13.

⁸¹ См., например: BT-D 19/2224, 18.05.2018. S. 2–3, 8; BT-D 19/6078, 28.11.2018. S. 3–4; BT-D 19/8056, 27.02.2019. S. 2.

⁸² См., например: Guggenberger N. Op. cit. S. 2581.

фикации. Эта ошибка демонстрируется в известном шуточном высказывании: летят два крокодила, один зелёный, другой — в Африку.

Судя по всему, немецкий законодатель решил «оптимизировать» словоупотребление. Если слово «пользователь» используется изолированно, то оно относится ко всем лицам, во всех возможных юридических ролях. Если же оно стоит рядом с понятием «заявитель жалобы», то оно обозначает его оппонента⁸³. Такая оптимизация вряд ли является предметом для подражания.

Российский законодатель имеет склонность к противоположному подходу. Во многих российских законах используется «копи-паст»: дефиниция определённого понятия, порой довольно длинная, вставляется повсеместно, где это понятие используется. Это «раздувает» тексты нормативных актов и делает их нечитабельными.

3.5. Асимметрия процедуры

Заявитель жалобы и пользователь столкнулись вовсе не случайно. Законодатель не мог использовать для обозначения оппонента заявителя стандартный парный термин «ответчик по жалобе» (нем.: *Beschwerdegegner*). Эту пару понятий можно использовать лишь при описании полноценного соревновательного процесса, в котором решается вопрос об удовлетворении жалобы, и обе стороны наделены равными процессуальными правами. Процедура по закону о социальных сетях, напротив, носит однобокий, асимметричный характер. Права потенциального ответчика по жалобе минимизированы, его участие носит факультативный характер⁸⁴. В этом реализу-

ется смысл закона — облегчить процедуру удаления сообщений. Их авторам правительство предлагает использовать обычные механизмы судебной защиты через гражданские суды⁸⁵. В 2018 году было инициировано несколько таких дел⁸⁶, которые закончились с переменным успехом для истцов. Предметом этих разбирательств являются договорные гражданско-правовые отношения между социальными сетями и их пользователями. Хотя есть признаки того, что суды действительно готовы защищать позиции пользователей сетей, в силу высоких судебных издержек⁸⁷ в подавляющем большинстве случаев авторы удалённых сообщений избегают данного способа защиты своих прав⁸⁸.

Позицию немецкого правительства в этом вопросе нельзя считать убедительной. С одной стороны, говорится о важном значении социальных сетей для общества, чем оправдывается государственное вмешательство и применение публичного права. С другой стороны, как только речь заходит о правах авторов удаляемых сообщений, отношения последних с сетями оказываются сугубо гражданско-правовыми, от участия в которых исполнительная власть старается уйти, несмотря на то что она в то же время оказывает мощный прессинг на социальные сети, заставляя их удалять больше контента, чем они удаляли бы будучи «рядовыми» субъектами гражданского правооборота.

Признавая тот факт, что стандартные судебные процедуры слишком затратны, критики предлагают разными способами выправить асимметрию. Например, было предложено дополнить закон о социальных сетях положениями «зеркального» характера, которые регулировали бы в схожем ключе жалобы на удаление сообщений⁸⁹. Распространение получило и предложение о создании

⁸³ Ключиком к такой интерпретации является формулировка пункта 9 абзаца 2 § 2 Закона о социальных сетях, согласно которой отчёт социальной сети, в частности, включает информацию о «мер[ах] по информированию о решении относительно жалобы её заявителя, а также *пользователя* [курсив мой. — А.Р.], для которого [сетью] было сохранено обжалованное сообщение». См.: *Eifert M. Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen: Zur Veränderung des Umgangs von Recht und Politik mit dem Internet // NJW. 2017. Н. 20. S. 1450–1454, 1452.*

⁸⁴ Сети предоставили следующие данные о том, как часто в течение 2018 года они обращались за разъяснениями к авторам обжалованных сообщений: «Фейсбук» — 12, «Твиттер» — 12, «ЮТуб» — 0.

⁸⁵ ВТ-D 19/5389, 29.10.2018. S. 3–4.

⁸⁶ См. список: *Ibid.* S. 4.

⁸⁷ См.: *Holznapel D. Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz? S. 378.*

⁸⁸ См.: *Nolte G.* *Op. cit.* S. 559. Автор цитируемой статьи, работающий юристом в немецком отделении «Гугла», на момент её написания ни разу не сталкивался с делами, когда бы пользователь обратился в суд с претензией на удаление его контента.

⁸⁹ См.: *Peukert A. Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit in sozialen Netzwerken: Vorschlag für*

специальной инстанции для рассмотрения жалоб авторов удалённых сообщений (англ.-нем.: Clearingstelle)⁹⁰.

3.6. Нарушение принципа равенства

Как уже говорилось при представлении содержания закона, из сферы его действия выведены сетевые средства массовой информации. Тем более он не действует в отношении классических масс-медийных форматов, периодической печати и телерадиовещания. Для того чтобы добиться удаления сообщения в СМИ, необходимо обращение в суд. И здесь высокие судебные издержки являются препятствием для потенциальных истцов. Кроме того, сроки разбирательства могут оказаться достаточно длительными, особенно с учётом возможного пересмотра дела. Хотя существует юридическая возможность достаточно оперативно добиться временного судебного решения (нем.: einstweilige Verfügung) о прекращении распространения сообщения, это также требует определённых усилий и затрат со стороны заинтересованного лица. Такой подход считается нормальным проявлением принципа правового государства, его использование возможно и в отношении сетевых компаний⁹¹, но в эпоху массового выхода «в сетевой эфир» обычных граждан подобные процедуры начинают восприниматься как слишком громоздкие⁹².

Однако для печати действуют прежние представления о правовых гарантиях. Это подтвердил в двух недавних решениях Федеральный конституционный суд, дав отрицательную оценку практике, сложившейся в ряде гражданских судов, которые рассматривали дела о принятии временного решения без участия ответчика, например, печатного орга-

на, сообщение в котором является предметом жалобы. Конституционный суд посчитал это, за исключением редких специфических ситуаций, когда необходима максимально оперативная реакция, нарушением конституционного принципа процессуального равенства сторон⁹³. На этом фоне факультативность участия автора сообщения, на которое подана жалоба в рамках закона о социальных сетях, начинает выглядеть особо вызывающе.

