

Время выполнения задания – 180 мин.

**Блок 1. Выберите один правильный ответ среди предложенных и заштрихуйте соответствующий ему овал в бланке ответов на пересечении номера вопроса и номера ответа (максимум - 15 баллов).**

- 1. Общим требованием к обработке персональных данных в соответствии с российским законодательством не является:**
  - 1) обеспечение точности персональных данных;
  - 2) недопустимость объединения баз данных, содержащих персональные данные, обрабатываемые в несовместимых между собой целях;
  - 3) обеспечение достоверности персональных данных;
  - 4) ограничение обработки достижением заранее определенных целей.
  
- 2. В действующей редакции Федерального закона от 27.07.2006 N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" не определен правовой статус следующего субъекта:**
  - 1) блогер;
  - 2) организатор распространения информации в сети «Интернет»;
  - 3) оператор поисковой системы;
  - 4) обладатель информации.
  
- 3. Выберите утверждение, не относящееся к усиленной неквалифицированной электронной подписи:**
  - 1) электронная подпись позволяет определить лицо, подписавшее электронный документ;
  - 2) электронная подпись позволяет обнаружить факт внесения изменений в электронный документ;
  - 3) для создания и проверки электронной подписи должны использоваться средства электронной подписи, имеющие подтверждение соответствия требованиям Федерального закона от 06.04.2011 N 63-ФЗ «Об электронной подписи»;
  - 4) использование электронной подписи возможно без создания сертификата ключа проверки электронной подписи.
  
- 4. Выберите утверждение, соответствующее российскому законодательству о коммерческой тайне:**
  - 1) коммерческую тайну могут составлять сведения о задолженности работодателей по выплате заработной платы;
  - 2) орган государственной власти может запросить информацию, составляющую коммерческую тайну, только по мотивированному требованию с обязательным указанием цели и правового основания затребования информации;
  - 3) на документах, содержащих информацию, составляющую коммерческую тайну, должен быть нанесён гриф «Конфиденциальная информация»;
  - 4) коммерческую тайну могут составлять сведения о системе оплаты труда.

- 5. Классификация информационной продукции в целях защиты детей от информации, причиняющей вред их здоровью и (или) развитию, осуществляется:**
- 1) Роскомнадзором;
  - 2) Министерством культуры Российской Федерации;
  - 3) Общественной палатой Российской Федерации;
  - 4) производителями и (или) распространителями информации.
- 6. Выберите верное утверждение о регулировании рекламы в Российской Федерации:**
- 1) в Российской Федерации запрещена реклама любого оружия;
  - 2) в рекламе не допускается побуждение несовершеннолетних к тому, чтобы они убедили родителей приобрести рекламируемый товар;
  - 3) в рекламе не допускается использование любых иностранных слов и выражений;
  - 4) не допускается реклама пиротехнических изделий.
- 7. Выберите утверждение, противоречащее российскому законодательству в сфере информации:**
- 1) не допускается ограничение доступа к информации о состоянии окружающей среды;
  - 2) в Российской Федерации может быть ограничен доступ к нормативно-правовым актам;
  - 3) в Российской Федерации не допускается взимание платы за предоставление государственным органом или органом местного самоуправления информации о своей деятельности
  - 4) не может быть ограничен доступ к информации, накапливаемой в открытых фондах архивов.
- 8. К объектам смежных прав по российскому законодательству относятся:**
- 1) фотографические произведения;
  - 2) фонограммы;
  - 3) географические карты;
  - 4) Интернет-сайты.
- 9. Если в лицензионном договоре, предусматривающем использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта, не указана территория, на которой допускается использование этого результата интеллектуальной деятельности:**
- 1) лицензионный договор считается незаключенным;
  - 2) лицензионный договор считается ничтожным;
  - 3) лицензиат вправе использовать результат интеллектуальной деятельности на всей территории действия соответствующего исключительного права;
  - 4) лицензиат вправе использовать результат интеллектуальной деятельности на территории Российской Федерации.
- 10. По российскому законодательству условием патентоспособности изобретений не является:**
- 1) промышленная применимость;
  - 2) изобретательский уровень;
  - 3) новизна;
  - 4) оригинальность.

**11. Для получения охраны на территории Российской Федерации требуется государственная регистрация:**

- 1) баз данных;
- 2) программ для ЭВМ;
- 3) наименований места происхождения товаров;
- 4) коммерческих обозначений.

