

**ФЕДЕРАЛЬНОЕ СОБРАНИЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
ГОСУДАРСТВЕННАЯ ДУМА**  
Фракция Всероссийская политическая партия «ЕДИНАЯ РОССИЯ»  
Внутрифракционная группа Т.В Яковлевой  
Экспертная рабочая группа по интеллектуальным правам

17 марта 2010 года  
г. Москва

**ПОЛНЫЙ ТЕКСТ ДОКЛАДА  
АЛЕКСЕЯ КОНДРИНА**  
dekuzu@gmail.com

**«РЕШЕНИЕ ПРОБЛЕМЫ  
«АБСОЛЮТНОЙ НЕСОВМЕСТИМОСТИ  
АВТОРСКОГО ПРАВА И ИНТЕРНЕТ»  
ПУТЕМ СОЗДАНИЯ НОВЫХ НОРМ ОХРАНЫ  
ЛИТЕРАТУРНОЙ И ХУДОЖЕСТВЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ  
В ЦИФРОВЫХ СЕТЯХ»**

на втором заседании экспертной рабочей группы по интеллектуальным правам образованной при внутрифракционной группе Т.В.Яковлевой фракции Всероссийской политической партии «Единая Россия» совместно с подкомитетом по экономике и инновациям Комитета Государственной Думы по культуре.

Рассматриваемая на заседании тема:  
*«Проблемы взаимодействия пользователей и организаций  
по коллективному управлению правами в сфере деятельности  
электронных средств доведения до всеобщего сведения  
(эфир, кабель, Интернет и иные),  
связанной с публичным использованием  
объектов интеллектуальных прав»*

Доклад подготовлен Ильей Кондриным  
на основании материалов  
диссертационного исследования  
«Доведение до всеобщего сведения по российскому гражданскому законодательству»  
Российская Академия Правосудия  
© Илья Кондрин, 2010

Новые технические достижения в области цифровых технологий поставили перед российским обществом ряд важных и сложных правовых проблем. Прежде всего, необходимо найти приемлемые пути решения проблемы осуществления авторских и смежных прав в ходе цифровой доставки и передачи российским потребителям произведений, исполнений и фонограмм в Интернете и в аналогичных цифровых сетях. Так называемое решение проблемы «абсолютной несовместимости авторского права и Интернет». Вот как эту проблему обозначил Президент России в одном из своих выступлений в 2009 году: «.. пока Интернет и авторское право абсолютно несовместимы. Интернет – это враг авторского права, нужно честно называть вещи своими именами. Но нужно сделать так, чтобы .. наше внутреннее национальное законодательство все-таки наиболее важные позиции, касающиеся авторского права, могли отстаивать и в интернет-среде. Потому что в противном случае будут разрушены фундаментальные основы охраны и защиты авторских прав в мире. Но это не только наша проблема, это мировая проблема. Просто нам нельзя... отставать, это такая существенная тема» [1] (рисунок № 1).



Рисунок № 1

Успешное решение данной проблемы, скорее всего, невозможно без создания надлежащего правового баланса между интеллектуальными правами владельцев авторских и смежных прав и интересами потребителей результатов интеллектуальной деятельности. На данный момент поиск приемлемых путей решения этой проблемы является одной из приоритетных задач, поставленных Президентом России в своем Указе от 18 июля 2008 года № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса

Российской Федерации» не только перед законодателями и перед всей российской правовой наукой, но и перед всем российским Интернет сообществом. Совет при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства в 2009 году разработал проект концепции совершенствования Раздела VII Гражданского кодекса Российской Федерации "Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации" [2]. В проекте предусматривается, что российское законодательство об интеллектуальной деятельности должно соответствовать современному уровню развития техники, стимулировать разработку и широкое использование новых технологий при одновременном обеспечении защиты интересов правообладателей. Особо отмечается, что в рамках четвертой части ГК необходимо развивать блок положений, направленных на регулирование использования результатов интеллектуальной деятельности в информационно-телекоммуникационных сетях (в том числе в сети Интернет) [3]. Предусмотрена также разработка проектов федеральных законов о внесении соответствующих изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации. При этом эти федеральные законы должны не только соответствовать новому уровню развития рыночных отношений в России, но и быть максимально приближенными к правилам регулирования аналогичных отношений в законодательстве Европейского союза. В свою очередь практика показывает, что уже сейчас в сфере регулирования интеллектуальных прав возник ряд вопросов, нуждающихся в незамедлительной корректировке и развитии. К числу таких вопросов относится, например, вопрос осуществления авторских и смежных прав в ходе реализации национальной программы перехода Российской Федерации на цифровое вещание. Наличие вышеупомянутой проблемы и необходимость внесения соответствующих изменений в действующее законодательство России об интеллектуальной деятельности применительно к цифровым сетям также подтверждается выводами, сделанными Российским Авторским Обществом (РАО), в своем годовом отчете за 2008 год: *«К нашему большому сожалению, в сфере сборов авторского вознаграждения за использование произведений в цифровых сетях ничего положительного за истекший год не произошло. Все усилия РАО что-нибудь сделать для легализации такого использования не дали результатов.... На наш взгляд, эта очень сложная и перспективная сфера в ближайшее время потребует государственного регулирования.»* [4]

Как уже ранее отмечалось предпринимаемые Россией меры по реализации масштабных национальных проектов в области цифровых технологий, например, переход на цифровое вещание и развитие российского сегмента Интернета (Рунета), выявили насущную потребность в изменении национальной системы авторского права. Это означает, что России нужна такая система авторского права, которая могла бы в полной мере быть приспособленной к распространению цифрового контента в соответствующих сетях.

Потребность в изменении российской системы авторского права можно наглядно проследить на примере перехода страны на цифровое вещание. Прежде всего, следует упомянуть, что в России переход с аналогового вещания на цифровое должен оказаться «мягким, естественным, незаметным для потребителя и необременительным в целом» – такую цепочку требований выстроил председатель правительства РФ Владимир Путин на встрече с министром связи и массовых коммуникаций РФ Игорем Щеголевым. Необходимость скорейшего перехода России от аналогового на цифровое вещание вызвана истечением в 2015 году действия международно-правовой охраны аналоговых

частот. Пока еще Россия может предъявлять претензии сопредельным странам, если они создают помехи для аналогового российского вещания, но после 2015 года подобные претензии перестанут иметь юридическую силу и, следовательно, не будут рассматриваться. В настоящее время уже полностью отключили аналоговое вещание ряд стран Евросоюза, завершив процесс перехода на цифровое вещание. США отключили высокочастотное аналоговое вещание в ночь на 12 июня 2009 года, оставив только низкочастотное аналоговое вещание для определенных территорий.

Проанализировав опыт перехода ряда стран мира с аналогового вещания на цифровое и разработанные правительствами этих стран цифровые телевизионные стратегии, можно условно выделить три фазы перехода: мультиканальное телевидение, платное телевидение и нелинейное телевидение. Прежде чем рассматривать указанные стадии перехода к цифровому вещанию, следует упомянуть и о такой особенности, как деление телевизионных программ, содержащих объекты авторского права и смежных прав (далее – телевизионный контент, телеконтент, контент): линейный телевизионный контент и нелинейный телевизионный контент.

Критерием такого деления телевизионного контента выступает наличие или отсутствие интерактивности. Так, в первом из них отсутствует интерактивность, поскольку отношение телезрителей к поставляемым телевизионным программам всегда пассивно. Линейный телеконтент не только подготавливается для всех телезрителей, но и поставляется всем им одновременно в рамках одновременных или неинтерактивных передач. Совершенно иная картина наблюдается применительно к нелинейному телеконтенту в рамках неодновременных или интерактивных передач. Отношение телезрителей к поставляемым телевизионным программам всегда интерактивно. Каждому из них предоставляется реальная возможность самостоятельного выбора времени и места доступа к телеконтенту, а также индивидуального программирования просмотра телепередач. У каждого телезрителя есть возможность воспользоваться такими дополнительными опциями, как отложенный просмотр телевизионных программ (далее - отложенный просмотр), отключение рекламы, видео по требованию (VoD). Руководитель Европейского института законодательства о средствах массовой информации Александр Шойер (Alexander Scheuer) считает отличие линейного от нелинейного контента очевидным: *«в тех случаях, когда пользователь/зритель решает, какую программу он хочет смотреть и в какой промежуток времени он будет ее смотреть, это не является линейной услугой. В противоположность этому, если мы как зрители находимся в зависимости от программы телепередач, установленной провайдером/телевещателем, и у нас есть только один выбор – включить телеканал или переключиться на другой, тогда это является линейной услугой – традиционным телерадиовещанием»* [5].

