



БЮЛЛЕТЕНЬ ЮНЕСКО ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ

Электронная версия русского издания

№ 1

январь–март 2007 г.

Издание на русском языке при финансовой поддержке ЮНЕСКО
осуществляет НП «Издательская фирма "ЮниПринт"»

Перевод на русский язык: *Анна Ясман*

Научная редакция: д-р юридических наук, проф. *Эдуард Гаврилов*

Компьютерная верстка: *Валерий Стариков*

Оригинальный текст: © UNESCO, 2007

Перевод на русский язык: © ЮниПринт, 2007

Ответственность за подбор и изложение фактов в данном издании несут авторы статей. Высказанные в них мнения могут не совпадать с точкой зрения ЮНЕСКО и не налагают на нее никаких обязательств.

Встречающиеся в издании формулировки и представление материала, которые касаются правового положения любой страны, территории, города или региона и их управления, а также определения их границ, могут не отражать позиции ЮНЕСКО по затрагиваемым проблемам.



СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И МНЕНИЯ

- Роль трехступенчатого теста в адаптации законодательства об авторском праве к информационному обществу
Кристоф Гейгер

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ЮНЕСКО

- 18 марта 2007 г. вступила в силу Конвенция ЮНЕСКО об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения

БИБЛИОГРАФИЯ

- **New Directions in Copyright Law, Volume 3.** Edited by Fiona Macmillan and Kathy Bowrey, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 2006, 249 pp.

ТЕОРИЯ И МНЕНИЯ

РОЛЬ ТРЕХСТУПЕНЧАТОГО ТЕСТА В АДАПТАЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ АВТОРСКОМ ПРАВЕ К ИНФОРМАЦИОННОМУ ОБЩЕСТВУ¹

Кристоф Гейгер*

Несмотря на все сказанное и написанное, новые информационные технологии глубоко затронули законодательство об авторском праве и выявили настоятельную потребность в адаптации того, что разрабатывалось в то время, когда сегодняшние коммуникационные технологии существовали разве что в научно-фантастических романах. Изменение законодательства становится еще более неотложным, если учитывать то обстоятельство, что технологическое развитие сопровождалось проникновением этих новых инструментов в социальный организм². Ведь инструментарий, о котором идет речь, составляет все более важную часть повседневной жизни людей, и в наши дни его используют не только для развлечения, но и для информации, и даже для профессиональной подготовки (например, вопрос дистанционного обучения приобретает новые масштабы благодаря возможностям, которые дает Интернет). Вследствие этого людей волнует проблема регулирования вопросов,

¹ Высказанные в настоящем исследовании мнения суть мнения автора. Они не отражают мнения ЮНЕСКО или ее государств-членов и ни к чему их не обязывают.

* Доктор права, глава Отдела Франции и франкофонных африканских стран Института имени Макса Планка по вопросам законодательства об интеллектуальной собственности, преподаватель Мюнхенского университета имени Людвиг-Максимилиана.

² См., например: A Mattelard, *La Communication-monde*, Париж, Editions de la Decouverte, 1992.

связанных с новыми технологиями и, соответственно, с авторским правом, в отношении которых все чаще звучат разные мнения.

Эти изменения, происходившие в социуме, шли одновременно с глубокими переменами данных в экономике. Нематериальная экономика – безусловно, тот сектор деятельности, который наиболее вырос за последние несколько лет³. Действительно, некоторые известные специалисты смело заявили, что XXI век утвердит верховенство коммуникации и информации над традиционными отраслями экономики⁴. Более того, постоянно выдвигается на первый план роль так называемых «культурных индустрий» в развитии и конкурентоспособности в условиях глобализированного мира. Что касается остальных, то они, к несчастью, зачастую отторгаются. В спорах о будущем авторского права крайне редко высказывают свое мнение авторы – по крайней мере, по сравнению с другими заинтересованными группами, – что свидетельствует о тревожащем отсутствии интереса к вопросам, которые в принципе непосредственно их касаются. В то время как на первые законы об авторском праве и первые международные конвенции сильно повлияла мобилизованность знаменитых писателей, сегодня не найти ни одного крупного автора, которого бы интересовала проблема, связанная с законодательством об авторском праве...

Как бы то ни было, «цифровая революция» потребовала переоценки и адаптации авторского права с тем, чтобы сохранился справедливый баланс между заинтересованными сторонами. Для этого было предпринято несколько инициатив. Вначале на международном уровне первым шагом были укрепление прерогатив правообладателей, адаптация имущественных прав к цифровой среде и обеспечение правовой охраны мер технологической защиты⁵. Столкнувшись с трудностями соблюдения авторского права в Интернете, правообладатели возлагают большие надежды на меры технического порядка, вплоть до того, что некоторые авторы даже возвестили, что на смену охране авторского права идет техническая защита⁶.

³ О постепенном преобразовании индустриальной экономики в нематериальную и о том, что подразумевает такая перемена, см. интересную работу: *Cohen, D. Trois Leçons sur la société post-industrielle*, Paris, Seuil, 2006.

⁴ См., например: *Foray, D. L'économie de la connaissance*, Paris, La découverte, 2000. См. также статью Генерального директора ЮНЕСКО, в которой он утверждает, что «в будущем потенциал развития общества будет зависеть не столько от природных ресурсов, которыми оно располагает, сколько от его способности создавать, распространять и использовать знания»: *Matsuura, K. Le partage du savoir est un multiplicateur de croissance. Le Figaro*, 27 September 2006.

⁵ См. договоры ВОИС от 20 декабря 1996 г.: Договор ВОИС по авторскому праву (ДВАП) и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДВИФ), принятые 20 декабря 1996 г. в Женеве.

⁶ *Vinje, T. Should We Begin Digging Copyright's Grave? / EIPR*, 2000. С. 555; *Lessig, L. Code and Other Laws of Cyberspace*, N. Y.: Basic books, 1999; *Hugenholz, P. B. Code as Code, or the End of Intellectual Property as We Know It / Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999. Vol. 6, n. 3. P. 308.

Однако в том, что касается «изъятий и ограничений»⁷, вопрос был отложен. С одной стороны, договоры ВОИС 1996 г. не решили проблему взаимодействия технических мер и ограничений авторского права, оставив без внимания то обстоятельство, что технология «слепа» и потому не может соблюдать равновесие, устанавливаемое законом, а значит, потенциально может не допускать совершенно законных форм использования⁸. С другой стороны, что касается адаптации системы изъятий, Договор ВОИС по авторскому праву очень неточно указывает в статье 10 на то, что «договаривающиеся Стороны могут в своем национальном законодательстве предусматривать ограничения или изъятия по отношению к предоставляемым по настоящему Договору авторам литературных и художественных произведений правам в определенных особых случаях, которые не противоречат нормальной эксплуатации произведения и не наносят необоснованного ущерба законным интересам автора». Это то, что часто называют «трехступенчатым тестом». Однако чтобы у государств сохранялась определенная свобода в принятии новых изъятий в цифровой среде⁹, трехступенчатый тест сопровождался Согласованным заявлением, специально оговаривающим, что «положения статьи 10 позволяют договаривающимся Сторонам переносить в цифровую среду и соответствующим образом распространять на цифровую среду те ограничения и изъятия в своих национальных законодательствах, которые были сочтены приемлемыми по Бернской конвенции. Аналогичным образом следует понимать, что эти положения допускают, чтобы договаривающиеся Стороны разрабатывали новые изъятия и ограничения, уместные в цифровой сетевой среде». Таким образом, стороны-подписанты не хотели придавать большое значение трехступенчатому тесту и его слишком ограничительному характеру, отложив благодаря туманным формулировкам решение щекотливого вопроса об изъятиях в цифровой среде.

Кроме того, ссылка в международных договорах на трехступенчатый тест не была чем-то новым. Впервые понятие трехступенчатого теста появилось в 1967 г. на Стокгольмской

⁷ В договорах ВОИС, Соглашении ТРИПС и Директиве от 22 мая 2001 г. систематически используются оба термина. Тем не менее, по нашему мнению, для характеристики правового характера дозволенных законом форм использования термин «ограничения» кажется более подходящим, чем «изъятия». Действительно, ограничения исключительного права не представляют собой исключений из правила, их нужно рассматривать как технические приемы, с помощью которых закон очерчивает пределы монополии. Однако, так как обычно термин «изъятие» используется чаще, мы продолжим использовать его, памятуя, что в данном контексте термин этот будет употребляться в целях описания, а не из-за его понятийного смысла (см. по этому вопросу C.Geiger, *De la nature juridique des limites au droit d'auteur: Propr. Intell.*, 2004, n. 13. P. 887).

⁸ По этой проблематике см. превосходную работу: *Dusollier, S. Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numerique*, Bruxelles, Larcier, 2005. P. 152. См. Также: *Geiger, C. Droit d'auteur et droit du public a l'information, Approche de droit compare*. Paris, Litec, 2004, n. 229.

⁹ См. в этом смысле M. Senftleben, *in: Dreier, T. Hugenholtz P.B. (eds). Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 2006, WCT, art. 10, n. 6.

конференции, целью которой был пересмотр Бернской конвенции, нацеленный главным образом на то, чтобы закрепить на международном уровне право на воспроизведение. До того это право в Конвенции отсутствовало, хотя и играло большую роль в национальных законодательствах нескольких стран (статья 9.1)¹⁰. Но так как многие страны уже имели в своих национальных законодательствах несколько изъятий из права на воспроизведение – и не желали изменять свои законы – в статье 9 был добавлен второй *alinea* (абзац), дававший туманный общий критерий, позволявший странам-членам предоставлять изъятия из нового права. Таким образом, это была компромиссная формулировка, достаточно широкая, чтобы охватывать все изъятия, вошедшие в законодательство подписавшихся стран, будь то по перечню или по общей оговорке типа той, которая делается для добросовестного использования, или исключения из права для добросовестной деятельности¹¹.

Кстати, именно такая широкая и мало к чему обязывающая формулировка и обеспечила успех теста на переговорах по последующим соглашениям в области интеллектуальной собственности, поскольку она позволяла решить крайне болезненный вопрос об изъятиях путем отсылки к статье общего характера, связь с которой можно было установить в странах как континентальной традиции, так и традиции общего права. Как таковой тест вновь использовали в Соглашении ТРИПС 1994 г.¹² и распространили его на все имущественные права (статья 13). Из-за консенсусного характера этого правового инструмента разного рода «трехступенчатые тесты» (их формулировка иногда слегка варьирует) были почти без споров закреплены и в ТРИПС – в области товарных знаков (статья 17), промышленных образцов (статья 26(2)) и патентов (статья 30). Представляя собой абстрактную – но отнюдь не малозначимую, – перемену, третья ступень теста, если брать версию ТРИПС, нацелена на охрану законных интересов «правообладателя», а не автора, как говорится в Бернской конвенции. Это может указывать на прогрессирующий отход от охраны интересов авторов в пользу охраны интересов владельцев авторского права, которых уже косвенно затронула вторая ступень, касающаяся отсутствия противоречия нормальной эксплуатации произведения.

¹⁰ Подробный исторический обзор см. у М. Senftleben: Copyright, Limitations and the Three-Step Test. The Hague, Kluwer, 2004. P. 43–98.

¹¹ См.: Ricketson, S. International Conventions and Treaties, in: L. Baulch, M. Green et M. Wyburn (ed.) / Journees d'Etude de l'ALAI – Les Frontieres du droit d'auteur: ses limites et exceptions, Actes du Congres de l'ALAI, 1998, Сидней, Австралийский совет по авторскому праву, 1999. С. 10 и далее.

¹² Соглашение ВТО по ТРИПС (торговым аспектам прав интеллектуальной собственности) 1994 г. (учреждающее Всемирную торговую организацию (ВТО) и включающее ГАТТ по состоянию на 1994 г.), приложение 1(с), подписанное 15 апреля 1994 г. в Марракеше.

Ввиду консенсусного характера указанного правового инструмента неудивительно, что Директива 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе¹³ (далее «Директива»), предназначенная к переносу договоров ВОИС в плоскость законодательства Сообщества, включила в свою статью 5.5 трехступенчатый тест, хотя и слегка видоизменив его формулировку¹⁴. Некоторые национальные законодатели увидели возможность перенести тройственный тест в плоскость национальных законов и органично включили его в свое законодательство, перенеся туда Директиву¹⁵. Так поступил Китай, реформируя свое законодательство¹⁶. Но эти слабые сдвиги в формулировании теста и его органичное включение в правопорядок Сообщества глубоко изменили его масштаб. Представляется, что у национальных судей есть возможность (если не обязанность), сталкиваясь с применением какого-то изъятия, использовать тест¹⁷. К этому мы еще вернемся. Пока же можно отметить, что в таком случае «лимитированной» заведомо неточным правилом трехступенчатого теста была бы не только свобода законодателя в адаптации системы изъятий, но и полномочия судьи решать вопрос по своему усмотрению.