**12. Автором аудиовизуального произведения не является:**

- 1) автор сценария;
- 2) режиссер-постановщик;
- 3) исполнитель роли;
- 4) композитор.

**13. Право автора произведения изобразительного искусства на получение от продавца вознаграждения в виде процентных отчислений от цены перепродажи оригинала произведения называется:**

- 1) правом на оригинал произведения;
- 2) правом следования;
- 3) правом на отчисления;
- 4) правом перепродажи.

**14. Выберите утверждение, соответствующее российскому законодательству об интеллектуальной собственности:**

- 1) неприкосновенность произведения охраняется в течение всей жизни автора и семидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора;
- 2) произведение, перешедшее в общественное достояние, может использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения с выплатой вознаграждения наследникам автора;
- 3) право авторства не может быть отчуждено третьему лицу;
- 4) анонимное опубликование произведения влечёт отказ автора от права на имя.

**15. Изобретение, использование которого невозможно без использования охраняемого патентом и имеющего более ранний приоритет другого изобретения, является**

- 1) связанным изобретением;
- 2) производным изобретением;
- 3) зависимым изобретением;
- 4) последующим изобретением.

## **Блок 2. Решите задачи (максимум – 60 баллов)**

### **Задача 1 (максимум – 20 баллов)**

Общество с ограниченной ответственностью «А-РУС» (далее – «ООО А-РУС») учреждено в Москве в 2014 году и осуществляет свою деятельность в России, являясь частью большой международной группы компаний «А» (далее – «Группа А»). Все компании Группы А оказывают услуги в различных юрисдикциях под одним и тем же товарным знаком «А» (далее – «Товарный знак А»). Исключительные права на Товарный знак А во всех юрисдикциях, где он зарегистрирован и ему предоставлена охрана, в том числе в Российской Федерации, принадлежат головной компании группы, расположенной в Голландии (далее – «Головная компания»). Лицензионный договор на использование Товарного знака А на территории России между Головной компанией и ООО А-РУС не

заклучался, при этом ООО А-РУС использует Товарный знак А в России с даты своего учреждения для всех услуг, которые указаны в свидетельстве на товарный знак.

В 2018 году Общество с ограниченной ответственностью «Б» (далее – «ООО Б») подает исковое заявление к Головной компании о досрочном прекращении правовой охраны Товарного знака А вследствие его неиспользования.

Часть IV Гражданского Кодекса Российской Федерации содержит следующие положения о последствиях неиспользования товарного знака (статья 1486):

*1. Правовая охрана товарного знака может быть прекращена досрочно в отношении всех товаров или части товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, вследствие неиспользования товарного знака непрерывно в течение трех лет.*

*Заинтересованное лицо, полагающее, что правообладатель не использует товарный знак в отношении всех товаров или части товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, направляет такому правообладателю предложение обратиться в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности с заявлением об отказе от права на товарный знак либо заключить с заинтересованным лицом договор об отчуждении исключительного права на товарный знак в отношении всех товаров или части товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован (далее - предложение заинтересованного лица). Предложение заинтересованного лица направляется правообладателю, а также по адресу, указанному в Государственном реестре товарных знаков или в соответствующем реестре, предусмотренном международным договором Российской Федерации.*

*Предложение заинтересованного лица может быть направлено правообладателю не ранее чем по истечении трех лет с даты государственной регистрации товарного знака.*

*Если в течение двух месяцев со дня направления предложения заинтересованного лица правообладатель не подаст заявление об отказе от права на товарный знак и не заключит с заинтересованным лицом договор об отчуждении исключительного права на товарный знак, заинтересованное лицо в тридцатидневный срок по истечении указанных двух месяцев вправе обратиться в суд с исковым заявлением о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования.*

*Новое предложение заинтересованного лица может быть направлено правообладателю товарного знака не ранее чем по истечении трехмесячного срока со дня направления предыдущего предложения заинтересованного лица.*

*Решение о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования принимается судом в случае неиспользования правообладателем товарного знака в отношении соответствующих товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, в течение трех лет, непосредственно предшествующих дню направления правообладателю предложения заинтересованного лица.*

*Правовая охрана товарного знака прекращается с даты вступления в законную силу решения суда.*