Деление телеконтента, телевизионных услуг и телевидения на линейные и нелинейные находит свое отражение и в законодательстве большинства стран мира. Например, в Статье 1 Директивы об Аудиовизуальных Медиа Услугах [6] Евросоюза (далее – Директива ДАМУ) содержится следующее определение этих услуг: *«(e) ... линейная аудиовизуальная услуга означает аудиовизуальную услугу, предоставляемую провайдером аудиовизуальных услуг телезрителям для одновременного просмотра ими программ на основе программы телепередач; (g) ... нелинейная аудиовизуальная услуга означает аудиовизуальную услугу, оказываемую поставщиком аудиовизуальных услуг по индивидуальному запросу телезрителя в выбранный телезрителем период времени для просмотра им телепрограмм на основе каталога программ, отобранных поставщиком услуги»* [7]. Положения Директивы ДАМУ должны быть введены в

национальные законодательства стран Евросоюза не позднее 19 декабря 2009 г. Сама Директива ДАМУ должна вступить в силу в 2010 г. В Евросоюзе считают, что основное ее назначение – это правовая помощь аудиовизуальной индустрии Европы в капитализации новых возможностей для экономического роста, инвестиций и занятости.

Первая фаза перехода к цифровому вещанию – мультиканальное телевидение, характеризуется увеличением количества доступных телезрителям каналов посредством спутникового и кабельного вещания и поставкой телезрителям линейного телеконтента. Ранее уже было установлено, что в большинстве случаев мультиканальное телевидение, как разновидность одновременных или неинтерактивных передач охватывается правом на доведение до всеобщего сведения. Вторая фаза – платное телевидение, характеризуется тем, что платное телевидение становится доминирующим. На этой стадии еще больше увеличивается количество доступных для просмотра телеканалов и увеличивается количество других экранных развлечений для телезрителей. Например, электронные игры. Возрастает роль и значение право на доведение до всеобщего сведения. Третья стадия – нелинейное телевидение, характеризуется использованием широкополосных сетей, беспроводных и мобильных технологий для поставки телезрителям нелинейного контента. На этой стадии появляется возможность использования аудиовизуальных материалов, созданных самими телезрителями. Ее главная особенность заключается в интерактивности телевизионных цифровых услуг. В результате чего такие услуги в полном объеме охватываются правом на доведение до всеобщего сведения.

Вместе с тем у всех участников цифрового рынка развлечений (вещателей, правообладателей и потребителей) возникает насущная потребность в создании дополнительных правовых инструментов для регулирования таких новых явлений в области нелинейного вещания, как, например, отложенный просмотр. На примере такой новой цифровой услуги нелинейного вещания, как отложенный просмотр можно продемонстрировать, как на практике осуществляется процесс внесения изменений в законодательство об авторском праве и смежных правах. Эта новая цифровая услуга относится к группе дополнительных цифровых опций нелинейного вещания. Она предоставляет пользователю возможность самому программировать свой доступ к радио или телепрограммам путем создания их записей для последующего прослушивания или просмотра в более удобное для радиослушателя и телезрителя время. С появлением цифровых устройств видеозаписи DVR или PVR возможность воспользоваться этой услугой значительно упростилась за счет применения электронного справочника программ и записи радио- или телепрограммы на жесткий диск устройства потребителя.

Что касается правового регулирования этой услуги в национальном законодательстве, то в настоящее время в РФ развернулась бурная дискуссия относительно проекта Федерального закона № 63587-5 «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – проект Закона), а именно абзаца 1 ст. 1273 ГК РФ. Зафиксированные в этом абзаце положения напрямую затрагивают основные моменты, связанные с законностью или незаконностью использования такого явления, как отложенный просмотр в цифровом нелинейном радио и телевещании на территории России. Речь идет о воспроизведении произведений в личных целях. Проект уже принят Госдумой во втором чтении [8]. После второго чтения предлагается абзац 1 ст. 1273 ГК РФ изложить в следующей редакции: «1. *Допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты*

вознаграждения воспроизведение гражданином **при необходимости** и исключительно в личных целях правомерно обнародованного произведения» [9]. Первоначально дискуссия развернулась в связи с включением в текст абзаца дополнительного критерия для воспроизведения – **«в случае необходимости»**. Разработчики законопроекта и Правительство РФ считали, что *«изменения, вносимые в статью 1273 ГК (пункт 2 статьи 1 Проекта), направлены на закрепление положения о том, что свободное воспроизведение допускается только в случае необходимости, что будет более четко обеспечивать соответствие ст. 1273 ГК статье 13 Соглашения ТРИПС»* [10]. Совершенно иначе отреагировал на включение нового критерия **«в случае необходимости»** Комитет Госдумы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству в своем заключении по проекту, внесенному Правительством РФ (первое чтение): *«В новой редакции абзаца 1 статьи 1273 ГК РФ, предусматривающей возможность воспроизведения правомерно обнародованного произведения в личных целях без выплаты вознаграждения, включается дополнительный критерий для такого воспроизведения – «в случае необходимости». Предлагаемый критерий не конкретен, его толкование на практике может стать источником споров. Конституционный Суд Российской Федерации в своих решениях неоднократно обращал внимание на то, что неопределенность правовой нормы не позволяет обеспечить ее единообразное понимание и порождает противоречивую правоприменительную практику, и самого по себе нарушения требования определенности правовой нормы, влекущего ее произвольное толкование правоприменителем, достаточно для признания такой нормы не соответствующей Конституции Российской Федерации (см., например, Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 06.04.2004 № 7П, от 31.05.2005 № 6-П, от 14.07.2005 № 8-П, от 28.02.2006 № 2-П). Также обращаем внимание, что указанный критерий не упоминается ни в Бернской конвенции, ни в других международных актах»* [11].

Определенное участие в дискуссии приняли и Верховный Суд РФ (далее – ВС РФ), и Высший Арбитражный Суд РФ (далее – ВАС РФ), вынеся на обсуждение широкой общественности проект совместного постановления «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 2008 г. В пункте 34 окончательного варианта постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой гражданского кодекса Российской Федерации» от 26 марта 2009 г. прямо не упоминается о необходимости использования таких критериев, как **«в случае необходимости»** и **«при необходимости»**, перепоручая решение этих «спорных» моментов на усмотрение судов. Вот, как это зафиксировано в пункте 34: *«Допускается без согласия автора или иного правообладателя воспроизведение, осуществляемое только гражданином и только в личных целях, под которыми по смыслу статьи 1273 Кодекса понимается последующее некоммерческое использование соответствующего экземпляра для удовлетворения собственных потребностей или потребностей обычного круга семьи этого гражданина (который определяется судом с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела)»* [12].

Таким образом, вопрос с законностью использования услуги отложенный просмотр в России без согласия владельцев авторских и смежных прав и без выплаты им соответствующего вознаграждения, как это принято за пределами РФ, остается пока еще в правовом смысле окончательно не решенным. Что касается того момента, будут

ли внесены в ст. 1273 ГК РФ изменения или нет, весьма интересно высказался член Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства профессор А.Л. Маковский: «...ситуация такая: будем мы вступать в ВТО – будут внесены эти изменения в закон; не будем мы вступать – не будут они внесены в наш закон. Проект соответствующий в Думе лежит и, по-моему, первое и второе чтение прошел» [13]. В случае принятия этих изменений услуга отложенный просмотр на территории России в том виде, как она используется во всем мире, станет незаконной.