Классические средства массовой информации оказываются в привилегированном положении по сравнению с обычными гражданами, использующими социальные сети для распространения своих мнений. Это затрагивает «невралгическую точку» немецкого конституционного права, а именно вопрос о соотношении общей свободы слова для всех и каждого и специальных свобод для профессиональных средств массовой информации⁹⁴. На теоретическом уровне он так и не получил общепризнанного решения, а появление Интернета лишь усложнило эту ситуацию.

Практический итог этого различия в правовых режимах заключается в том, что в случае проверки закона о социальных сетях в конституционном суде существует вероятность того, что он будет признан противоречащим конституции ввиду нарушения конституционного принципа равенства (статья 3 Основного закона Германии)⁹⁵.

3.7. Политика вместо правоприменения

3.7.1. А штраф подкрался незаметно...

Фракция «Левых»⁹⁶, а позднее фракции АдГ⁹⁷ и СвДП⁹⁸, интересовались, существует ли список сетей, которые подпадают под дейст-

eine Ergänzung des NetzDG um sog. Put-back-Verfahren // MMR. 2018. Н. 9. S. 572–578.

⁹⁰ См.: ВТ-D 18/12727, 14.06.2017. S. 17.

⁹¹ См.: Peifer K.-N. Fake News und Providerhaftung: Warum das NetzDG zur Abwehr von Fake News die falschen Instrumente liefert // CR. 2017. Н. 12. S. 809–813, 811.

⁹² «При этом речь идёт о таком числе случаев, которое усложняет до невозможного их разрешение с той степенью глубины, которую обеспечивает индивидуальный судебный процесс», — как высказалась представительница фракции ХДС/ХСС Э. Винкельмайер-Беккер во время обсуждения проекта закона о социальных сетях, см.: ВТ-D 18/235, 19.05.2017. S. 23850.

⁹³ См.: BVerfG. 1 BvR 1783/17. Kammerbeschluss vom 30. September 2018. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20180930_1bvr178317.html (дата обращения: 16.05.2019); 1 BvR 2421/17. Kammerbeschluss vom 30. September 2018. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20180930_1bvr242117.html (дата обращения: 16.05.2019).

⁹⁴ См. подробнее: Румянцев А. Указ. соч. С. 59–61.

⁹⁵ См.: Ladeur K.-H., Gostomzyk T. Op. cit. S. 92–93; Liesching M. Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG. S. 28.

⁹⁶ ВТ-D 18/12220, 03.05.2017. S. 7.

⁹⁷ ВТ-D 19/355, 29.12.2017. S. 2.

⁹⁸ ВТ-D 19/7023, 15.01.2019. S. 2.

вие закона о социальных сетях. Позиция правительства заключается в том, что ответ на вопрос о том, попадает ли определённая сеть в сферу действия закона, должен даваться в ходе административного расследования, проводимого ФВЮ.

Мы можем реконструировать сценарий применения этого закона, отвечающий представлениям правительства. Вначале становится известно, что некая социальная сеть не создала механизма по обработке жалоб, отвечающего требованиям закона, либо на отказы сети удалять сообщения поступает достаточно большое число жалоб. ФВЮ возбуждает административное расследование, в рамках которого устанавливается наличие признаков, позволяющих отнести данную компанию к операторам социальных сетей согласно определению, данному в законе. В частности, имеет место коммерческий интерес, и число зарегистрированных пользователей в Германии превышает 2 млн. Если какой-то из этих признаков отсутствует, например, число пользователей оказывается меньше 2 млн, то дело прекращается, иначе возможно вынесение штрафа. Изъёмом этой схемы является то обстоятельство, что социальная сеть узнаёт о том, что ей нужно было выполнять обязанности согласно закону о сетях, уже после совершения деяний, представляющих состав правонарушения. Конечно, можно говорить о том, что сеть должна точно знать, каково число её пользователей. Но на практике определить страну нахождения пользователя не всегда просто⁹⁹, и разные методики оценки могут давать неодинаковые результаты.

Проблема классификации участников и организаторов информационного обмена в Интернете не нова. Особое значение она приобретает в тех случаях, когда на определённые субъекты возлагаются дополнительные обязанности. Например, информационные ресурсы, использующие Интернет, могут подпадать под критерии для отнесения их деятельности к телерадиовещанию, что делает необходимым получение лицензии. Так как разграничение представляет собой непростую задачу, немецкое законодательство предусматривает возможность получить в компетентном органе решение о классификации

конкретного сервиса (предложение 3 абзаца 2 § 20 Государственного договора о телерадиовещании). Ничего подобного закон о социальных сетях не предусматривает, а позиция правительства лишь усиливает интригу. Можно даже предположить, что за кулисами немецкие чиновники ведут переговоры с рядом сетей на предмет их включения в сферу действия закона явным образом в том случае, если они откажутся выполнять предложения правительства об удалении контента.

3.7.2. Индивидуальный закон

Как уже говорилось, по оценке немецкого правительства, в сферу действия закона попадают около 10 сетей, причём обязанность публиковать отчёты должна была возникнуть только у трёх. Даже если бы закон не содержал указание на границу в 2 млн пользователей, то число социальных сетей с универсальной тематической направленностью вряд ли стало бы намного больше. Это является следствием тех закономерностей, которые действуют в Интернете.

В некоторых своих проявлениях Интернет выглядит как «двуликий Янус». С одной стороны, максимально снижен *порог вхождения*. Затраты — финансовые, трудовые, организационные — для того, чтобы создать интернет-ресурс, который будет потенциально доступен во всём мире, минимальны. Это даёт шанс отдельным гражданам, небольшим организациям и компаниям заявить о себе и потенциально может обеспечить невиданное до сих пор разнообразие информационных продуктов, мнений и т.д. С другой стороны, существует так называемый *сетевой эффект*¹⁰⁰. Он является логичным продолжением общедоступности сетевых ресурсов. Если в мировом Интернете существуют два сравнимых по функциональности сервиса, то один из них, более слабый, в долгосрочной перспективе имеет мало шансов на продолжение своей деятельности. Так, во второй половине 1990-х годов существовало несколько поисковых машин, чьи названия мы теперь

⁹⁹ Например, из-за использования прокси-серверов.