*2. Для целей настоящей статьи использованием товарного знака признается его использование правообладателем или лицом, которому такое право предоставлено на основании лицензионного договора в соответствии со статьей 1489 настоящего Кодекса, либо другим лицом, осуществляющим использование товарного знака под контролем правообладателя, при условии, что использование товарного знака осуществляется в соответствии с пунктом 2 статьи 1484 настоящего Кодекса, за исключением случаев, когда соответствующие действия не связаны непосредственно с введением товара в гражданский оборот, а также использование товарного знака с*

*изменением его отдельных элементов, не меняющим существа товарного знака и не ограничивающим охрану, предоставленную товарному знаку.*

*3. Бремя доказывания использования товарного знака лежит на правообладателе.*

*При решении вопроса о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования могут быть приняты во внимание представленные правообладателем доказательства того, что товарный знак не использовался по независящим от него обстоятельствам.*

*4. Прекращение правовой охраны товарного знака означает прекращение исключительного права на этот товарный знак.*

**Дайте развернутый ответ на вопрос:**

- Должен ли суд по данному делу прекратить правовую охрану Товарного знака А вследствие его неиспользования на территории Российской Федерации?

**Задача 2 (максимум – 20 баллов)**

**Проанализируйте статью Федерального закона от 27.07.2006 N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации", дайте развернутый ответ на вопросы:**

- На решение каких проблем в сфере защиты авторских и смежных прав направлен механизм, заложенный в данную статью закона? Достаточно ли данного механизма для решения этих проблем?
- Какие юридические, организационные и технические сложности влечет за собой реализация механизма, заложенного в данную статью закона?
- Какие иные механизмы защиты авторских и смежных прав в сети Интернет предусмотрены российским законодательством?

*Статья 15.6-1. Порядок ограничения доступа к копиям заблокированных сайтов (введена Федеральным законом от 01.07.2017 N 156-ФЗ)*

*1. Размещение в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети "Интернет", сайта, сходного до степени смешения с сайтом в сети "Интернет", доступ к которому ограничен по решению Московского городского суда в связи с неоднократным и неправомерным размещением информации, содержащей объекты авторских и (или) смежных прав, или информации, необходимой для их получения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети "Интернет" (далее - копия заблокированного сайта), не допускается.*

*2. В случае поступления от федеральных органов исполнительной власти или правообладателей информации об обнаружении в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети "Интернет", указанного в части 1 настоящей статьи сайта федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере массовых коммуникаций и средств массовой информации, в течение суток:*

*1) в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, принимает мотивированное решение о признании сайта в сети "Интернет" копией заблокированного сайта;*

*2) направляет в порядке, установленном федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере массовых коммуникаций и средств массовой информации, владельцу копии заблокированного сайта в электронном виде на русском и английском языках мотивированное решение о признании сайта в сети "Интернет" копией заблокированного сайта;*

3) направляет по системе взаимодействия в федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по контролю и надзору в сфере средств массовой информации, массовых коммуникаций, информационных технологий и связи, мотивированное решение о признании сайта в сети "Интернет" копией заблокированного сайта.

3. В течение суток с момента поступления по системе взаимодействия мотивированного решения федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере массовых коммуникаций и средств массовой информации, о признании сайта в сети "Интернет" копией заблокированного сайта, федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по контролю и надзору в сфере средств массовой информации, массовых коммуникаций, информационных технологий и связи:

1) определяет провайдера хостинга или иное обеспечивающее размещение копии заблокированного сайта в сети "Интернет" лицо;

2) направляет провайдеру хостинга или указанному в пункте 1 настоящей части лицу уведомление в электронном виде на русском и английском языках о принятом федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере массовых коммуникаций и средств массовой информации, мотивированном решении о признании сайта в сети "Интернет" копией заблокированного сайта;

3) фиксирует дату и время направления предусмотренного пунктом 2 настоящей части уведомления провайдеру хостинга или указанному в пункте 1 настоящей части лицу в соответствующей информационной системе;

4) направляет по системе взаимодействия операторам связи требование о принятии мер по ограничению доступа к копии заблокированного сайта;

5) направляет в порядке, установленном федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по контролю и надзору в сфере средств массовой информации, массовых коммуникаций, информационных технологий и связи, операторам поисковых систем, распространяющим в сети "Интернет" рекламу, которая направлена на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории Российской Федерации, в электронном виде требование о прекращении выдачи сведений о доменном имени и об указателях страниц копии заблокированного сайта.

