



РУКОВОДСТВО К ДОГОВОРАМ  
ВОИС В ОБЛАСТИ  
АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ



ВСЕМИРНАЯ  
ОРГАНИЗАЦИЯ  
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ  
СОБСТВЕННОСТИ





РУКОВОДСТВО К ДОГОВОРАМ  
ВОИС В ОБЛАСТИ  
АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ



ВСЕМИРНАЯ  
ОРГАНИЗАЦИЯ  
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ  
СОБСТВЕННОСТИ



# **РУКОВОДСТВО К ДОГОВОРАМ ВОИС В ОБЛАСТИ АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ**

---

## **СОДЕРЖАНИЕ**

**ПРЕДИСЛОВИЕ**

**ВЫРАЖЕНИЕ ПРИЗНАТЕЛЬНОСТИ**

**ВВЕДЕНИЕ**

**ГЛАВА 1**

**РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ БЕРНСКОЙ КОНВЕНЦИИ  
ПО ОХРАНЕ ЛИТЕРАТУРНЫХ И ХУДОЖЕСТВЕННЫХ  
ПРОИЗВЕДЕНИЙ (ПАРИЖСКИЙ АКТ, 1971 Г.)**

**ГЛАВА 2**

**РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ МЕЖДУНАРОДНОЙ  
КОНВЕНЦИИ ОБ ОХРАНЕ ПРАВ ИСПОЛНИТЕЛЕЙ, ПРОИЗВОДИТЕЛЕЙ  
ФОНОГРАММ И ВЕЩАТЕЛЬНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ (РИМСКАЯ КОНВЕНЦИЯ, 1961 Г.)**

**ГЛАВА 3**

**РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ КОНВЕНЦИИ ОБ  
ОХРАНЕ ИНТЕРЕСОВ ПРОИЗВОДИТЕЛЕЙ ФОНОГРАММ ОТ НЕЗАКОННОГО  
ВОСПРОИЗВОДСТВА ИХ ФОНОГРАММ (ФОНОГРАММНАЯ КОНВЕНЦИЯ, 1971 Г.)**

**ГЛАВА 4**

**РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ КОНВЕНЦИИ О  
РАСПРОСТРАНЕНИИ НЕСУЩИХ ПРОГРАММЫ СИГНАЛОВ,  
ПРЕДАВАЕМЫХ ЧЕРЕЗ СПУТНИКИ (СПУТНИКОВАЯ КОНВЕНЦИЯ, 1974 Г.)**

**ГЛАВА 5**

**РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ ДОГОВОРА ВОИС ПО  
АВТОРСКОМУ ПРАВУ (ДАП, 1996 Г.)**

**ГЛАВА 6**

**РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ ДОГОВОРА ВОИС  
ПО ИСПОЛНЕНИЯМ И ФОНОГРАММАМ (ДИФ, 1996 Г.)**

**ГЛАВА 7**

**ГЛОССАРИЙ ТЕРМИНОВ В ОБЛАСТИ АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ**

## ПРЕДИСЛОВИЕ

---

Самое первое и наиболее важное международное соглашение в области авторского права, Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений, находилось всегда под административном управлением Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) или организаций, являющихся ее предшественниками, начиная со времени принятия этой Конвенции в 1886 году. В области смежных прав ВОИС осуществляет административные функции в отношении Римской конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (совместно с Организацией ООН по образованию, науке и культуре (ЮНЕСКО) и Международной организацией труда (МОТ)), Брюссельской конвенции о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, а также Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм. Данная организация осуществляет также административные функции в отношении последних международных соглашений в области авторского права и смежных прав, в частности, Договора ВОИС по авторскому праву (ДАП) и Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ), так называемых Интернет-договоров ВОИС.

Выше названные договоры по авторскому праву и смежным правам, а также международная система охраны, созданная в результате их принятия, развивались в течение многих лет в ответ на изменения, происходящие в результате экономических, культурных, технологических и политических событий.