Так что можно задать провокационный вопрос: существует ли еще на национальном уровне свобода необходимой адаптации системы ограничений авторского права, или эта система обречена ныне на тревожащее *статус-кво*? Цель настоящей статьи заключается в том, чтобы проанализировать ту свободу действий законодателя и судей, которая остается при трехступенчатом тесте. Мы увидим, представляет ли собой трехступенчатый тест препятствие для законодательной (I), затем и судебной (II) адаптации законодательства об авторском праве применительно к цифровой среде.

I. Является ли трехступенчатый тест препятствием к законодательной адаптации законодательства об авторском праве к информационному обществу?

Этот вопрос может удивить, если вспомнить историю принятия правила трехступенчатого теста во время выработки Договоров ВОИС. Действительно, мы уже видели, что

¹³ JOCE, 22 June 2001, L-167. P. 10.

¹⁴ По этому вопросу см. ниже.

¹⁵ См. ниже.

¹⁶ Статья 21 Закона от 14 августа 2002 г.: «несанкционированное использование опубликованных произведений, по изложенным положениям Закона, не должно вступать в противоречие с нормальной эксплуатацией произведения и наносить необоснованный ущерб законным интересам правообладателя». Таким образом, это скорее уж «двойственный тест», поскольку в текст китайского документа не включена первая ступень.

государства-подписанты не желали придать ему очень широкий охват, чтобы не налагать жестких ограничений на свою свободу принимать в будущем новые изъятия. Кроме того, выказывая равнодушие к этому правовому инструменту, ученые вначале не уделяли трехступенчатому тесту большого внимания, а изучали его вообще единицы. Все, однако, изменилось, когда Комиссия экспертов ВТО осудила Соединенные Штаты за принятие одного закона, который нарушал статью 13 ТРИПС, тем самым показав всему миру, что к трехступенчатому тесту следует относиться самым серьезным образом и что Соединенные Штаты не вольны действовать, как им заблагорассудится в области изъятий.

1. Свобода законодателя ограничена тройственным тестом

В решении от 25 июня 2000 г.¹⁸, Комиссия экспертов ВТО, к которой обратился Евросоюз, заявила, что принятое американским законодателем изъятие (освобождавшее все коммерческие заведения, где передается музыка – такие, как бары и рестораны¹⁹, – от платежей авторских отчислений) нарушает трехступенчатый тест Соглашения ТРИПС²⁰. Впервые Комиссия экспертов дала определение условий, задаваемых тестом, содержание которых до того момента было очень неопределенным. С тех пор ученые предложили иные толкования, поскольку в том, что касается точной сферы охвата ступеней теста, остается немало белых пятен. В нашу задачу не входит подробно рассматривать решение Комиссии экспертов, которое уже много раз было проанализировано, а также представлять

¹⁷ Дополнительные сведения по данному вопросу см.: С. Geiger, *From Berne to National Law, Via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-step Test* (будет опубликована в EIPR в 2007 г.). Некоторые части данной работы заимствованы из упомянутой статьи.

¹⁸ Отчет Комиссии экспертов от 15 июня 2000 г, Соединенные Штаты – статья 110(5) американского Закона об авторском праве, WT/DS160/R.

¹⁹ 17 U.S.C., §100(5) в том виде, какой приняла эта статья после ее видоизменения законом 1998 г. (*Fairness in Music Licensing Act*).

²⁰ Касательно этого решения см., например: Y. Gaubiac, *Les Exceptions au droit d'auteur: un nouvel avenir?*, *Comm.com.electr.*, июнь 2001 г., с. 12 (см. также того же автора, *Propr. Intell.*, 2002, n. 2. P. 17); J. C. Ginsburg, *Vers un droit d'auteur supranational? La decision du groupe special de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir des exceptions au droit d'auteur*, *RIDA*, 2001, n. 187. P. 2; A. Lucas, *Le «triple test» de l'article 13 de l'accord sur les ADPIC a la lumiere du rapport du groupe special de l'OMC «Etats – Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur»*, in: P. Ganeva, C. Heath, G. Schricker (ed.), *Urheberrecht, Gestern-, Heute- Morgen, Melanges A. Dietz*, Мюнхен, Beck, 2001. P. 423; B. C. Goldmann, *Victory of Songwriters in WTO Music Royalties Dispute between US and EU – Background of the Conflict over the Extension of Copyright Homestyle Exemption*, *IIC*, 2001. P. 412; M. Ficsor, *Combien de quoi? Les «trois conditions cumulatives» et leur application dans deux affaires recentes de reglement de differends dans le cadre de l'OMC*, *RIDA*, 2002, n. 192. P. 111; D. J. Brennan, *The Three-Step Test Frenzy – Why the TRIPS Panel Decision Might Be Considered Per Incuriam*, *IPQ*, 2002, n. 2. P. 212; P. B. Hugenholtz, *De wettelijke beperkingen beperkt. De WTO geeft de driestappentests tanden*, *AMI*, 2000. P. 10; J. Oliver, *Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test*, *Columbia Journal of Law and the Arts*, 2002. Vol. 25, n. 2/3. P. 119; M. Clement-Fontaine, in: *Les grands arrêts des la propriété intellectuelle* (under the dir. of M. Vivant), Paris, Dalloz, 2004. P. 169. См. также: M. Senftleben, *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law*, *IIC*, 2006, no 4. P. 407.

углубленное исследование содержания трехступенчатого теста. Мы предпочтем ссылаться на блестящие работы, которые существуют по указанному вопросу²¹. Мы лишь попытаемся показать, каким образом могла бы быть ограничена свобода национального законодателя.

Давайте минуем первую ступень теста, т. е. требование того, чтобы изъятия и ограничения представляли собой «определенные особые случаи». Согласно Комиссии экспертов, это условие предполагает, что «изъятие или ограничение в национальном законодательстве должно получить четкое определение» (что отвечает требованию «определенного» случая и, далее, что оно имеет «индивидуальное или ограниченное применение или цель» (что отвечает требованию «особого» случая). Если Комиссия экспертов приняла подход, требующий количественного ограничения разрешенных форм свободного использования²², то другие комментаторы предложили качественную оценку, учитывающую обоснование изъятия и общественные интересы, которые за этим стоят²³. Мы не намерены подводить какой-то итог дискуссии, пусть даже очевидно, что всегда следует принимать во внимание функцию изъятия, что вытекают из текста документов об основополагающих правах, которых должны придерживаться государства-подписанты²⁴. Мы просто отметим, что первый критерий требует того, чтобы формам использования, на которые распространяется текст изъятия, можно было дать какое-то общее определение. Как подчеркивал один автор, «чересчур туманное законоположение, сферу применения которого невозможно предугадать, является недопустимым»²⁵. В странах континентальной традиции, где законодательство включает ограниченный перечень изъятий, этот вопрос неактуален. До известной степени перечисляемые случаи в общем дают понятие о том, какова сфера действия изъятия, так что первое условие трехступенчатого теста бывает удовлетворено без особого труда. Однако в странах общего права, которые используют «открытую» систему изъятий с характерной для этих стран оговоркой о добросовестном использовании или добросовестной деятельности, названное условие могло бы вызвать некоторые проблемы.

В этом смысле несколько авторов уже задались вопросом, действительно ли изъятие в пользу добросовестного использования совместимо с требованием «особых случаев», причем

²¹ См. например, превосходную работу: M. Senfleben (примечание 10), а также того же автора: *Grundprobleme des Dreistufentests: GRUR Int.*, 2004. P. 200.

²² §6.108 и с. Отчета Комиссии экспертов.

²³ См., например: M. Senfleben (примечание 10), p. 138 *seq*; M. Ficsor (примечание 20), p. 132; S Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886–1986*, Kluwer, 1987, p. 482, согласно которому термин «особое» означает то, что «изъятие должно обосновываться четкой причиной государственной политики или каким-то иным исключительным обстоятельством».

²⁴ Размышления в этом духе (и более общего характера) см. у C. Geiger, «Constitutionalising» Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, *IIC*, 2006, p. 371.

некоторые даже дали на него (приводя подчас серьезные аргументы) отрицательный ответ²⁶. По нашему мнению, впрочем, история трехступенчатого теста позволяет нам отвергнуть такой анализ. Нельзя забывать, что полная формулировка теста – которая и была принята на Стокгольмской конференции, – исходила от Соединенного Королевства, в законодательстве которого имеется изъятие в пользу добросовестной деятельности. Аналогичным образом, Соединенным Штатам, когда они в 1989 г. присоединились к Бернской конвенции, не понадобилось изменять свое законодательство. Таким образом, представляется, что довод, согласно которому изъятие в пользу добросовестного использования нарушало бы первую ступень теста, опровергнуто дипломатическим контекстом принятия этого правового инструмента²⁷, что можно найти в статьях 1705(5) и 1706(3) Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) 1994 г. Точно так же следует отметить и то, что Соединенные Штаты были ведущей силой, проталкивавшей Соглашение ТРИПС. Крайне маловероятно, чтобы они собирались принять (да еще неоднократно, так как найденное решение было впоследствии использовано в 1996 г. в договорах ВОИС²⁸) такое положение, которое бы коренным образом расходилось с их правовой традицией. Однако нельзя отрицать того, что на сегодняшний день вопрос этот не решен окончательно. Если бы в будущем какая-либо европейская страна, в законодательстве которой есть закрытый (ограниченный) перечень изъятий, решила придать своей правовой системе большую гибкость, чтобы лучше адаптироваться к техническим и социальным переменам, можно ли было бы обвинить ее в нарушении международных обязательств?

Тем не менее, условие, действительно поднимающее проблему, так как оно потенциально способно существенно и жестко ограничить свободу национальных законодателей, – это требование того, чтобы изъятия и ограничения не противоречили нормальной эксплуатации произведения. В самом деле, как понимать «нормальную эксплуатацию»? Ни различные международные договоры, ни Директива не проливают свет на этот вопрос, так что толкование этого понятия далеко не ясно. В этом случае часто ссылаются на отчет Комиссии

²⁵ S. Dusollier, *L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois etapes*, *I.R.D.I.*, 2005, с. 218.

²⁶ См., например: Н. Cohen-Jehoram, *Restrictions on Copyright and their Abuse*, *EIPR*, 2005, p. 359.

²⁷ См.: М. Senftleben (примечание 10), pp. 163, 168; а также того же автора: *Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest* в: R. M. Hilty, A. Peukert (ed.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Баден-Баден, Nomos, 2004, с. 177. См также по этому вопросу промежуточное выступление: J. Griffiths, *The Three-Step Test, its Relationship with the Common Law Concepts of «Fairness» and «Public Interest»* во время семинара по теме «Переосмысление трехступенчатого теста», организованного совместно с Институтом имени Макса Планка по вопросам законодательства об интеллектуальной собственности и лондонским Университетом Квин Мэри, Париж, ULIP, 16 февраля 2007 г.

²⁸ См. *Comptes rendus analytiques de la Commission principale de la negociation du Traite OMPI (CRNR/DC/102 n. 488)*, где очевидно, что изъятие общего характера в пользу добросовестного использования, хотя оно и очень широко в применении, не было запрещено.

экспертов ВТО, где было сочтено, что критерий нормальной эксплуатации предполагает учет тех форм использования, которые в настоящее время рожают доход автора, а также тех, которые, по всей вероятности, получат важное значение в будущем²⁹. Такое толкование включает целый ряд опасных возможностей. С одной стороны, оно могло бы навязывать *статус-кво* и не давать возможность расширять изъятия применительно к новым ситуациям, которые не предусмотрены буквой документа, но которые могли бы быть выведены из его духа. С другой стороны, ссылка на будущие формы использования рискует парализовать изъятия всякий раз, когда техническое развитие позволяет поставить под контроль прежде неконтролируемые формы использования, создавая тем самым новые возможности для эксплуатации³⁰. В том, что касается контроля правообладателей (посредством технических мер) над формами использования их произведений, в долгосрочной перспективе это могло бы даже привести к тому, что ограничения авторского права в цифровой среде просто исчезли бы³¹.