**Юридические проблемы развития цифрового вещания.** Исходя из трех условных стадий перехода к цифровому вещанию, можно попробовать проанализировать готовность российской системы авторского права быстро и гибко справляться с юридическими проблемами, способными воспрепятствовать развитию цифрового вещания в России. Безусловно, главным компонентом, как любого цифрового, так и аналогового эфирного вещания, в любой стране мира выступает контент: музыка, литературные произведения, фонограммы, кино и телефильмы и другие разнообразные объекты авторского права и смежных прав. Представим себе на минуту, что в России во всех ее многочисленных регионах уже сегодня введено в эксплуатацию самое современное и дорогостоящее оборудование для цифрового вещания и каждая российская семья приобрела специальную приставку для просмотра цифровых телепрограмм (set-top-box). Примерные финансовые и материальные затраты на покупку оборудования, его доставку, монтаж, тестирование и обслуживание легко можно подсчитать и запланировать. Иначе дело обстоит с тем, что собираются с помощью всего этого технического многообразия доставлять в дома российских телезрителей создатели телевизионного цифрового контента. Во всех ныне разрабатываемых российских программах перехода к цифровому вещанию отсутствуют ответы на простые вопросы: у кого приобретать лицензии на цифровой контент, т. е. на цифровые авторские и смежные права; кому и в каких объемах нужно будет выплачивать лицензионное вознаграждение за использование цифрового контента, т. е. за цифровые авторские и смежные права?

Так ли уж важны ответы на эти «простые» вопросы и можно ли по старой российской привычке «отложить» их решение на неопределенный срок? Опыт других стран мира в деле перехода к цифровому вещанию свидетельствует о том, что поиск ответов на эти вопросы является одним из самых главных, наиболее сложных и затратных процессов. Например, опыт Великобритании – страны с высокоразвитой системой авторского права и успешной системой государственного регулирования теле- и радиовещания в деле запуска цифрового проекта соответствующего нелинейного вещания под названием «BBC iPlayer». С правовой точки зрения основным содержанием данной услуги является использование различных объектов авторского права и смежных прав. Поэтому она охватывается в полном объеме правом на доведение до всеобщего сведения. BBC iPlayer – это цифровая услуга по технологии Catch-Up TV по одновременной доставке потребителям цифрового нелинейного радио- и телеконтента посредством вебсайта в Интернете, файлообменных сетей (P2P), кабельного телевидения и некоторых устройств мобильной связи. В рамках данной цифровой нелинейной услуги потребители могут прослушивать или просматривать ту или иную радио или телевизионную передачу в течение семи дней после ее первоначального вещания. В рамках запуска своего цифрового проекта BBC iPlayer британская государственная теле- и радиовещательная корпорация начала в 2002 году вести переговоры с обладателями авторских и смежных прав о заключении соответствующих

лицензионных соглашений. Переговоры были завершены в 2007 году. И только тогда корпорация BBC смогла в полном объеме запустить свой цифровой проект в эксплуатацию. Таким образом, «рекордный» пятилетний срок ведения переговоров подтверждает ранее высказанный нами тезис о том, что одно лишь наличие суперсовременного оборудования, технических решений и технологий не может являться залогом успешной реализации какого-либо цифрового проекта. Кстати, власти Великобритании после этого случая приняли решение о начале процесса внесения изменений в национальную систему авторского права в рамках ранее разработанной и принятой ими стратегической программы развития ИС – «Цифровая Британия» (Digital Britain). В частности, путем создания специализированного государственного органа – Агентства по цифровым правам (Digital Rights Agency).

**Цифровой телевизионный контент.** Итак, что же представляет из себя в правовом смысле так называемый цифровой телевизионный контент? Правовое содержание такого контента составляют цифровые авторские и смежные права. В свою очередь основными компонентами законности использования цифрового телевизионного контента являются следующие группы прав: авторские права авторов; авторские права иных обладателей авторских прав (например, музыкальных издателей); смежные права исполнителей и изготовителей фонограмм; смежные права организаций вещания.

Таким образом, залогом законности использования как линейного, так и нелинейного контента является одновременное наличие у российского линейного или нелинейного вещателя 100-процентного объема авторских прав и 100-процентного объема смежных прав на поставляемый ими российским потребителям телевизионный контент.

Правовое обоснование данного утверждения зафиксировано в п. 1 ст. 1229 части четвертой ГК РФ: *«Другие лица не могут использовать» результат интеллектуальной деятельности «без согласия правообладателя... Использование результата интеллектуальной деятельности (в том числе... способами, предусмотренными настоящим Кодексом), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную настоящим Кодексом, другими законами».* Немаловажное значение для законности использования телевизионного контента играет также положение п. 2 ст. 1270 ГК РФ: *«Использованием произведения независимо от того, совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, считается, в частности:... публичный показ произведения, то есть любая демонстрация оригинала или экземпляра произведения непосредственно либо на экране с помощью... телевизионного кадра или иных технических средств... публичное исполнение произведения, то есть представление произведения... с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств).. сообщение в эфир, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения (включая показ или исполнение) по радио или телевидению...».* Это означает, что даже бесплатное распространение пакета телевизионных и радиоканалов в рамках реализации российской программы по переходу на цифровое вещание не может избавить от соблюдения требований действующего законодательства об авторском праве и смежных правах в части получения у всех правообладателей соответствующих разрешений (лицензий) и выплаты вознаграждений в пользу всех обладателей авторских и смежных прав.

Какой объем авторских и смежных прав необходим любому российскому вещателю на телевизионный контент? И каким образом действующее российское законодательство

в сфере авторского права и смежных прав регулирует в настоящее время возможность получения этого объема прав вещателем?

Объем необходимых телевизионному вещателю прав напрямую зависит от того, какие виды объектов авторского права и смежных прав используются в настоящее время в телевещании. В современном телевещании в той или иной форме (как полностью, так и в виде отрывков) используются практически все виды указанных в п. 1 ст. 1259 части четвертой ГК РФ объектов авторского права, причем как объекты, относящиеся к национальному репертуару, так и объекты, относящиеся к международному репертуару. Это означает, что в соответствии с требованиями российского законодательства российский вещатель должен предварительно договориться с каждым национальным и зарубежным обладателем авторских прав об условиях их использования применительно ко всем видам объектов авторского права. Ту же процедуру необходимо соблюсти и применительно к смежным правам: правам исполнителей, изготовителей фонограмм и организаций вещания. Может ли какой-нибудь российский телевизионный вещатель самостоятельно выполнить установленные законом требования в сфере лицензирования авторских и смежных прав – персонально договориться с каждым правообладателем? Ответ очевиден – конечно, не может. И не только российский вещатель, но и вещатель любой другой страны мира. Поэтому для решения этой проблемы в каждом национальном законодательстве всегда предусмотрена для телевизионных вещателей возможность использования так называемых бланкетных лицензий. Это когда телевизионный вещатель получает в одном месте, как правило, в обществе по коллективному управлению авторскими или смежными правами (далее – ОКУП), лицензию на использование всех видов авторских и смежных прав. Причем как тех авторов, исполнителей и изготовителей фонограмм, которые являются членами указанных обществ, так и тех, которые таковыми не являются. Получаемая лицензия действительна как в отношении национального, так и международного репертуара.

**Изменения в системе коллективного управления авторскими и смежными правами.** С 1 января 2008 года в системе выдачи и использовании телевизионными вещателями бланкетных лицензий произошли существенные изменения. Изменения затронули ОКУПы и виды объектов авторского права, которые действующее российское законодательство разрешает включать в бланкетные лицензии в сфере телевизионного вещания.

Благодаря вступившим в силу с 1 января 2008 года изменениям в российском законодательстве указанные организации подразделяются на ОКУП, имеющие государственную аккредитацию, и ОКУП, не имеющие такой аккредитации. Применительно к сфере линейного телевизионного вещания это очень важное деление. Поскольку в настоящее время выдавать линейным телевизионным вещателям бланкетные лицензии на использование авторских и смежных прав могут только два ОКУП: получивший государственную аккредитацию ОКУП по авторским правам и получивший государственную аккредитацию ОКУП по смежным правам.