¹⁰⁰ Этот термин используется для обозначения ряда взаимосвязанных закономерностей, наблюдаемых у социальных структур с сетевой топологией. В этой статье термин обозначает один из аспектов, имеющий значение для неё.

даже вряд ли сможем вспомнить¹⁰¹. Для сохранения более слабых сервисов необходимы партикулярные, субъективные причины. Например, поисковая машина «Бинг» (Bing) многие годы субсидировалась её владельцем — компанией «Майкрософт» (Microsoft)¹⁰². Китайские интернет-компании существуют в изолированном от мирового Интернета пространстве, и непонятно, смогут ли они выдержать конкуренцию с американскими сервисами в случае открытия «Великого китайского файервола». Российская ситуация является по-своему уникальной, и о ней будет сказано ниже.

Вызванная сетевым эффектом *монополизация* приводит к тому, что закон, регулирующий какие-то вопросы Интернета, может реально иметь одного главного адресата, что выражается в названиях таких законов, которые им даёт народная молва и публицистика. Так, известны законы «О «Гугле»», с помощью которых некоторые европейские страны пытаются заставить американскую поисковую машину поделиться прибылями от рекламы. Рассматриваемый здесь немецкий закон о социальных сетях получил в просторечии название закона «О «Фейсбуке»»¹⁰³.

В теории права существует настороженное отношение к законам и, вообще, нормам индивидуального применения, потому что они ставят под сомнение такое свойство закона, как действие в отношении заранее неопределённого круга лиц. Конечно, в явном виде индивидуальность нормативного акта проявляется в тех случаях, когда адресат назван по имени, историческими примерами чего были положения, запрещающие представителям свергнутых монархических династий возвращаться в свою страну. Но в случае, если индивидуальность обусловлена исключительно обстоятельствами фактического плана, это нельзя не учитывать. Возникает вопрос, а не лучше ли было бы договориться с адресатом планируемого закона? Немецкое правитель-

ство, собственно, и пыталось это сделать, но потерпело неудачу¹⁰⁴.

В этой связи можно выдвинуть следующий тезис: если число потенциальных адресатов нормы уменьшается до минимума, то *правоприменение* превращается в *политику*. В данном случае пара «юридический» — «политический» приобретает смысл, отличный от того, в котором она использовалась выше. Здесь «политический» означает отвечающий представлениям высшей (как правило, но не всегда исполнительной) власти о *целесообразности*.

Этот тезис можно проиллюстрировать с помощью примеров из немецкого и российского опыта. В обеих странах на «передней линии фронта» оказались исполнительные органы федеральной власти. Наблюдая за действиями немецкого ФВЮ и российского Роскомнадзора, нельзя избавиться от впечатления, что они постоянно «ходят по лезвию бритвы». Немецкое правительство подчёркнуто дистанцируется от действий ФВЮ, придавая этому ведомству видимость самостоятельности¹⁰⁵ и одновременно возлагая на него ответственность за принимаемые решения. Российский Роскомнадзор также уже давно превратился в излюбленный объект критики, несмотря на свой скорее «технический» характер.

По немецкому закону о социальных сетях ФВЮ является единственным органом, который может налагать штрафы. В России, напротив, существует множество органов, которые могут инициировать блокировки. Тем самым нарушается правило, согласно которому ограниченному числу адресатов норм должно противостоять ограниченное число правоприменителей. Это помогает самой власти избежать разнобоя и консолидировать действия в отношении интернет-компаний. Правда, попытка такой консолидации всё же предпринята, и блокировки по причинам, возникающим

¹⁰¹ Например: altavista.com, infoseek.com.

¹⁰² Bing был создан в 2009 году и начал приносить прибыль лишь в 2015 году. На текущий момент ему принадлежат около 9 % мирового рынка поисковых услуг. См.: URL: <https://arstechnica.com/gadgets/2017/08/bing-is-bigger-than-you-think-microsoft-boasts-at-33-of-us-searches/> (дата обращения: 16.05.2019).

¹⁰³ BT-D 19/2250, 06.06.2018. S. 22.

¹⁰⁴ См. доклад правительства Германии о ситуации в области массовой информации и коммуникации, BT-D 19/6970, 14.01.2019. S. 8–9.

¹⁰⁵ Однако это не убеждает критиков, которые, указывая на то, что ФВЮ находится в подчинении Федерального министерства юстиции, высказывают опасение, что характер борьбы с незаконным контентом будет зависеть от того, какие политические силы будут контролировать это министерство, см.: Nolte G. Op. cit. S. 561.

в политически чувствительных областях¹⁰⁶, проводятся по инициативе Генерального прокурора или его заместителей.

До сих пор ФВЮ ни разу не обратилось в суд для получения предварительного решения об оценке контента. Одной из возможных причин для этого является риск того, что суд может приостановить рассмотрение дела и обратиться в Конституционный суд с запросом о конституционности применяемого закона, в данном случае закона о социальных сетях¹⁰⁷. С учётом той критики, которой был подвергнут закон, такой сценарий не является абсолютно невозможным. Российский опыт блокировок сайтов в Интернете по решениям судов нижнего звена скорее запомнился в негативном ключе¹⁰⁸. Здесь мы, с одной стороны, видим разную роль, которую играют суды, но с другой — выясняется, что судебные процедуры даже в столь разных обстоятельствах оказываются не лучшим инструментом для реализации политических намерений власти.

Правда, в Германии для консолидации полномочий по контролю за Интернетом на федеральном уровне существует одно принципиальное препятствие: согласно конституции издание законов по регулированию содержательных вопросов коммуникации в обществе находится в компетенции земель. В стране нет федерального закона о печати, а телерадиовещание регулируется так называемым государственным договором (нем.: *Staatsvertrag*), заключённым между землями. Приняв закон о социальных сетях, регулирующий преимущественно содержательные аспекты коммуникации, федерация, весьма

вероятно, вышла за пределы своей компетенции¹⁰⁹.

Для полноты картины приведём пример США, где указанный крен в сторону политического подхода к решению проблем существует в явном виде. Поскольку возможности по юридическому ограничению свободы слова в свою очередь серьёзно ограничены Первой поправкой к Конституции США, здесь используются другие способы: в частности, это политическое и даже уже психическое давление на первых лиц сетевых компаний, которых регулярно вызывают на слушания в комитетах Конгресса, публично подвергая там нелицеприятным допросам¹¹⁰.