Во всяком случае, далеко не все ясно с тем, можно ли было бы применять данное толкование в контексте Бернской конвенции, Договоров ВОИС 1996 г. и статьи 5.5 Директивы. Ведь толкование, данное Комиссией экспертов, вращалось вокруг статьи 13 Соглашения ТРИПС, следующей преимущественно экономической логике. Социально-культурный аспект закона об авторском праве, сильно развитый в Европе, должен был бы – по крайней мере в контексте Директивы – привести к более нормативному подходу ко второй ступени, особенно с учетом политических целей государств-членов в области культуры³². Ибо в противном случае это не оставило бы почти никакой свободы национальным законодателям для внедрения в будущем новых ограничений авторского права, особенно таких, которые имеют целью адаптацию правовой системы применительно к техническому развитию или эволюции общества³³. Кстати, Комиссия экспертов ВТО определенно допустила этот нормативный подход в рамках толкования статьи 30 Соглашения ТРИПС, где

²⁹ Отчет Комиссии экспертов от 15 июня 2000 г. (примечание 18), § 6.180.

³⁰ В этом смысле также: M. Buydens and S. Dusollier, *Les exceptions au droit d'auteur: evolutions dangereuses, Comm.com.electr.*, Sept. 2001, p. 13; J. C. Ginsburg (примечание 20), p. 48, где подчеркивается риск того, что «традиционно бесплатные формы использования, такие, как использование для целей профессиональной подготовки или для пародии, будут считаться нормальными эксплуатациями при предположении, что правообладателям удастся внедрить выгодную систему сбора авторских отчислений».

³¹ См. также в этом смысле: M. Buydens and S. Dusollier (примечание 30), p. 12. Новые сведения о ходе событий см.: C. Geiger (примечание 8), n. 418 и следующие.

³² На предмет нормативного подхода к второй ступени см. также: J. C. Ginsburg (примечание 20), p. 23.

³³ Такое прочтение было бы, очевидно, несовместимым с духом трехступенчатого теста Договора ВОИС 1996 г. (статья 10) в том виде, в каком он получил выражение в вышеупомянутом Заявлении.

трехступенчатый тест предусмотрен и в патентном законодательстве³⁴. Согласно этому отчету, на который редко ссылаются в дискуссии касательно ступеней теста, эксплуатация должна считаться нормальной, когда она «необходима для достижения целей политики в области патентов»³⁵. Правда, формулировка остается неясной, но, похоже, она дает законодателю возможность учесть нормативные элементы, не сводя все к строго экономическому подходу.

По нашему мнению, целесообразно пойти немного дальше и принять в дополнение к нормативному подходу в высшей степени ограничительный подход к понятию нормальной эксплуатации произведения, чтобы избежать ликвидации дискреционных полномочий законодателя и судей. Действительно, такого рода толкования уже были выдвинуты. Согласно Мартину Сенфтлебену, противоречие нормальной эксплуатации возникает только в том случае, если «автор лишается нынешнего или потенциального рынка, имеющего большое экономическое и практическое значение»³⁶. Тогда понятие нормальной эксплуатации охватывало бы, как справедливо подчеркивает Северин Дюсоллье, только «главные каналы эксплуатации произведения, т. е. те, которые составляют главные источники дохода автора»³⁷. При всем сказанном, проблема заключается в том, что, даже когда берется на вооружение жестко ограничительный подход и вводится нормативный аспект, подход остается прежде всего экономическим, а точка зрения – точкой зрения правообладателя.

Аналогичным образом, на данном этапе нельзя было бы принимать в расчет выплату справедливого вознаграждения в обмен на использование как часть схемы действия законной лицензии³⁸. По крайней мере, это вытекает из тех подготовительных работ,

³⁴ Статья 30 ТРИПС: «Члены могут обеспечивать ограниченные изъятия из сферы действия предоставляемых патентом исключительных прав при условии, что такие изъятия не вступают в необоснованное противоречие с нормальной эксплуатацией патента и не наносят необоснованного ущерба законным интересам патентовладельца с учетом законных интересов третьих сторон». По правде говоря, формулировка второй ступени здесь несколько другая и могла бы подразумевать, что противоречие нормальной эксплуатации может быть оправданным при нормативном подходе к второй ступени. Таким образом, статья 30 допускает более гибкое применение теста.

³⁵ Отчет Комиссии экспертов ВТО от 17 марта 2000 г. (WT/DS114/R) п. 7.58. По поводу этого отчета см. очень интересную статью М. Senftleben (примечание 20). См. также промежуточное выступление этого автора по поводу разных отчетов Комиссии экспертов ВТО во время семинара по теме «Переосмысление трехступенчатого теста», организованного совместно Институтом имени Макса Планка по вопросам законодательства об интеллектуальной собственности и лондонским Университетом Квин Мэри, Париж, ULIP, 16 февраля 2007 г.

³⁶ М. Senftleben (примечание 10), с. 193.

³⁷ S. Dusollier (примечание 25), р. 220. Автор добавляет, что «рассуждать иначе значило бы заставить изъятия потерять свой смысл и постепенно исчезнуть».

³⁸ Вознаграждение, которое в принципе следовало бы принять в расчет только при рассмотрении третьей ступени теста.

которые привели к включению статьи 9(2) Бернской конвенции³⁹, пусть даже в решении от 25 февраля 1999 г.⁴⁰ немецкий Федеральный суд и заявил, что выплата справедливого вознаграждения исключает возможность нанесения законным интересам автора необоснованного ущерба и противоречит нормальной эксплуатации произведения, тем самым он смешал вторую и третью ступени. Судьи немецкого Верховного суда, похоже, считают, что выплата справедливого вознаграждения в обмен на использование, изъятое из сферы действия авторского права, следует принимать во внимание и при рассмотрении второй ступени теста. Впрочем, такое интересное и здравомыслящее прочтение не является единодушным. Оно и неудивительно, учитывая то, что трехступенчатый тест можно считать инструментом сохранения исключительного характера авторского права. Тем не менее, как справедливо отметили видные авторы, вознаграждение, обеспечиваемое основанной на законе лицензией, часто распределяемое поровну среди авторов и владельцев авторского права⁴¹, может в некоторых случаях быть в финансовом отношении более выгодным, чем вознаграждение, получаемое автором за использование его исключительного права⁴². Немецкий Федеральный суд специально признал это в нашумевшем решении от 11 июля 2002 г.⁴³. В свете этого можно думать, что часто увеличение числа изъятий из авторского права – в сочетании с обязанностью платить справедливое вознаграждение – служило бы интересам автора⁴⁴. Если в центре этой системы действительно стоит автор, как бесспорно обстоит дело в контексте Бернской конвенции и Договора ВОИС, представляется, что данную сторону дела следовало бы всерьез учитывать в толковании второй ступени.

Следовательно, решающий вопрос таков: какую призму интересов следует принимать во внимание? Нацелен ли трехступенчатый тест прежде всего на охрану интересов авторов?

³⁹ См. M. Senftleben (примечание 10), p. 130.

⁴⁰ BGH, 25 февраля 1999 г., JZ, 1999, p. 1000, «услуга по передаче копии».

⁴¹ Например, во Франции это существует по отношению к вознаграждению за частное копирование (статья L 311-7 КИС), но также частично по отношению к вознаграждению, являющемуся результатом основанной на законе лицензии, установленной для публичного одалживания произведений (статья 133-4 1 КИС), реализованной Законом от 18 июня 2003 г.

⁴² A. Dietz, Continuation of the Levy System for Private Copying: also in the Digital Era in Germany, *A&M*, 2003, p. 348; R. M. Hilty, Le transposition de la Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Analyse critique et prospective, *Propr. Intell.*, 2005, n. 15, p. 142 и следующие, а также того же автора: Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht, in: A. Ohly, T. Bodewig, T. Dreier, H.-P. Gotting, M. Haedicke, M. Lehmann (ed.), *Festschrift für G. Schrickler*, Beck, 2005, p. 325 и следующие.

⁴³ BGH, 11 июля 2002 г., «Revue de presse électroniques», JZ, 2003, p. 473, примечание Т. Дрейера.

⁴⁴ См. в этом смысле очень интересную статью: K. Gaita и A. F. Christie, Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying, *IPQ*, 2004, p. 426. См. также: C. Geiger, Les exceptions au droit d'auteur en France (analyse critique et prospective) в C. Geiger, M. Bouyssi-Ruch, R. M. Hilty (под руководством...), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Paris, Litec, 2007 (в печати).

Или интересов правообладателей? Или же он нацелен на то, чтобы найти справедливый баланс между всеми заинтересованными сторонами? В зависимости от ответа на этот вопрос тест, вероятно, должен будет получить разные прочтения. Третья ступень в различных текстах формулируется по-разному. Так если в Бернской конвенции и Договоре ВОИС говорится, что изъятия и ограничения не должны «наносить необоснованный ущерб законным интересам автора, то в Соглашении ТРИПС и Директиве указываются законные интересы правообладателя».

Вопрос не чисто теоретический. Мы знаем, что для того, чтобы противостоять экономической проблеме, вызванной коллективным использованием файлов по принципу «равный к равному», многие авторы предложили создать обязательную лицензию, призванную легализовать практику таких действий в обмен на вознаграждение⁴⁵. Такое решение вопроса, действительно, серьезно рассматривалось во Франции во время работы парламента, которая привела к принятию Закона от 1 августа 2006 г.⁴⁶. Французские депутаты 21 декабря 2005 г. даже приняли поправку, о которой было сказано, что она легализует общение по принципу «от точки к точке»⁴⁷ и к которой они впоследствии вернулись. Все же представляется трудным согласовать такие решения проблемы со второй ступенью теста, даже при принятии жестко-ограничительной концепции понятия «нормальной эксплуатации»⁴⁸. Такое решение было бы, безусловно, прямым посягательством на основной рынок онлайн-эксплуатации произведений и, следовательно, нарушало бы трехступенчатый тест⁴⁹. Все же эта проблема

⁴⁵ См., например: N. W. Netanel, *Impose a Noncommercial Use Levy to All Free Peer-to Peer File Sharing*, *Harvard J. of Law and Technology*, 2003, p. 19; W. W. Fischer, *Promises to Keep, Technology, Law and the Future of Entertainment*, Stanford, Stanford University Press, 2004, p. 199-251; L. Lessig, *The Future of Ideas*, N. Y., Random House, 2001, p. 254 и другие.

⁴⁶ См. на эту тему: C. Geiger, *La loi du 1er aout 2006, une adaptation du droit d'auteur aux besoins de la societe de l'information*, *RLDI*, 2007, n. 26, с. 67 (английская версия будет опубликована в ПС, № 4).

⁴⁷ Фактически она урегулировала только действие по скачиванию файлов, на которое в любом случае распространялось изъятие для частного копирования. Текст поправки, проголосованной 21 декабря 2005 г., был следующий: «Кроме того, автор не может запретить воспроизведения на любой носитель с онлайн-сервиса, осуществляемые физическим лицом для собственного частного использования и для прямо или косвенно некоммерческих целей, за исключением копий программного обеспечения иных, нежели резервная копия, только в том случае, если эти воспроизведения подлежат вознаграждению – такому, как предусмотренное в статье L 311-4». Что касается действия по загрузке файлов, о чем не говорили представители общественности, то для него была предусмотрена не законная лицензия, а система обязательного коллективного управления правами, более легко согласующаяся с трехступенчатым тестом (см. ниже 1.2). См. также очень интересное исследование: C. Bernault, A. Debois, *Peer-to Peer et propriete litteraire et artistique* (под руководством A. Lucas), Нант, июнь 2005 г.; L. Thoumyre, *La licence globale optionnelle: un pare-feu contre les bugs de la repression*, *RLDI*, 2006, n. 15, p. 80.

⁴⁸ См. в этом смысле: A. Peukert, *International Copyright Law and Proposals for Non-voluntary Licenses regarding P2P File Sharing*, in: F. W. Grosheide, J. J. Brinkhof (ed.), *Intellectual Property Law 2004*, Антверпен/Оксфорд, Intersentia, 2005, 439 и следующие; P. Runge, *Die Vereinbarkeit einer Content Flatrate fur Musik mit dem Drei-Stufen-Test*, *GRUR Int.*, 2007, p. 130.