Одной из главных задач ВОИС, на которую возложены функции по администрированию указанных договоров, является предоставление консультаций и помощи государствам-членам этой организации по вопросам подготовки и введения в действие национального законодательства, реализующего эти договоры. В свете этого данное Руководство имеет целью дать разъяснения и толкования правовых принципов, заложенных в указанных договорах, а также показать их взаимосвязь с политическими, экономическими, культурными и технологическими моментами. Мы надеемся, что данное Руководство окажется полезным для всех заинтересованных лиц и сторон, в особенности, правительственных органов, творческих деятелей, представителей бизнеса, юристов, академических работников, различных пользователей и студентов во всех наших государствах-членах, и что оно будет содействовать созданию надежной, процветающей и благоприятной среды, в рамках которой для все большего числа людей во всех частях света станет доступным все большее число продукции и услуг высокого качества, основанных на уважении и охране авторского права.

Данное руководство было подготовлено по заказу ВОИС д-ром Михалем Фичором, международно-признанным экспертом в данной области. Взгляды, высказанные в данном Руководстве, принадлежат д-ру Фичору и не обязательно отражают взгляды данной Организации.

Я хотел бы высказать свою глубокую признательность за этот важный вклад, сделанный д-ром Фичором при написании данного Руководства в части обеспечения лучшего понимания роли авторского права и смежных прав с точки зрения экономического, культурного и социального развития.

Женева, ноябрь 2003  
Камил Идрис  
Генеральный директор

## ВЫРАЖЕНИЕ ПРИЗНАТЕЛЬНОСТИ

---

Я хотел бы поблагодарить ВОИС и ее генерального директора д-ра Камила Идриса за предоставленную возможность в написании этой книги для данной Организации. Для меня это большая честь, что данное Руководство встанет в один ряд с теми руководствами, написанными покойным г-ном Клодом Мазуе, бывшим руководителем Департамента ВОИС по авторскому праву и общественной информации, к Бернской конвенции<sup>1</sup>, Римской и Фонограммной конвенциям.<sup>2</sup> Однако данное новое Руководство и Глоссарий к нему представляют собой совершенно новую публикацию, которая не является пересмотренным или адаптированным изданием указанных предыдущих публикаций ВОИС или «Глоссария ВОИС терминов в области авторского права и смежных прав».<sup>3</sup>

Моя особая благодарность адресуется также тем сотрудникам Секретариата ВОИС, которые содействовали воплощению данной книги.

Следует отметить, что хотя я пытался опираться в своем анализе, приведенном в данной публикации, в максимальной степени на официальные источники (протоколы дипломатических конференций, документы ВОИС и т.д.), я также привнес мои собственные взгляды на многие аспекты – при чем эти взгляды необязательно отражают позицию ВОИС.

Михали Фичор

1. Публикация ВОИС № 615(E), 1978.  
2. Публикация ВОИС № 617(E), 1981  
3. Публикация ВОИС № 816 (EFS), 1980; согласно введению к нему Глоссарий представлял собой « в основном работу д-ра Георги Бойта»

# ВВЕДЕНИЕ

---

## ЦЕЛЬ, СТРУКТУРА И СТИЛЬ КНИГИ

---

1. Данная книга состоит из восьми частей: данного Введения, шести руководств (к четырем конвенциям и двум договорам, находящихся под административном управлением ВОИС) и Глоссария.

2. Цель приводимых руководств – представить анализ материально-правовых норм соглашений по авторскому праву и смежным правам, находящихся под административным управлением ВОИС, а именно: Бернской конвенции, Римской конвенции, Фонограммной конвенции, Спутниковой конвенции, ДАП и ДИФ. В задачи анализа не входило рассмотрение административных и заключительных положений указанных международных соглашений. Тем не менее, ради обеспечения полноты и удобства последние положения также воспроизводятся в данных Руководствах.