3.8. Международное измерение

3.8.1. Закон – национальный, блокировка – локальная

Социальные сети создают не только глобальное информационное пространство, но и регулятивное. Внутри сетей действуют их собственные правила, на основании которых принимаются решения о допустимости сообщений пользователей. Эти правила большей частью носят универсальный характер и действуют в одной и той же редакции во всей сети, независимо от географической локализации сообщения, его автора или адресатов. Данный контрольный механизм существует обособленно от механизмов государственного регулирования, но не независимо от них.

Отвечая на запрос фракции СвДП, правительство выразило свою оценку в отношении следующей сложившейся практики ограничения доступа к недопустимому контенту¹¹¹. Если сообщение нарушает собственные правила социальной сети, то оно удаляется либо

¹⁰⁶ Это новая статья 15.1-1 Закона «Об информации, информационных технологиях и защите информации» и недавно дополненная статья 15.3 того же закона. Речь в них идёт о блокировке ресурсов, распространяющих информацию, выражающую «явное неуважение» к обществу и государству, и информацию, «распространяемую с нарушением закона», соответственно. Понятия, с помощью которых в этих статьях описывается запрещённая информация, носят в высшей степени оценочный характер.

¹⁰⁷ См.: *Liesching M.* Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG. S. 30.

¹⁰⁸ Наиболее ярким примером этого была блокировка «Википедии», проведённая по решению Черноярского районного суда Астраханской области, см.: https://ru.wikipedia.org/wiki/Блокирование_Википедии_в_России (дата обращения: 16.05.2019).

¹⁰⁹ См., например: *Heckmann D., Wimmers J.* Op. cit. S. 311; *Gersdorf H.* Hate Speech in sozialen Netzwerken: Verfassungswidrigkeit des NetzDG-Entwurfs und grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke // *MMR.* 2017. N. 7. S. 439–447; *Müller-Franken S.* Op. cit. S. 3–5.

¹¹⁰ Заинтересованному читателю можно порекомендовать следующий онлайн-ресурс, на котором он сможет ознакомиться с записями слушаний в комитетах Конгресса США, включая их транскрипты: URL: <https://www.c-span.org/congress/> (дата обращения: 16.05.2019).

¹¹¹ BT-D 19/7023, 15.01.2019. S. 5.

блокируется повсеместно, то есть перестаёт быть доступным по всему миру. Если же сообщение противоречит «лишь» (так в ответе) какому-либо национальному закону, то сети могут блокировать доступ к такому сообщению только на территории данного государства. В других странах сообщение остаётся доступным. С точки зрения правительства, такой подход принципиально не противоречит закону о социальных сетях.

Однако эта, на первый взгляд, разумная практика приводит к фрагментации мирового сетевого пространства и лишает Интернет одного из его важнейших достоинств — способности связывать людей независимо от границ и расстояний.

3.8.2. Внешняя угроза

Изложение контекста, в рамках которого действует закон о социальных сетях, останется неполным, если не коснуться внешнеполитического аспекта. В запросах СвДП и, особенно, партии «Зелёных» и ответах правительства на них красной нитью проходит тема внешней информационной угрозы, исходящей в первую очередь от России и российских компаний. В частности, «Зелёные» обращают внимание на то, что некоторые сообщества, которые, по мнению этой партии, являются правозащитными, переносят свою деятельность в российскую сеть «ВКонтакте», которая грозит, как утверждают «Зелёные», стать прибежищем для правых экстремистов¹¹².

При анализе таких заявлений следует понимать статус того или иного предиката или эпитета. В своём запросе «Зелёные» приводят пример правозащитного сообщества, перенёвшего деятельность в сеть «ВКонтакте». В ответе же правительства указано, что данное сообщество (буквально: платформа) не находится в списке правозащитных¹¹³. В этом диалоге стороны оперируют *разным* пониманием термина «правозащитный». «Зелёные» ориентируются на свои партийно-идеологические представления об этом, правительство использует юридическое понятие.

Среди указанных выше политических сил сложился определённый консенсус по поводу информационной политики. Необходимо подавлять иностранную, в первую очередь российскую *пропаганду* и поощрять собственную. Естественно, для обозначения последней используются другие выражения, например: «стратегическая коммуникация за границей», «противовес гибридной фальсификации информации», «распространение реалистичного, и в то же время позитивного нарратива»¹¹⁴ и т.д.

В то время как внутри страны формально не существует государственного телерадиовещания, потому что зависимость от государства рассматривается как серьёзная опасность для независимой журналистики, причём эта позиция не просто оценочно-политическая, но и является одним из принципов конституционного права в области медиарегулирования¹¹⁵, иностранной аудитории предлагаются совсем другие подходы. Здесь правительство рассуждает о том, что «Немецкая волна», государственный канал для вещания за рубежом¹¹⁶, представляет собой платформу для «независимого качественного журнализма» и «объективного вещания»¹¹⁷. Такая позиция находит простое объяснение: «Значение сильной и независимой телерадиостанции, вещающей на границу, постоянно растёт с учётом развития международной обстановки и в эпоху целенаправленной дезин-

¹¹⁴ Ibid. S. 5–6.

¹¹⁵ Государству запрещено владение телерадиокомпаниями, вещающими внутри страны, см. абзац 3 § 20a Государственного договора о телерадиовещании. Эта традиция была заложена в 1961 году в легендарном «первом телевизионном» решении Федерального конституционного суда, поставившем по сути дела барьер на пути создания государственного телевидения, см.: BVerfG. *Deutschland-Fernsehen*. 1 BvR 1, 2/60 (E 12, 205). Urteil vom 28. Februar 1961.

¹¹⁶ Статус «Немецкой волны» закреплён в специальном федеральном законе. Эта телерадиокомпания образована в форме учреждения (федерального) публичного права (абзац 1 § 1 указанного закона), получает финансирование из разных источников, включая федеральный бюджет (§ 45), формально не подлежит контролю со стороны государства по вопросам профессиональной деятельности (§ 61), но обязана выполнять определённые тематические задачи (§ 4), контроль за соблюдением чего находится в компетенции федерального правительства (§ 62).

¹¹⁷ BT-D 19/2224, 18.05.2018. S. 5.