Следующие изменения касаются видов объектов авторского права, на которые аккредитованный государством ОКУП по авторским правам законным образом может выдавать бланкетные лицензии линейным телевизионным вещателям. А вот как раз именно эти изменения и могут существенным образом отрицательно сказаться на деятельности любого российского линейного телевизионного вещателя. Статья 1244 ГК РФ содержит исчерпывающий перечень видов бланкетных лицензий, которые ОКУП по авторским правам может выдавать линейным телевизионным вещателям: лицензии на обнародованные музыкальные произведения с текстом или без текста; лицензии на

использование отрывков из музыкально-драматических произведений. Все остальные необходимые российскому линейному вещателю виды объектов авторского права законодательство РФ исключило из числа бланкетных лицензий. Таким образом, с 1 января 2009 года существенно снижен объем необходимых линейному телевизионному вещателю авторских прав, которые он может получать с помощью бланкетных лицензий. Как это способно отразиться на деятельности российских вещателей? С 1 января 2009 года все российские линейные вещатели должны самостоятельно предварительно договариваться с каждым национальным и зарубежным обладателем авторских прав об условиях использования этих прав (срок, территория, виды использования, размер и порядок начисления авторского вознаграждения и т. д.) на следующие виды объектов авторского права: литературные произведения; хореографические произведения и пантомимы; аудиовизуальные произведения; произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и другие произведения изобразительного искусства; произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства; произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства; фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии; другие произведения.

В результате этого законодательного нововведения не только существенно вырастут расходы российских линейных вещателей на лицензирование авторских прав, но и, скорее всего, существенно возрастет количество нарушений ими авторских прав на те виды объектов авторского права, которые отныне не входят в бланкетные лицензии.

**Правовая ситуация с лицензированием авторских и смежных прав в цифровом вещании.** Еще сложнее в настоящее время складывается правовая ситуация с лицензированием авторских и смежных прав в области нелинейного вещания. Если для линейного вещания действующее российское законодательство и предусматривает хотя бы какие-то бланкетные лицензии, то в сфере цифрового нелинейного вещания об их использовании вообще нет речи. Причем фактический запрет на выдачу бланкетных лицензий распространяется не только на сферу нелинейного вещания, но вообще на весь цифровой бизнес. Указанные лицензии нельзя будет выдавать не только на авторские, но также и на смежные права. Таким образом, законодатель фактически изначально обрекает любой вид цифрового бизнеса в России стать убыточным и нерентабельным. Хорошо это отразится на развитии цифрового бизнеса, включая цифровое вещание, в России или плохо? Некоторые юристы (например, Александр Робнагел (Alexander Roßnagel), Вольф Рихтер (Wolf Richter), Роберт Лоуренс Лессиг (Robert Lawrence Lessig)) и экономисты (например, Рут Тоус и Кристиан Хандке (Christian Handke)) считают, что наличие подобных ограничений в законодательстве отрицательно сказывается на развитии цифрового рынка услуг любой страны мира. И, что самое главное, не способствует сокращению уровня цифрового пиратства, а скорее, наоборот толкает потребителя в сети пиратов.

Мнение этих авторитетных ученых было совсем недавно прямо и недвусмысленно поддержано комиссаром Евросоюза в области телекоммуникаций Вивиан Рединг (Viviane Reding) в ходе представления стратегической программы цифрового развития Евросоюза («Цифровая Европа») 9 июля 2009 г. в Брюсселе. Полное название ее выступления говорит само за себя – «Цифровая Европа – европейский быстрый путь для восстановления экономики». Вивиан Рединг отметила, что в течение ближайших пяти лет Евросоюзу следует рассмотреть вопрос о новых законах, которые будут сочетать интересы владельцев интеллектуальной собственности (далее – ИС) и

«путешественников по ссылкам в Интернете», поскольку «Евросоюз нуждается в новых правилах для скачивания контента из интернета, которые облегчали бы людям доступ к музыке и фильмам, не прибегая к пиратству» [14]. На ее взгляд, действующее законодательство Евросоюза в области ИС фактически «блокирует развитие телекоммуникационного сектора экономики» [15]. Такое «блокирование» развития вызвано прежде всего так называемым стоимостным фактором. Эксперты Евросоюза подсчитали, что затраты европейского телекоммуникационного бизнеса на соблюдение действующих на данный момент в Европе правил регулирования телекоммуникационной сферы ежегодно составляют 20 млрд евро. Что в условиях существующего экономического кризиса недопустимо и поэтому «необходимо провести реформу европейского законодательства в сфере телекоммуникаций: двух Директив и одного свода Правил по которым Европарламент и Совет Министров в сфере телекоммуникаций наконец-то достигли согласия после 18 месяцев переговоров. Изменениям подвергнутся более 160 статей и 750 subparagraphов» [16]. В качестве другого фактора «блокирования» выступает существующая правовая система Евросоюза. Согласно статистическим данным, 60% европейцев в возрасте от 16 до 24 лет несколько месяцев подряд скачивали аудиовизуальный нелинейный контент нелегально без каких-либо выплат. А 28% европейцев вообще не намерены платить за аудиовизуальный нелинейный контент и хотят получать его бесплатно. Еврокомиссар отметила, что эти цифры свидетельствуют о серьезных недостатках существующей в Европе правовой системы. Более того, она уверена, что рост пиратства в цифровой среде является своеобразным вотумом недоверия европейцев к существующим в настоящее время бизнес-моделям в телекоммуникационном секторе экономики и действующей в Европе правовой системе регулирования авторских и смежных прав. Вивиан Реддинг также с сожалением констатировала, что сегодня обладатели прав на цифровой контент и вещатели нелинейного контента тратят массу времени и денег на лицензирование прав вместо того, чтобы инвестировать эти средства в развитие цифровых услуг. Как пример успешного решения аналогичных проблем, связанных с лицензированием авторских и смежных прав, которые стояли перед телекоммуникационным бизнесом Европы 30 лет назад, еврокомиссар отметила принятие Директивы Евросоюза по кабельному и спутниковому вещанию. С помощью данного нормативного акта была введена на всей территории Евросоюза простая система лицензирования авторских и смежных прав путем использования принудительных бланкетных лицензий. Основываясь на многолетнем успешном опыте применения этой директивы в области теле- и радиовещания, Вивиан Реддинг призвала к разработке и созданию аналогичных простых правовых решений для лицензирования прав в цифровой среде. Фактически этот призыв можно рассматривать, как намерение ввести систему принудительных бланкетных лицензий для цифрового бизнеса, включая и нелинейное вещание. Скорейшее решение проблемы лицензирования прав для Евросоюза актуально еще и по другой причине – переход с аналогового на цифровое вещание не позднее 2012 года. В этой связи еврокомиссар призвала страны Евросоюза ускорить этот процесс, освободив радиочастоты, занимаемые в настоящее время аналоговым эфирным телевидением, для широкополосного мобильного телевидения. В отличие от России, фактически установившей правовой запрет на использование бланкетных лицензий в цифровой среде, включая и цифровое вещание, в других странах мира применительно к лицензированию прав в цифровой среде набирает силу обратный процесс. Так, еще в 1995 году прошлого века Конгресс США принял закон № 104-39 «The Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995 (DPRA)», который вводил

в систему американского авторского права новый вид принудительной бланкетной лицензии для определенных видов цифрового аудио вещания.

Через некоторое время в США был создан ОКУП в форме независимой, некоммерческой организации под названием «SoundExchange». В настоящее время данный ОКУП обладает единоличным правом на всей территории США собирать вознаграждение за смежные права с цифровых радиовещателей (неинтерактивное цифровое вещание, спутниковое радиовещание, интернет-радиостанции) от имени всех американских и зарубежных артистов-исполнителей (включая и российских) и всех американских и зарубежных изготовителей фонограмм (включая и российских). Причем для получения вознаграждения правообладателям (артистам-исполнителям и изготовителям фонограмм) не нужно становиться членами этого ОКУПа и не нужно заключать с ним соглашения о передаче полномочий на сбор денег. Цифровым вещателям в свою очередь не нужно проверять, состоит ли тот или иной артист или изготовитель фонограммы членом этого ОКУПа, и не нужно вести с ним индивидуальные переговоры о лицензировании смежных прав. Достаточно получить одну бланкетную лицензию от ОКУПа и выплатить соответствующее вознаграждение, ставки которого контролируются в обязательном порядке специально созданным для этих целей государственным органом – The Copyright Royalty Board (CRB). Этот государственный орган следит за выполнением требований закона о разумности срока действия бланкетных лицензий и разумности ставок вознаграждений в пользу правообладателей смежных прав. В том случае если ОКУП и вещатели не могут добровольно прийти к соглашению о сроках и ставках такой бланкетной лицензии, ее сроки и размеры устанавливаются этим государственным органом.