4. В течение суток с момента получения указанного в пункте 4 части 3 настоящей статьи требования оператор связи, оказывающий услуги по предоставлению доступа к информационно-телекоммуникационной сети, в том числе сети "Интернет", обязан ограничить доступ к копии заблокированного сайта.

5. В течение суток с момента получения указанного в пункте 5 части 3 настоящей статьи требования оператор поисковой системы, распространяющий в сети "Интернет" рекламу, которая направлена на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории Российской Федерации, обязан прекратить выдачу сведений о доменном имени и об указателях страниц копии заблокированного сайта.

6. Сведения о копиях заблокированных сайтов размещаются на официальном сайте федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функции по контролю и надзору в сфере средств массовой информации, массовых коммуникаций, информационных технологий и связи, в сети "Интернет".

**Задача 3 (максимум – 20 баллов)**

В соответствии с п. 1 ст. 1398 ГК РФ патент на промышленный образец может быть признан недействительным полностью или частично, в частности, в случае несоответствия промышленного образца условиям патентоспособности, установленным ГК РФ. Часть IV ГК РФ содержит следующие положения об условиях патентоспособности промышленного образца:

*Статья 1352 ГК РФ. Условия патентоспособности промышленного образца*

*1. В качестве промышленного образца охраняется решение внешнего вида изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства.*

*Промышленному образцу предоставляется правовая охрана, если по своим существенным признакам он является новым и оригинальным.*

*К существенным признакам промышленного образца относятся признаки, определяющие эстетические особенности внешнего вида изделия, в частности форма, конфигурация, орнамент, сочетание цветов, линий, контуры изделия, текстура или фактура материала изделия.*

*Признаки, обусловленные исключительно технической функцией изделия, не являются охраняемыми признаками промышленного образца.*

*2. Промышленный образец является новым, если совокупность его существенных признаков, нашедших отражение на изображениях внешнего вида изделия, не известна из сведений, ставших общедоступными в мире до даты приоритета промышленного образца.*

*3. Промышленный образец является оригинальным, если его существенные признаки обусловлены творческим характером особенностей изделия, в частности если из сведений, ставших общедоступными в мире до даты приоритета промышленного образца, неизвестно решение внешнего вида изделия сходного назначения, производящее на информированного потребителя такое же общее впечатление, какое производит промышленный образец, нашедший отражение на изображениях внешнего вида изделия.*

*4. При установлении новизны и оригинальности промышленного образца также учитываются (при условии более раннего приоритета) все заявки на изобретения, полезные модели, промышленные образцы и заявки на государственную регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, которые поданы в Российской Федерации другими лицами и с документами которых в соответствии с пунктом 2 статьи 1385, пунктом 2 статьи 1394, пунктом 1 статьи 1493 настоящего Кодекса вправе ознакомиться любое лицо.*

*Раскрытие информации, относящейся к промышленному образцу, автором промышленного образца, заявителем либо любым получившим от них прямо или косвенно эту информацию лицом (в том числе в результате экспонирования промышленного образца на выставке), вследствие чего сведения о сущности промышленного образца стали общедоступными, не является обстоятельством, препятствующим признанию патентоспособности промышленного образца, при условии, что заявка на выдачу патента на промышленный образец подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение двенадцати месяцев со дня раскрытия информации. Бремя доказывания того, что обстоятельства, в силу которых раскрытие информации не препятствует признанию патентоспособности промышленного образца, имели место, лежит на заявителе.*

*5. Не предоставляется правовая охрана в качестве промышленного образца:*

*1) решениям, все признаки которых обусловлены исключительно технической функцией изделия;*

*2) решениям, способным ввести в заблуждение потребителя изделия, в том числе в отношении производителя изделия, или места производства изделия, или товара, для которого изделие служит тарой, упаковкой, этикеткой, в частности решениям,*

## Олимпиада НИУ ВШЭ для студентов и выпускников – 2018 г.

идентичным объектам, указанным в пунктах 4 - 10 статьи 1483 настоящего Кодекса, либо производящим такое же общее впечатление, либо включающим указанные объекты, если права на указанные объекты возникли ранее даты приоритета промышленного образца, за исключением случаев, если правовая охрана промышленного образца испрашивается лицом, имеющим исключительное право на такой объект.