3. Данное введение содержит краткий обзор исторической картины развития международных норм по авторскому праву и смежным правам, а также описание взаимосвязи между различными соглашениями. Данная книга не содержит перечней стран и других возможных участников указанных соглашений, поскольку такие перечни имеются в обновляемом виде на сайте ВОИС ([www.wipo.int](http://www.wipo.int)).

4. Для описания исторического развития международных норм, относящихся к авторскому праву и смежным правам, а также взаимосвязи между ними в данном введении также рассматриваются кратко два международных соглашения, не находящихся под административным управлением ВОИС, а именно: Всемирная конвенция об авторском праве (ВКАП), находящаяся под административном управлением ЮНЕСКО, и Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС), которое является одним из соглашений, к которому должна присоединиться каждая страна или организация при вступлении во Всемирную торговую организацию (ВТО). Хотя эти последние соглашения не анализируются в форме отдельных руководств, в различных местах анализа соглашений ВОИС делается отсылка на соответствующие положения Соглашения ТРИПС, (но не ВКАП, значение которой постоянно уменьшается по причинам, приводимым ниже). Текст норм, на которые делается ссылка, здесь не воспроизводится (Соглашение ТРИПС имеется на вебсайте ВТО ([www.wto.org](http://www.wto.org))).

## ИСТОРИЧЕСКАЯ СПРАВКА

---

5. То, что в настоящее время существует в виде международной системы охраны авторского права и смежных прав, возникло из двусторонних соглашений, заключенных в основном, между европейскими странами в 19-м веке, но не только между ними (в то время соглашения существовали только в отношении авторского права, поскольку смежные права возникли только в 20-м веке). Двусторонние соглашения основывались в основном на принципе национального режима в сочетании с некоторыми другими минимальными обязательствами. Этот тип структуры для международных соглашений в области авторского права и смежных прав, а именно: обязательство по предоставлению национального режима гражданам другой Договаривающейся стороны или сторонам в сочетании с минимальным уровнем охраны, который каждая Договаривающаяся сторона должна предоставлять этим гражданам независимо от охраны, предоставляемой своим собственным гражданам, остался с тех пор типовым.

6. Подобная структура стала необходимой вследствие различий между разными национальными системами, при чем не только в отношении уровня предоставляемой охраны, но и с точки зрения правовой доктрины, на которой они основаны. С самого начала существования национальных законодательств по авторскому праву имели место две фундаментально различные системы, а именно то, что в настоящее время обозначается как система общего права и система гражданского права.

7. Система общего права относительно авторских прав берет начало с публикации привилегий, выдававшихся английскими монархами. Это была королева Анна, кто совершила переворот в данной области в 1709/1710<sup>4</sup> г.г., когда она предоставила самим авторам право разрешать печатание (копирование) их работ. Согласно этой системе центральным элементом охраны является не связь автора с его произведением, а произведение само как продукт. Цель предоставляемой охраны – обеспечить соответствующие стимулы для дальнейшей творческой деятельности. В основе лежит концепция о некотором соглашении между

обществом и автором: если вы что-то создали, вы можете предоставить свои произведения публике, поскольку вы получаете охрану на ограниченное время.

8. Система гражданского права уходит вглубь к более чем одному корню, но наиболее важный из них относится ко временам Французской революции, когда права авторов в отношении их литературных и художественных произведений признавались, по крайней мере, частично на основе «подхода естественного права». Права на такие произведения считались «наиболее священной собственностью» авторов, поскольку такие произведения рассматривались как продукты человеческого разума и, поэтому как выражения личности их авторов. Из указанных двух концептуальных подходов вытекало множество различий, которые все еще присутствуют в системах авторского права, основанных на этих подходах. Эти различия касаются таких фундаментальных вопросов авторского права как авторство, понятие «произведения», критерий оригинальности, граница между авторским правом как таковым и смежными правами, первоначальное обладание, а также возможность передачи имущественных прав. В дополнение к этим различиям, обусловленным лежащими в их основе концепциями, существуют другие различия, поскольку страны развивали свое нарождающееся законодательство в области авторского права независимо друг от друга.

