



АДАПТАЦИЯ ЗАКОНОВ ОБ АВТОРСКОМ ПРАВЕ СТРАН С ПЕРЕХОДНОЙ ЭКОНОМИКОЙ К НОВЫМ ТЕХНОЛОГИЯМ; ПРИСОЕДИНЕНИЕ К ДОГОВОРАМ ВОИС В ОБЛАСТИ ИНТЕРНЕТА И ИХ ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ *ВЕРСИЯ 1*

Подготовлено Отделом некоторых стран Европы и Азии

СОДЕРЖАНИЕ

I.	ВВЕДЕНИЕ	4
II.	ОСНОВНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ДАП И ДИФ; ПОЛОЖЕНИЕ С РАТИФИКАЦИЕЙ И ПРИСОЕДИНЕНИЕМ	6
	А. Общая характеристика ДАП и ДИФ	6
	В. Положение с ратификацией и присоединением к обоим Договорам	7
III.	ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ КЛЮЧЕВЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ДАП И ДИФ, ПРИНЯТЫХ ДЛЯ ЦЕЛЕЙ АДАПТАЦИИ АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ К СРЕДЕ ЦИФРОВЫХ КОМПЬЮТЕРНЫХ СЕТЕЙ.....	8
	А. Концепция и применение права на воспроизведение в цифровой среде.....	8
	В. Право (интерактивного) доведения до всеобщего сведения и право на распространение.....	11
	С. Применение исключений и ограничений в цифровой среде.....	19
	D. Технические меры защиты; информация об управлении правами.....	25

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Термин «страна с переходной экономикой» является укороченным вариантом понятия, которое в статье 65. 3 Соглашения ТРИПС упоминается в качестве любой страны-члена ВТО, «которая находится в процессе перехода от централизованно планируемой экономики к рыночной экономике свободного предпринимательства, осуществляет структурную реформу своей системы интеллектуальной собственности и сталкивается со специфическими проблемами подготовки и реализации законов и правил в области интеллектуальной собственности». В соответствии с этим положением Соглашения ТРИПС таким членам ВТО, как и развивающимся странам, было разрешено воспользоваться периодом пятилетней отсрочки в отношении обязательства применять Соглашение (как это предусмотрено в пунктах 1 и 2 этой же статьи).

2. Отсчет такой пятилетней отсрочки начинается с даты вступления в силу Соглашения ТРИПС, то есть с 1 января 1995 года. Эта отсрочка не была продлена для «стран с переходной экономикой», а это, по-видимому, означает, что эти страны более или менее прошли к 2000 году переходный период, предписанный в статье 65.3 Соглашения ТРИПС.

3. Имеется также десять стран, к которым вышеуказанное описание «страны с переходной экономикой» несомненно применялось в первой половине 90-х годов, но которые, тем временем, стали государствами-членами Европейского Союза (ЕС). По причине их присоединения к Союзу, они были обязаны перенести в своё национальное законодательство правовые нормы Европейского Союза об авторском праве, смежных правах, электронной торговле, защите данных, конкуренции и т.д. В настоящее время эти страны участвуют в работе различных руководящих органов Союза. Это, по-видимому, является хорошим основанием для того, чтобы считать, что период «перехода» для них закончился.

4. Помимо них имеются страны, ведущие переговоры о вступлении в ВТО и /или в Европейский Союз, а также другие страны – которые достигли большого прогресса в прохождении процесса «перехода» и которые поэтому не могут более считать себя принадлежащими к категории «стран с переходной экономикой».

5. В данном документе не преследуется цель давать политическую, экономическую и социальную характеристику странам, которые в начале 90-х годов стали известны в качестве «стран с переходной экономикой». Выражение «страны с переходной экономикой» охватывает все такие страны в Центральной и Восточной Европе, на Западных Балканах, в Кавказском регионе и Центральной Азии (некоторые из которых возникли в качестве независимых государств после распада Советского Союза и Югославии) независимо от того, каким образом они прошли или проходят переходный период и действительно ли они до сих пор отвечают критериям «стран с переходной экономикой» в их первоначальном определении.

6. Специальный анализ адаптации национальных законов этих стран к новым технологиям видимо оправдан не только тем, что в структуре групп государств-членов ВОИС они по-прежнему не относятся к группе традиционных промышленно развитых стран или к группам развивающихся стран, но также поскольку общие особенности их прошлой централизованно планируемой экономики привели к типичным проблемам и требуют особых решений применительно к этому процессу адаптации.

7. Данный документ основан на детальном анализе национальных законов соответствующих стран и консультациях, проведенных с правительственными должностными лицами и представителями заинтересованных партнёров некоторых стран в различных регионах, где эти страны находятся. Цель документа не состоит в том, чтобы указать, в какой из этих стран процесс адаптации, по-видимому, был завершён успешно, а в каких странах он ещё требует дополнительных усилий. Предлагаемые в данном документе анализ и рекомендации скорее имеют целью описать типичные задачи и проблемы, наметить решения и предложить наилучшую практику. Именно по этой причине в документе не указаны конкретно страны, в которых еще могут существовать определённые проблемы, и страны, в которых были найдены достойные похвалы решения.

8. Предлагаемые решения, возможно, не являются в равной степени необходимыми для стран, находящихся на различных стадиях переходного периода (или даже прошедших его). Распространение действия данного документа на те страны, которые уже в большей или меньшей степени завершили этот процесс, считается полезным именно по той причине, что это может предложить совет тем странам, которые еще сталкиваются с определёнными проблемами, надлежащим образом решенными в других странах.

9. В большинстве случаев документ не содержит конкретных проектов положений, которые можно напрямую использовать в национальных законах; в нём лишь описываются желательные элементы положений. Однако, Международное бюро ВОИС готово предоставить конкретные проекты положений, если с просьбой об этом обратится любая заинтересованная страна. В действительности, Международное бюро ВОИС подготовило полный типовый проект закона, который содержит положения, по-видимому, необходимые для того, чтобы закон об авторском праве соответствовал международным нормам, но который официально не опубликован. Причина состоит в том, что, хотя в нём содержатся некоторые необходимые упоминаемые выше положения, в момент включения в законодательство какой-либо конкретной страны, его следует надлежащим образом адаптировать к правовым и редакционным традициям и к особым условиям и требованиям страны. Разумеется, Международное бюро остаётся в распоряжении соответствующих стран также и для целей подобного рода адаптации.

10. Следует также отметить, что ряд стран, охватываемых данным документом, являются членами региональных союзов по интеграции и сотрудничеству, авторско-правовые нормы которых связывают их или, по крайней мере, служат для них ориентиром в их

национальном законодательном процессе. Некоторые другие страны обязаны сближать свои национальные законы с такими нормами или, даже, не будучи напрямую обязанными делать это, учитывать их в качестве источника вдохновения. В случае государств-членов Европейского Союза и других стран, имеющих договорные отношения с Союзом, такие нормы включены в директивы ЕС (в так называемую правовую базу сообщества; в частности, в Директиву об информационном обществе¹, а в случае государств-участников Содружества независимых государств (СНГ) в Модельный закон об авторском праве и смежных правах, принятый Межпарламентской ассамблеей СНГ² (ниже: Модельный закон СНГ).

11. Темой данного документа является присоединение и осуществление двух так называемых «Договоров ВОИС в области Интернета» - Договора ВОИС по авторскому праву (ДАП) и Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ). Помимо этого введения документ состоит из двух частей. В первой описываются основные характеристики и положение с присоединением к двум Договорам; во второй подробно рассматриваются вопросы имплементации тех положений Договоров в «странах с переходной экономикой», которые были приняты в ответ на проблемы, возникшие в связи с цифровой технологией и Интернетом (на основе так называемой «Цифровой повестки дня ВОИС»).

II. ОСНОВНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ДАП И ДИФ; ПОЛОЖЕНИЕ С РАТИФИКАЦИЕЙ И ПРИСОЕДИНЕНИЕМ

A. Общая характеристика ДАП и ДИФ

12. Два Договора, принятые в декабре 1996, включают самые последние международные нормы по авторскому праву и правам исполнителей и производителей фонограмм. Они не являются пересмотренным вариантом Бернской конвенции и Римской конвенции, а скорее «специальными соглашениями» (согласно статье 20 первой и статье 22 второй).

13. Договор ВОИС по авторскому праву содержит самые современные международные нормы по авторскому праву, поскольку (i) в дополнение к обязательству применять основные нормы Бернской конвенции, (ii) он также включает – не путём ссылки, а путём воспроизведения соответствующих норм с некоторыми редакционными изменениями – материальные нормы авторского права из Соглашения ТРИПС, которые можно рассматривать в качестве разъяснения или расширения охраны, предоставляемой Бернской

¹ Директива 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета от 22 Мая 2001 о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе.