¹¹² BT-D 19/2224, 18.05.2018. S. 12.

¹¹³ Ibid. S. 2, 9.

формации и пропаганды»¹¹⁸. Интересно, что СвДП предлагает разрешить иноязычное вещание «Немецкой волны» внутри страны с целью противодействия иностранной пропаганде, исходящей из стран происхождения иммигрантов¹¹⁹, имея в виду в первую очередь Россию и Турцию. Тем самым эта партия проявляет себя как представитель редкой ныне разновидности либеральных партий, а именно национал-либералов (или либерал-патриотов).

Надо отдать должное немецкому правительству за то, что оно последовательно проводит различие между сообщениями, нарушающими уголовное право, которые должны преследоваться в соответствующем порядке, включая ускоренную процедуру удаления по закону о социальных сетях, и сообщениями, которые хотя и вызывают беспокойство, но распространение которых не подпадает под какие-либо составы преступлений. С такими сообщениями предлагается бороться с помощью *контрпропаганды*. В качестве примера приводятся действия немецких публичных телерадиокомпаний, которые проводят мониторинг социальных сетей и разоблачают обнаруженные здесь недостоверные (с точки зрения организаторов этого мониторинга) новости¹²⁰. Но и здесь классические СМИ оказались в роли «догоняющих». Уже несколько лет в Интернете существуют сообщества активистов, которые разоблачают дезинформацию, распространяемую немецкими публичными телерадиокомпаниями. Некоторые из таких ресурсов содержательно представляют даже больший интерес, чем анализируемые ими источники информации¹²¹.

3.8.3. Российское право глазами немецкого законодателя

Немецкий закон о социальных сетях послужил позитивным примером для российского законопроекта, внесённого на рассмотрение

в Государственную думу летом 2017 года и предусматривавшего наложение денежных штрафов на операторов социальных сетей¹²². Когда об этом стало известно в Германии, это вызвало негативную реакцию, в первую очередь в отношении своего собственного закона¹²³. Тема была затронута и в одном из запросов фракции СвДП¹²⁴, в котором указывалось на то, что немецкий закон служит примером для принятия в России закона схожего характера, направленного на ограничение свободы слова в социальных сетях. В своём ответе немецкое правительство, по сути, взяло российский законопроект под защиту, перечисляя в качестве примеров недопустимого контента позиции, борьба с которыми ни у кого не должна вызывать сомнений, например, разжигание этнической, расовой или религиозной розни.

В другом документе, в котором фракция СвДП предлагала принять резолюцию Бундестага по поводу 70-летия Всеобщей декларации прав человека, авторы перечисляют многочисленные случаи нарушения прав человека в разных странах мира. Россия упомянута, в частности, следующим образом: «Под предлогом борьбы с терроризмом социальные медиа и службы новостей блокируются или подвергаются слежке. Так, например, это происходит в России, где мессенджер “Телеграм” уже длительное время испытывает помехи в своей работе и подвергается блокировке. Другие компании уступают давлению авторитарных режимов в услужливом проявлении повиновения и создают альтернативные платформы, которые позволяют осуществление государственной цензуры»¹²⁵.

Этот фрагмент описывает и даёт оценку неким *фактическим* обстоятельствам, зна-

¹¹⁸ См. доклад правительства Германии о ситуации в области массовой информации и коммуникации, ВТ-D 19/6970. 14.01.2019. S. 24.

¹¹⁹ ВТ-D 19/9225, 09.04.2019. S. 7.

¹²⁰ ВТ-D 19/6970, 14.01.2019. S. 10.

¹²¹ См., например: URL: <http://propagandaschau.wordpress.com> (дата обращения: 16.05.2019). Обновление этого ресурса было прекращено осенью 2018 года.

¹²² См. пояснительную записку, URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=223871-7](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=223871-7) (дата обращения: 16.05.2019).

¹²³ Одна из журнальных статей о немецком законе начинается с «отравленной» похвалы: теперь в число «экспортных хитов» наравне с судебной практикой немецкого конституционного суда о достоинстве человека или принципе соразмерности добавился и закон о социальных сетях, на который ссылается российский законодатель и который Президент Республики Беларусь Лукашенко считает образцовым, см.: *Kalscheuer F., Hornung C.* Op. cit. S. 1721.

¹²⁴ ВТ-D 19/7023, 15.01.2019. S. 2, 5.

¹²⁵ ВТ-D 19/6455 11.12.2018. S. 3

ние которых необходимо для понимания реально складывающейся ситуации *правоприменения* в определённой стране, в данном случае в России. Как известно, мессенджер «Телеграм» хотя формально и заблокирован, но эта блокировка носит странный характер. Она не помешала тому, что Телеграм-каналы стали одним из важных факторов формирования общественного мнения в России; среди их подписчиков, а по некоторым данным и издателей, присутствуют также государственные служащие и политики, причём не только оппозиционные. На этом фоне блокировка «Телеграма» начинает выглядеть как фарс или как спланированная операция по дезинформации, на которую попались немецкие политики, сделав этому мессенджеру бесплатную рекламу при его противопоставлении «другим», «услужливым» компаниям. Под последними имеются в виду американские интернет-компании, пытающиеся попасть на китайский рынок и готовые ради этого пойти на серьёзные компромиссы, предоставив китайскому правительству возможности для осуществления цензуры на их платформах¹²⁶.

3.9. Оценка закона

На основании изложенного можно сделать следующий вывод. Немецкий закон о социальных сетях не является образцом продуманного нормативного акта, базирующегося на принятых в правовой системе принципах и подходах. Его «инновационные» решения носят сомнительный характер, а их главное «достоинство» заключается в том, что он не будет задействован в полной мере. Возможно, законодатель и не планировал полноценного применения закона, рассчитывая на то, что социальные сети поддадутся давлению и пойдут навстречу ожиданиям правительства и правящих партий. Практика применения норм закона в 2018 году скорее подтверждает правильность такого расчёта.