⁴⁹ См., однако, очень интересную статью: A. Peukert, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*: *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 2005, n. 28, p. 1 и следующие. Согласно

появляется, в общем, при всех корректировках законодательства, призванных расширить на будущее область основанных на законе лицензий, так что эти последние будут ограничиваться исключительными случаями. Все-таки схема действия основанной на законе лицензии может быть в отдельных случаях небезынтересным компромиссом, призванным защищать баланс интересов⁵⁰. Автор теряет право запрещать использование, а не право получить справедливое вознаграждение. Это вознаграждение может распределяться поровну между автором и владельцем авторского права. Основанная на законе лицензия может быть также средством защиты автора от владельца авторского права, впридачу к договорному авторскому праву. Следовательно, было бы неправильным характеризовать основанную на законе лицензию как такой механизм, который защищает интересы только пользователей. Однако похоже на то, что трехступенчатый тест, особенно его вторая ступень, исключает новые решения проблемы, которые бы строились на модели законной лицензии, если не брать случаи, уже предусмотренные международными документами⁵¹. Это подводит нас к исследованию тех путей, на которые указывают другие теоретические конструкции со сходным эффектом, в частности обязательного коллективного управления правами.

2. Решение проблемы: обязательное коллективное управление правами?

С самого начала следует подчеркнуть, что ни один из вышеупомянутых международных договоров не решает вопроса о обязательном коллективном управлении правами. Как мы видели, они только заявляют, что любое ограничение исключительного права должно быть совместимо с трехступенчатым тестом. Более того, в международных конвенциях устанавливаются условия реализации обязательных лицензий. Определенные положения призваны позволить странам-членам устанавливать обязательные лицензии в интересах некоторых групп пользователей (особенно вещательных организаций). Эти условия излагаются в статье *Ibis* Бернской конвенции, на которую ссылаются Соглашение ТРИПС (статья 9(1)) и Договор ВОИС по авторскому праву (статья 1(4)). Мысль такова: исключительное право заменяется на право на справедливое вознаграждение. Здесь вновь мы

этому автору, такое решение могло бы согласоваться с трехступенчатым тестом при условии, что автор будет иметь возможность по своему выбору управлять эксплуатацией своих произведений посредством технических мер в индивидуальном порядке и в этом случае не будет иметь выгоды от законной лицензии.

⁵⁰ Больше информации по этому поводу можно найти в: С. Geiger, (примечание 8), п. 366–380.

⁵¹ См. ниже.

сталкиваемся с жестким ограничением исключительного права, так как использование дозволено законом⁵².

Вопрос здесь заключается в том, чтобы определить, является ли подчинение исключительного права обязательному коллективному управлению правами несовместимым с международным правом, так как это представляет собой жесткое ограничение (restriction), налагаемое на исключительное право – ограничение (limitation) или изъятие из права автора. Здесь неуместно возвращаться к вопросам терминологии, поскольку у терминов «ограничение» или «изъятие» есть многочисленные ученые толкования⁵³. Как мы уже показывали⁵⁴, в Соглашении ТРИПС, договорах ВОИС и Директиве часто используются оба эти термина. Как бы то ни было, ясно одно: ограничение или изъятие затрагивает само существование исключительного права, потому что при этом автор теряет контроль над формой использования. Использование подлежит действию исключительного права независимо от вознаграждения.

Когда вознаграждение обеспечено, говорят об «основанной на законе лицензии», пусть даже этот термин и может ввести в заблуждение. Ведь термин «лицензия», как представляется, подразумевает то, что данная форма использования входит в орбиту права автора, но что разрешение исходит не от автора, а от закона. Однако дело обстоит не так, поскольку такое использование находится за пределами области исключительности. По нашему мнению, было бы более уместным говорить об «изъятии с вознаграждением» или даже о «праве на вознаграждение». И все же обязательное коллективное управление правами не касается существования исключительного права, которое остается в неприкосновенности и не ставится под вопрос. Оно всего лишь решает вопрос осуществления прав, устанавливая

⁵² См.: M. Ficsor, *La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins a la croisee des chemins: doit-elle rester volontaire peut-elle etre «etendue» ou rendue obligatoire?*, *Copyright e-Bulletin*, октябрь–декабрь 2003 г., с. 4, согласно автору, обязательное коллективное управление правами включено в сферу действия этих положений, поскольку оно представляет собой ограничение исключительного права. См. также: P. Sirinelli, *Logiques de concurrence et droit d'auteur*, вклад в семинар «Peer-to Peer droit d'auteur et droit de la concurrence», перепечатано в *RLDC*, апрель–июнь 2007 г., п. 11, с. 185, этот автор думает, полагаясь на исследование, проведенное М. Фичором для ВОИС (M. Ficsor, *Collective Management of Copyright and Related Rights*, отчет, подготовленный ВОИС, 1989 г., с. 327 и следующие, в частности п. 261), что вводить коллективное управление правами можно только в тех случаях, когда могут быть реализованы обязательные лицензии. Однако анализ истории статьи 11bis al. 2 Бернской конвенции, как представляется, указывает на то, что в этой статье речь идет только об ограничениях на исключительное право *во благо пользователей* (обязательная лицензия). Поскольку обязательное коллективное управление правами не затрагивает отношений между авторами и пользователями, оно, таким образом, не подпадает бы под действие этой статьи (см.: Фон Левински С. Обязательное коллективное управление исключительными правами. Исследование его совместимости с международным авторским правом и авторско-правовым законодательством ЕС / Русское издание электронного бюллетеня ЮНЕСКО по авторскому праву, 2004 г., № 4.

⁵³ По этому вопросу см.: С. Geiger, (примечание 7).

⁵⁴ *Выше* примечание 7.

возможные механизмы их реализации: исключительное право может осуществляться только через коллективное управление правами. В сущности таковым является прецедентное право Сообщества, оговаривающего, что коллективное управление правами имеет дело только с осуществлением прав, а не с их существованием⁵⁵.

Эти исключительные права общества по сбору авторских отчислений реализуют от имени авторов, согласно полученному от них мандату. Автор, вступив в общество по сбору авторских отчислений, может (теоретически) повлиять на возможные механизмы осуществления своего права, поскольку, став членом общества, он сможет участвовать в определении того, какими будут лицензионные платежи. Подчас он даже сможет выбирать общество. Кроме того, обществам по сбору авторских отчислений не всегда нужно выдавать лицензии. Правда, есть страны, где они по закону обязаны это делать (как в Германии), но в других странах дело обстоит не так (как, например, в Швейцарии и Франции). При отсутствии обязательства вступить в договор авторское общество могло бы в принципе отказываться давать разрешение на использование, если его условия посчитают неприемлемыми⁵⁶, – пусть даже на практике это и будет редко (особенно во избежание нарушения закона о недобросовестной конкуренции). Здесь есть важный теоретический нюанс, который касается прав на вознаграждение (иначе говоря, лицензий, основанных на законе), суммы которых по большей части тоже собираются авторскими обществами, поскольку в этом случае авторское общество используется только для сбора сумм права на вознаграждение (т. е. притязания), условия распределения которого зачастую определены законом. В случае же обязательного коллективного управления правами обеспечивается исключительное право, которое дает авторскому обществу бóльшие возможности заключения сделок.

Дополнительный ключ к решению проблемы дает сравнение с французским законодательством. Во Франции есть два случая обязательного коллективного управления

⁵⁵ Решение Европейской комиссии от 8 октября 2002 г. в связи с процедурой по статье 81 Договора ЕС и статье 53 Соглашения о ЕЭП (COMP/c2/38.014 –IFPI «*Simulcast*»), официальный журнал Европейских Сообществ (ОЖ) L 107/58, датированное 30 апреля 2003 г., с. 58, пункт п. 66. См. также в рамках обязательного коллективного управления правами, установленного статьей 9(2) Директивы Совета 93/83/ЕЕС от 27 сентября 1993 г. о координации некоторых норм, касающихся авторского права и смежных прав, применимых к спутниковому вещанию и ретрансляции по кабелю, CJCE, 1 июня 2006 г., *Uradex, SCRL c/Union Professionnelle de la radio et de la Tele-distribution (RTD) et Ste Intercommunale pour la Diffusion de la television (Brutele)*, дело C-169/05, где Суд вновь утверждает, что Директивой ради правовой четкости и упрощения процедур было внедрено обязательное коллективное управление исключительным правом на ретрансляцию по кабелю. Комментарий см. у F. Pollaud-Dulian, *RTDcom.*, июль/сентябрь 2006, с. 603.

⁵⁶ См.: F. Siirainen, *Le caractère exclusif du droit d'auteur a l'épreuve de la gestion collective*, диссертация, Ницца, 1999, с. 441. Автор считает, это обеспечивало бы более тесные связи обязательного коллективного управления правами с исключительным правом, а не с обязательной лицензией.

правами. Первый – это управление правом на репрографическое воспроизведение (статья L 122-10 Кодекса интеллектуальной собственности (далее «КИС»), а второй – это управление правом на кабельную ретрансляцию переданного в эфир произведения (статья L 132-20-1 КИС для авторского права, статья L 217-2 КИС для артистов-исполнителей, производителей фонограмм и видео). В первом случае в статье L 122-10 КИС заявлен тот принцип, что выпуск в свет произведения предполагает передачу права какому-то сертифицированному обществу по сбору авторских отчислений. Однако представители французской правовой доктрины единодушны в своем утверждении, что это отнюдь не случай «законной лицензии», поскольку при этом регулируются только возможные механизмы осуществления исключительного права⁵⁷. Кроме того, необходимо подчеркнуть, что есть директивы Сообщества, подчас дозволяющие, а то и навязывающие обязательное коллективное управление правами. Так обстоит дело с Директивой от 27 сентября 1993 г. о ретрансляции по кабелю⁵⁸, с Директивой от 19 ноября 1992 г., допускающей обязательное коллективное управление правом на прокат и предоставление в безвозмездное временное пользование⁵⁹, а также с Директивой от 27 сентября 2001 г. о праве следования⁶⁰. Соответствие этих решений международному праву никогда не ставилось под вопрос.

И наконец, пусть даже сами Договоры и не включают специальных положений об обязательном коллективном управлении правами, в их преамбулах иногда излагаются определенные цели, которые помогают в толковании этих международных документов. Так, в Договоре ВОИС подчеркивается «необходимость сохранения баланса прав авторов и

⁵⁷ P.-Y. Gautier, *Propriete litteraire et artistique*, 5^e éd., Paris, PUF, 2004, n. 195; A. и H.-J. Lucas, *Traite de la propriete litteraire et artistique*, 3rd ed., Paris, Litec, 2006, p. 562, примечание 43; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Paris, «Economica», 2005, n. 746 и следующие и n. 1644.

⁵⁸ Директива Совета 93/83/ЕЕС от 27 сентября 1993 г. о координации некоторых норм авторского права и смежных прав, применимых к спутниковому вещанию и ретрансляции по кабелю, *JOCE*, L 248 от 6 октября 1993 г., с. 15; статья 9.1, озаглавленная «Осуществление права на ретрансляцию по кабелю»: «Государства-члены обеспечивают, чтобы право владельцев авторского права и обладателей смежных прав давать разрешение или отказывать в разрешении кабельному оператору на ретрансляцию по кабелю могло осуществляться только по линии общества по сбору авторских отчислений».

⁵⁹ Директива Совета № 92/100/ЕЕС от 19 ноября 1992 г. о праве аренды, проката и предоставления в безвозмездное временное пользование и о некоторых смежных правах в области интеллектуальной собственности, *JOCE*, L 346 от 27 ноября 1992 г., p. 61; статья 4.3: «Осуществление этого права получать справедливое вознаграждение может быть доверено обществам по сбору авторских отчислений, представляющим авторов или артистов-исполнителей», и статья 4.4: «Государства-члены могут регулировать, может ли и в какой мере вводиться осуществление права получать справедливое вознаграждение по линии обществ по сбору авторских отчислений, а также вопрос о том, с кого это вознаграждение может быть получено или собрано» (статья 5,3 кодифицированной версии от 12 декабря 2006 г., *JO*, L376, от 27 декабря 2006 г., с. 28).

⁶⁰ Директива 2001/84/ЕС Европейского парламента и Совета от 27 сентября 2001 г. о праве перепродажи в интересах автора оригинального произведения искусства, *JOCE*, L 272, от 13 октября 2001 г., с. 32, статья 6.2: «Государства-члены могут предусматривать принудительное или добровольное коллективное управление авторскими отчислениями, предусмотренными в статье 1».