Предоставление правовой охраны промышленным образцам, идентичным объектам, указанным в пункте 4, подпунктах 1, 2 пункта 9 статьи 1483 настоящего Кодекса, либо производящим такое же общее впечатление, либо включающим указанные объекты, допускается с согласия собственников или уполномоченных собственниками лиц либо обладателей прав на указанные объекты.

### Дайте развернутый ответ на вопросы:

- Можно ли прекратить досрочно действие патента на промышленный образец, если на дату подачи заявки на промышленный образец существовал ранее зарегистрированный товарный знак, сходный до степени смешения с таким промышленным образцом? Если да, то по каким основаниям такой патент может быть признан недействительным? По каким критериям будет оцениваться сходство до степени смешения? Какой может быть состав доказательств по такому делу? Кто может обратиться с заявлением о прекращении действия патента и в какой орган? С какого момента такой патент аннулируется?

**Блок 3. Прочитайте фрагмент англоязычной статьи и сделайте критический анализ текста на русском языке, придерживаясь списка вопросов, приведенного ниже. При выполнении задания разрешено пользоваться одним печатным изданием англо-русского или совмещенного англо-русского/русско-английского словаря (максимум – 25 баллов).**

- 1) Какие цели преследует проект Директивы ЕС, о котором идёт речь в статье?
- 2) С какими отраслями и институтами права связана данная Директива? Каким образом должны разрешаться коллизии между положениями Директивы и другими правовыми актами?
- 3) Как данная Директива связана с правовым регулированием обработки персональных данных?
- 4) Считаете ли Вы допустимым заимствование в российское законодательство подхода к правовому регулированию обработки персональных данных, заложенный в данный проект Директивы ЕС? Как указанный подход соотносится с положениями Конституции РФ, нормами гражданского законодательства и правовым режимом персональных данных в Российской Федерации?

### **Contracts for Supply of Digital Content: A Legal Analysis of the Commission's Proposal for a New Directive**

*Mańko, Rafał, Contracts for Supply of Digital Content: A Legal Analysis of the Commission's Proposal for a New Directive (May 31, 2016). EPRS In-depth analysis, PE 582.048 (Brussels: European Parliament, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2786966>*

### **EXECUTIVE SUMMARY**

As part of the implementation of the Digital Single Market Strategy, in December 2015 the European Commission tabled a proposal for a directive on the supply of digital content. The proposed directive contains rules on the contractual aspects of the relationship between suppliers

and consumers of digital content. In principle, the directive's rules will be mandatory, in that a contract may not deviate from them to the consumer's detriment. However, many rules are default ones, i.e. may be deviated from by the contract. This is especially so with regard to laying down the criteria for conformity of digital content. Importantly, the proposed directive is to be a 'targeted maximum harmonisation' instrument, meaning that once in force Member States cannot retain or introduce more consumer-friendly rules within its scope.

The scope *ratione materiae* of the directive includes not only the supply of digital content to consumers in the strict sense, i.e. the supply of software, digital music, e-books, films or images, but also digital services, in particular rental of on-line computer programs, cloud computing and social media platforms. The directive extends only to contracts concluded for consideration (counter-performance), which can also take the form of digital data, including personal data, provided by the consumer. Finally, the scope *ratione materiae* includes all modes of conclusion, i.e. on-line and off-line. Importantly, according to the directive's preamble, digital content embedded in tangible goods is to be excluded from its scope. The scope *ratione personae* comprises exclusively business-to-consumer contracts.

As regards criteria for evaluating whether the digital content is in conformity with the contract, the directive provides that a primary source for such criteria is the terms of the contract, as well as items of pre-contractual information which are deemed to be part of the contract. Subsidiary criteria for evaluating conformity include objective fitness for purpose, international technical standards, as well as public statements.

The proposal takes over from the Consumer Sales Directive the idea of a 'hierarchy of remedies', meaning that in the case of non-conformity, consumers are barred from terminating the contract or claiming a reduction in price, instead having first to ask the trader to bring the digital content into conformity. Hence, consumers do not have a free choice of remedies. However, in the case of non-supply, consumers have the right to terminate immediately. They also have the right to terminate regardless of conformity in cases where the trader modifies the digital content, as well as in longterm contracts. The proposal contains detailed rules on the consequences of termination, particularly regarding the further use of consumers' personal data by traders, and the further use of digital content by consumers.