4. Заключение и выводы

4.1. Почему Германия нам не пример

Когда-то в Германии была своя социальная сеть. Начавшись как студенческий стартап, она была впоследствии приобретена крупным издательским концерном. Эта почти типичная история успеха в сфере информационных технологий закончилась печально: растеряв пользователей, сеть была продана по бросовой цене и, хотя формально существует до сих пор, не играет никакой роли в этом сегменте. Причины этого фиаско многообразны: это конкуренция со стороны «Фейсбука» и ошибки менеджмента, который, судя по всему, не понял законы, по которым работает интернет-экономика. Но была ещё одна причина, которая интересует нас больше. Это особенности немецкой правовой системы. Вот как не без печальной иронии описывается этот момент в газетном комментарии: «В то время как “Фейсбук” интегрировал игры и другие приложения и получал всё большее распространение в Интернете, натываясь при этом на протесты пользователей и сомнения в соблюдении права персональных данных, у StudiVZ почти ничего не происходило. Но это [“ничего”] зато [происходило] в полном соответствии с правом персональных данных: менеджеры сети придавали большое значение тому, что их платформа показывает хорошие результаты при проверках соблюдения права персональных данных и проверках фонда Warentest. Участники [сети], несмотря на это, предпочли “Фейсбук”»¹²⁷.

В этом фрагменте право персональных данных упомянуто не случайно. Оно имеет давнюю историю, и его регулятивное воздействие на сетевые компании стало ощущаться уже на ранних стадиях развития Интернета. В наше время в такой газетной заметке «пальму первенства» среди причин, приведших к неудаче, по праву мог бы занять закон о социальных сетях.

¹²⁶ О последней неудавшейся попытке компании «Гугл» выйти на китайский рынок см.: Sheehan M. How Google took on China – and lost // MIT Technology Review. 2018. 19. Dezember. URL: <https://www.technologyreview.com/s/612601/how-google-took-on-china-and-lost/> (дата обращения: 16.05.2019).

¹²⁷ Ende einer Fehlinvestition: Holtzbrinck-Verlag verkauft StudiVZ // Frankfurter Allgemeine Zeitung. 2012. 11. September. URL: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ende-einer-fehlinvestition-holtzbrinck-verlag-verkauft-studivz-11886336.html> (дата обращения: 16.05.2019).

Тезис этой работы заключается в том, что для *развития* интернет-экономики участники рынка нуждаются в определённой степени *свободы и защищённости от правовых претензий*. Крупные, уже сложившиеся компании могут себе позволить содержание юридических отделов и специалистов по связям с публичной властью. Однако инновации в области интернет-экономики исходят в первую очередь от небольших, недавно образованных компаний, тех самых пресловутых стартапов, финансовые и кадровые возможности которых ограничены¹²⁸. Правовая ситуация в стране может содействовать появлению и развитию таких компаний либо мешать. В то время как американский или (пока ещё?) российский начинающий предприниматель в первую очередь думает о том, как ему улучшить сервис, каковы потребности пользователей и о других подобных вопросах, немецкий предприниматель думает о том, где ему взять денег на дорогого адвоката, который будет защищать его от нападков юридических троллей. В таких условиях интернет-экономика развиваться не может, и пример Германии это наглядно подтверждает. В стране с высоким экономическим и интеллектуальным потенциалом отсутствуют ключевые элементы сетевой инфраструктуры: нет своей поисковой машины, местные социальные сети де-факто сошли на нет, нет своего мессенджера и т.д. Этим ситуация в Германии принципиально отличается от ситуации в России. Немецкий законодатель большей частью вынужден решать другие проблемы, а немецкий опыт имеет для нас скорее негативное значение, показывая путь, по которому не стоит идти. В частности, бросается в глаза алармистский характер не только политической и публицистической, но и научной дискуссии. Статьи, посвящённые правовым вопросам Интернета, принято начинать с описания тех опасностей, которые он несёт. Такой настрой не может способствовать выработке оптимального подхода к регулированию компьютерных сетей.

Впрочем, понять, почему немецкое общество демонстрирует высокий уровень фрустрации, когда речь идёт о сетевой проблематике, можно. Предположим, что мы пытаемся найти нечто с помощью поисковой машины. Если российский пользователь недоволен одной, он может воспользоваться другой. У немецкого пользователя такая возможность отсутствует, и ему остаётся лишь надеяться на то, что законодатель примет нужные нормы, которые заставят заокеанскую корпорацию пойти навстречу ожиданиям аудитории¹²⁹. Роль Германии сводится к тому, чтобы регулировать сервисы, создаваемые в других странах, причём с акцентом на *ограничениях* в их работе. Однако такой подход не может восполнить отсутствие собственной интернет-экономики и, вообще, обеспечить информационную и технологическую среду для решения пользователем его задач, *сравнимую* с той, в которой существуют разные сервисы одного назначения.

В этом смысле Россия представляет собой уникальный пример¹³⁰. Это единственная значимая страна в мире, в которой не работает «сетевой эффект», здесь на равных конкурируют два и более сервиса со схожей функциональностью¹³¹. Такого нет даже в США, где у

¹²⁹ Поисковые машины, социальные сети, мессенджеры и другие подобные сервисы являются информационными посредниками, для обозначения которых в немецкой юридической литературе с некоторых пор используется термин «Intermediäre», и которые предлагается подвергнуть развёрнутому законодательному регулированию, см.: Paal B. Vielfaltssicherung bei Intermediären: Fragen der Regulierung von sozialen Netzwerken, Suchmaschinen, Instant-Messengern und Videoportalen // MMR. 2018. Н. 9. S. 567–572.

¹³⁰ В наглядном виде это можно продемонстрировать на примере долей рынка поисковых запросов: если в России «Яндексу» принадлежит 51 %, а «Гуглу» — 45 %, то в других странах ситуация не такая сбалансированная. Доля «Гугла» составляет: США — 87 %, Германия — 93 %, Бразилия — 96 %, Япония — 70 %. И только в изолированном от внешнего мира Китае лидером является не «Гугл», а местная поисковая машина «Байду» — 70 %. См.: URL: <https://alphametic.com/global-search-engine-market-share> (дата обращения: 16.05.2019). Другие источники могут содержать несколько иные данные, но их соотношение останется таким же.

¹³¹ Одно из немногих исключений, где ситуация носит «зеркальный» характер, это социальные сети для «профессиональных карьеристов». В то время как в Германии местная сеть «Ксинг» (XING) достаточно

¹²⁸ Граница в 2 млн пользователей по немецкому закону о социальных сетях была обусловлена именно стремлением вывести из-под удара небольшие, только ещё «встающие на ноги» компании, см.: BT-D 18/12356, 16.05.2017. S. 12.