9. Упомянутые различия проявляются в постоянно увеличивающемся числе различных двусторонних соглашений. Во второй половине 19-го века их число и сложность достигли такого уровня, что это неизбежно привело к мысли о том, что было бы лучше заменить их одной единой конвенцией, участниками которой станут все стороны предшествующих двусторонних соглашений. Указанные двусторонние соглашения содержали определенные правовые подходы и модели, но, разумеется, задача выработки многостороннего соглашения была намного сложнее, и подготовка норм, предназначенных для всемирного применения, также делала желательной предпринять попытку выработать концептуально-правовую основу как можно основательней. Подготовительная работа, необходимая для создания конвенции, удовлетворяющей указанным требованиям, была начата и завершена Международной Литературной и Художественной Ассоциацией (ALAI) в течение нескольких ее съездов.

10. Именно по просьбе ALAI Швейцарская конфедерация созвала в Берне три Дипломатические конференции, одну за другой в 1884, 1885 и 1886 годах, и на третьей конференции была принята Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений. Конвенция основывалась на принципе предоставления национального режима, но одновременно она также устанавливала минимальный уровень охраны, который все страны-участницы Союза, (учрежденного Договаривающимися сторонами), должны были предоставлять гражданам других стран-участниц.

11. Существенные положения Бернской конвенции пересматривались несколько раз в период между 1896 и 1971 годами. Дипломатические конференции, которые состоялись в Париже 1896, в Берлине в 1908, в Риме 1928 и в Брюсселе в 1948 годах, рассматривали преимущественно вопросы, связанные с техническим прогрессом, как например, появление технологии звукозаписи, а именно: производство фонограмм или звуковых записей, фотографии, радио и кино, а также внутренние вопросы развития законодательства об авторском праве, (что привело, например, к признанию личных неимущественных прав, отмене формальностей как условий предоставления охраны, а также к установлению минимального срока охраны). В результате этого Брюссельский акт Конвенции уже содержал довольно детальное регулирование по всем важнейшим аспектам охраны авторского права.

12. В 1950 и 1960 годы Бернская конвенция пополнилась другими «партнерами», обеспечивающими на международном уровне охрану культурных достижений. Во-первых, была принята новая международная конвенция по авторскому праву, а также конвенция по охране смежных прав (или как их называли в то время «родственные права»).

13. Всемирная конвенция об авторском праве (ВКАП) была разработана и принята под эгидой ЮНЕСКО в 1951 году. Она была принята в основном по инициативе Соединенных Штатов Америки, которые из-за наличия в их законодательстве некоторых специфических особенностей (как, например, требование о выполнении формальностей как условия получения охраны и сложное регулирование срока охраны авторского права, не совпадающее с требованиями Бернской конвенции) не могли присоединиться к Бернской конвенции. Несколько латиноамериканских стран поддержали эту инициативу, поскольку они не были членами Бернской конвенции, и предпочитали учредить ряд конвенций между собой и США. В то время, когда устанавливался уровень

охраны, необходимый для ВКАП, учитывался тот факт, что процесс деколонизации уже начался, и было очевидно, что вновь появляющиеся независимые страны, названные позже «развивающимися странами», навряд ли поспешат присоединиться к международному договору, который потребует от них немедленного принятия системы, предусматривающей высокий уровень охраны. Различные критерии, которые были приняты во внимание, привели к принятию конвенции, которая по многим важным аспектам отличалась от Бернской конвенции. ВКАП содержала лишь некоторые, совсем общие обязательства в отношении предоставления прав и допускала применение формальных требований (при этом она упрощала их применение для других стран-участниц ВКАП, предусматривая, что указание простого стандартного уведомления об авторском праве является достаточным).