Experts have identified a number of issues which have not been, but potentially could be, addressed by the directive. These include consumers' rights to multiple downloads, to re-sell digital content and to receive essential updates and maintenance, as well as the issue of optional guarantees granted on top of statutory liability for conformity.

Finally, there are a number of questions about how the proposed directive relates to other legal instruments of EU law, in particular the General Data Protection Regulation, and intellectual property law. With regard to the former, the directive remains 'without prejudice', which means that its legal regime is parallel. With regard to all other legislation, the directive is a *lex generalis*, meaning that any sectoral or specific legislation will prevail over the directive's rules in case of conflict.

## 1. Introduction

Contracts for supply of digital content (hereinafter: 'digital content contracts') are concluded on a daily basis by millions of consumers across the globe, constituting 'an integral part of the daily life of Europe's digital consumers'. Goods which were once available only in tangible form, such as books, films, games and music, are increasingly purchased in digital form. In addition, completely new digital goods with no tangible precursor have emerged, such as computer software and mobile applications. Digital services – including cloud computing, trading platforms and social media – are also increasingly popular.

...

The initial political impetus to regulate supply of digital content at EU level came in the form of the Digital Single Market Strategy, which explicitly includes a contract law dimension, making the current proposal for a Directive on the supply of digital content (hereinafter 'the

proposal' or 'DCD') part of that Strategy's execution. The proposal was accompanied by an impact assessment and an explanatory memorandum.

## **2. General and horizontal issues**

### **2.1. The proposed directive and other areas of EU law**

#### **2.1.1. Issues relating only to contract law**

The proposal would regulate selected contract-law aspects of digital content contracts, where 'digital content' is understood very broadly, including digital services such as cloud computing and social media (see section 3 below). Therefore, many private and public law aspects related to the provision of digital data and digital services remain outside the proposal's scope. Areas deliberately left outside include intellectual property law (especially copyright in digital data and licensing contracts), data protection law, as well as vast areas of private law (general civil law; general law of obligations; general contract law). Therefore, due to the specific and limited subject matter of the proposal, there is a need to clearly delimit its relationship with other pieces of EU legislation, as well as the remaining part of (national) private law.

#### **2.1.2. Relation to national private law**

The relation to national private law is regulated in Article 3(9), which provides that 'in so far as not regulated' in the directive, it 'shall not affect national contract laws such as rules on formation, the validity or effects of contracts, including the consequences of the termination of a contract'.

#### **2.1.3. Relation to other EU legal acts**

Article 3(7) provides that in the case of a conflict between any provision of the directive and any other EU legal act 'governing a specific sector or subject matter', the provision of that other legal act 'shall take precedence' over the directive. This rule enshrines the principle of *lex specialis derogat legi generali*, and provides that the directive must be seen as a *lex generalis*, applied only insofar as a more specific rule does not exist. At present, at least five EU legislative acts in the field of private law are applicable to digital content contracts. Three of them belong to contract law – the Consumer Rights Directive, the e-Commerce Directive and the Unfair Terms Directive, and two further pieces of legislation deal with copyright issues – the General Copyright Directive and the Software Directive.

#### **2.1.4. Relationship to intellectual property law**

Most digital data supplied to consumers is – by its very nature – subject to intellectual property law. Copyright law differentiates between the protected work itself (an intellectual creation, by definition intangible) and a copy of the work (which can be tangible, e.g. a paper book, or digital, e.g. an e-book). The proposal addresses the issue of intellectual property law in Article 8, where it provides that digital content must be, at the time of supply to the consumer, 'free from any right of a third party, including based on intellectual property, so that the digital content can be used in accordance with the contract'. In the case of contracts for subscription of digital content for a period of time, it must be free from third-party rights throughout the duration of the contract.

...

The proposal addresses intellectual property-related issues with regard to termination (see section 8.3). A number of other copyright-related issues have been identified by scholars which could be addressed within the directive (see sections 9.1-9.3).

#### **2.1.5. Special rule on relation to data protection law**

*In April 2016 the Parliament and the Council adopted the new General Data Protection Regulation ('GDPR'), which will become directly applicable in the Member States from May 2018. The GDPR will replace the existing Data Protection Directive 1999.*

The relationship between the proposed Digital Content Directive and data protection law is laid down in Article 3(8) DCD, which provides that it 'is without prejudice to the protection of individuals with regard to the processing of personal data'. From this wording it seems to follow that the relation between the Digital Content Directive and data protection law is not that of *lex*

specialis – lex generalis, as envisaged in Article 3(7) (see previous section), but rather one of parallel legal regimes.