**Фрагментация авторских и смежных прав.** Существует еще один очень важный момент, максимально затрудняющий лицензирование прав в цифровом вещании – это увеличивающаяся применительно к цифровой среде фрагментация литературной и художественной собственности, т. е. процесс дробления использования авторских и смежных прав на множество мелких разрозненных фрагментов. Иллюстрацией увеличения фрагментации могут служить данные французского ОКУП по распределению в 2008 году авторского вознаграждения среди правообладателей за цифровые права, перечисленного ОКУПу только одним из цифровых пользователей авторских прав – интернет-порталом iTunes.

В 2007 году с интернет-портала iTunes французские потребители «скачали» около 476 тыс. различных песен, из которых 290 тыс. были скачены только один раз. Это означает, что французский ОКУП «SACEM» должен распределить полученные в качестве суммы лицензионного вознаграждения за «скачивание» одной песни 7 евроцентов 290 тыс. раз. По-крайней мере между тремя категориями правообладателей. Каждая из которых: автор, композитор и издатель, возможно, состоит более чем из одного лица. Таким образом, только на одну песню может приходиться от 40 до 50 владельцев авторских прав.<sup>[17]</sup>

Этот процесс еще называют «трагедией антиобщин» (The tragedy of the anticommons) или теорией «антиобщинной собственности». «Трагедия антиобщин» как термин первоначально был использован профессором Колумбийской школы права Майклом Геллером (Michael Heller) в 1997 г. в научной статье «Трагедия антиобщин: Переход собственности от Маркса к рынкам» <sup>[18]</sup>. В 2008 г. «трагедия антиобщин» уже стала главным тезисом в его книге «Тупик в экономике: Как слишком большое количество собственности губит рынки, останавливает инновации и уровень жизни» <sup>[19]</sup>. По Геллеру, «В антиобщинах существует множество собственников, каждый из которых

наделен правом исключать другого из дефицитного источника и не один из них не имеет эффективной привилегии на использование. Когда существует так много собственников, обладающих исключительными правами, источник подвержен опасности использования не в полную силу – трагедия антиобщин» [20]. В качестве примера «трагедии антиобщин» Геллер использует ситуацию, сложившуюся в Москве в начале 1990-х годов с приватизацией магазинов. Тогда на улицах столицы появилось огромное количество различных ларьков, торговавших большим ассортиментом промышленных и продовольственных товаров. Несколько ларьков могли принадлежать одному или нескольким собственникам. В то же самое время полки стационарных московских магазинов были пусты, торговые площади использовались неэффективно. Правом собственности на стационарный магазин в результате проведения приватизации обладало большое количество собственников, как правило, все члены трудового коллектива магазина. Собственники, несмотря на повышенный спрос на покупку магазинов и на аренду торговых площадей, не могли договориться между собой о том, как использовать принадлежащую им собственность. В результате собственность использовалась не в полную силу, а собственники несли убытки в виде недополученной прибыли. Аналогичная ситуация, по Геллеру, складывается в мире применительно к интеллектуальной собственности из-за ее растущей фрагментации. В своей книге, упомянутой выше, Майкл Геллер подробно описывает негативное влияние фрагментации ИС на развитие цифрового бизнеса. А также предлагает некоторые пути решения этой проблемы. Например, за счет создания так называемых «патентных пулов», т. е. крупных объединений правообладателей и ОКУП, с целью лицензирования авторских и смежных прав в цифровой среде в режиме «одного окна». Точку зрения Геллера разделяет руководитель экономического департамента английского ОКУП «PRS for music» Уил Пейдж (Will Page). Он считает, что такие крупные «патентные пулы» правообладателей, во-первых, снижают транзакционные издержки, как владельцев прав, так и пользователей; во-вторых, они предотвращают фрагментацию ИС, которая может завести цифровые рынки в тупик; в-третьих, они решают проблемы координации, которые возникают в ходе использования трансграничных лицензий. [21] Какие же реальные опасности таит в себе фрагментация авторских и смежных прав применительно к цифровой среде? Условно в негативном влиянии фрагментации литературной и художественной собственности на развитие цифрового бизнеса как такового можно выделить ряд следующих моментов: фрагментация в сфере получения разрешений на одновременное использование различных объектов авторского права и различных объектов смежных прав; фрагментация по территориям использования авторских и смежных прав; фрагментация в результате возможности изъятия авторами и музыкальными издателями, принадлежащих им авторских прав, из системы коллективного управления ОКУП; фрагментация в сфере информации обо всех владельцах авторских и смежных прав на тот или иной объект авторского права или смежных прав; фрагментация в сфере составления и предоставления отчетности всем владельцам авторских и смежных прав; фрагментация платежей.

**Принудительное коллективное управление правами как способ решения проблемы «несовместимости» Интернета и авторского права.** Стремительное развитие цифровых технологий и увеличивающаяся фрагментация интеллектуальной собственности заставляют ученых, бизнесменов и политиков искать новые модели правового регулирования авторского права и смежных прав в цифровой среде. Традиционно авторское право рассматривается как правовая система финансирования лиц, создающих произведения науки, литературы и искусства, путем предоставления им

монопольного права, аналогичного праву собственности, распоряжаться результатами своего творческого труда. В свою очередь, это позволяет обладателям авторских и смежных прав выдавать разрешения на использование произведений и взимать соответствующую плату. Таким образом, государство сохраняет баланс интересов и устраняет возможные конфликты между правообладателями и доступом общества к знаниям и культуре (произведениям науки, литературы и искусства). Иногда такой баланс интересов называют социальным контрактом между правообладателями и обществом в целом. Что касается системы лицензирования прав, то на ранних стадиях развития авторского права, как правообладатели, так пользователи вполне легко могли обходиться системой индивидуального лицензирования. По мере же развития науки и техники изменениям подвергается не только система лицензирования прав, но и отдельные элементы социального контракта. Например, введение системы коллективного управления правами явилось своеобразным ответом на появление традиционного телерадиовещания. Введение системы принудительных бланкетных лицензий связано с появлением кабельного и спутникового вещания. Сбор платежей с чистых носителей аудио и видео информации, с устройств копировальной и множительной техники, а также с бытовых устройств записи звука и изображения также обязан своим появлением научно-технической революции. Основной тенденцией вносимых изменений в социальный контракт между творцами и обществом является введение системы ограничений исключительных авторских прав и смежных прав правообладателей. Наиболее наглядно это можно проследить на системе сбора денег для правообладателей с «чистых» носителей. Для этой сферы деятельности в действующем законодательстве РФ предусмотрена только такая разновидность лицензирования прав, как принудительное коллективное управление правами (т.е. от имени всех российских и зарубежных владельцев авторских и смежных прав). Что касается нелинейного вещания и всего остального цифрового бизнеса, то действующее законодательство РФ допускает из всех четырех возможных видов лицензирования прав, только такие два вида лицензирования, как: индивидуальное лицензирование и добровольное коллективное лицензирование.

Причем права на коллективное управление такими необходимыми любому нелинейному вещателю видами авторских и смежных прав, как: запись произведения в память ЭВМ и доведение до всеобщего сведения, каждый правообладатель может передать ОКУП только на основании соответствующих письменных полномочий. И как уже было ранее отмечено, обе эти формы лицензирования прав успешно использовать в области цифрового вещания не представляется возможным. Следовательно, назрела необходимость разработки и введения новой формы лицензирования прав, которая должна в обязательном порядке учитывать не только экономические аспекты цифрового вещания, но и психологические – мотивацию и поведение потребителей нелинейных услуг. Важность влияния психологических аспектов характеризует известное высказывание автора «экономического чуда ФРГ» и теории социально ориентированного рыночного хозяйства Людвиг Эрхарда (Ludwig Erhard) о том, что пятьдесят процентов экономики – это психология потребителей.

Это принудительное лицензирование авторских и смежных прав в цифровой среде. Для целей данного доклада будет использоваться понятие «принудительная лицензия» («*compulsory licence*»). Это связано с тем, что в официальном русском тексте Бернской Конвенции об Охране Литературных и Художественных Произведений в названиях статей 11bis(2), 13(2) и 14(3) для данного вида лицензирования применяется именно такое, а не какое-либо иное название. Например, не добровольное лицензирование.