² Принят на 26-й пленарной сессии Межпарламентской ассамблеи государств-участников СНГ в её решении (постановлении) N 26/13 от 18 ноября 2005 года.

конвенцией; (iii) он предусматривает некоторые новые положения, необязательно связанные с так называемой «Цифровой повесткой дня ВОИС» (в частности, положения, ассимилирующие фотографические произведения с другими произведениями с точки зрения охраны); и (iv) он предлагает адекватные ответы на проблемы цифровой технологии и, в частности, Интернета, поясняя применение существующих норм Бернской конвенции и адаптируя в необходимых случаях авторско-правовую защиту к условиям и требованиям цифровой среды.

14. Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам в целом соответствует уровню охраны по Римской конвенции и Соглашению ТРИПС; однако (i) он не распространяется на права вещательных организаций; (ii) в том, что касается прав исполнителей, он распространяется лишь на аудио аспекты исполнений и их фонограмм (на звуковых записях); и (iii) он также содержит больше элементов в отношении тех положений, которые были разработаны на основе так называемой «Цифровой повестки дня ВОИС».

15. По причинам, упоминаемым выше, для тех стран, которые являются стороной Бернской конвенции и Римской конвенции и/или Соглашения ТРИПС, присоединение и осуществление двух Договоров ВОИС в области Интернета не создаёт каких-либо существенных законодательных или экономических проблем.

V. Положение с ратификацией и присоединением к двум Договорам

16. Для вступления в силу каждого из Договоров необходима сдача на хранение 30 документов о ратификации или присоединении. Оба Договора вступили в силу в 2002 году; ДАП 6 марта, а ДИФ - 20 мая. На момент составления настоящего документа (7 мая 2009) ДАП и ДИФ имели соответственно 70 и 68 Договаривающихся сторон.

17. Большинство стран, охватываемых настоящим документом, ратифицировали ДАП и ДИФ или присоединились к ним. На момент завершения работы по данному документу положение выглядело следующим образом:

Страны Центральной и Восточной Европы и страны Балтии, которые являются членами Европейского Союза: за исключением Эстонии, все они являются сторонами Договоров, то есть, Болгария, Венгрия, Латвия, Литва, Польша, Словакия, Словения, Румыния и Чешская Республика.

Страны на Западных Балканах: за исключением Боснии и Герцеговины, все из них являются сторонами Договоров, то есть, Албания, бывшая югославская Республика Македония, Сербия, Хорватия и Черногория.

Новые независимые государства в Восточной Европе, которые были республиками бывшего Советского Союза: сторонами Договоров являются Беларусь, Молдова, Российская Федерация и Украина.

Страны Кавказского региона: все три страны являются сторонами Договоров: Азербайджан, Армения и Грузия.

Страны Центральной Азии: три страны из пяти являются сторонами Договоров: Казахстан, Кыргызстан и Таджикистан (однако последний лишь ДАП); две других – Туркменистан и Узбекистан – пока не являются сторонами.

18. Подведём итог: из 28 стран, охватываемых настоящим документом, 24 являются стороной ДАП и 23 – стороной ДИФ; и лишь 4 из них не предприняли конкретных шагов для присоединения к Договорам. Присоединение к Договорам отвечает интересам всех стран, которые хотели бы участвовать в сотрудничестве международного сообщества в рамках глобальной информационной инфраструктуры и пользоваться его преимуществами. Поэтому можно надеяться, что остающиеся четыре страны также вскоре присоединятся к другим странам, являющимся сторонами ДАП и ДИФ.

19. Следует отметить, что страны, являющиеся государствами-членами Европейского Союза, поддержали Директиву ЕС об информационном обществе, основной целью которой является осуществление положений двух Договоров.

III. ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ КЛЮЧЕВЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ДАП И ДИФ, ПРИНЯТЫХ ДЛЯ ЦЕЛЕЙ АДАПТАЦИИ АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ К ЦИФРОВОЙ СЕТЕВОЙ СРЕДЕ

A. Концепция и применение права на воспроизведение в цифровой среде.

20. Вводные замечания. Первым пунктом «Цифровой повестки дня ВОИС» было применение права на воспроизведение в новой среде. В ходе подготовительной работы и на самой дипломатической конференции было разъяснено, - частично путём принятия «согласованных заявлений» в отношении положений двух Договоров о праве на воспроизведение³ – что действия как постоянного, так и временного хранения в электронной памяти квалифицируются в качестве воспроизведения, а также, что в отношении многочисленных промежуточных воспроизведений, происходящих в ходе цифровых передач, (которые необходимы технологически, но не имеют значения с точки зрения эксплуатации произведений и объектов смежных прав) исключения являются возможными и желательными.

³ Статья 1(4) ДАП, которая предписывает соблюдение статьи 9 Бернской конвенции и статей 7 и 11 ДИФ.

21. Типичные проблемы в национальных законах «стран с переходной экономикой». В законах об авторском праве большинства стран, охватываемых настоящим документом, имеются положения, которые включают такое пояснение. В некоторых других национальных законах имеются следующие основные проблемы:

- i) отсутствие ссылок на временное воспроизведение и/или хранение в электронной (компьютерной) памяти;
- ii) исключение некоторых действий временного копирования из концепции воспроизведения (вместо обеспечения исключений в надлежащих случаях);
- iii) ссылки на фонограммы «в материальной форме» в качестве элемента концепции «воспроизведения» ;
- iv) различные концепции воспроизведения в отношении авторского права и смежных прав.

22. Относительно первой упоминаемой выше проблемы следует отметить, что недостаточно пояснить лишь один аспект – либо, что охватываются не только постоянные, но также и временные копии, либо, что хранение произведений и объектов смежных прав в электронной памяти также является воспроизведением. Если пояснён лишь первый элемент – охват временных копий – то возможно неясно, в каком контексте он может быть актуальным. Может возникнуть ещё более опасное недопонимание, если ссылку сделать лишь на хранение в электронной памяти, не пояснив при этом, что охватывается также временное воспроизведение (хранение). Опасность связана с возможностью такого толкования, что хранение означает лишь включение охраняемых материалов в электронную память на более постоянной основе.

23. С точки зрения второй упоминаемой выше проблемы необходимо принять во внимание следующие соображения. Статья 9 (2) Бернской конвенции, (которую Договаривающиеся стороны должны соблюдать в силу статьи 1(4) ДАП), об авторском праве и статьи 7 и 11 ДИФ о правах исполнителей и производителей фонограмм предусматривают, что правообладателям должно быть предоставлено исключительное право разрешать (или, разумеется, запрещать) воспроизведение их произведений, исполнений и фонограмм соответственно «любым образом и в любой форме.» Этим положениям противоречило бы предусматривать, что некоторые действия в целях воспроизведения не признаются в качестве воспроизведения на каком бы то ни было основании, в том числе, на основании продолжительности охраны сделанных копий. Любым новым статусом произведения или объекта смежных прав, включаемых в электронную память, является копия – в результате действия воспроизведения, если на её основе может быть создано, распространено или далее скопировано произведение или объект смежных прав. Это не зависит от продолжительности такого статуса.

24. Смысл выражения «материальная форма» является неясным; именно по этой причине его использование в определении «воспроизведения» упоминается в качестве третьей потенциальной проблемы. Смысл не понятен, поскольку, хотя на уровне философских и физических теорий статус произведений и объектов смежных прав в форме хранения электронных сигналов может также восприниматься в качестве материальной формы, опыт показывает, что на практике его можно легко понять (или неправильно понять) как включающий лишь экземпляры в материальной форме. Поэтому его не следует включать в определение «воспроизведения».

25. Имеется несколько национальных законов, в которых по крайней мере не ясно, применяется ли одна и та же концепция воспроизведения одинаково к различным объектам охраны: произведениям, записям исполнений, фонограммам и записям вещания. Эта четвертая упоминаемая выше проблема может возникнуть в силу двух типичных причин. Первая состоит в том, что определение «воспроизведения» относится лишь к некоторым объектам охраны и не относится к другим объектам (несмотря на тот факт, что обычно в законах имеются также положения о праве на воспроизведение в отношении этих других объектов прав). Вторая причина состоит в том, что не имеется общего определения, и хотя в положении о праве авторов на воспроизведение может иметься надлежащее описание охватываемых действий, такое описание отсутствует (или, что еще хуже, имеются иные описания) в положениях об этом праве в связи со смежными правами. Вследствие такой непоследовательности могут возникнуть серьезные проблемы в связи с иным толкованием.

26. Предлагаемые законодательные решения. Структура национальных законов различных «стран с переходной экономикой» отличается в том смысле, что в некоторых из них в начале текста имеется список определений некоторых базовых концепций, в то время, как в других - такие определения являются весьма редкими, и, если они всё же необходимы, они включены в те материальные положения, которых они касаются.