интересов широкой публики, в частности, в области образования, научных исследований и доступа к информации». Но в определенных ситуациях наличие правил обязательного коллективного управления правами отвечает общественным интересам. Нельзя забывать, однако, что система коллективного управления правами также защищает интересы авторов. Осуществление права автором в индивидуальном порядке на деле зачастую затруднено, а подчас и невозможно, если речь идет о массовых формах использования произведений⁶¹. Более того, коллективное управление правами нередко гораздо выгоднее автору, потому что общество по сбору авторских отчислений обыкновенно имеет бóльшие деловые возможности. Распределение собранных сумм обычно гораздо выгоднее для автора, если он предоставил свои права владельцу, особенно в отсутствие действенного договорного права, защищающего автора от этого владельца. Как мы ранее указывали, это было признано немецким Федеральным судом в рамках прав на вознаграждение⁶², но довод действителен *a fortiori* применительно к обязательному коллективному управлению правами. Значит, можно утверждать, что такое решение проблемы – это средство защитить автора от нажима со стороны владельцев авторского права и является, таким образом, регулирующей нормой в его интересах⁶³. Оно представляет собой способ «наиболее эффективно и единообразно совершенствовать и поддерживать охрану прав авторов» (преамбула Договора ВОИС). Из этого нужно сделать вывод, что обязательное коллективное управление правами представляет собой средство «достичь приемлемого баланса между разными интересами и гарантировать распространение произведений внутри общественного организма в соответствии с социальной функцией авторского права»⁶⁴.

⁶¹ Siiriainen, P. Theorie generale de la gestion collective. Dimension d'interet general et regulation de la gestion collective, *Jurisclasseur PLA*, Fasc. 1552, январь 2006 г., согласно автору права, управляемые посредством обязательного коллективного управления, суть «исключительные права, которые по своей природе таковы, что их можно осуществлять коллективно», поскольку эти права не существуют в отсутствие коллективного управления правами; F. Pollaud-Dulian (примечание 57), п. 1155, автор выдвигает «соображения эффективности» в качестве обоснования обязательного коллективного управления.

⁶² Решение от 11 июля 2002 г. (примечание 43).

⁶³ См. также: С. Фон Левински «Обязательное коллективное управление исключительными правами. Исследование го совместимости с международным авторским правом и авторско-правовым законодательством ЕС» (примечание 52), с. 9.

⁶⁴ С. Geiger, (примечание 8), п. 383. См. также: P. Siiriainen (примечание 61), п. 2 и 17 и следующие, согласно автору у обязательного коллективного управления правами есть регулятивная функция: оно делает охрану эффективной, в то же время позволяя пользователям выполнять свои задачи, а публике получать доступ к произведениям. В более общем плане см.: Gervais, D. The Changing Role of Copyright Collectives, in: D. Gervais (редактор), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Гаага, Kluwer, 2006, с. 18 и следующие. Этот автор заявляет, что в деле гарантирования справедливого баланса между интересами авторов и интересами публики он отдает предпочтение «расширенной» скандинавской системе коллективного управления правами.

Можно, следовательно, считать, что обязательное коллективное управление правами не ограничивает существующие исключительные права⁶⁵. Это просто форма осуществления исключительного права, которая не рассматривается (а значит, и не запрещается) международным правом. Отсюда видно, что трехступенчатый тест – не препятствие. К этому можно добавить, что он, благодаря предлагаемому им справедливому балансу, всецело согласуется с целями международных конвенций и даже мог бы являть собой правовое решение, подлежащее развитию в будущем, – при условии, разумеется, строгого регулирования деятельности обществ по сбору авторских отчислений во избежание злоупотреблений, причиной которых может быть их монопольное положение.

При всем сказанном, если не брать в расчет именно этот случай, трехступенчатый тест значительно и жестко ограничивает свободу национального законодателя при принятии новых решений проблемы адаптации системы изъятий применительно к императивам информационного общества. Но законодатель – не единственный, кому адресуется тройственный тест, и представляется, что этот правовой инструмент мог бы пускать в ход и национальный судья – для проверки того, соответствует ли какое-то изъятие условиям, установленным в тесте. А теперь мы посмотрим, может ли трехступенчатый тест быть препятствием для судебной адаптации изъятий из исключительных прав.

II. Трехступенчатый тест: препятствие для судебной адаптации авторского права к информационному обществу?

В тех случаях, когда судье понадобилось бы использовать в судебном процессе трехступенчатый тест, то в своем толковании он был бы связан теми условиями, которые заложены в тексте. Мы видели, что критерий нормальной эксплуатации не оставляет большой свободы действий в плане обоснования изъятий. Отсюда ясно, что есть опасность того, что судебское толкование будет ограничиваться соображениями преимущественно экономического характера, что привело бы к сужению масштаба изъятий, а не к их справедливой адаптации в соответствии с развитием общества, техническим прогрессом и эволюцией в области культуры. Возможно, на такой ход событий, к сожалению, указывают

⁶⁵ См. также: С. Фон Левински «Обязательное коллективное управление исключительными правами. Исследование его совместимости с международным авторским правом и авторско-правовым законодательством ЕС» (примечание 52), с. 5 и следующие; К. J. Koelman, «The Levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying Levies and DRM», *Ent. L. R.*, 2005, с. 81, также воспроизведено в: F. W. Grosheide, J. J. Brinkhof (ed.), *Intellectual Property Law 2004*, Анверс/Оксфорд, Intersentia, 2005, с. 436 и следующие; С. Bernault, A. Debois, *Peer-to Peer et propriete litteraire et artistique* (примечание 47), п. 128; эти авторы делают разумный вывод, что было бы возможно подчинить загрузку произведений при коллективном использовании файлов по принципу «равный к равному» системе обязательного коллективного управления правами.

некоторые случаи, в частности широко комментировавшееся решение французского кассационного суда⁶⁶. Мы, во-первых, рассмотрим судебное применение трехступенчатого теста (А), чтобы затем посмотреть, не может ли этот тест, вместо того чтобы быть препятствием для судебской адаптации изъятий, напротив, представлять собой эффективный инструмент обеспечения гибкости системы (В).

А. Судейское применение трехступенчатого теста

Прежде чем рассматривать возможные последствия судебского применения тройственного теста, первым делом следует определить, действительно ли судья – адресат теста или же он адресован только законодателю.

1. Судья – адресат трехступенчатого теста?

Этот вопрос поднимался главным образом после того, как трехступенчатый тест органично включили в правопорядок Сообщества – в формулировке, несколько отличной от той, которую можно найти в Договорах⁶⁷. В самом деле, статья 5.5 Директивы 2001 г. нацелена непосредственно на *применение* изъятий ввиду того, что в Констатации 44 оговаривается, что «такие изъятия и ограничения не могут применяться таким образом, который наносит ущерб законным интересам правообладателя или противоречит нормальной эксплуатации произведения или иного объекта авторского права»⁶⁸. Так как в принципе применяет изъятие судья, вопрос о том, как определить настоящего адресата трехступенчатого теста, вошедшего в текст документов Сообщества, поднят слишком рано: кто этот адресат – только законодатель, который включает какое-то ограничение в национальное законодательство, или же это и судья, когда он оценивает применение какого-то ограничения в переданном ему на рассмотрение деле? Этот вопрос подвергся интенсивному обсуждению в среде правоведов, и если большинство авторов допускают, что законодатель Сообщества хотел передать толкование изъятий и их перенос в план национального законодательства силами

⁶⁶ Об этом решении см. *ниже* (примечание 88).

⁶⁷ По этому вопросу см., например, M. Buydens, *La nouvelle Directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information: le régime des exceptions*, *A&M*, 2002, с. 442; Н. Cohen-Jehogam (примечание 26), с. 364; M. Buydens и S. Dusollier (примечание 30), с. 12; S. Dusollier (примечание 8), с. 440; P. Sirinelli, *La transposition de la Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information en France, Etat des lieux*, *Propri. Intell.*, 2005, n. 15, p. 133; C. Geiger (примечание 8), n. 305. См. также: T. Heide, *The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive*, *EIPR*, 1999, с. 105.

⁶⁸ Следует отметить, что тест уже дважды предусматривался предыдущими Директивами, но в частном контексте компьютерных программ и баз данных (статья 9.3 Директивы Совета 91/250/ЕЕС от 14 мая 1991 г. о правовой охране компьютерных программ и статья 6.3 Директивы 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета от 11 марта 1996 г. о правовой охране баз данных).

государств-членов под контроль Суда Европейского Сообщества⁶⁹, то велико число тех, кто отказывается видеть в тесте инструмент, находящийся в распоряжении национального судьи⁷⁰. Правда, в подготовительной работе не найти и следа четких разъяснений в этом смысле. Можно, отталкиваясь от этого, утверждать, что, если бы законодатель Сообщества хотел такого изменения сферы действия тройственного теста, оно было бы яснее. Мы не будем развивать всю ту аргументацию, которая выдвигалась той или иной стороной; окончательного ответа на вопрос о том, какое прочтение давать упомянутому документу Сообщества, мы, по всей вероятности, не узнаем до того, когда Суд ЕС выскажется по этому вопросу. Однако под давлением фактов приходится признать, что текст Директивы далек от ясности⁷¹. Действительно, государства-члены поняли его по-разному: некоторые страны, такие, как Германия⁷², Нидерланды⁷³, Бельгия⁷⁴ и Соединенное Королевство⁷⁵, –отказались переносить тест в свое законодательство, полагая, что адресат теста –только законодатель, тогда как другие – Франция⁷⁶, Греция⁷⁷, Италия⁷⁸, Люксембург⁷⁹, Португалия⁸⁰ и Испания⁸¹,

⁶⁹ См., например: V.-L. Benabou, *La Directive droit d'auteur, droits voisins et societe de l'information: valse a trois temps avec l'acquis communautaire*, *Comm. com.electr.*, октябрь 2001 г., с. 10; J. Reinbothe, *EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, *GRUR Int.*, 2001, с. 740; S. v. Lewinski и J. Reinbothe, *The WIPO Treaties 1996: Ready to Come into Force*, *EIPR*, 2002, с. 204.

⁷⁰ В числе скептиков, например, K. J. Koelman, *Fixing the Three-Step Test*, *EIPR*, 2006, с. 407; P. Gaudrat, *RTDcom.*, апрель–июнь 2006 г., с. 389; M. Vivant и G. Vercken, примечание под CA, Париж, 22 апреля 2005 г., *Legipresse*, 2005, n. 227, с. 233; V.-L. Benabou, примечание под Cass. Ire civ. 28 fevr. 2006, *Legipresse*, 2006, n. 231, с. 71.

⁷¹ См. в этом смысле: F. Gotzen, *Le droit d'auteur en Europe: Quo Vadis? Quelques conclusions apres la transposition de la Directive d'harmonisation dans la societe de l'information*, *RID*, 2007, n. 211, с. 24 и *следующие*. См. также исследование, проводившееся IViR (Амстердамский университет): *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, ноябрь 2006 г. (www.ivir.nl), с. 71: «Будет справедливым сказать, что вопрос о том, кто же является настоящим адресатом трехступенчатого теста, остается неясным, и в связи с этим роль трехступенчатого теста, либо в качестве ориентира для законотворческих действий, либо в качестве правила толкования, также остается нерешенной». По этой причине данное исследование рекомендует европейскому законодателю, чтобы прояснить точную роль трехступенчатого теста (с. 75).

⁷² См. подготовительную работу над законом от 12 сентября 2003 г. (и особенно мотивы правительственного законопроекта от 6 ноября 2002 г. (BT-Drs 15/38 с. 15).

⁷³ По этому вопросу и по поводу дискуссии, имевшей место в Нидерландах, см.: P. B. Hugenholtz, *La transposition aux Pays-Bas de la Directive 2001/29/CE*, *RIDA*, 2005, n. 206, с. 126.

⁷⁴ См. подготовительную работу к закону от 22 мая 2005 г. (в частности законопроект, мотивы, Doc. Parl., Ch. Rep., sess., 2003-2004, n. 51-1137/1, комментарий к статье 4).

⁷⁵ См. подготовительную работу к закону от 3 октября 2003 г. (в частности «Консультацию о реализации Соединенным Королевством Директивы 2001/29/ЕС об авторском праве и смежных правах в информационном обществе: анализ откликов и выводы правительства», с. 6: «Тест – это нечто такое, что следует учитывать при формулировании изъятий в национальном законодательстве, а не то, что должно быть непосредственно включено в закон, так полагает и Комиссия». См. также: M. Hart и S. Holmes, *Implementation of the Copyright Directive in the United Kingdom*, *EIPR*, 2004, с. 255.

⁷⁶ Закон n. 2006-961 от 1 августа 2006 г. об авторском праве и смежном праве в информационном обществе, опубликованный в *JO* от 3 августа 2006 г. (см. на эту тему С. Geiger, *La transposition du test des trois etapes en droit francais: D.*, 2006, с. 2164). Этому решению придан юридическую силу Конституционный совет, который считает, что Директива вводит подчинение *осуществления* изъятий трехступенчатому тесту, так как Франция просто перенесла в плоскость национального законодательства «безусловное и точное положение», исходя из которого «не Конституционный совет принимает законодательные акты» (решение n. 2006-540 DC от 27 июля 2006 г., JCP, G 2007, II, 10066 примечание M. Verreaux). Комментарий см.: V.-L. Benabou, *Propri. Intell.*, 2006, n. 20, с. 240.