**Распространение системы принудительного коллективного управления авторскими и смежными правами на цифровое вещание.** Правовая охрана литературной и художественной собственности в Российской Федерации основывается на приоритете прав личности создателей произведений и исполнений. Такой подход к охране авторских и смежных прав является традиционным для стран континентальной системы авторского права. В рамках такой системы законодатель в первую очередь предпочитает вводить индивидуальное и добровольное коллективное лицензирование исключительными правами. Эти виды лицензирования на первый взгляд выглядят как наиболее логичные и адекватные средства осуществления исключительных прав создателей произведений, исполнений и фонограмм. Такой подход к осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности реализован российским законодателем в четвертой части Гражданского кодекса РФ применительно к цифровой среде. Данный подход предполагает получение непосредственного согласия каждого автора, исполнителя и изготовителя фонограммы на использование соответственно его произведения, исполнения или фонограммы. Тем не менее, такой подход для цифрового вещания неприменим. Стремительное развитие цифровых технологий вещания и увеличивающаяся фрагментация авторских и смежных прав делают индивидуальное и добровольное коллективное лицензирование не только несовместимым с нормальной эксплуатацией цифрового вещания, но и невозможным для самих правообладателей. В результате чего может оказаться под угрозой срыва практическая реализация одной из основных национальных программ – переход Российской Федерации на цифровое вещание. Единственным средством, способным устранить эти негативные моменты, является распространение уже существующих в российском законодательстве положений принудительного лицензирования исключительных авторских и смежных прав на такую область цифровой среды, как цифровое вещание. Такое решение российского законодателя применительно к проблеме цифрового вещания не будет выглядеть каким-то принципиально новым, необычным или не логичным шагом в деле использования принудительного коллективного управления. Наоборот это будет в полной мере соответствовать уже реализованному в четвертой части Гражданского кодекса РФ законодательному подходу к осуществлению авторами, исполнителями и изготовителями фонограмм своих исключительных прав применительно к услугам традиционного теле и радиовещания. Четвертая часть Гражданского кодекса РФ в настоящее время предусматривает принудительное коллективное управление не только исключительными авторскими правами авторов музыкальных произведений, но и исключительными смежными правами изготовителей фонограмм применительно к услугам традиционного радио и телевидения. Следует отметить, что российский законодатель в рамках четвертой части значительно расширил охрану смежных прав изготовителей фонограмм применительно не только к цифровой среде, но и к традиционным способам использования смежных прав. Таким образом, не побоявшись одним из первых в мире выйти за рамки традиционного подхода к смежным правам изготовителей фонограмм. Речь идет о наделении российских изготовителей фонограмм целым рядом фундаментальных прав, аналогичных авторским правам на публичное исполнение и передачу в эфир. Что предполагает исключительное право разрешать или запрещать использование фонограмм. В противоположность законодательству других стран мира, которые используют для этой цели просто право разрешать и запрещать. Термин «исключительность» является в данном вопросе главным отличительным

признаком этого нововведения. Это касается таких видов исключительных смежных прав, как:

- публичное исполнение, то есть любое сообщение фонограммы с помощью технических средств (подпункт 1 пункта 2 Статьи 1324);
- сообщение в эфир, то есть сообщение фонограммы для всеобщего сведения посредством ее передачи по радио или телевидению (в том числе путем ретрансляции) (подпункт 2 пункта 2 Статьи 1324).

В настоящее время ни одно законодательство мира не предоставляет изготовителям фонограмм такого высокого уровня охраны смежных прав при публичном исполнении и передаче в эфир фонограмм, как законодательство РФ. Другие законодательства до сих пор ориентируются в этом вопросе на установленную Римской конвенцией и поддержанную в ДИФ доктрину «вторичного использования фонограмм» применительно к услугам традиционного радио и телевидения. Доктрину не предполагающую наделять изготовителей фонограмм какими-либо исключительными правами на упомянутые виды использования фонограмм применительно к услугам традиционного теле и радиовещания. Она допускает существование в этой сфере только таких прав как право на разовое справедливое вознаграждение.

Важной особенностью российского принудительного коллективного лицензирования в области авторского права является то, что оно также предназначено для управления исключительными правами, а не правом на вознаграждение. Аналогичного подхода в области принудительного коллективного лицензирования правами придерживается в настоящее время только законодательство Венгрии. Венгерский подход в отличие от российского ограничивается только авторскими правами. Венгерское законодательство предусматривает принудительное коллективное управление целым рядом исключительных прав автора. В статье 25 Закона об авторском праве [22] право на публичное исполнение опубликованных музыкальных и литературных произведений должно осуществлять только в рамках принудительного коллективного управления. По аналогии с положениями подпункта 1 пункта 1 Статьи 1244 ГК РФ Статья 25 венгерского закона распространяется только на так называемые малые права. Которые включают в себя использование музыкальных произведений с текстом или без текста, а также отрывки определенной продолжительности из музыкально-драматических произведений.

Российская система принудительного коллективного управления базируется на положениях, допускающих ограничение исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности. Такие положения содержатся в пункте 4 Статьи 1229 «Исключительное право» четвертой части Гражданского кодекса РФ.

Фактические они являются трехступенчатым тестом, предусмотренным такими основополагающими международными документами как: Бернская конвенция, Соглашение ТРИПС, ДАП и ДИФ. Понятие трехступенчатого теста было введено в международное законодательство об авторском праве в 1967 году. Когда на Стокгольмской конференции [23] обсуждались проблемы внесения изменений в Бернскую конвенцию применительно к праву на воспроизведение. Этому тесту посвящен второй абзац Статьи 9 Бернской конвенции, разрешающий вводить на национальном уровне определенные изъятия и ограничения из исключительного права на воспроизведение. При этом используется достаточно широкая и общая формулировка по применению различных видов изъятий и ограничений. Ограничительные действия могут осуществляться или по перечню или в рамках общей оговорки. Тест неоднократно использовался на переговорах по принятию различных

международных договоров и соглашений: Соглашения ТРИПС, ДАП, ДИФ. Проекты Договоров ВОИС по аудиовизуальным исполнениям и по охране прав вещательных организаций также содержит его положения. Успех теста основан на том, что на национальном уровне он позволяет решать крайне болезненные вопросы об изъятиях путем отсылки к статье общего характера. Применительно к российскому законодательству путем отсылки к Статье 1229 ГК РФ.

В российском варианте теста присутствует еще один важный аспект. Его третья ступень основана на тексте Соглашения ТРИПС. Она нацелена не на охрану автора, как это предусмотрено Бернской конвенцией, а на охрану законных интересов более широкой категории - «правообладателей». Что позволяет включать в нее на законных основаниях юридических лиц (например, музыкальных издателей). Это новый подход российского законодателя в области регулирования результатов интеллектуальной деятельности. Он в полной мере отвечает требованиям рыночной экономики. Предполагается, что правообладателям не будут навязывать принудительное коллективное управление их правами посредством ОКУП. Вместе с тем, когда российский законодатель считает это необходимым, он без колебаний прибегает к использованию принудительного коллективного управления.

**Возможность и условия введения системы принудительного коллективного управления правами в цифровой среде.** В данном разделе настоящего доклада идет речь об определении того, можно ли ввести принудительное коллективное управление таким исключительным правом, как право на доведение до всеобщего сведения применительно к услугам цифрового вещания. Таким образом, настоящее исследование должно:

- прежде всего, установить обстоятельства, при которых такое решение не будет противоречить международным обязательствам России;
- и определить условия, необходимые для введения такой системы управления.

В этой связи необходимо рассмотреть положения следующих международных документов: Бернской конвенции; ДАП и ДИФ. В научной литературе отмечается, что ни один из этих документов, не поднимает вопроса о том, будет ли им соответствовать принудительное коллективное управление исключительным правом. Кроме того, сам институт принудительного коллективного управления исключительным правом явление сравнительно новое не только в России, но и за ее пределами. Соответственно, как международная, так и российская правовые теории пока что не успели детально рассмотреть этот вопрос.