27. В национальных законах, содержащих общие определения, предполагается, что должно быть включено такого рода определение (определение, содержащее все эти элементы):

«воспроизведением» является изготовление одной или нескольких копий произведения, записи исполнения, фонограммы или записи вещания, прямое или косвенное, любым образом и в любой форме, включая любое постоянное или временное хранение в электронной форме;»

В странах, где на основе концепции экземпляров, - из-за особых терминов, используемых в данной формулировке, - это может быть не ясным, следует пояснить то, что следует из статьи 9(3) Бернской конвенции; а именно, что звуковая или визуальная запись произведения также является воспроизведением.

28. В том случае, когда национальные законы не содержат общих определений, будет вряд ли возможным (или, по крайней мере с точки зрения эстетики текста, будет вряд ли приемлемым) повторять это длинное описание во всех положениях о праве на воспроизведение различных категорий правообладателей. Чтобы избежать этого, возможным решением могло бы быть включение всего описания в положение (назовём его статьёй X(y)) о праве авторов на воспроизведение, и затем в положения о правах обладателей смежных прав, говоря лишь об исключительном праве на воспроизведение «определённом в статье X(y)».

29 Об исключениях, касающихся некоторых действий временного воспроизведения, смотри ниже в разделе «Применение исключений и ограничений в среде цифровых компьютерных сетей».

V. Право на (интерактивное) доведение до всеобщего сведения и право на распространение

30. Вводные замечания. Вторым важным вопросом «Цифровой повестки дня ВОИС» являлся вопрос о том, какое право или права можно применять к самим интерактивным цифровым передачам. Чтобы представить характер права на «доведение до всеобщего сведения», которое возникло в качестве решения, и возможное недопонимание и другие проблемы, связанные с его применением в национальном законодательстве, по-видимому, необходимо проанализировать с этой точки зрения подготовительную работу по двум Договорам; в частности, возникновение и принятие «зонтичного решения», служащего основой для этого права.

31. «Зонтичное решение». В ходе работы по подготовке ДАП и ДИФ было достигнуто согласие о том, что включение произведений и объектов смежных прав в Интернет и их передача через Интернет и в возможных подобных будущих сетях должны обуславливаться исключительным правом авторов разрешать. Отмечалось также почти всеобщее желание попытаться применить существующие нормы к этому новому явлению (поскольку на основе таких норм возникла сложившаяся практика, строились долгосрочные договорные отношения и так далее).

32. Когда существующие права рассматривались для применения интерактивных передач, необходимо было заметить, что цифровые интерактивные передачи стёрли разграничительную линию между двумя традиционными - и несомненно разными - группами прав: прав, связанных с копированием, и прав, не связанных с копированием.⁴

⁴ *Права, связанные с копированием* (такие, как право на распространение, право на прокат или право на сдачу в аренду (где это признано)) охватывают действия, с помощью

33. Проявляются две важные тенденции: (i) попытки основывать решение на праве на распространение; и (ii) предпочтение, отдаваемое определенному общему сообщению, а не публичному праву. И не просто на основе определённой теории, та или иная страна предпочитает то или иное решение. Позиции зависят от существующих национальных законов (какие права, для кого и в какой степени существуют), от сложившейся практики, позиций, занятых на основе этих законов, и как следствие от соответствующих затрагиваемых национальных интересов.

34. Стало ясно, что для применения любого из «предлагаемых прав» на интерактивное доведение до всеобщего сведения произведений и других охраняемых материалов, необходимы определенные пояснения. Имелись также некоторые пробелы в охвате этих прав в Бернской конвенции и их регулирование было неполным по Римской конвенции (и по Соглашению ТРИПС). Однако, уже долгое время наибольшая проблема состоит в том, что, по-видимому, различным странам было трудно выбрать лишь одно из двух базовых «предлагаемых прав», не оставляя никакого альтернативного выбора национальному законодательству.

35. С учётом этих проблем, Международное бюро ВОИС выработало компромиссное решение, содержащее следующие элементы: (i) действие интерактивной передачи должно описываться нейтральным образом, без какой либо конкретной правовой характеристики (как доведение произведения до всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи для доступа представителей публики); (ii) описание не должно быть технически конкретным, и в то же время, оно должно выражать интерактивный характер цифровых передач в том смысле, что его следует сопроводить пояснением того, что произведение или объект смежных прав считается доведенным «до всеобщего сведения» также и в том случае, когда представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их свободному выбору; (iii) в

которых копии доводятся до всеобщего сведения; обычно для «отложенного» использования, поскольку действие доведения до сведения и восприятие (изучение, наблюдение, слушание) знаков, изображений и звуков, в которых выражается произведение или звуковая запись (то есть фактическое «использование») представителями публики отличается во времени. *Права, не связанные с копированием* (такие, как право на публичное исполнение, право на передачу в эфир, право на сообщение для всеобщего сведения по проводам) с другой стороны, охватывают действия, с помощью которых такие произведения или объекты смежных прав доводятся для прямого – то есть не для «отложенного» - использования (восприятие, изучение, наблюдение, слушание) представителями публики.

отношении правовой характеристики исключительного права, то есть в отношении фактического выбора подлежащих применению права или прав, достаточная свобода должна быть оставлена национальному законодательству; и (iv) содержащиеся в Бернской конвенции пробелы в охвате соответствующих прав – права на сообщение для всеобщего сведения и права на распространение - должны быть устранены. Это упоминалось в качестве «зонтичного решения» и было принято на Дипломатической конференции 1996 года в качестве основы для положений, касающихся интерактивных передач.

36. Различное применение «зонтичного решения» в двух Договорах. В ДАП (см. его статью 8) «зонтичное решение» применяется особым образом. Поскольку страны, предпочитающие право на сообщение для всеобщего сведения в качестве общего выбора, по-видимому, являются более многочисленными, Договор, прежде всего, распространяет применимость права на сообщение для всеобщего сведения на все категории произведений, а затем поясняет, что это право также охватывает передачи в интерактивных системах, описанных свободным от правовых характеристик образом: «включая доведение [...] произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ [к ним] из любого места и в любое время по их собственному выбору». Однако при обсуждении этого положения в Главном комитете I, в качестве второго шага заявлялось – и ни одна делегация не возразила против этого – что Договаривающиеся стороны могут выполнять обязательства о предоставлении исключительного права разрешать такое «доведение до всеобщего сведения» также путём применения иного права, нежели право на сообщение для всеобщего сведения, или путём сочетания различных прав в той степени, в какой действия такого «доведения до всеобщего сведения» в полной мере охватываются исключительным правом (с соответствующими исключениями)⁵. Разумеется под «иным» правом прежде всего подразумевалось право на распространение, но таким «иным» правом могло быть также и общее право на доведение до всеобщего сведения.

37. Такое понимание гибкости «зонтичного решения» соответствует принципу «относительной свободы правовой характеристики действий», которые должны охватываться некоторыми правами в соответствии с международными нормами авторского права.⁶ (Однако важно подчеркнуть, что приемлемость различных правовых

⁵ См. Records of the 1996 Geneva conference, p 675, paragraph 301.

⁶ Например, в некоторых странах право на публичное исполнение охватывает не только те действия, которые упоминаются в положениях Бернской конвенции в качестве публичного исполнения произведений, но и также право на передачу в эфир и право на сообщение для всеобщего сведения, которые по Бернской конвенции являются

характеристик действий зависит от факта надлежащего соблюдения или несоблюдения обязательств предоставлять минимальный уровень охраны в отношении соответствующих действий).

38. Договор по авторскому праву также устранил содержащиеся в Бернской конвенции пробелы в отношении права на распространение. Статья 6(1) ДАП предусматривает исключительное право разрешать доведение до всеобщего сведения оригиналов и экземпляров произведений посредством продажи или иной передачи права собственности, то есть исключительное право на распространение. Согласованное заявление в отношении статей 6 и 7 (о правах на распространение и прокат) – согласно которому выражения «экземпляры» и «оригинал и экземпляры», в смысле настоящих статей, будучи предметом права на распространение и права на прокат по указанным статьям, относятся исключительно к зафиксированным экземплярам, которые могут быть выпущены в обращение в виде материальных предметов» не противоречит применимости права на распространение для цифровых интерактивных передач в рамках «зонтичного решения». В согласованном заявлении лишь указывается минимальный уровень охраны, а именно, что минимальным является обязательство предоставить право на распространение в отношении доведения до всеобщего сведения материальных экземпляров; однако здесь в соответствии с ДАП не имеется никаких препятствий для распространения применения права за пределами минимального предусмотренного здесь уровня (в данном контексте также применять право на распространение к случаям распространения с помощью воспроизведения через передачу и применять это более широкое право на распространение на основе «зонтичного решения»).