14. Другим новым «партнером» для Бернской конвенции – а также для ВКАП, стала Международная конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, принятая в Риме в 1961 году под эгидой совместно трех организаций: БИРПИ (предшественника ВОИС), ЮНЕСКО и Международной организации труда (МОТ). Необходимость обеспечения охраны для указанных «новых» категорий бенефициариев возникла как результат технологических новшеств и изменений. Уже отрасль фонографии подняла проблемы исполнителей, которые затем обострились в связи со все возрастающим числом радиопрограмм и приходом телевидения. Фонограммы, воплощающие исполнения, а также радио- и телепередачи, включающие такие фонограммы и живые исполнения, возникли как опасные конкуренты, которые подрывали возможности занятости для многих исполнителей. Поэтому с их точки зрения было законным правом потребовать, чтобы им были предоставлены адекватные права – право разрешать или запрещать «конкурентные» действия, или, по крайней мере, право на вознаграждение. Было также вполне понятно, почему производители фонограмм стали требовать охраны от незаконного копирования их фонограмм. Наконец, вещательные организации также присоединились к первым двум группам заинтересованных сторон, потребовав необходимую охрану для них особенно в отношении тех элементов своих программ (как, например, передача некоторых событий на исключительной основе), охрана которых не гарантировалась авторским правом.

15. Первая идея была попытаться обеспечить охрану для указанных объектов и новых субъектов (бенефициариев) на основе существующей системы авторского права, и этот вопрос также обсуждался на некоторых конференциях по пересмотру Бернской конвенции. Фактически несколько стран – в основном те из них, которые следовали традициям общего права – уже применяли этот подход, а некоторые из них все еще применяют его. Однако этот подход был признан в целом неприемлемым, и вследствие этого после длительного периода подготовительной работы была выработана и принята Римская конвенция.

16. В свое время Римская конвенция была охарактеризована как «пионерная конвенция», поскольку во время ее принятия законодательство лишь нескольких стран предусматривало предоставление специальных прав для выше названных трех категорий бенефициариев. Указанное обстоятельство объясняет также, почему в дополнение к обязательству предоставления национального режима, как было предусмотрено Бернской конвенцией, в Римской конвенции были зафиксированы минимальные обязательства на относительно низком уровне (в целом, значительно ниже, чем это предписывалось в Бернской конвенции).

17. Число стран-участниц Римской конвенции возрастало медленно. Одной из основных причин ограниченного участия в Конвенции был тот факт, что страны, придерживающиеся традиции общего права, были не заинтересованы в присоединении к Конвенции, так как, по их мнению, фонограммы и программы вещания уже подходили под охрану авторского права. В отношении смежных прав в течение некоторого времени не было никакого движения в сторону выработки «конвенции-мостика», обеспечивающего связку подобно ВКАП в области авторского права (это только произошло с подготовкой и вступлением в силу соглашения ТРИПС и ДИФ). Однако происшедшие технологические перемены подтолкнули страны, придерживающиеся разных правовых традиций, в объединении их усилий и совместном решении, по крайней мере, некоторых срочных вопросов. Это привело к принятию двух новых конвенций, а именно Фонограммной конвенции и Спутниковой конвенции.

18. Необходимость в Фонограммной конвенции возникла потому, что новые более доступные способы копирования приводили ко все возрастающему объему пиратства фонограмм. Цель этой Конвенции, которая была принята в 1971 году после очень короткой подготовительной работы в Женеве, состояла в предоставлении охраны исключительно от указанного угрожающего явления. Она не предусматривает никаких специальных прав; она только определяет наиболее опасные действия, касающиеся пиратства фонограмм и обязывает договаривающиеся стороны предоставлять необходимую охрану от них, в то же время она допускает большую свободу относительно правовых средств, с помощью которых это обязательство осуществляется..