«Фейсбука», а в принципе и у поисковой машины «Гугл», нет конкурентов. В китайском сегменте Интернета доминируют китайские компании, но доступ туда крупнейшим американским сетевым компаниям закрыт.

Ключевые игроки российской интернет-экономики появились и укрепились в 1990—2000-е годы. В это время государство не вмешивалось в работу Интернета, будучи занятым другими, с его точки зрения, более важными, проблемами. Весьма вероятно, что именно это было одной из причин, которые содействовали становлению российской информационной отрасли, успешно развивавшейся без государственного регулирования и вливания бюджетных средств. Существуют опасения, что приход государства в информационный сегмент приведёт к резкому падению его конкурентоспособности. В лучшем случае выживут уже устоявшиеся крупные компании, но рост «снизу» будет блокирован.

4.2. О переносимости иностранного опыта

При обращении к иностранному опыту в сфере законодательства необходимо изучать не только тексты законопроектов и пояснительных записок к ним, но и учитывать весь комплекс значимых обстоятельств.

Действительно, не вся критика в адрес немецкого закона носит универсальный характер. Например, такой важный аспект, как возможное нарушение федеральной властью пределов своей законодательной компетенции, в российских условиях не имеет значения, так как наша Конституция предусматривает другое распределение предметов ведения между законодательством федерации и регионов. Тезис о противоречии немецкого закона праву Европейского Союза¹³² интересует нас в меньшей степени, чем тезис о противоречии этого закона Европейской конвенции по правам человека¹³³ или Пакту ООН о гражданских и политических правах.

Есть ещё один, более тонкий, момент. Немецкая судебная практика по спорам между

социальными сетями и их пользователями в связи с удалением контента показывает, что суды готовы встать на защиту интересов пользователей. Возможно, что это не совсем тот результат, на который надеялось, несмотря на противоположные заявления, немецкое правительство. В этом проявляется отличие Германии от России. Немецкая судебная система, ориентируясь на конституционные ограничения, может внести определённые коррективы в политически обусловленные планы правительства. В какой степени на это способны российские суды, мы предоставляем решить нашим читателям самостоятельно. Правда, нужно учитывать, что перенос пока ещё только складывающейся немецкой судебной доктрины в этой сфере на российскую почву встретит другое, более конструктивное, препятствие. Важным аргументом для *ограничения пределов усмотрения* социальных сетей при принятии решений о допустимости контента является их монопольное положение в Германии. Ситуация в России, как говорилось выше, принципиально иная — здесь нет ни одной тематически универсальной сети, занимающей доминирующее положение в своём сегменте коммуникации.

Бросается в глаза разница в характере санкций по российскому и немецкому законодательству. Российский законодатель предпочитает блокировку, причём всего ресурса целиком. Немецкий закон о социальных сетях предусматривает денежный штраф за отказ сети от удаления или блокировки сообщений. Какая мера является более соразмерной и целесообразной, представляет собой вопрос, нуждающийся в отдельном рассмотрении. Можно лишь заметить, что денежный штраф в виде санкции будет работать лишь тогда, когда сетям «есть что терять». Это действительно так в отношении Германии, рекламный рынок которой способен приносить существенные прибыли. Но, например, когда Испания ввела несбалансированный, с точки зрения «Гугла», закон, пытаясь перераспределить поступления от рекламы в пользу испанских издателей, то американская компания предпочла просто уйти из этого сегмента рынка, прекратив вывод на своих платформах указаний на публикации в испанской периодике¹³⁴.

успешно противостоит американской «ЛинкИн», деятельность последней в России заблокирована, что избавило российские аналоги от опасного конкурента.

¹³² См., например: *Spindler G. Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz — europarechtswidrig? // ZUM. 2017. Н. 6. S. 473—487.*

¹³³ См.: *Ladeur K.-H., Gostomzyk T. Op. cit. S. 93—95.*

¹³⁴ См., например: *Nolte G. Op. cit. S. 562.*

4.3. Новый этап развития Интернета: шансы и риски

В настоящее время происходит «балканизация» пока ещё относительно единого информационного пространства, образованного Интернетом. Разные страны пытаются отгородиться от неприемлемого с точки зрения их правительств контента. Одновременно с этим в рамках внутривнутриполитического противостояния в США антитрамповская часть политической элиты, чтобы сохранить своё влияние, готова нанести серьёзный ущерб американским сетевым компаниям, пока ещё являющимся мировыми лидерами в соответствующих областях. Администрация Президента Трампа, преследуя уже общенациональные интересы в том виде, в каком она их себе представляет — повернуть вспять процесс деиндустриализации Америки, — действует примерно так же¹³⁵.

Карты смешиваются вновь. Выиграют те страны, которые смогут создать благоприятный для интернет-компаний правовой режим внутри и защитить свободу международного информационного обмена. При определённом стечении обстоятельств российские сетевые компании могли бы не просто укрепить свои позиции внутри страны, но и занять новые сегменты мирового рынка, обеспечить приток экспортных поступлений, не связанный с природными ресурсами. В отличие от Германии, других европейских стран и антитрамповской части американской элиты, России объективно выгоден максимально свободный режим информационного обмена. Один из парадоксов современного этапа заключается в том, что защитниками свободы могут стать или уже стали страны, не замеченные ранее в этом. Конечно, речь идёт о свободе в определённых областях. Так, главным сторонником свободы международной торговли «физическими» товарами является Китай, чья экономика объективно заинтере-

сована в этом. Нечто подобное следовало бы ожидать и от российской власти в информационной области.

Однако последние законодательные меры в России не дают поводов для оптимизма. Принимаемые законы носят контрпродуктивный характер. Они направлены скорее не на нормативное регулирование, а представляют собой политические декларации о готовности государства *сделать использование Интернета максимально рискованным* для компаний и отдельных граждан. Нагнетание атмосферы страха внутри страны не будет способствовать развитию её интернет-экономики. На международной арене такие сигналы воспринимаются по-разному, в том числе как одобрение действий собственных правительств, направленных на ограничение свободы Интернета. Тем самым российский законодатель оказывает нашей стране ещё одну «медвежью услугу».

Библиографическое описание:

Румянцев А. Немецкий закон о социальных сетях: нормативное закрепление технологического отставания // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 3 (130). С. 27–53.