39. В то время, как статья 8 ДАП требует признания исключительного права на сообщение для всеобщего сведения (в более широком применяемом здесь смысле), статья 15 ДИФ лишь предусматривает право производителей фонограмм и исполнителей на одновременное вознаграждение за передачу в эфир и иную «традиционную» форму сообщения для всеобщего сведения и также разрешает - с помощью оговорок -

раздельными правами. В других странах право на сообщение для всеобщего сведения является общим правом, охватывающим все три категории упомянутых прав. В некоторых других странах именно право на передачу в эфир также охватывает сообщение для всеобщего сведения по проводам. В случае применения «зонтичного решения» различная правовая характеристика может означать определенное стирание границы между правами, связанными с копированием, и правами, не связанными с копированием, но это лишь является следствием того факта, что с появлением цифровых интерактивных передач впервые возникли комплексные действия.

ограничивать это право некоторыми видами использования или каким-либо иным образом или вовсе не применять статью 15. (Это приводит к более или менее такому же праву на вознаграждение, которое предусмотрено в статьях 12 и 16.1(a) Римской конвенции).

40. Поскольку в случае интерактивных передач признание исключительного права было необходимым, применение решения, предусмотренного в статье 8 ДАП, было невозможным в контексте ДИФ. Два права, различающиеся в отношении уровня минимальных обязательств, были разделены в статье 10 и 14, с одной стороны, и в статье 15, с другой стороны. Статьи 10 и 14 не двусмысленно предусматривают исключительное право на (интерактивное) доведение до всеобщего сведения для исполнителей (в отношении их исполнений, записанных на фонограммы) и производителей фонограмм. Само собой разумеется, что гибкость правовой характеристики этого исключительного права также существует и в соответствии с ДИФ.

41. Имплементация права на доведение до всеобщего сведения в «странах с переходной экономикой»; основные проблемы. В большинстве национальных законов стран, охватываемых данным документом, имеются положения, предусматривающие применение права на доведение до всеобщего сведения. Тем не менее имеются некоторые другие страны, в которых это не предусмотрено, или где это право обеспечивается для некоторых категорий правообладателей, но не предоставляется другим категориям (главным образом, владельцам смежных прав).

42. В национальных законах, содержащих положения об этом праве, проблемы несовместимости с двумя Договорами в большинстве случаев касаются разграничения действий (неинтерактивного) сообщения для всеобщего сведения (в виде эфирного вещания или сообщения для всеобщего сведения) с одной стороны, и (интерактивного) доведения до всеобщего сведения.

43. Это представляет собой проблему - по меньшей мере возникает опасность серьезного недопонимания - поскольку, как упоминается выше, к соответствующим различным действиям применяются не одни и те же международные нормы. Например, в случае неинтерактивной передачи с помощью средств беспроводной связи (=эфирное вещание), некоторые ограничения могут применяться на основе статьи 11 bis (2) Бернской конвенции, которая предусматривает «определяющие условия» для осуществления исключительного права (такие, как принудительное лицензирование, ограничение исключительного права правом на вознаграждение, обязательное коллективное управление), в то время, как статья 8 ДАП не предусматривает возможность определения таких условий. В случае прав исполнителей и производителей фонограмм различие является ещё более значительным, поскольку, как упоминается выше, в отношении неинтерактивного сообщения для всеобщего сведения статья 15 ДИФ лишь предусматривает единовременное право на вознаграждение (в отношении которого также могут быть сделаны оговорки), в то время, как в отношении интерактивного доведения до всеобщего

сведения в соответствии со статьями 10 и 14 Договора, исключительное право разрешать должно быть предоставлено (без возможности оговорок)

44. *Предлагаемые законодательные решения.* В национальных законах, содержащих общие определения, было бы исключительно трудно определить «сообщение для всеобщего сведения» таким образом, чтобы оно охватывало различные концепции по ДАП и ДИФ. Это происходит так, поскольку определение также должно отражать, что в случае исполнения, записанного на фонограмме, или фонограммы, представление (доведение до слухового восприятия) фонограммы публике (схожее действие, но охватываемое иными правами, нежели публичное исполнение произведения, записанного на фонограмму с помощью определенного устройства) также охватывается концепцией «сообщения для всеобщего сведения» в соответствии со статьёй 2 (g) ДИФ.

45. Полное и точное определение должно гласить следующее: «сообщение для всеобщего сведения» означает передачу по проводам или средствами беспроводной связи произведения, исполнения, фонограммы или сообщения в эфир таким образом, чтобы оно могло восприниматься людьми иными, нежели члены одной семьи или её ближайшие знакомые в месте или в местах, столь отдалённых от места, откуда идёт передача, что без такой передачи произведение, исполнение, фонограмма или сообщение в эфир не были бы приняты; в отношении произведения это также означает, что оно доводится таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к нему из любого места и в любое время по их собственному выбору; и в отношении исполнения, записанного на фонограмме, и фонограммы, это также означает доведение фонограммы до слухового восприятия публикой иным образом, нежели передача;»

46. Утверждалось, что, хотя такое определение будет полным и точным, работать с ним на практике будет весьма трудно. Кроме того из-за его исключительной сложности оно может привести к некоторому недопониманию и искажениям.

47. В случае применения наиболее широкой концепции «сообщения для всеобщего сведения» соответствующие положения также будут весьма сложными в тех национальных законах, которые не включают общих определений.

48. Поэтому национальные законы этих «стран с переходной экономикой» по-видимому применяют наилучшее решение, в соответствии с которым различие между концепциями (неинтерактивного) сообщения для всеобщего сведения и (интерактивного) доведения до всеобщего сведения проводится также и в отношении авторского права.

49. В национальных законах, содержащих общие определения, для этого потребуются два отдельных определения; одно, касающееся «сообщения для всеобщего сведения» и другое, касающееся «доведения до всеобщего сведения» или «интерактивного доведения до всеобщего сведения.» (Следует отметить, что, хотя прилагательное «интерактивное» не содержится в тексте двух Договоров или Директивы об информационном обществе, его

использование может быть полезным для того, чтобы обратить внимание на особый аспект таких действий).

50. Определения могут гласить следующее:

«сообщение для всеобщего сведения» означает передачу по проводам или средствами беспроводной связи произведения, исполнения, фонограммы или передачи таким образом, чтобы оно могло восприниматься людьми иными, нежели члены одной семьи или ближайшие знакомые в месте или в местах столь отдалённых от места, откуда идёт передача, что без такой передачи произведение, исполнение, фонограмма или передача не были бы приняты; в отношении исполнения, записанного на фонограмме, или фонограммы, это также означает доведение фонограммы до слухового восприятия публикой иным образом, нежели передача;»

«интерактивное доведение до всеобщего сведения» означает доведение произведения, записи исполнения, фонограммы или записи передачи таким образом, чтобы представители публики могли осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору;»

51. Тогда, в таких законах, соответствующие положения могут просто предусматривать (i) в случае авторского права - исключительные права на сообщение для всеобщего сведения и интерактивное доведение до всеобщего сведения и (ii) в случае смежных прав - исключительное право на интерактивное доведение до всеобщего сведения и, в том, что касается сообщения для всеобщего сведения исполнений, записанных на фонограммы, и производителей фонограмм, право на единовременное справедливое вознаграждение (как это предусмотрено в статье 15 ДИФ).

52. Опыт различных «стран с переходной экономикой» показывает, что это разделение неинтерактивных и интерактивных действий является полезным с точки зрения правовой ясности и лучшего понимания пользователями и общей публикой, и, в результате, также с точки зрения более эффективного применения и обеспечения исполнения этих прав.

53. Вышеуказанные определения и положения предлагаются для национальных законов, использующих общие определения. В национальных законах, не использующих такие определения, упоминаемое выше в пункте 28 решение может применяться *mutatis mutandis*.

54. Применение права на распространение; вопрос о территориальном действии исчерпания права; подразумеваемое право на импорт. В рамках применения выше описанного «зонтичного решения» ДАП (в статье 6) и ДИФ (в статьях 8 и 12) также предусматривают право на распространение экземпляров произведений, записанных исполнений и фонограмм. Как подчёркивается в различных документах и публикациях ВОИС, это лишь означает чёткое признание права на первое распространение (первый

пуск экземпляров в обращение), которое является косвенным следствием из права на воспроизведение.

55. Признание такого права – именно по той причине, что оно косвенно следует из права на воспроизведение – не порождает каких-либо законодательных или экономических проблем; и национальные законы стран, охватываемых данным документом, как правило, предусматривают такое право для авторов и обладателей смежных прав. Реальным вопросом, требующим юридическо-политического рассмотрения, является вопрос об исчерпании этого права.