19. Спутниковая конвенция, принятая в Брюсселе в 1974 году, может также рассматриваться как некоторое антипиратское соглашение. Ее цель состояла в предоставлении охраны от пиратской передачи «сигналов, несущих программы», передаваемых через телекоммуникационные спутники. Подобно Фонограммной конвенции она является весьма гибкой; она оставляет договаривающимся сторонам свободу выбора правовых средств, с помощью которых обеспечивается охрана. Однако к Спутниковой конвенции присоединилось относительно небольшое число стран в виду ее узкой сферы действия. Ее применение не распространяется непосредственно на спутники прямого вещания, а тем временем с ростом передающей способности и мощности телекоммуникационных спутников и все возрастающей возможности пользователей принимать сигналы непосредственно – все большее число спутников выпадают из сферы действия данной Конвенции.

20. Тем временем в Стокгольме в 1967 году и Париже в 1971 году состоялись два последних пересмотра Бернской конвенции. Их часто именуют как «пересмотры-близнецы» по следующим причинам. К 1971 году только административные положения и заключительные оговорки Стокгольмского Акта, (которые относились к административной реформе в отношении Конвенции в связи с преобразованием БИРПИ в ВОИС), вступили в силу, и к этому времени стало ясно, что его материальные нормы (с 1 по 21 статью, а также Протокол) не будут ратифицированы достаточным числом стран. Эти материальные нормы, за исключением Протокола, были затем включены без каких-либо существенных изменений в Парижский акт. В последнем были осуществлены реальные изменения только в одном отношении, а именно: замена Протокола на вторично рассмотренное и согласованное Приложение, (выполняющее ту же самую цель, что Протокол – предоставление преференциальных норм для развивающихся стран, но на другом уровне).

21. На конференции по пересмотру Конвенции в 1967 году в числе некоторых других изменений по тексту, (которые можно охарактеризовать как юридико-технические улучшения), были внесены более важные дополнения в отношении двух групп вопросов: во-первых, те, которые касались прав на аудиовизуальные произведения, а также первоначального обладания правами на них, пользования и передачи этих прав с учетом некоторых связанных с этим презумпций; во-вторых, те вопросы, которые были подняты развивающимися странами, (которые в результате ускорения процесса деколонизации в начале 1960 годов были представлены в большем количестве, чем на предыдущих дипломатических конференциях). Этими странами были подняты два специфических вопроса, представляющих особую озабоченность. Первый касался охраны объектов фольклорного творчества, в то время как второй вопрос касался специфических потребностей этих стран в отношении более легкого доступа к произведениям, необходимым для целей образования, научной работы и исследований. Дипломатическая конференция закончилась пониманием того, что оба указанных вопроса удалось разрешить. Но это оказалось не так. Как приводится ниже в комментариях к статье 15(4) Бернской конвенции, положение, которое, как это предполагалось, предлагало охрану художественному фольклору, не было пригодно, чтобы разрешить этот вопрос. Протокол Стокгольмского акта, который составлял неотъемлемую часть материальных норм этого Акта, был более перспективным с точки зрения развивающихся стран, поскольку он предусматривал возможность принудительного лицензирования на довольно благоприятных условиях. Действительно по мнению издателей некоторых промышленно развитых стран, присоединение которых к Стокгольмскому Акту было оговорено в качестве особого условия в принятом тексте, эти условия были слишком благоприятными. Их мнение было преобладающим, по этой причине необходимых присоединений к Акту не произошло и, как следствие, материальные нормы Стокгольмского Акта не вступили в силу.

22. Парижская Конференция по пересмотру Бернской конвенции в 1971 году была созвана из-за выше упомянутой неудачи, и как было сказано выше, единственным существенным изменением, которое она приняла в отношении текста Бернской конвенции, была замена Протокола на Приложение, приемлемое для всех заинтересованных сторон. Иначе говоря, материальные нормы Стокгольмского Акта (статьи с 1 по 20) были просто воспроизведены в новом акте без каких-либо изменений (по этой причине, как упоминалось выше, результаты Парижского и Стокгольмского пересмотров иногда называют «пересмотрами-близнецами»). Конференция по пересмотру Бернской конвенции была организована совместно с конференцией по пересмотру Всемирной конвенции об авторском праве (ВКАП). В последнюю по сути были включены те же самые положения, (что и в Приложении к Бернской конвенции), касающиеся недавно принятой системы принудительного лицензирования в интересах развивающихся стран. Помимо этого, были сделаны некоторые другие дополнения, которые обеспечивали в итоге незначительное увеличение минимального уровня охраны, предписываемого ВКАП.