– включили его в свои национальные законы. Но и последнем случае представляется затруднительным полагать, что трехступенчатый тест адресован только судьям. В любом случае, необходимо отметить, что, с тех пор как была принята Директива, некоторые суды «уловили» суть теста и теперь анализируют применение ограничений в свете этого теста – даже в странах, которые предпочли не переносить его в плоскость национального законодательства⁸². Действительно можно думать, что толкование изъятия «в свете» Директивы способно подвести национального судью к тому, чтобы проверить, соответствует ли тройственному тесту статьи 5.5 применение этого ограничения⁸³. Кроме того, даже в странах, которые предпочли не включать тест в свое национальное законодательство, подготовительная работа подчас указывает на то, что тест может использоваться и судьями. Так, бельгийский законодатель решил не включать тест в закон об авторском праве, утверждая, что «трехступенчатый тест, в том виде, в каком он разработан в статье 5.5 Директивы, предназначен прежде всего для законодателя, но добавил, что он не исключает

⁷⁷ Статья 28 греческого Закона об авторском праве, введенная при переносе Директивы в плоскость национального законодательства Законом 3057/2002 JO A/239/ от 10 октября 2002 г.

⁷⁸ Статья 71 *opies* и статья 71 *sexies a.l.4* в рамках изъятия для частного копирования (введена в итальянское законодательство во время переноса Директивы в плоскость национального законодательства Законом от 9 апреля 2003 г.).

⁷⁹ Статья 10(2) люксембургского Закона об авторском праве, введенная Законом от 8 апреля 2004 г. при переносе Директивы в плоскость национального законодательства (*Memorial A.*, N. 61, 2004, с. 941). См. на эту тему J. Neuen, *La transposition en droit luxembourgeois de la Directive europeenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la societe de l'information*, *RIDA*, 2004, n. 202, с. 153.

⁸⁰ Статья 75(4) португальского Закона об авторском праве, введенная при переносе Директивы в плоскость национального законодательства Законом n 50 /2004 от 24 августа 2004 г. (*Diario da Republica-I serie-A*, N 199, 24 de agosto de 2004, с. 5658). См. L. F. Rebello, *Transposition de la Directive n 2001/29/CE dans le droit portugais*, *RIDA*, 2005, n. 206, с. 153.

⁸¹ Статья *40bis* испанского Закона об авторском праве, введенная в испанское законодательство в 1998 г. при переносе Директивы о базах данных от 11 марта 1996 г. Действительно, вместо того чтобы перенести тест только применительно к изъятиям, касающимся баз данных (статья 6.3 Директивы), законодатель расширил найденное решение, распространив его на все изъятия из авторского права.

⁸² Недавние примеры см. в решении TGI Bruxelles от 13 февраля 2007 г. по делу *Google v. Copiepresse, RLDI*, 2007, n. 25, с. 24 (насчет этого решения см: L. Costes, *RLDI*, 2007, n. 24, с. 5). См. также вердикт немецкого Федерального суда от 11 июля 2002 г. (примечание 43), согласно которому расширение ограничения авторского права, позволяющего обзоры прессы для панорам прессы в электронном виде для внутренних задач компании, при определенных условиях совместимо с трехступенчатым тестом (правда, этот вердикт был принят до немецкого закона от 10 сентября 2003 г., осуществившего перенос Директивы в плоскость национального законодательства). Интересно отметить, что недавнее решение голландского суда по сходному делу приходит к прямо противоположному выводу (суд первой инстанции Гааги (*Rb's Gavenhage*), 2 марта 2005 г., *Computerrecht*, 2005, с. 143, примечание К. Koelman). Правда, в голландском случае обзоры прессы были дополнены функцией поиска и архивирования, что подразумевает более значимый ущерб правообладателям. Однако толкования теста национальными судьями по-прежнему очень различаются. По поводу такого рода решений см. промежуточное выступление S. Dusollier, «The Application of the Three-Step Test by National Courts» во время семинара по теме «Переосмысление трехступенчатого теста», организованного совместно Институтом имени Макса Планка по вопросам законодательства об интеллектуальной собственности и лондонским Университетом имени Квин Мэри, Париж, ULIP, 16 февраля 2007 г.

⁸³ См также комментарий к решению Конституционного совета (*Conseil constitutionnel*) (примечание 76) в: *Sahiers du Conseil constitutionnel*, n. 21, где подчеркивается, что Директива требует «оценки *in concreto* (судьей в случае тяжбы) соблюдения трехступенчатого теста в каждом конкретном случае»).

того, что тест может использоваться в качестве ориентиров для судебных органов при применении закона»⁸⁴. Похоже, от судейского применения трехступенчатого теста никуда не уйти. Фактически судьи и не ожидали приглашения от Сообщества использовать трехступенчатый тест, подчас ссылаясь прямо на статью 9.2 Бернской конвенции⁸⁵, пусть даже этот текст и адресован только национальному законодателю.

2. Следствия судейского применения трехступенчатого теста

Главное следствие судейского применения трехступенчатого теста – это то, что он возлагает на суды огромную ответственность: им придется толковать изъятия в свете этого теста и проверять, случай за случаем, удовлетворяет ли их применение условиям, изложенным в статье 5.5. Форму использования, на которую *a priori* распространялась буква какого-нибудь изъятия, судья мог бы, таким образом, *a posteriori* признать незаконной из-за того, что она не отвечает одной из ступеней теста. Результатом для пользователя могла бы стать непредсказуемость в том, что касается использования тех глотков свободы, которые закон предусматривает ему во благо⁸⁶. Эта небезопасность могла бы иметь сдерживающее воздействие: страх быть причисленным к контрафакторам мог бы отбивать у пользователей охоту переходить к такой форме использования, которая охватывается изъятием, и поощрять их, наоборот, при сомнении систематически запрашивать разрешение у правообладателя. Изъятия, часто уже «выведенные из строя» техническими мерами, вполне могли бы стать, по выражению одного автора, «областями ненадежной свободы»⁸⁷ – поистине очень ненадежной. Проблема заключается не столько в том, как все это можно обеспечить, что характеризует все «эволюционные» нормы (в каждой правовой системе есть рамочные

⁸⁴ Законопроект, мотивы, Doc. Parl., Ch. Rep., sess., 2003-2004 г., п. 51-1137/1, комментарий к статье 4. См. также мотивы по поводу немецкого законопроекта от 22 марта 2006 г. (названного «второй корзиной»), потому что это второй закон, переводящий Директиву в плоскость национального законодательства), согласно которому судья может воспользоваться тестом при принудительном обеспечении соблюдения изъятий. См. также в этом смысле: S. Bechtold, в: T. Dreier, P. В. Hugenholtz (редакторы), *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 2006, с. 382.

⁸⁵ См., например, решение немецкого Федерального суда от 25 февраля 1999 г. (примечание 40). См. также решение французского кассационного суда от 28 февраля 2006 г., *RIDA*, 2006, п. 209, с. 323, *IIC*, 2006, п. 6, с. 760. Об этом решении см. ниже.

⁸⁶ См. в контексте французского закона от 1 августа 2006 г. А. Lucas, *Propr. Intell.*, 2006, п. 20, с. 315; P.Y.Gautier, *L'elargissement des exceptions aux droits exclusifs contrebalance par le «test des trois etapes»*, *Comm. electr.*, ноябрь 2006 г., с. 12. Эта возможность принудительного обеспечения все больше затрудняет принятие этой нормы обществом. Но правда в том, что движение «дезорганизации права» не ограничивается авторско-правовым законодательством, и в нескольких академических исследованиях осуждается беспорядок в связи с растущей правовой небезопасностью во многих отраслях права (см., например, на эту тему: V. Lassege-Kiesow, *L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit*, *D.*, 2006, с. 2279, согласно которому «правовой беспорядок, похоже, характеризует новую эпоху – эпоху правовой дезорганизации и небезопасности».

⁸⁷ С. Caron, *Les exceptions, L'impact sur le droit francais*, *Propr. Intell.*, 2002, п. 2, с. 26.

понятия и оговорки общего характера)⁸⁸. Проблема в том, что получается односторонняя гибкость, от которой могут выигрывать только правообладатели. Фактически судье, который станет применять трехступенчатый тест к какому-нибудь изъятию, надо будет учесть конфликтующие интересы, и особенно интересы авторов и публики. Баланс интересов возможен только на третьей ступени, согласно которой данное использование не должно наносить «необоснованного» ущерба интересам автора, что подразумевает, что бывает «обоснованный» ущерб – благодаря охране тех интересов, которые ставятся выше интересов правообладателей. Действительно, эта ступень, когда запрашивается рассмотрение обоснования, лежащего в основе ограничения авторского права, будет анализироваться судьей только тогда, когда пройдена вторая ступень. А ведь по этой второй ступени использование рассматривается исключительно с точки зрения *эксплуатации* произведения. Мы же уже видели, что далеко не очевидно, что понимается под «нормальной эксплуатацией». И в частности, когда же имеет место «противоречие» такой эксплуатации? Придется проводить трудные и дорогостоящие экономические исследования, представить которые смогут только те редкие участники судебных споров, у которых есть юридические возможности для этого. Что же касается судьи, то у него не будет средств проводить перекрестную экспертизу, и ему придется полагаться на данные, проверить которые он будет не в силах. Ему придется использовать правовой инструмент, явно никогда не предназначавшийся для применения национальными судами, и принимать решения, в принципе относящиеся к области политики, – однако без той пользы, которая заключалась бы в сохранении справедливого баланса интересов, в чем и должна состоять его миссия.

В вердикте французского кассационного суда, датированном 28 февраля 2006 г., фактически можно найти прекрасную иллюстрацию тех проблем, которые может представить судебское применение трехступенчатого теста⁸⁹. В этом широко комментированном решении⁹⁰ Высокий суд впервые использует этот тест с тем, чтобы отказать в осуществлении изъятия по отношению к мере технической защиты, посчитав, что частное копирование DVD представляет собой противоречие нормальной эксплуатации произведения. Однако суд не

⁸⁸ См. по поводу авторского права: С. Castet, *Notions a contenu variable en droit d'auteur*, Париж, L'Harmattan, 2004.

⁸⁹ Cass. I^{re} civ., 28 февраля 2006 г. (примечание 85).

⁹⁰ Cass. I^{re} civ., 28 февраля 2006 г., *D.*, 2006, act. p. 784, наблюдение J. Daleau, *JCP*, G 2006, II., 10084, примечание А. Lucas; *JCP*, E 2006, act. 148, примечание С. Vilmart, *Comm. com. electr.*, апрель 2006 г., с. 24, наблюдение С. Caçon; *RLDI*, 2006, n. 15, с. 17, примечание D. Melison и с. 49, примечание С. Geiger; *Legipresse*, 2006, n. 231, с. 71, примечание: V.-L. Benabou; *Propri. Intell.*, 2006, n. 19, с. 179, в частности наблюдение А. Lucas, *Propri. Ind.*, июль–август 2006 г., с. 25, примечание J. Schmidt-Szalewski, *RTDcom.*, апрель–июнь 2006 г., с. 370, наблюдение F. Pollaud-Dulian, и с. 400, наблюдение P. Gaudrat; *A&M*, 2006, n. 2, с. 177, примечание S. Dusollier; *RDTI*, 2006, n. 25, с. 207, примечание Т. Leonard.

дает никакого определения этому понятию и просто утверждает в общей форме, что это последнее «может быть оценено с точки зрения присущих новой цифровой среде рисков, касающихся сохранения авторского права и того экономического значения, которое представляет по отношению к окупаемости издержек кинематографического производства эксплуатация произведения в форме DVD». Нам кажется, что эти критерии уж слишком неопределенны, и поэтому порождают риск произвольного решения.

С точки зрения туманного дипломатического консенсуса, был ли применяемый судьей трехступенчатый тест преобразован в правовой инструмент, позволяющий пересматривать пространство свободы в рамках закона об авторском праве к ущербу социальной функции и справедливого баланса между всеми заинтересованными сторонами?⁹¹ Возможно, картина не так мрачна, как кажется. Ведь высока вероятность того, что суды не удовольствуются той ограниченной ролью, которую, похоже, навязывает им закон и которая состоит в одобрении притязаний правообладателей, и вероятно, в будущем они предложат более сбалансированные толкования теста. Можно даже считать, что трехступенчатый тест станет гибким инструментом, позволяющим «открыть» систему изъятий и расширить сферу действия изъятий, распространив их на случаи, не предусмотренные законом.