56. Как правило, исчерпание права на распространение происходит после первой продажи соответствующих экземпляров. Важным является вопрос о том, имеет ли исчерпание международные или только территориальные последствия. Если национальный закон предусматривает исчерпание международного характера (то есть, если исчерпание применяется независимо от того, где в мире были проданы соответствующие экземпляры), то это означает, что закон допускает «параллельный импорт» без необходимости получения какого-либо разрешения от обладателей прав. Напротив, если национальный закон применяет принцип территориального исчерпания, то это означает, что право на распространение является исчерпанным лишь в том случае, если экземпляры проданы на какой-либо данной территории (обычно слово «территория» означает территорию соответствующей страны, но оно может также означать и внутренний рынок сообщества стран, к которому принадлежит данная страна).

57. Вышеупомянутые статьи обоих Договоров оставляют на усмотрение Договаривающихся сторон решение о том, какого рода нормы об исчерпании они применяют. Директивы ЕС предусматривают территориальное действие на уровне сообщества исчерпания права на распространение. Это означает, что если экземпляр продан в каком-либо государстве-члене, то правообладатель теряет своё право на распространение в отношении перепродажи экземпляров в любом государстве-члене. В то же время правообладатель может осуществлять своё право разрешать или запрещать импорт экземпляров из страны, находящейся за пределами Союза.

58. «Страны с переходной экономикой» (или скорее бывшие «страны с переходной экономикой»), являющиеся государствами-членами Европейского Союза, должны включать в свои национальные законы положения, которые соответствуют директивам. Страны, которые рассматривают возможность присоединения к Европейскому Союзу или которые уже ведут переговоры с этой целью, также как и те страны, которые на основе двухсторонних соглашений с Европейским Союзом должны «согласовывать» свои национальные законы с правовыми основами сообщества – едва ли могут предусматривать на своей территории исчерпание на уровне сообщества, поскольку они ещё не являются частью внутреннего рынка. Однако этим странам рекомендуется предусматривать территориальное исчерпание (в настоящее время в отношении их собственной

территории), поскольку, в случае последующего присоединения к Европейскому Союзу, его, видимо, адаптировать проще, чем принцип международного исчерпания.

59. Следует отметить, что территориальное исчерпание права на распространение подразумевает, что правообладатели имеют право разрешать импорт экземпляров на соответствующую территорию. Национальные законы некоторых стран, охватываемых данным документом, также недвусмысленно предусматривают такое право параллельно с положениями о территориальном исчерпании. Поскольку такое положение может сделать правовую ситуацию ещё более ясной, видимо можно рекомендовать предусматривать право на импорт. Следует также отметить, что в случае предоставления права на импорт оно неизбежно означает территориальное исчерпание права на распространение. Это тесная связь чётко указывается, например, в положениях статьи 16 Модельного закона СНГ. В соответствии с пунктом (2), исключительные права предоставляются как для распространения, так и импорта экземпляров, а пункт 4 предусматривает территориальное исчерпание права на распространение.

С. Применение исключений и ограничений в цифровой среде

60. Вводные замечания. Третий ключевой вопрос «Цифровой повестки дня ВОИС» заключается в том, каким образом применять исключения и ограничения авторского права и смежных прав в цифровой среде. Имеются различные виды исключений и ограничений. Настоящий документ, главным образом, сосредоточен на базовых условиях их применения, как это предусмотрено в «трёхступенчатом тесте», и на тех исключениях и ограничениях, которые являются особенно актуальными с точки зрения адаптации национальных законов «стран с переходной экономикой» к среде цифровых компьютерных сетей.

61. ДАП и ДИФ об ограничениях и исключениях; распространение применения «трёхступенчатого теста». Было принято согласованное заявление в отношении статьи 10 ДАП об ограничениях и исключениях, которое гласит следующее: «Понимается, что положения статьи 10 позволяют Договаривающимся сторонам переносить и соответствующим образом распространять на цифровую среду ограничения и исключения в своих национальных законах, которые считаются приемлемыми по Бернской конвенции. Аналогичным образом эти положения должны пониматься как позволяющие Договаривающимся сторонам определять новые исключения и ограничения, которые пригодны в среде цифровых компьютерных сетей. Также понимается, что статья 10(2) не ограничивает и не расширяет сферу применения ограничений и исключений, допускаемых Бернской конвенцией.» Это согласованное заявление применяется, *mutatis mutandis*, также в отношении статьи 16 ДИФ об ограничениях и исключениях.

62. Данное согласованное заявление требует надлежащего толкования. Статья 10 ДАП и статья 16 ДИФ предписывают применение одного и того же теста в качестве условия для

введения какого-либо ограничения или исключения в отношении прав, предоставляемых по Договору, как это предусмотрено в статье 9(2) Бернской конвенции в отношении права на воспроизведение и в статье 13 Соглашения ТРИПС в отношении любых прав на литературные и художественные произведения. Таким образом, любое ограничение или исключение может быть предусмотрено лишь (i) в особом случае; (ii) если оно не наносит ущерба нормальному использованию произведений, исполнений или фонограмм, соответственно; и (iii) если оно необоснованным образом не ущемляет законные интересы правообладателей.

63. Применение этого «трехступенчатого теста» к правам исполнителей и производителей фонограмм является особенно важным, поскольку оно означает, что устаревшие положения статьи 15(1) Римской конвенции – которые, например, дают полную свободу Договаривающимся сторонам освобождать личное использование от смежных прав – были отклонены.

64. Статья 10(2) ДАП, подобно статье 13 Соглашения ТРИПС, распространяет применение «трехступенчатого теста» на все экономические права, предусматриваемые в Бернской конвенции, в то время, как статья 16(1) ДИФ предусматривает, что Договаривающиеся стороны могут ввести те же виды ограничений и исключений в отношении охраны прав исполнителей и производителей фонограмм, которые они предусматривают в своём национальном законодательстве в отношении охраны авторского права на литературные и художественные произведения. Далее статья 16(2) ДИФ предписывает применение теста к любому исключению и ограничению в отношении прав по Договору.

65. Исследование ВОИС «Последствия Соглашения ТРИПС для договоров, административные функции которых выполняет ВОИС» ссылается на тот факт, что «Бернская конвенция содержит подобное положение в отношении исключительного права на воспроизведение (статья 9(2)) и ряд исключений или ограничений к этим же и другим исключительным правам (см. статьи 10, 10bis и 14bis(2)(b)) и она позволяет заменять исключительное право на передачу в эфир и исключительное право на запись музыкальных произведений, с помощью недобровольных лицензий (см. статьи 11bis(2) и 13(1).» После этого в нём заявляется следующее: «Ни одно из ограничений и исключений, разрешённых Бернской конвенцией, не должно, в случае правильного применения, наносить ущерб нормальному использованию произведения и ни одно из них не должно, в случае правильного применения, ущемлять необоснованным образом законные интересы держателя прав. Таким образом, как правило и обычно нет никакого противоречия между

Бернской конвенцией и Соглашением ТРИПС в том, что касается исключений и ограничений в отношении исключительных прав⁷.»

66. Как указано в этом анализе, применение «трёхступенчатого теста» к конкретным ограничениям и исключениям, допускаемым Бернской конвенцией, является инструментом толкования: оно гарантирует надлежащее толкование и применение этих ограничений и исключений.

67. На основе этого анализа можно сделать вывод о том, что то, на что ссылается вышеуказанное согласованное заявление – а именно перенос и распространение соответствующим образом на цифровую среду ограничений и исключений «которые считаются приемлемыми по Бернской конвенции» - не может быть автоматическим и механическим действием; оно обуславливается применением «трёхступенчатого теста». Условия нормального использования произведений в среде цифровых компьютерных сетей отличается от условий в традиционной аналоговой среде и случаи, когда может возникнуть необоснованное ущемление законных интересов правообладателей, могут также быть различными. Таким образом, применимость и сфера действия «существующих» ограничений и исключений должны учитываться, когда они «переносятся» в цифровую среду, и они могут быть сохранены только в том случае, если – и только в той степени, в какой они могут пройти «трёхступенчатый тест».

68. «Трёхступенчатый тест» в национальных законах «стран с переходной экономикой.» Имеется несколько стран, охватываемых данным документом, где национальные законы включают по меньшей мере второе и третье условие («ступень») «трехступенчатого теста», которые применяются в отношении исключений и ограничений, предусматриваемых законом.