23. Как упоминалось выше, Бернская конвенция после ее принятия в 1886 году пересматривалась довольно регулярно, более или менее каждые 20 лет, до начала «пересмотров-близнецов» в Стокгольме в 1967 году и в Париже в 1971 году. Указанные конференции по пересмотру, как это уже упоминалось выше, были созваны, в целом, с целью найти ответ на новые технологические изменения (как, например, в области фонографии, фотографии, радио, кинематографии, телевидения). В 1970 и 1980 годы произошло большое число важных технологических нововведений (в области репрографии, видеотехники, систем с использованием компактных кассет, облегчающих «домашнюю перезапись», спутникового вещания, кабельного телевидения, возрастающей роли компьютерных программ, произведений, полученных с помощью компьютеров, а также электронных баз данных и т.д.). В течение определенного времени международное сообщество в области авторского права следовало стратегии «руководимого развития»<sup>5</sup>, нежели установления новых международных норм. Аналогичная стратегия использовалась также в отношении смежных прав, охватываемых Римской конвенцией, которая никогда не пересматривалась. Рекомендации, руководящие принципы и типовые положения, разрабатываемые различными международными органами ВОИС (в начале зачастую совместно с ЮНЕСКО) давали руководство к действию для правительств в отношении того, как реагировать на вызовы новых технологий. В целом, они основывались на интерпретации существующих международных норм (например, относительно компьютерных программ, баз данных, «домашней перезаписи», спутникового вещания, кабельного телевидения); но они также включали некоторые новые стандарты (например, относительно распространения и проката копий).

24. Руководство, которое предлагалось в период указанного «руководимого развития», оказало весьма важное влияние на национальное законодательство и содействовало развитию авторского права во всем мире.<sup>6</sup> Однако в конце 1980 годов было признано, что такое руководство не является более достаточным; возникла необходимость в принятии обязательных международных норм. Одной из наиболее важных причин для этого явилось то, что в результате недостаточно согласованных действий в ответ на вызовы новых технологий в национальных законах стали появляться различные нормы не только в отношении таких деталей, которые традиционно оставались на усмотрение национального законодательства, но также в отношении некоторых фундаментальных составляющих международных норм авторского права (категорий произведений, прав и исключений), а это приводило к растущим противоречиям относительно применения национального режима. Страны, которые предоставляли более широкую и более высокого уровня охрану в новых областях, пытались найти и принять какие-то юридические теории и приемы, чтобы избежать то, что они воспринимали как необоснованное бремя по отношению к странам-членам Бернского союза, предоставляющим менее широкую охрану.

25. Помимо необходимости пересмотреть материальные нормы авторского права и смежных прав, появились также два других требования. Во-первых, в результате впечатляющего развития технологии репрографии (с возможностью изготовления большого числа совершенных копий по чрезвычайно низкой стоимости) пиратство превратилось в феномен, который подрывал всю систему охраны авторского права и смежных прав; требовалось введение более эффективных правоприменительных процедур и санкций. Во-вторых, стало ощущаться, что единственная возможность разрешения споров, предлагаемая в существующих конвенциях в области интеллектуальной собственности в случаях предполагаемых нарушений, подпадающих под действие этих конвенций, а именно: вынесение спора на уровень Международного суда, стало недостаточным для соблюдения международных норм.