В. Трехступенчатый тест: гибкий инструмент?

Можно подумать, что наиболее рьяные пропагандисты трехступенчатого теста питали надежду увидеть, как сфера действия изъятий в цифровой среде будет сужена судьей, когда он будет вынужден применять инструмент, поддерживающий, благодаря тому, как он сформулирован, благоприятный для правообладателей подход. Был ли верен этот расчет, еще вопрос. Потому что, если дать судьям средства корректировать изъятия на основе индивидуального рассмотрения каждого случая, они смогли бы получить выгоду от применения этого гибкого инструмента, который позволил бы им адаптировать изъятия к цифровой среде.

1. Гибкость системы, гарантия ее адаптации к информационному обществу

Известно, что вопрос ограничений авторского права – вопрос чувствительный, и национальные законодатели часто не решаются вмешиваться, с тем чтобы адаптировать

⁹¹ О концепции баланса интересов в авторско-правовом законодательстве см. R. M. Hilty и C. Geiger (под руководством...), *La balance des interets en droit d'auteur*, Мюнхен, 2006 (электронная публикация, доступная по адресу: www.intellecprop.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen.cfm).

систему к требованиям информационного общества⁹². В результате произойдет следующее: в то время как в части прав (которые постоянно развиваются) систему регулярно модернизируют, ограничения прав остаются связанными узкой концепцией. Отсюда видно, что баланс интересов серьезно изменяется в пользу правообладателей, и ограничения авторского права как «барометры гармоничного притяжения закона об авторском праве общественным организмом»⁹³ представляются недостаточными для того, чтобы охватить какие-то единицы форм использования, которые, однако, необходимы для обеспечения того, чтобы авторское право выполняло свою социальную функцию⁹⁴. Это иногда приводит к избыточному соблюдению исключительных прав, что подчас вызывает отторжение у публики. Законодательство об авторском праве, и это сегодня подчеркивается многими, переживает серьезный кризис легитимности. И все же, чтобы избежать такого применения прав интеллектуальной собственности, которое было бы лишено нюансов, и гарантировать, что система будет учитывать основополагающие ценности, судьям нужно иметь правовой инструмент, чтобы «придать ей надлежащий вид» и восстановить справедливый баланс между противоположными интересами⁹⁵. Судья не должен подменять законодателя; он должен обеспечивать в каждом случае сбалансированное применение ограничений авторского права, которое соответствовало бы главной функции закона – «обеспечивать мирное сосуществование человеческого сообщества, иными словами, как часто говорилось, гармонизировать деятельность членов общества»⁹⁶. Таким гибким инструментом⁹⁷ мог бы стать трехступенчатый тест, если бы можно было дать ему иное прочтение, нежели то, которого придерживался французский кассационный суд в вышеупомянутом случае. Действительно, ведь суд оставил совершенно без внимания третью ступень, которая является

⁹² См. по этому вопросу: С. Geiger, *L'avenir des exceptions au droit d'auteur. Observations en vue d'une necessaire adaptation et harmonisation du systeme*, *JCP*, G 2005, с. 186.

⁹³ Используя выражение профессора Карона (см. примечание 87), с. 25.

⁹⁴ О социальной функции авторско-правового законодательства см.: С. Geiger (примечание 8), п. 27. Об интеллектуальной собственности см. М. Vivant в: М. Vivant (под руководством...), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, заметка n. 1; J. M. Bruguiere, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2005, с. 107.

⁹⁵ См. С. Geiger, *Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur: A&M*, 2004, с. 213, для перебалансировки посредством применения основополагающих прав человека.

⁹⁶ С. du Pasquier, *Introduction a la theorie generale et a la philosophie du Droit*, 4-е издание, Delachaux et Niestle, 1967, с. 19.

⁹⁷ См. в этом смысле: С. Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment*, *Computer Law Review International (CRI)*, 2005, с. 7, а также того же автора: *The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?*, *IIC*, 2006, с. 683; J.-C. Galloux, *Limitations et exceptions au droit d'auteur en France: Exception française ou paradoxe français?* в: С. Geiger, М. Bouyssi-Ruch, R. M. Hilty (под руководством...), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007 (в печати); М. Senftleben, *L'application du triple test vers un systeme de «fair use» europeen?*, промежуточное выступление во время коллоквиума IRPI/AFPIDA по теме «Droit d'auteur et numerique: Quelles reponses de la DADVSI?», Париж, 9 марта 2007 г. (акты, которые находятся в печати).

наиважнейшей, поскольку она допускает рассмотрение обоснования ограничений авторского права. Согласно третьей ступени, применение ограничений авторского права не может причинять «необоснованный» ущерб правообладателю. По сути, правообладатель не может иметь такую власть, чтобы контролировать *все* формы использования своих произведений, так как некоторые виды ущерба могут быть оправданными в свете тех ценностей, которые ставятся выше интересов правообладателя⁹⁸. Такая формулировка предлагает судье провести тест на соразмерность, напоминающий нам метод, используемый для урегулирования противоречий между основополагающими правами человека⁹⁹. Затем судья должен рассмотреть обоснование, стоящее за данным ограничением авторского права, и прийти к дифференцированному анализу в свете затронутых интересов и основополагающих прав человека¹⁰⁰. Это дает особенно интересный результат. Так можно было бы сочетать надежность закрытой системы изъятий с гибкостью концепции добросовестного использования¹⁰¹, что позволило бы корректировать применение ограничений авторского права в функции не только экономических интересов правообладателя, но и расходящихся с ними интересов пользователей и даже авторов, когда интересы двух последних отличаются от интересов правообладателей.

2. Необходимость «переосмыслить» тест: к новому толкованию

Но для этого необходимо «переосмыслить» трехступенчатый тест и принять его новое прочтение. И чтобы прийти к взвешенным решениям, было бы полезно начинать с третьей ступени, а вторую ступень использовать уже после – как корректировочную меру для устранения наиболее чреватых злоупотреблениями противоречий эксплуатации произведения. Это было бы равносильно обратному прочтению теста, что, как представляется, не запрещает ни один документ¹⁰². Действительно, проблема толкования,

⁹⁸ Немецкий Конституционный суд заявил четко об этом в своем решении о «школьных учебниках» от 7 июля 1971 г., *GRUR*, 1972, с. 481.

⁹⁹ M. Senftleben (примечание 10), с. 226; S. Dusollier (примечание 25), с. 221; C. Geiger, *The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?* (примечание 97), с. 696.

¹⁰⁰ См. также промежуточное выступление: P. В. Hugenholtz, «Free Speech and the Three-Step Test: a Tongue-Twister» во время семинара по теме «Переосмысление трехступенчатого теста», организованного совместно Институтом имени Макса Планка по вопросам законодательства об интеллектуальной собственности и лондонским Университетом Квин Мэри, Париж, ULIP, 16 февраля 2007 г.

¹⁰¹ См. в этом смысле: M. Senftleben (примечание 97), C. Geiger (примечание 97); профессор Сиринелли завершает свой синтезирующий отчет о днях АЛАИ, посвященных авторско-правовым ограничениям, суждением, что такое решение проблемы, сочетающее оба подхода, наверное, является идеальным (Синтез Дней исследования под эгидой АЛАИ в: L. Baulch, M. Green и M. Wuyburn (редакторы), *Les Frontières du droit d'auteur: ses limites et exceptions*, Actes du congrès de l'ALAI 1998, Австралийский совет по авторскому праву, 1999, с. 136).

¹⁰² Такое прочтение см. также: C. Geiger (примечание 97), с. 12. См. также промежуточное выступление M. Vivant, «Переосмысляя трехступенчатый тест: каковы те возможности, которые оставляет толкование его

которая предложена французским кассационным судом, заключается в том, что при обнаружении противоречий нормальной эксплуатации, рассмотрение третьей ступени уже необязательно. Именно поэтому суд не продолжает свой анализ. Это никак не может быть смыслом трехступенчатого теста, который должен быть проанализирован еще и в свете Европейской конвенции о правах человека – документа, первенствующего по отношению к Директиве в иерархии правовых норм¹⁰³. Анализ теста, проведенный исключительно с точки зрения экономических интересов правообладателя, несовместим с подходом с точки зрения основополагающих прав человека, отправной пункт которого – постулат о равенстве между правами, представляющими одинаковую ценность¹⁰⁴. Отдать приоритет правообладателю значило бы, таким образом, вступить в противоречие с европейским правопорядком¹⁰⁵.

Как мы уже подчеркивали, надлежит взять на вооружение в высшей степени ограничительный подход к понятию нормальной эксплуатации произведения, чтобы поставить в центр третью ступень, позволяющую сбалансировать разные интересы. Но этого недостаточно, и мы должны позаботиться о том, чтобы судья рассматривал третью ступень. Для этого мы предлагаем рассматривать тест в обратном порядке. Психологический эффект при этом нельзя было бы назвать ничтожным: после того, как судья сбалансировал интересы, он, безусловно, был бы менее склонен подвергать данное использование цензуре, взяв на вооружение чисто экономический подход, и поэтому использовал бы вторую ступень для того, чтобы «придать делу надлежащий вид».

Другим решением проблемы было бы такое прочтение теста, при котором он понимался бы как излагающий ряд факторов, которые нужно учесть судье, – по образцу американской теории добросовестного использования¹⁰⁶. Действительно, вторая ступень очень напоминает четвертый фактор статьи 107 американского Закона об авторском праве 1976 г., согласно которому должно приниматься во внимание воздействие использования на потенциальный

условий» во время семинара по теме «Переосмысление трехступенчатого теста», организованного совместно Институтом имени Макса Планка по вопросам законодательства об интеллектуальной собственности и лондонским Университетом Квин Мэри, Париж, ULIP, 16 февраля 2007 г., в котором одобряется такое прочтение.

¹⁰³ См.: V.-L. Benabou, *La transposition des Directives en droit interne: l'exemple du droit d'auteur*, *Legicom*, 2004, n. 30, с. 35. В более общем плане см. Н. Scheer, *The Interaction between the ECHR and EC Law, A Case Study in the Field of EC Competition Law*, *ZEUS*, 2004, с. 690.

¹⁰⁴ См.: С. Geiger, *Les droits fondamentaux, garanties de la coherence du droit de la propriete intellectuelle*, *JCP*, G 2004, I, 150 (английскую версию см. в: *ИС*, 2004, n. 3, с. 26).

¹⁰⁵ См. в этом смысле: Geiger, С. «Constitutionalising» Intellectual Property Law? (примечание 24).

¹⁰⁶ Такое прочтение см. в статье К. J. Koelman, *Fixing the Three-Step Test* (примечание 70), а также промежуточное выступление того же автора «*The Room for Interpretation of the Three-Step Test*» во время семинара по теме «Переосмысление трехступенчатого теста», организованного совместно Институтом имени

рынок авторского произведения или на его стоимость. Однако это только один фактор среди прочих. Таким образом, вторая ступень (влияние на нормальное использование произведения) представляла бы собой *один из критериев*, подлежащих внедрению, один из тех параметров, которые следует учитывать при анализе применения ограничения авторского права. Но единственным она бы не была¹⁰⁷.

Очевидно, можно было бы утверждать, что такое прочтение, обуславливающее большую гибкость системы ограничений авторского права, могло бы привести к достойной сожаления правовой незащищенности. Правда (и это справедливо подчеркивалось), теория добросовестного использования приводит к непредсказуемым результатам, представляющим собой препятствие для пользователей, которые стали бы воздерживаться от использования ограничений из страха быть привлеченными к суду¹⁰⁸. При всем сказанном, новое прочтение трехступенчатого теста никогда не было бы нацелено на подмену перечня ограничений оговоркой общего характера. В большинстве случаев использование явно подпадает (или не подпадает) под действие предусмотренного законом ограничения. Только в исключительных обстоятельствах, т. е. когда дух текста диктует, что на использование не распространяется действие исключительного права, некоторая открытость оставалась бы желательной¹⁰⁹. На самом деле, почему эта гибкость должна приводить только к сокращению числа изъятий? По логике вещей следует, что, если мы признаем принцип свободы действия судьи, то принцип этот функционирует в обоих направлениях, а не только в жестко-ограничительном смысле¹¹⁰. Судьи уже использовали трехступенчатый тест для закрепления широкого

Макса Планка по вопросам законодательства об интеллектуальной собственности и лондонским Университетом Квин Мэри, Париж, ULIP, 16 февраля 2007 г.