69. Учитывая важную роль теста как инструмента толкования, анализируемую выше, полезно рассмотреть вопрос о том, чтобы национальные законы всех «стран с переходной экономикой» предусматривали применение по крайней мере этих двух условий любого исключения или ограничения (то есть исключение и ограничение должно допускаться лишь в том случае, если оно не наносит ущерба нормальному использованию соответствующих произведений и объектов смежных прав, и если оно не ущемляет не обоснованным образом законные интересы обладателей прав). Применение этих условий, по-видимому, является особенно желательным в условиях стремительного технического и социального развития.

⁷ Публикация ВОИС N464, 1996, стр. 22-23 текста на английском языке.

70. Причину, по которой третье (но по порядку первое) условие «трехступенчатого теста» (а именно, что исключение должно ограничиваться определёнными особыми случаями) относительно редко включается в национальные законы наряду с вышеупомянутыми другими двумя условиями. Это можно увидеть в позиции законодательных органов, считающих, что они должны иметь возможность определять такие особые случаи. Однако, стремительное техническое и социальное развитие может также влиять с этой точки зрения на вопрос, какие случаи могут рассматриваться поистине особыми. Соответственно, включение всего «трехступенчатого теста» может считаться оправданным, хотя такие законодательные решения встречаются относительно редко.

71. Особые исключения и ограничения; частное копирование. Хотя «трехступенчатый тест» может служить гарантией надлежащего применения особых исключений и ограничений, предусмотренных в национальных законах «стран с переходной экономикой», также важно, чтобы сами положения о таких исключениях и ограничениях содержали надлежащие условия, гарантирующие должное соответствие тесту. Это также применяется к таким важным исключениям и ограничениям, которые предусмотрены для целей образования, библиотечных услуг, общественной информации или использования людьми с ограниченными возможностями. Однако, особенно важно подчеркнуть это в отношении исключений и ограничений частного копирования, поскольку их регулирование и применение порождает ряд вопросов в связи с соответствующими положениями национальных законов «стран с переходной экономикой».

72. В основе проблем регулирования вопросов частного копирования лежит убеждение - также распространённое в «странах с переходной экономикой» - в том, что частное копирование является бесплатным и что все имеют «право» сделать экземпляр любого произведения или другого охраняемого материала. Разумеется, это убеждение является ошибочным. Нет никакого «права на бесплатное частное копирование». Воспроизведение для личных целей также обуславливается «трехступенчатым тестом».

73. Это означает, что такое копирование разрешается лишь в специальных случаях, а не вообще (нельзя придумать более общего случая, чем один бесплатный экземпляр всех видов произведений и другого охраняемого материала без каких-либо ограничений для каждого члена огромного и быстро растущего интернет населения).

74. Частное копирование не разрешается, если оно будет наносить ущерб нормальному использованию произведений; таким образом, например, не разрешается «частное копирование» произведений архитектуры, а в случае компьютерных программ это

разрешается лишь в некоторых чётко определённых случаях (см., например, статьи 5 и 6 Директивы о компьютерных программах 1991 года⁸ и статью 21 Модельного закона СНГ).

75. К тому же, если широко распространённое частное копирование ущемляет необоснованным образом законные интересы обладателей прав, но можно, по крайней мере, сократить ущерб до разумного уровня путем применения права на вознаграждение (обычно в форме так называемых "сборов"), то необходимо сделать это в соответствии со статьей 5(2) (b) Директивы об информационном обществе. Это положение Директивы включает условия, согласно которым это ограничение права на воспроизведение может применяться лишь в том случае, если воспроизведение делается физическим лицом для личного пользования и если это не служит прямо или косвенно коммерческим целям.

76. Директива также предлагает разумный пример того, каким образом могут регулироваться отношения между частным копированием и применением технических мер защиты. Статья 5(2)(b) предусматривает, что применение или неприменение технических мер защиты должно учитываться с точки зрения «справедливого вознаграждения» (права на вознаграждение) за частное копирование.

77. Вышеупомянутое регулирование вопроса о частном копировании может служить надлежащей основой для положений о частном копировании. Однако, с учётом опыта стран, охватываемых данным документом, и во избежание определённых типичных недопониманий в «странах с переходной экономикой», необходимо включить пояснение относительно того, что недостаточно, чтобы физическое лицо делало копии для личного пользования вообще; имеется также условие о том, что речь может идти лишь о личном использовании им или, по крайней мере, использовании людьми его собственного ближайшего частного круга (членами его семьи и его ближайшими знакомыми). Кроме того, по тем же причинам, необходимо избегать применения любого исключения или ограничения в отношении частного копирования (i) из незаконных источников. Разумеется, частное копирование не должно разрешаться из не законных источников (теми, кто знает или в данных обстоятельствах должен знать о том, что речь идёт о незаконном источнике); и (ii) во время публичного исполнения аудиовизуальных произведений (поскольку такого рода «пиратство с помощью видеокамер» является важнейшим источником пиратства в режиме онлайн и офлайн новых выпускаемых фильмов).

⁸ Директива Совета 91/250/ЕС от 14 мая 1991 о юридической охране компьютерных программ.

78. Исключение для некоторых действий временного воспроизведения. И наконец, следует сослаться на особое исключение из права на воспроизведение; а именно, исключение, применяемое в отношении некоторых действий временного воспроизведения.

79. Директива об информационном обществе содержит хорошо известный пример такого положения. Во-первых, статья 2 Директивы предусматривает, что «государства-члены предусматривают исключительное право разрешать или запрещать прямое или косвенное, временное или постоянное воспроизведение какими-либо средствами и в любой форме, в целом или частично» (авторов и владельцев смежных прав). Далее статья 5(1) Директивы (также обусловленная «трёхступенчатым тестом» в соответствии со статьёй 5(5) как и любые другие исключения и ограничения) содержит следующие положения:

«Временные действия воспроизведения, упоминаемые в статье 2, которые являются промежуточными или побочными [и] неотъемлемой и важной частью технологического процесса и единственная цель которых состоит в том, чтобы сделать возможным:

- а) передачу в сети между третьими сторонами с помощью посредника или,
- в) законное использование

произведения или другого объекта и которые не имеют самостоятельного экономического значения, исключаются из права на воспроизведение, предусмотренного в статье 2».

80. Применение этого исключения не является факультативным в противоположность другим исключениям и ограничениям, предусмотренным в пунктах (2)-(4) этой же статьи; оно является обязательным для государств-членов Европейского Союза. Его также рекомендуют применять в странах, которые находятся на стадии переговоров относительно присоединения к Союзу или в странах, которые обязаны «сблизить» своё законодательство с правовыми нормами сообщества. Однако, положения могут применяться для регулирования вопросов временного копирования также и в других «странах с переходной экономикой». Например, статья 19(2) Модельного закона СНГ содержит положения об исключениях из права на воспроизведение, которые по сути охватывают те же виды действий, что и вышеупомянутые положения Директивы ЕС.

81. Следует отметить, что эти положения не исключают временное копирование в целом из сферы действия права на воспроизведение. Возможны и другие случаи временного воспроизведения, которые могут затрагивать обычное использование соответствующих

произведений и объектов смежных прав и, таким образом, они не должны исключаться из сферы применения права на воспроизведение.⁹

D. Технические меры защиты; информация об управлении правами

82. Вводные замечания. Последний важный вопрос «цифровой повестки дня» касается применения технических мер и защиты с их помощью (таких, как системы кодирования) и информации об управлении правами (таких, как цифровые идентификаторы).

Национальные законы некоторых «стран с переходной экономикой» показывают, что регулирование этих вопросов и особенно вопросов технических мер защиты породили ряд сложных проблем. Поэтому в этом отношении представляется необходимым подробный анализ толкования и применения соответствующих положений ДАП и ДИФ.

83. Положения двух Договоров. Оба Договора не включают какого-либо положения по вопросу о том, какого рода меры и информация должны или могут применяться. В качестве единственной меры они обязывают Договаривающиеся стороны обеспечивать надлежащую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих технических средств, которые используются правообладателями в связи с осуществлением своих прав и ограничивают действия в отношении своих произведений и объектов смежных прав, которые не разрешены соответствующими правообладателями и не допускаются законом (статья 11 ДАП и статья 17 ДИФ), а также от тех, кто, зная или, в связи с применением гражданско-правовых средств защиты, имея достаточные основания знать, что их действия будут побуждать, позволять, способствовать или скрывать нарушение, устранять или изменять электронную информацию об управлении правами без разрешения или использовать без разрешения произведения или объекты смежных прав или их экземпляры, зная, что такая информация была устранена или изменена без разрешения (статья 12 ДАП и статья 18 ДИФ).