Бернская конвенция и ДАП устанавливают так называемую систему минимальных исключительных авторских прав. Ограничения и исключения допускаются только в определенных случаях. Так Бернская конвенция устанавливает ряд гарантированных прав, которые следует предоставлять иностранным произведениям на условиях положений Статьи 5(1) и 5(2). Текст ДАП в свою очередь не содержит какого-либо упоминания о принудительном коллективном управлении правами. Статья 11bis(2) Бернской конвенции предусматривает, что принудительное коллективное управление правами не затрагивает самого исключительного права. Ограничения могут распространяться только на форму осуществления этого права. В рассматриваемом нами случае именно так и будет происходить. Автору будет предоставлена возможность осуществлять свое исключительное право через аккредитованный ОКУП. Тогда как само исключительное право как таковое не будет подвергнуто ограничению. Другой вид ограничений минимальных прав в рамках Бернской конвенции содержится в Статье 11bis(2). Это ограничения в пользу конкретных групп пользователей. Например,

организаций вещания. В этом случае российскому законодательству разрешается определять «условия, при которых права... могут осуществляться». Это положение в Бернскую конвенцию ввели с учетом того, чтобы разрешить на национальном уровне устанавливать систему принудительного лицензирования в пользу организаций вещания. Тогда потенциальные пользователи (организации вещания) опасались, что правообладатели помешают им получать необходимые лицензии на вещание. Поэтому они настаивали на предоставлении им беспрепятственного доступа к используемым в рамках вещания произведениям. Подобные опасения справедливы в полной мере и цифровому вещанию. Не подлежит сомнению тот факт, что реализовать систему индивидуального лицензирования авторских и смежных прав применительно к любому виду эксплуатации объектов ИС в той или иной форме массового использования таких объектов практически невозможно. Это подтверждается самой историей создания одного из первых в мире ОКУП. В научной литературе высказывается мнение, что «было бы противоречивым считать принудительное коллективное управление правами в тех случаях, когда индивидуальное ведение дел едва ли возможно, неоправданно ограничивающим исключительные права, предоставляемые в качестве минимальных прав». Вышеприведенные соображения дополняются сравнительно новым общим осознанием того факта, что в зависимости от обстоятельств исключительные права будут менее выгодны авторам, исполнителям и изготовителям фонограмм, чем права на вознаграждение, основанные на принудительных лицензиях и управляемые ОКУП. В частности, этот довод приводился представителями делегации США на Дипломатической конференции ВОИС 1996 года. В рамках дискуссии об отмене принудительного коллективного управления для организаций традиционного теле и радиовещания. В результате соответствующее предложение было отклонено.

Предлагаемое принудительное коллективное управление правами на доведение до всеобщего сведения не противоречит системе минимальных прав по Бернской конвенции, ДАП и ДИФ. Оно также соответствует положениям пункта 4 Статьи 1229 четвертой части ГК РФ. Поскольку фактически правом на доведение до всеобщего сведения применительно к цифровому вещанию можно управлять только на коллективной основе. Принудительный характер коллективного управления не может создать никакого конфликта с нормальным, а именно с коллективным управлением правами.

**Предложения по внесению изменений в действующую систему принудительного коллективного управления правами.** Рассмотрение вопроса о внесении изменений в действующую систему принудительного коллективного лицензирования прав следует начать с описания двух важных понятий применительно к одновременным или неинтерактивным передачам. Первое касается определения лиц, осуществляющих неинтерактивные передачи. Второе идентифицирует само понятие неинтерактивного вещания в цифровых сетях. На международном уровне такая работа уже была проделана в рамках проекта Дополнительного и факультативного протокола по охране в связи с сетевым вещанием к Договору ВОИС по охране прав организаций эфирного вещания (далее – Дополнительный протокол). Пункт «b» Статьи 2 Дополнительного протокола содержит описание интересующих нас понятий: «организация сетевого вещания» и «сетевое вещание».

В соответствии с данным пунктом:

- «**организация сетевого вещания**» означает юридическое лицо, которое берет на себя инициативу и несет ответственность за передачу публике звуков и

изображений, либо их отображений, а также за монтаж и время вещания содержания в сети»;

- «сетевое вещание» означает делать практически одновременно доступными для публики через сети передачи звуков и изображений и звуков, или их отображений, передаваемых по проводам или средствами беспроводной связи; такие передачи кодированных сигналов являются «сетевым вещанием», если средства декодирования предоставляются публике организацией сетевого вещания или с ее согласия» [24].

Оперативным термином в определении «сетевое вещание» является не «передача», а «делать передачи доступными для публики». Это выражение предполагает аспект интерактивности в современной технологической среде, который необходим для доступа к исходящему сигналу, несущему программу. Именно получатели информации активизируют или иницируют передачу через телекоммуникационные каналы. Элементы «для публики» и «практически одновременно» предназначены для ограничения определения доступа в режиме реального времени, который может быть получен одновременно несколькими получателями сигналов. Получатель может включиться в программу в определенное время и осуществлять прием последующей передачи, но не может влиять на течение программы каким-либо иным образом. Это определение ограничивает передачу для приема публикой таким видом деятельности, осуществляемой через компьютерные сети, которая по своему характеру может осуществляться по проводам или средствами беспроводной связи.

Для идентификации интерактивных передач в цифровых сетях мы также предлагаем использовать следующую формулировку из Дополнительного протокола: **«любая передача, когда время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики»** [25]. Указанные определения могут быть внесены в текст действующей редакции четвертой части Гражданского кодекса РФ или в Статью 1329 «Организации эфирного или кабельного вещания» путем соответствующих изменений и дополнений. Они могут быть также внесены и в виде дополнительной Статьи 1329 со значком 1. Выглядеть это может следующим образом:

#### **«Статья 1329 прим. Организации сетевого вещания**

**Организацией сетевого вещания признается юридическое лицо, которое берет на себя инициативу и несет ответственность за передачу публике звуков и изображений, либо их отображений, а также за монтаж и время вещания содержания в сети.**

**Для целей настоящей статьи «сетевое вещание» означает делать практически одновременно доступными для публики через сети передачи звуков и изображений и звуков, или их отображений, передаваемых по проводам или средствами беспроводной связи; такие передачи кодированных сигналов является «сетевым вещанием», если средства декодирования предоставляются публике организацией сетевого вещания или с ее согласия».**

Аналогичным образом можно было бы совершить преобразования положений Статьи 1330 ГК РФ.

Предложение использовать понятия, содержащиеся в Дополнительном протоколе, в качестве формулировок понятий «организация сетевого вещания» и «сетевое вещание» основывается на том, что Российская Федерация участвует в работе по обсуждению и принятию данного документа. Любые положения и предложения, содержащие в его

тексте, проходят проверку на соответствии их действующему российскому законодательству и обязательствам страны в рамках уже принятых международных документов.

**Принудительное коллективное управление правом на доведение до всеобщего сведения.** Определившись с необходимым понятийным аппаратом, предлагается внести следующие изменения в действующее российское законодательство применительно к принудительному коллективному управлению авторскими и смежными правами правом на доведение до всеобщего сведения:

1. **Дополнить подпункт 1 пункта 1 Статьи 1244.** «Государственная аккредитация организаций по управлению правами на коллективной основе» **словами «любых передач, когда время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики, а также с использованием сетевого вещания»**, следующими сразу же за запятой, поставленной после скобки в конце предложения. В результате чего предлагаемая редакция это пункта должна выглядеть следующим образом:

«1) управление исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом или без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции (подпункты 6 - 8 пункта 2 статьи 1270), **любых передач, когда время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики, а также с использованием сетевого вещания»**

2. **Дополнить подпункт 2 пункта 1 Статьи 1244.** «Государственная аккредитация организаций по управлению правами на коллективной основе» **словами «любых передач, когда время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики, а также с использованием сетевого вещания»**, следующими сразу же за словом «по кабелю». В результате чего предлагаемая редакция это пункта должна выглядеть следующим образом:

«2) осуществление прав композиторов, являющихся авторами музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение или сообщение в эфир или по кабелю, **любых передач, когда время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики, а также с использованием сетевого вещания** такого аудиовизуального произведения (пункт 3 статьи 1263)».