¹⁰⁷ Подход с точки зрения «лояльной практики» отнюдь не является чем-то немислимым в стране континентальной традиции, как это иногда и утверждается. По нашему мнению, он отвечает «разумному» подходу к авторскому праву, который так дорог профессору Сиринелли (P. Sirinelli, *Breves observations sur le «raisonnable» en droit d'auteur* в: *Melanges A. Francon*, Париж, Dalloz, 1995, с. 397 *и следующие*). Судьи не остаются равнодушными, на что указывает интересное решение Апелляционного суда Сарагосы от 2 декабря 1998 г. (num. 708/1998 rec. 136/1998), в котором суд проверил, были ли воспроизведения в университетах для целей обучения «лояльными». Если верить испанским судьям, «чтобы определить, является ли использование произведения в каком-то особом случае лояльным и, как следствие, представляет ли оно законное изъятие из права на воспроизведение, необходимо учесть четыре следующих фактора: 1) предназначение и характер использования – главным образом коммерческий характер использования или его предназначение для некоммерческой цели; 2) Характер охраняемого произведения; 3) Объем и важность использованной части по отношению ко всему охраняемому произведению и 4) Влияние использования на потенциальный рынок охраняемого произведения или стоимость этого произведения.

¹⁰⁸ См. в этом смысле интересную статью: D. Nimmer, *The Public Domain, Fairest of Them All, and Other Fairy Tales of Fair Use*, *Law & Contemp. Prob.*, 2003. Vol. 66, с. 280.

¹⁰⁹ См.: M. Senfleben, *Beperkingen a la carte. Waarom de Auteursrechtlijn ruimte lat voor fair use*, *AMI*, 2003, n. 1, с. 10. Автор убедительно доказывает, что исчерпывающий перечень Директивы не исключает, благодаря трехступенчатому тесту, известной открытости.

¹¹⁰ Правильно понятый, трехступенчатый тест мог бы, следовательно, стать гарантией эволюционного правопорядка, вместо того чтобы представлять собой символ ущербной дезорганизации права. Действительно,

толкования одного изъятия, чтобы адаптировать его к техническим переменам¹¹¹. Нельзя представить себе, что правовую небезопасность будут терпеть, если она в пользу правообладателей, и не будут терпеть, если она благоприятствует пользователям.

К сожалению, небезопасности не избежать, если мы хотим усовершенствовать применение ограничений (так или иначе), чтобы адаптировать систему к новым обстоятельствам¹¹². Кроме того, на законе об авторском праве уже отражается определенный дефицит правовой защищенности, когда речь заходит о доступе к охране. Действительно, чрезвычайно субъективный критерий оригинальности (французская версия) или индивидуальности (немецкая версия), определяемой как отпечаток личности автора, не позволяет заранее знать, будет ли произведение признано удовлетворяющим этому условию или нет. Все сходятся, тем не менее, на том, что необходим фильтр для сохранения идей или определенных форм неоригинальных выражений в сфере общественного достояния ввиду интересов, которые выше интересов правообладателей¹¹³. Решая вопрос об оригинальности творения человеческого разума, судья приступает (или, по крайней мере, в идеале *должен* приступать) к балансу интересов. Помимо того, нельзя не заметить, что побуждения судей чаще всего весьма непрозрачны, так что для того, чтобы увидеть личность автора в задвижке, полке или шейкере для салатов – творениях, которым суды иногда давали авторско-правовую охрану, – может потребоваться необычайно развитое воображение. Таким образом, было бы, вероятно, хорошей мыслью установить своего рода трехступенчатый тест для доступа к авторско-

как подчеркивал П. Рубье (Roubier), «поскольку правопорядок являет пробелы, вполне естественно обратиться к произвольному общественному порядку, т.е. в содержании, обусловленном жизнью и необходимостью новых связей – элементы, которые и заполняют пробелы», *L'ordre juridique et la theorie des sources du droit v: Le droit prive francais au milieu du XXe siecle. Etudes offertes a G.Ripert*, LGDJ, 1950, с. 19. Притом кто лучше судьи сможет позаботиться о том, чтобы имела место адаптация закона к «спонтанным» изменениям в обществе? Адаптация авторско-правового законодательства к «информационному обществу» не могла бы быть делом только законодателя.

¹¹¹ См., например, решение немецкого Федерального суда от 11 июля 2002 г. (примечание 43), придающий юридическую силу расширению того ограничения авторского права, которое позволяет обзоры прессы в панорамах прессы в электронном формате.

¹¹² Правда, такая концепция, похоже, отходит от континентальной традиции и сближается с методами общего права, когда у судьи больше возможностей действовать по своему усмотрению. При этом контекст гармонизации в рамках Сообщества, в котором сегодня оказалось авторско-правовое законодательство, требует, по нашему мнению, определенной проницаемости по отношению к тем методам, которые используются судьями при применении закона. Действительно, текст документов Сообщества во многом отходит от континентальной традиции в том, что касается их формулировок. Однако они по-прежнему нуждаются в переносе в плоскость национального законодательства. В результате закон утратил ту связность и понятность, которую он имел в прошлом (см.: J. de Clausade, *Securite juridique et complexite du droit: considerations generales du Conseil d'Etat*, D., 2006, p. 737). Нам представляется, что, если уж меняется законотворческий метод, то метод судебный также должен претерпеть изменения, особенно когда последний дает сбалансированные решения. Иначе следовало бы отказаться от процесса интеграции в целом (по этому вопросу см. интересную статью: К. Н. Т. Schiemann, судьи Суда Европейских Сообществ, *Should We Come Together? Reflections on Different Styles of Judicial Reasoning*, *Zeus*, 2006, p. 1).

¹¹³ Большинство ученых по этому вопросу придерживаются единого подхода.

правовой охране и заменить стандарт оригинальности критериями более ясными и четкими¹¹⁴. Если мы соглашаемся с тем, что принцип – это свобода, а изъятие – это нечто исключительное, это было бы вполне логичным¹¹⁵. Но это уже другой разговор...

В заключение следует отметить, что адаптация системы изъятий к требованиям информационного общества остается большой проблемой, – на глобальном, общеевропейском и национальном уровнях. Тем не менее, мы видели, что свобода национальных законодателей сильно ограничена нормами трехступенчатого теста. Более того, вполне возможно, что судья, принужденный использовать тест в тех делах, которые лежат перед ним, поймет, что его дискреционные полномочия также уменьшились, и сочтет для себя трудным учет противоположных интересов авторов и пользователей, если только он не возьмет на вооружение иное прочтение изложенных в тесте условий, которые считались бы не «ступенями», а критериями, необходимыми для учета в процессе установления баланса интересов¹¹⁶. И последнее: достойным сожаления представляется не то, что государства-члены не вольны поступать, как им заблагорассудится, ибо таковы правила игры при любом обязательстве международного уровня. Шокирует другое: не было никакой дискуссии по поводу подлинного охвата этим правовым инструментом, опасные возможности которого постепенно проявляются. Но велика вероятность того, что в то время

¹¹⁴ Предложение по этому вопросу см.: С. Geiger, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle: Quels remèdes pour le droit de la propriété littéraire et artistique*, *Revue Internationale de Droit Economique (RIDE)*, 2006, n. 4, p. 389.

¹¹⁵ См. прекрасную метафору профессора Виван (Vivant), согласно которой права интеллектуальной собственности – это «архипелаг, где каждое частное право, привязанное к конкретному творению человеческого ума, возникает, подобно острову в океане, подпадающему под режим свободы» (J. Foyer и M. Vivant, *Le droit des brevets*, Париж, PUF, 1991, p. 9).

¹¹⁶ Во Франции ученые иногда используют понятие «тройственный тест», в отличие от «трехступенчатого теста» (С. Alleaume, *Le Role du triple test, une nouvelle conception des exceptions?*, *RLDI*, 2007, n. 25 (приложение), с. 48; В. May, *Droit d'auteur: le «triple test» à l'ère du numérique*, *RLDI*, 2006, n. 15, p. 63). Это понятие, хотя в других странах о нем и мало известно, имеет, однако, то преимущество, что оно допускает такое прочтение теста, при котором он рассматривается не «по ступеням», и таким образом становится более нейтральным. При предложенном здесь прочтении, представляется, что такое название теста предпочтительнее.

государства-члены не вполне измерили всю широту своих обязательств. Это могло бы подвести их к тому, чтобы запустить в будущем механизм пересмотра существующего соглашения, чтобы вернуть себе суверенитет в области изъятий из авторского права. От этого будет зависеть, как воспримет законодательство об авторском праве общественность.



ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ЮНЕСКО

18 МАРТА 2007 г. ВСТУПИЛА В СИЛУ КОНВЕНЦИЯ ЮНЕСКО ОБ ОХРАНЕ И ПООЩЕНИИ РАЗНООБРАЗИЯ ФОРМ КУЛЬТУРНОГО САМОВЫРАЖЕНИЯ

18 марта, через три месяца после депонирования тридцатого документа о ратификации, вступила в силу Конвенция об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения. На сегодняшний день Конвенцию ратифицировали 62 государства. Событие беспрецедентное: к Конвенции присоединился Евросоюз как региональная организация в области экономической интеграции.

Принятая Генеральной конференцией ЮНЕСКО 20 октября 2005 г., Конвенция направлена на упрочение связей между культурой, устойчивым развитием и обменом мнениями. В ней вновь подтверждается уважение к правам человека и основополагающим свободам, равное достоинство культур, справедливый доступ и открытость культур всему миру.

В Конвенции устанавливается суверенное право государств разрабатывать политику в области культуры с учетом «охраны и поощрения разнообразия форм культурного самовыражения», и признается отличительный характер культурных товаров и услуг, которые «являются выражением самобытности, ценностей и смысла». Таким образом, имелось в виду «создание условий для расцвета и свободного взаимодействия различных культур на взаимовыгодной основе».

Чтобы способствовать международному сотрудничеству в области культуры, во главу угла Конвенции поставлена международная солидарность и содержится призыв к созданию добровольного Международного фонда культурного разнообразия. Далее, каждая сторона признает основополагающую роль гражданского общества и обязуется поощрять его активное участие.

У Конвенции, реализуемой Межправительственным комитетом, выбираемым и состоящим из представителей сторон, будет свой высший орган – Конференция участников, которая впервые соберется в штаб-квартире ЮНЕСКО в период с 18 по 20 июня 2007 г.

Теперь, после вступления в силу данной конвенции, ЮНЕСКО располагает комплексом нормативных документов, включающих семь Конвенций¹¹⁷, которые охватывают культурное разнообразие во всех его проявлениях, в частности два столпа культуры: наследие, материальное и нематериальное, и современное творчество.

- Автор(ы): пресс-релиз № 2007 – 23
- Источник: UNESCOPRESS

¹¹⁷ Конвенция об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения (2005); Конвенция об охране нематериального культурного наследия (2003); Конвенция об охране подводного культурного наследия (2001); Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия (1972); Конвенция о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности (1970); Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (1954); Всемирная конвенция об авторском праве (1952, 1971).



БИБЛИОГРАФИЯ

New Directions in Copyright Law, Volume 3. Edited by Fiona Macmillan and Kathy Bowrey, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 2006, 249 pp.

Третий том этого издания представляет собой компиляцию статей, написанных членами Сети Совета по исследованиям в области искусств и гуманитарных наук и посвященных новым направлениям в авторско-правовом законодательстве. Эта сеть сводит воедино интернациональное и мультидисциплинарное ядро ученых-гуманитариев, работающих над проблемами будущего системы авторского права.

В общем, в книге анализируется система авторского права через призму традиционных знаний и культуры. В нее включены статьи, анализирующие сложное определение этой сферы. В книге предлагаются решения проблемы удовлетворительной правовой охраны, а также наглядно показаны те трудности, которые при этом могут возникнуть.

Обсуждаемые решения, как правило, касаются законодательства в области авторского права, однако в некоторых статьях также исследуются такие варианты защиты традиционных знаний и культуры, как авторские отчисления от перепродажи произведений или даже географические указания мест происхождения.

Хотя речь в книге идет главным образом о традиционных знаниях и культуре, она обращается и к другим темам. Например, в некоторых статьях ставятся вопросы о статусе охраны авторского права телевизионных передач, о моральных правах архитектора или о праве знаменитостей на неприкосновенность частной жизни.

В данном томе к различным темам подходят не только в аспекте права и политики, но и экономики и культуры. Многогранный анализ различных тем книги может представлять интерес для специалистов по авторскому праву, практикующих юристов, а также всех заинтересованных лиц.

ISBN-13: 978 1 84542 262 2

ISBN-10: 1 84542 262 7