⁹ Например, в соответствии с одним из толкований концепции временного воспроизведения, о таком воспроизведении можно говорить, если компьютер включён и копия появляется в памяти с произвольным доступом, а затем исчезает при выключении компьютера. Не трудно признать, что, если, например, в компании такие временные копии компьютерной программы, полученной из незаконного источника, включаются в ряд терминалов, используемых в течение всего дня, и затем этот же процесс повторяется в другие дни, то это очевидно является одной из форм нормального использования соответствующего произведения.

84. Толкование и применение положений, касающихся информации об управлении правами, не приводит к каким-либо трудностям, поскольку речь идёт об охране от определённых видов мошеннических действий и поскольку положения обоих Договоров в этом отношении являются весьма подробными. В то же время применение положений о технических мерах охраны затронули ряд сложных вопросов. Соответственно в следующих пунктах обсуждаются, главным образом, эти вопросы.

85. Статья 11 ДАП и статья 17 ДИФ различаются лишь по объектам охраны, в отношении которых могут применяться технические меры. Будучи объединёнными эти два положения гласят следующее:

«Договаривающиеся стороны предусматривают соответствующую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода эффективных технических мер, используемых [авторами] [исполнителями или производителями фонограмм] в связи с осуществлением своих прав по настоящему Договору и ограничивающих действия в отношении их [произведений] [исполнений или фонограмм], которые не разрешены соответствующими [авторами][исполнителями или производителями фонограмм] или не допускаются законом.»

86. Некоторые из элементов этого положения представляются самоочевидными. Однако некоторые из них требуют особого толкования в целях надлежащего их применения в национальном законодательстве. Это обсуждается в следующих пунктах:

87. «Эффективные технические меры.» Технические меры защиты, нацеленные на предотвращение неразрешенного доступа или использования произведений, охраняемых авторским правом и/или смежными правами могут принимать различные формы и они постоянно развиваются в результате технического прогресса и нуждаются в постоянных адаптациях в ответ на неоднократные попытки «хакеров» и «крекеров» взломать их и изготовить средства для их обхода. Также в связи с этим не представляется полезным пытаться предложить серьёзное описание различных технических мер защиты, которые имеются и применяются в настоящее время. Это не представляется необходимым также и потому, что хорошо известно, о каких мерах идёт речь. Некоторые из них известны, подобно «кодированию» сигналов кабельного телевидения для того, чтобы ограничить доступ к ним платными подписчиками; другие являются более сложными, подобно кодированию произведений или их включению в «программную оболочку», защищённую от несанкционированного доступа при передаче через глобальные информационные сети, или включению электронных водяных знаков в цифровой материал для предотвращения его несанкционированного копирования (и в то же время для отслеживания таких воспроизведений).

88. Однако, требуется пояснить смысл условия о том, что для предоставления защиты техническая мера должна быть «эффективной». Утверждается, что меру нельзя толковать

как означающую, что при возможности её обойти, она не может не считаться «эффективной». Такое толкование было бы абсурдным, поскольку цель положений Договоров состоит именно в том, чтобы гарантировать защиту от действий обхода, которые поэтому, «по определению», являются возможными также и в случае «эффективной» технической меры.

89. Директива об информационном обществе содержит два определения, которые актуальны для данного случая. Статья 6.3 Директивы, прежде всего, даёт определение «технических мер», а также концепции эффективности:

Для целей настоящей Директивы выражение «технические меры» означает любую технологию, устройство или компонент, которые в ходе нормального действия имеют целью предотвратить или ограничить действия в отношении произведений или иных объектов, не разрешенные обладателем любого авторского права или любого права, касающегося авторского права, в соответствии с законом или естественным правом (для изготовителей баз данных), предусмотренным в главе III Директивы 96/9/ЕС. Технические меры считаются «эффективными», если использование охраняемого произведения или иного объекта контролируется правообладателями путём применения контроля за доступом или процессов охраны, таких, как кодирование, шифрование или иное преобразование произведения или иного объекта или с помощью механизма контроля за копированием, который достигает цель защиты.

90. Считается, что второе предложение этого положения нельзя толковать таким образом, что условие «который достигает цель защиты» требует абсолютной надёжности технической меры. Как обсуждалось выше, это было бы абсурдным требованием и не согласовывалось бы с надлежащим толкованием статьи 11 ДАП. Очевидно, что фраза, включённая в первое предложение этого пункта – «в ходе нормального действия» - должна приниматься во внимание в контексте «эффективности».

91. Определения прилагательного «эффективные» использовались для пояснения того, что является достаточно ясным на основании статьи 11 ДАП и статьи 17 ДИФ даже и без них¹⁰. Вывод о том, что излагается в вышеуказанных определениях, можно было сделать из текста положений Договоров, даже если они использовали выражение «технические меры» лишь в контексте статьи 11 (например, даже без этого прилагательного можно сделать вывод об условии «нормального действия», поскольку любое иное толкование было бы абсурдным).

¹⁰ Это признание, видимо, отражено в Модельном законе СНГ, который в определении технических мер (статья 4) не содержит отдельного определения «эффективности».

92. «Ограничивающих действия в отношении их произведений/исполнений/фонограмм.»

Технические меры могут ограничивать действия в отношении произведений и объектов смежных прав различным возможным образом. Имеются однако, - по меньшей мере в условиях данной технологии - две базовые формы ограничения (связывания условием) действий: во-первых, ограничение доступа к произведениям и объектам смежных прав; и во-вторых, ограничение выполнения некоторых действий в отношении произведений. Обязательства по положениям Договоров охватывают обе эти базовые формы, а национальное и региональное законодательство, принятое к настоящему времени с целью осуществления этих договоров, по-видимому, отражает это признание.

93. «Которые не разрешены соответствующими авторами или не допускаются законом».

В контексте данных положений это представляется очевидным, поскольку слово «действия» включено во множественном числе перед последней частью положений, а фраза «в отношении их [произведений] [исполнений] [фонограмм] в запятых также относится к этому слову – что по данному тексту неразрешёнными являются действия, ограниченные авторами (другими обладателями авторского права или смежных прав) в связи с осуществлением их прав на основании Договоров.

94. Представляется также очевидным, что означает эта фраза, если её читать следующим образом: «которые не разрешены соответствующими авторами/исполнителями/производителями фонограмм.» Сама цель применения технических мер соответствующими обладателями прав состоит в том, что можно осуществлять лишь те действия, которые разрешены ими.

95. Однако, эта фраза требует пояснения, если её читать с учётом другого аспекта: «которые не допускаются законом». Во-первых, следует отметить, что национальный закон не может разрешать любое действие отдельно в этом контексте. Закон любой Договаривающейся стороны может разрешать какое-либо действие лишь, если такое разрешение – в виде исключений или ограничений – допускается по соответствующему Договору. Во-вторых, эта фраза, по-видимому, указывает на то, что по статье 11 ДАП и статье 17 ДИФ не имеется обязательства обеспечивать «надлежащую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты» от обхода, который касается разрешённых законом действий в только что упомянутом смысле.

96. «Обход». Имеется много видов обходных действий – разрушение, нарушение, нейтрализация, и т.д. – технических мер защиты: «взлом» с помощью расшифровки, «нарушение» программных оболочек с цифровыми водяными знаками и т.д. Это выражение является технологически нейтральным и охватывает все различные виды. В Директиве об информационном обществе не содержится конкретного определения «обходных мер». Видимо, было признано достаточно ясным, что могут означать обходные действия.

97. «Подготовительные действия». Следует принять во внимание, что, как правило, действия по обходу технических мер защиты предпринимаются отдельными лицами в частных домах или в служебных помещениях, где правообеспечение было бы весьма трудным, если не невозможным, среди прочего из-за соображений секретности. Таким образом, если национальный закон лишь охватывает такие действия, то, по всей видимости, он не сможет обеспечить соответствующую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от них; несмотря на договорные обязательства, как правило, они по-прежнему останутся неподконтрольными.

98. Тем не менее остаётся возможность обеспечивать такую охрану и средства правовой защиты. Учитывая сложность задействованных технологий, в большинстве случаев, такие действия могут иметь место лишь после приобретения необходимого устройства или услуги, обеспечивающих обход. Такое приобретение происходит за пределами частной сферы на специальном рынке, где торгуют такими устройствами или услугами. Поэтому возможный путь обеспечения охраны и правовой защиты, согласующегося с обязательствами, состоит в том, чтобы остановить несанкционированные действия по обходу, путём прекращения поставок незаконных обходных устройств или услуг и запрещения изготовления, импорта и распространения таких устройств и предложения таких услуг.