3. **Дополнить подпункт 5 пункта 1 Статьи 1244.** «Государственная аккредитация организаций по управлению правами на коллективной основе» **словами «за любые передачи, когда время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики, а также за использование сетевого вещания»**, следующими сразу же за словом «по кабелю». В результате чего предлагаемая редакция это пункта должна выглядеть следующим образом:

«5) осуществление прав исполнителей на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю, **за любые передачи, когда**

**время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики, а также за использование сетевого вещания фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (статья 1326)»**

4. Дополнить подпункт 6 пункта 1 Статьи 1244. «Государственная аккредитация организаций по управлению правами на коллективной основе» словами **«за любые передачи, когда время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики, а также за использование сетевого вещания»**, следующими сразу же за словом «по кабелю». В результате чего предлагаемая редакция это пункта должна выглядеть следующим образом:

«6) осуществление прав изготовителей фонограмм на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю, **за любые передачи, когда время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики, а также за использование сетевого вещания фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (статья 1326)»**.

5. Дополнить пункт 1 Статьи 1326. «Использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях» словами **«использование фонограммы в любых передачах, когда время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики, а также ее использование в сетевом вещании»**, следующими сразу же за словом «по кабелю». В результате чего предлагаемая редакция это пункта должна выглядеть следующим образом:

«1. Публичное исполнение фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, а также ее сообщение в эфир или по кабелю, **использование фонограммы в любых передачах, когда время передачи и место ее приема могут быть индивидуально выбраны представителями публики, а также ее использование в сетевом вещании** допускается без разрешения обладателя исключительного права на фонограмму и обладателя исключительного права на зафиксированное в этой фонограмме исполнение, но с выплатой им вознаграждения».

Предложенные изменения охватывают оба вида цифровых передач, применительно к праву на доведение до всеобщего сведения: одновременные (интерактивные) и одновременные (неинтерактивные).

Распространение системы принудительного коллективного управления авторскими и смежными правами на цифровое вещание позволит достигнуть следующих целей:

- способствовать правовыми средствами успешной реализации национальной программы перехода Российской Федерации от аналогового к цифровому вещанию;
- помочь пользователям (организациям вещания) соблюдать действующее законодательство Российской Федерации об авторском праве и смежных правах;
- добиться большего уважения к авторскому праву и смежным правам, устранив возможность неизбежных правонарушений при существующей в настоящее время системе индивидуального лицензирования прав в цифровой среде;
- создать баланс между интересами пользователей и осуществлением прав правообладателями;
- ввести систему, одновременно эффективно защищающую права всех обладателей цифровых прав и вместе с тем учитывающую права всех пользователей;

- достигнуть правовой определенности, поскольку все существующие ныне риски правового преследования пользователей (организаций вещания) будут устранены;  
- простота предлагаемого решения, поскольку право на выдачу разрешений в цифровой среде будет предоставлено только одному посреднику – аккредитованному государством ОКУП

[1] Официальный сайт Президента Российской Федерации [Электронный ресурс]: Встречи с представителями различных сообществ // Администрация Президента РФ. – Москва, 2009. – Режим доступа: URL: <http://www.kremlin.ru/text/appears/2009/04/214925.shtml> (дата обращения: 12.03.2010)

[2] Проект концепции совершенствования Раздела VII Гражданского кодекса Российской Федерации "Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации" [Электронный ресурс]: Решения совета по кодификации // Портал российского частного права. – Москва, 2009. – Режим доступа: URL: [http://privlaw.ru/concep\\_intel.rtf](http://privlaw.ru/concep_intel.rtf) (дата обращения: 12.03.2010)

[3] Там же.

[4] Официальный сайт Российского Авторского Общества [Электронный ресурс] / Годовой отчет РАО. – 2008.- С.7. – Режим доступа: URL: <http://rao.ru/orao/otchet/2008.pdf> (дата обращения: 12.03.2010)

[5] Alexander Scheuer Content Regulation in the New Media Environment: 24th Meeting of the European Platform of Regulatory Authorities, Dubrovnik, 4 – 6 October 2006 // EPRA. - 2009 - P. 4.

[6] Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, Official Journal of the European Union, L 332/36 // European Commission. - 2009

[7] Там же.

[8] Официальный сайт Государственной Думы [Электронный ресурс]: Законодательная деятельность ГД. Перечни законопроектов и проектов постановлений. Электронная регистрационная карта на законопроект № 63587-5 // Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. – Москва, 1996-2009. – Режим доступа: URL: [http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=63587-5&12](http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=63587-5&12) (дата обращения: 12.03.2010)

[9] Официальный сайт Государственной Думы [Электронный ресурс]: Законодательная деятельность ГД. Перечни законопроектов и проектов постановлений. Федеральный закон о внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, Проект № 63587-5 в третьем чтении. // Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. – Москва, 1996-2009. – С. 3.– Режим доступа: URL: [http://asozd.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/BB91907FC97B56F9C3257563001FBEC6/\\$File/%D1%82%D0%B5%D0%BA%D1](http://asozd.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/BB91907FC97B56F9C3257563001FBEC6/$File/%D1%82%D0%B5%D0%BA%D1) (дата обращения: 12.03.2010)

[10] Справка Министерства экономического развития и торговли Российской Федерации о проекте федерального закона «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» [Электронный ресурс]: / Межрегиональная общественная организация «Информация для всех» – Москва, 2002-2009. – Режим доступа: URL: <http://www.ifap.ru/pr/2008/n080507a.pdf> (дата обращения: 12.03.2010)

[11] Официальный сайт Государственной Думы [Электронный ресурс]: Законодательная деятельность ГД. Перечни законопроектов и проектов постановлений. Заключение Комитета ГД по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству по проекту федерального закона № 63587-5 (первое чтение) // Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. – Москва, 1996-2009. – С. 3. – Режим доступа: URL: [http://asozd.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/21A4E58A375E5AE9C325749800335510/\\$File/072963587-5.122.rtf?OpenElement](http://asozd.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/21A4E58A375E5AE9C325749800335510/$File/072963587-5.122.rtf?OpenElement) (дата обращения: 12.03.2010)

- [12] Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации [Электронный ресурс]: Новости и события. Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой гражданского кодекса Российской Федерации», 26.03.2009. // Верховный Суд РФ – 2004 - Режим доступа: URL: [http://www.supcourt.ru/news\\_detale.php?id=5731](http://www.supcourt.ru/news_detale.php?id=5731) (дата обращения: 12.03.2010)
- [13] Стенограмма слушания, посвященного обсуждению Концепции развития гражданского законодательства, Санкт-Петербург, 15.05.2009
- [14] Viviane Reding Digital Europe – Europe's Fast Track to Economic Recovery [Electronic resource]: The Ludwig Erhard Lecture 2009, Lisbon Council, Brussels, 9 July 2009. // European Communities. - 1995-2009.
- [15] Там же.
- [16] Там же.
- [17] Online Commerce Roundtable Report on Opportunities and barriers to online retailing, p. 7
- [18] Michael Heller The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets [Electronic resource] / William Davidson Institute at the University of Michigan Stephen M. Ross Business School. – 1997.
- [19] Michael Heller The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives / Basic Books. – 2008. – 304 с. - ISBN 0-465029-16-7.
- [20] Там же.
- [21] Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. [Электронный ресурс] / ВОИС. – Режим доступа: URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/berne.html> (дата обращения: 12.03.2010)
- [22] Hungary Copyright Act (Consolidation) [Electronic resource]: Collection of Laws for Electronic Access (CLEA) // WIPO. - 2009 - Mode of access: URL: [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_pdf.jsp?lang=EN&id=5186](http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=5186) (Date of access: 12.03.2010)
- [23] Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm: June 11 to July 14, 1967 Volume II: Reports of the Various Diplomatic Conferences // Oxford University Press. - 2009 – P. 283-330.
- [24] Рабочий документ по альтернативным и необязательным решениям в связи с охраной сетевого вещания подготовлен Председателем Постоянного комитета по авторскому праву и смежным правам / Постоянный комитет по авторскому праву и смежным правам Двенадцатая сессия Женева, 17 – 19 ноября 2004 г. // ВОИС. – 2009. – С. 18.
- [25] Там же. С. 14.