There are three reasons for this. First of all, the relationship lex specialis – generalis is entirely dealt with in Article 3(7); if data protection law were to be included in this category (of lex specialis), it would have been mentioned in Article 3(7), or Article 3(8) would have made it clear that it develops the concept of lex generalis enshrined in Article 3(7). Secondly, the wording of Article 3(8) differs significantly from that of Article 3(7) by using the expression 'is without prejudice', which contrasts with 'conflict' and 'precedence' in Article 3(7)). Such an interpretation is corroborated by systemic arguments: whilst the DCD addresses the private-law aspects of purchasing digital content, and focuses on balancing the private interests of consumers and traders, data protection law focuses on protecting the public interest: the right to privacy in the EU is understood as a common good and a fundamental right. Specifically, the rules of data protection law can be enforced by data protection authorities, regardless of the will of data subjects, and the sanctions for breach of those rules are mainly administrative and criminal. In contrast, contract law protects private interests and relies on private enforcement.

*Owing to the mandatory nature of the rules of the GDPR, it seems that a contractual term infringing those rules will be deemed illegal and therefore, in principle, null and void.*

...

### **4.3. Counter-performance other than payment**

#### **4.3.1. Commodification of personal data**

Empirical research has revealed that personal data have an economic value to individuals. Furthermore, such data can be 'monetised' by businesses providing digital content and digital services. Some scholars have also considered the 'propertisation' of personal data, i.e. the creation of property rights (in rem) over one's personal data. The proposed directive seems roughly to go in this direction by allowing consumers to use their personal data (or other data) as counter-performance for digital content or services. The introduction of this innovation follows the Parliament's resolution on CESL from February 2014.

#### **4.3.2. Type of data**

The relevant rules are set out in Article 3(1) and (4) of the proposal. Article 3(1) states that the directive shall apply to contracts under which 'a price is to be paid or the consumer actively provides counter-performance other than money in the form of personal data or any other data'. Article 3(4) of the proposed directive excludes from its scope contracts in which consumers provide only the bare minimum of personal data 'strictly necessary for the performance of the contract or for meeting legal requirements and the supplier does not further process them in any way incompatible for this purpose'. Such limited communication of personal data is not treated by the proposed directive as a counter-performance. Hence, a contract in which a consumer communicates only data which are strictly necessary to conclude the contract is a gratuitous contract and falls outside the directive's scope.

*This approach is line with the prevailing approach of private law, under which contracts such as sale, lease or services are not gratuitous, but require some kind of economically valuable counter-performance from the buyer of goods or purchaser of services.*

#### **4.3.3. Analysis**

The Commission justifies the inclusion of digital content contracts in which consumers 'pay' with data by pointing out that '[c]overing only digital content paid for with money would discriminate between different business models [and] would provide an unjustified incentive for businesses to move towards offering digital content against data'. However, the same economic argument could be used against excluding from the directive's scope entirely gratuitous contracts, especially considering that – as the Commission points out – a 'significant share of consumers face problems with "free" digital content'. In this context, it is worth recalling that the Loos report recommended that gratuitous contracts also be included, under the concept of digital content contracts.

## **Олимпиада НИУ ВШЭ для студентов и выпускников – 2018 г.**

Scholars have expressed doubts as to the exact scope of Article 3(1) and (4), since it encompasses consumers actively providing such data to digital content suppliers. For instance, Hugh Beale considers that consenting to being tracked by traders' 'cookies' is already an instance of 'active provision'. In his view, if consumers are not asked to consent, then the proposed directive would not apply, which would 'create a perverse incentive not to ask for the consumer's consent' (this, however, would be a violation of the E-privacy Directive). Furthermore, it seems that users who pay for the supply of digital content and those who do not pay, but provide non-pecuniary counter-performance may be, in some cases, treated differently. This is because Article 6 of the proposal, when describing the subsidiary factors to be taken into account when evaluating conformity (if the features of the digital content are not sufficiently described in the contract), mentions that account must be taken of 'whether the digital content is supplied in exchange for a price or other counter-performance other than money' (Article 6(2)(a)).