99. Соответственно, чтобы обеспечить выполнение Договаривающимися сторонами своих обязательств по Договорам, рекомендуется обеспечить необходимую охрану и средства правовой защиты:

- от неразрешённых действий по обходу и от так называемой «подготовительной деятельности», делающей их возможными (то есть от изготовления, импорта и распространения инструментов обхода или предложения услуг с целью обхода);
- от всех таких действий в отношении как технических мер, используемых для «контроля за доступом» так и тех, которые используются для контроля за осуществлением прав, таких, как устройство контроля за копированием¹¹;

¹¹ Положения национальных законов стран, рассмотренных в ходе подготовки данного документа, в целом соответствуют этому, что согласуется с соответствующими положениями Директивы об информационном обществе ЕС и Модельного закона СНГ, упоминаемыми в пункте 101 ниже. Однако, следует отметить, что в других регионах некоторых стран при осуществлении Договоров в области Интернета не запретили обход технических мер, используемых для контроля за осуществлением таких прав, как контроль за копированием, при том понимании, что любой обход, ведущий к незаконной деятельности (такой, как копирование) сам по себе будет являться нарушением авторского

- в отношении обходных устройств, не только тех устройств, единственной целью которых является обход, но также против тех, которые, главным образом, созданы и произведены для таких целей и которые имеют ограниченное коммерческое значение или используются в других целях, нежели обход, или в отношении которых очевидно, что они созданы для обхода, поскольку они и сбываются на рынке (рекламируются и т.д.) как таковые.
- также в отношении обходных устройств, но не только в отношении данного конкретного устройства, характер которого описан в предыдущем пункте, но и также против отдельных компонентов или встроенных специальных функций, которые соответствуют критериям, упоминаемым в предыдущем пункте.

100. Эти элементы были включены в соответствующее имплементационное законодательство по Договорам в области Интернета, например, в положения статьи 6(1) и (2) Директивы об информационном обществе (а также в положения статьи 46 (1) Модельного закона СНГ, которые имеют лишь некоторые редакционные различия):

«1. Государства-члены обеспечивают соответствующую правовую защиту от обхода любых эффективных технических мер, который соответствующее лицо осуществляет, зная или имея разумные основания знать, что он или она преследует такую цель.

2. Государства-члены обеспечивают соответствующую правовую защиту от изготовления, импорта, распространения, продажи, сдачи в прокат, рекламы с целью продажи или сдачи в прокат, или владения в коммерческих целях устройств, продуктов или компонентов или предоставления услуг, которые:

- a) продвигаются, рекламируются или сбываются на рынке для целей обхода, или
- b) имеют лишь ограниченную и коммерчески несущественную иную цель или назначение, нежели обход, или
- c) главным образом, созданы, произведены, адаптированы или усовершенствованы для цели обеспечения или облегчения обхода, любых эффективных технических мер.»

права. Тем не менее, национальные законы таких стран обычно запрещают подготовительную деятельность в отношении технических мер, которые контролируют осуществление прав.

101. Средства правовой защиты. Многие зависят от конкретных традиций и принципов правовых систем «стран с переходной экономикой» в вопросе о том, каким образом они могут гарантировать «эффективные средства правовой защиты». Однако, представляется очевидным, что, как правило, гражданско-правовые средства защиты являются необходимыми (предоставляются таким образом, чтобы любая пострадавшая сторона могла сослаться на них). Кроме того, необходимы также и уголовные санкции, поскольку производство, импорт и распространение незаконных обходных устройств является своего рода пиратской деятельностью. Из-за характера так называемых «подготовительных действий» представляется также оправданным распространять на них все временные и пограничные меры, которые предусмотрены в статьях 50-60 Соглашения ТРИПС.

102. В том, что касается правовых средств защиты, то Модельный закон СНГ и Директива об информационном обществе ЕС включают лишь общие рамочные положения, поскольку обеспечение таких средств правовой защиты может в значительной степени зависеть от соответствующего гражданского, уголовного и прочего законодательства государств-членов. статья 46 (1) Модельного закона СНГ лишь предусматривает, что тот, кто нарушает запрет вышеупомянутых действий в отношении технических мер, несёт ту же ответственность за правовые последствия «как если бы» он совершил нарушение авторского права или смежных прав, в то время, как статья 8 Директивы содержит установочные положения, распространяющиеся не только на нарушения положений о технических мерах защиты (и информации об управлении правами), но и в целом на любые «нарушения прав и обязанностей, предусмотренных в данной Директиве.» В пункте 2 статьи имеется особая ссылка на обязательство принять «когда это необходимо» надлежащие меры «для конфискации контрафактных материалов», а также устройств, продуктов или компонентов, упоминаемых в статье 6(2); цитируемая выше статья 6(2), содержит положения о «подготовительных действиях» в целях обхода технических мер защиты. Статья 8 гласит следующее:

«1. Государства-члены предусматривают надлежащие санкции и средства правовой защиты в отношении нарушений прав и обязательств, изложенных в настоящей Директиве, и принимают все необходимые меры для обеспечения применения этих санкций и средств правовой защиты. Предусматриваемые таким образом санкции должны быть эффективными, пропорциональными и убедительными.

«2. Каждое государство-член принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы правообладатели, чьи интересы ущемляются контрафактной деятельностью, осуществляемой на его территории, могли подать иск о возмещении ущерба и/или вынесении судебного запрета и, в необходимых случаях, конфискации контрафактного материала, а также устройств, продуктов или компонентов, упоминаемых в статье 6(2).

«3. Государства-члены обеспечивают, чтобы правообладатели могли обращаться с заявлением о вынесении судебного запрета в отношении посредников, чьи услуги используются третьей стороной для нарушения авторского права и смежных прав.»

103. Типичные проблемы в национальных законах «стран с переходной экономикой» относительно технических мер защиты. Охватываемые данным документом страны, которые являются членами Европейского Союза, должны были включить вышеуказанные положения в свои национальные законы. Тем не менее, очевидно, что не все эти страны перенесли такие нормы во всех их аспектах самым последовательным образом. В национальных законах других «стран с переходной экономикой», в частности, в законах тех из них, которые пока не присоединились к ДАП и ДИФ, имеются, однако, даже более существенные проблемы.

104. Некоторые из этих недостатков можно перечислить следующим образом:

- i) отсутствуют положения о технических мерах защиты и/или информации об управлении правами
- ii) имеются положения, касающиеся обхода, но отсутствуют положения о «подготовительных действиях;»
- iii) имеются лишь рудиментарные положения о «подготовительных действиях;»
- iv) имеется такое определение «эффективности», что оно может привести к отсутствию ясности и свести на нет надлежащую защиту;
- v) отсутствие ясности относительно связи между запрещенными действиями в отношении технических мер, с одной стороны, и нарушениями авторского права и смежных прав, с другой стороны;
- vi) отсутствие надлежащих положений о средствах правовой защиты и санкциях.

105. Предлагаемые законодательные решения. Как указано выше, упомянутые положения статьи 6(1) и (2) Директивы об информационном обществе и статьи 46(1) Закона СНГ могут стать надлежащей основой для обеспечения запрета действий по обходу и «подготовительных действий», хотя во внимание могут быть также приняты и другие законодательные модели.

106. В качестве модели может также использоваться определение «эффективных технических мер» в статье 6(3) Директивы об информационном обществе. Однако, рекомендуется принять во внимание анализ, предлагаемый в пунктах 91 и 92 выше.

107. Необходимы чёткие положения, запрещающие действия по обходу и «подготовительные действия», а также положения о средствах правовой защиты и санкциях, которые надлежит применять в связи с такими действиями. В этом контексте,

по-видимому, необходимы два комплекта положений: один – о запрете вышеупомянутых действий, а другой - о средствах правовой защиты и санкциях, которые необходимо применять в случае нарушений запретов.

108. В некоторых национальных законах, рассматриваемых в связи с данным документом, содержатся различные наборы положений о средствах правовой защиты и санкциях за нарушения авторского права и смежных прав, с одной стороны, и за неразрешённые действия по обходу и «подготовительные действия», с другой стороны. Имеются также национальные законы об авторском праве, которые лишь предусматривают, что к нарушениям запретов, касающихся технических мер, применяются те же положения, что и к нарушениям авторского права и смежных прав. В случае некоторых средств правовой защиты, это может предлагать достаточные инструкции для судов и других правоприменительных органов. Однако, по некоторым аспектам, например, в случае применения уголовных санкций (для последовательного применения принципа *nullum crimen sine lege*) – могут понадобиться более подробные положения.

109. Гражданско-правовые средства защиты и административные и уголовные санкции должны быть достаточно серьёзными для того, чтобы действовать в качестве сдерживающего средства от неразрешённого обхода технических мер, особенно в отношении тех, кто совершает «подготовительные действия» в коммерческом масштабе. Рекомендуются также предусмотреть арест, конфискацию и разрушение незаконных приспособлений (таких, которые определены в статье 6(2) Директивы об информационном обществе и в статье 46 (1) Модельного закона СНГ).

[Конец документа]