The German law on social networks: regulatory fixing of technological straggling

Andrey Rumyantsev

Dr. jur. (e-mail: post@law.net.ru).

Abstract

The German law on social networks was adopted in summer 2017 on a wave of hysteria that was emerging in Western democracies after the election of Trump in November 2016. Due to the position of the German government, the goal of the law has been to fight fake news and hate speech. These English terms were broadly used in the communication of the governmental position including the official explanatory memorandum on the draft law. However, they are not mentioned in the text of the law and, in general, are not used in German legal acts. The law orders social networks to create a compliance framework for user complaints about the content on their platforms. Social networks must handle such complaints quickly and decide to remove or block content that is classified as prohibited by a number of articles of the criminal code enlisted in the new law. Apart from that, every six months social networks must publish a report about the compliance framework and its functioning, including data on the number of complaints and the number of positive decisions (meaning decisions to remove or block content). Breaking the law can be punished with a fine of up to 50 million euros. The reaction of German society and the international commu-

¹³⁵ Запрет на использование операционной системы «Андроид» может поставить под удар монопольное положение «Гугла» в сфере ряда сетевых сервисов, так как это стимулирует другие компании на разработку и продвижение их аналогов. См. подборку материалов о связанных с этим событиях: URL: <https://www.theverge.com/2019/5/21/18634046/huawei-donald-trump-us-trade-war-china-android-google-ban-5g-future> (дата обращения: 24.05.2019).

nity to the law was mostly negative. Critics stressed the danger of removing such content that would not break the law if it had been examined more precisely (overblocking). By analyzing of the application of the law in 2018, we can obtain results that do not definitely support the position of the government or that of its critics. However, an unexpected development has been emerging: German civil courts handling claims of users whose content was removed or blocked by social networks decided in a number of cases that the social networks violated the constitutional freedom of speech (article 5 section 1 of the German Fundamental Law). This case law transforms social networks, which are private legal persons, into objects of restrictions that are based on constitutional rights which, by default as well as historically, have been primarily valid for the public power.

Keywords

social network; hate speech; fake news; compliance framework; freedom of speech; overblocking.

Citation

Rumyantsev A. (2019) Nemetskiy zakon o sotsial'nykh setyakh: normativnoe zakreplenie tekhnologicheskogo otstavaniya [The German law on social networks: regulatory fixing of technological stragglings]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, vol. 28, no. 3, pp. 27–53. (In Russian).

References

- Eifert M. (2017) Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen: Zur Veränderung des Umgangs von Recht und Politik mit dem Internet. *Neue Juristische Wochenschrift*, no. 20, pp. 1450–1454.
- Gersdorf H. (2017) Hate Speech in sozialen Netzwerken: Verfassungswidrigkeit des NetzDG-Entwurfs und grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke. *MultiMedia und Recht*, no. 7, pp. 439–447.
- Guggenberger N. (2017) Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung. *Neue Juristische Wochenschrift*, no. 36, pp. 2577–2582.
- Heckmann D., Wimmers J. (2017) Stellungnahme der DGRI zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG). *Computer und Recht*, no. 5, pp. 310–316.
- Höld F. (2017) Das Vorabentscheidungsverfahren nach dem neuen NetzDG: Rechtliches Neuland bei der Bekämpfung von Kriminalität in sozialen Netzwerken. *MultiMedia und Recht*, no. 12, pp. 791–795.
- Holznapel B. (2017) Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Eine kritische Bestandsaufnahme aus internationaler Sicht. *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, no. 8/9, pp. 615–624.
- Holznapel D. (2018) Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz? *Computer und Recht*, no. 6, pp. 369–378.
- Kalscheuer F., Hornung C. (2017) Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Ein verfassungswidriger Schnellschuss. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, no. 23, pp. 1721–1725.
- Knebel S. V. (2019) Anmerkung [zum LG Bamberg]. *MultiMedia und Recht*, no. 1, pp. 59–60.
- Ladeur K.-H., Gostomzyk T. (2017) Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) i. d. F. vom 16. Mai 2017 – BT-Drs. 18/12356. Available at: <https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/NetzDG-Gutachten-Gostomzyk-Ladeur.pdf> (accessed: 12.05.2019).
- Liesching M. (2017) Was sind «rechtswidrige Inhalte» im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes? *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, no. 11, pp. 809–815.
- Liesching M. (2018) Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG: Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte. *MultiMedia und Recht*, no. 1, pp. 26–30.
- Löber L. I., Roßnagel A. (2019) Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung: Bilanz nach den ersten Transparenzberichten. *MultiMedia und Recht*, no. 2, pp. 71–76.
- Müller-Franken S. (2018) Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Verfassungsrechtliche Fragen. *Archiv für Presserecht – Zeitschrift für das gesamte Medienrecht*, no. 1, pp. 1–14.
- Nolte G. (2017) Hate-Speech, Fake-News, das «Netzwerkdurchsetzungsgesetz» und Vielfaltssicherung durch Suchmaschinen. *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, no. 7, pp. 552–565.
- Paal B. (2018) Vielfaltssicherung bei Intermediären: Fragen der Regulierung von sozialen Netzwerken, Suchmaschinen, Instant-Messengern und Videoportalen. *MultiMedia und Recht*, no. 9, pp. 567–572.
- Papier H.-J. (2017) Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft. *Neue Juristische Wochenschrift*, no. 42, pp. 3025–3031.
- Peifer K.-N. (2017) Fake News und Providerhaftung: Warum das NetzDG zur Abwehr von Fake News die falschen Instrumente liefert. *Computer und Recht*, no. 12, pp. 809–813.
- Peifer K.-N. (2018) Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Zivilrechtliche Aspekte. *Archiv für Presserecht – Zeitschrift für das gesamte Medienrecht*, no. 1, pp. 14–23.
- Peukert A. (2018) Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit in sozialen Netzwerken: Vorschlag für eine Ergänzung des NetzDG um sog. Put-back-Verfahren. *MultiMedia und Recht*, no. 9, pp. 572–578.
- Spindler G. (2017) Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig? *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, no. 6, pp. 473–487.
- Spindler G. (2019) Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke: Eine Untersuchung der zivil- und verfassungsrechtlichen Grundlagen. *Computer und Recht*, no. 4, pp. 238–247.