26. Подготовка новых норм была начата на двух форумах – в рамках Уругвайского Раунда переговоров по Генеральному соглашению относительно тарифов и торговли (ГАТТ) и в рамках ВОИС, сперва в рамках одного комитета экспертов, а затем двух параллельных комитетов экспертов (один должен был выработать «протокол» к Бернской конвенции, в то время как другой комитет работал над «новым соглашением», направленным на обновление международных норм относительно прав исполнителей и производителей фонограмм). Какое-то время подготовительная работа в указанных комитетах ВОИС замедлилась, поскольку соответствующие правительства хотели избежать нежелательного пересечения с более сложными переговорами относительно торговых аспектов прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), проходящих в рамках Уругвайского раунда.

27. Соглашение ТРИПС наряду с другими соглашениями, привязанными к Марракешскому Соглашению, учреждающему Всемирную Торговую организацию (ВТО), было принято в апреле 1994 года. Оно не предусматривало большого числа изменений в материальных нормах, касающихся авторского права и смежных прав. Уровень охраны, требуемый в соответствии с ним, соответствовал уровню Бернской или Римской конвенций (фактически, материальные нормы Бернской конвенции, за исключением положений, касающихся личных неимущественных прав, были просто включены в Соглашение с помощью отсылки). Некоторые

разъяснения были добавлены относительно того, как существующие нормы должны применяться (например, в отношении компьютерных программ и баз данных), а также было всего лишь два аспекта, в отношении которых были сделаны поистине существенные улучшения: во-первых, признание прав на сдачу в прокат, включая некоторые условия и исключения для определенных категорий произведений, а именно: компьютерных программ и аудиовизуальных произведений, в том числе для фонограмм; и, во-вторых, увеличение минимального срока охраны прав исполнителей и производителей фонограмм с 20 лет (как это предусмотрено в Римской конвенции) до 50 лет.

28. Однако важным было то, что в Соглашение ТРИПС вошло два новых элемента исторической важности, которые отсутствовали в международной системе охраны интеллектуальной собственности; а именно, во-первых, была включена часть III (статьи с 41 по 61), содержащая подробные нормы по обеспечению прав интеллектуальной собственности, и, во-вторых, расширялась действующая система урегулирования споров относительно прав интеллектуальной собственности, (которая стала включать также возможность применения торговых санкций, если член ВТО не следовал заключениям Органа по урегулированию споров).

29. После принятия Соглашения ТРИПС возникла новая ситуация. Переговоры по ТРИПС были фактически завершены в декабре 1992 года, и как раз после этого момента благодаря совершенствованию системы сжатия информации и коррекции ошибок, а также другим технологическим усовершенствованиям Интернет начал свое поистине впечатляющее распространение, и стал проявлять себя в качестве реального рынка в отношении культурных и информационных объектов, а также в качестве канала сбыта пиратской продукции. На то время отсутствовала какая-либо возможность возобновить торговые переговоры, которые только что завершились. Поэтому был использован форум ВОИС для дальнейшего совершенствования международных норм по авторскому праву и смежным правам, которые вдруг вновь оказались востребованными.

30. ВОИС приступила к активному рассмотрению влияния цифровой технологии на авторское право и смежные права в начале марта 1993 года, когда она организовала Всемирный симпозиум под эгидой ВОИС по данному вопросу на базе Гарвардского университета. Эта тема была также в центре внимания на Всемирном Форуме ВОИС по вопросам авторского права и смежным правам, организованном в Париже в июне 1994г. Дискуссии были продолжены на Всемирном симпозиуме ВОИС «Вопросы авторского права в условиях глобальной информационной инфраструктуры», который состоялся в мае 1995 года в Мехико. Наконец, Всемирный симпозиум ВОИС по охране результатов интеллектуального труда в информационном обществе, проведенный в Неаполе в октябре 1995 года, послужил основой для обобщения идей, дающих возможные ответы на вызовы, поставленные цифровой технологией и Интернет.

31. Однако конкретная подготовительная работа была проведена в рамках двух комитетов экспертов ВОИС («Комитета Бернского протокола» и «Комитета по разработке нового соглашения»), что было упомянуто выше в параграфе 26. Учитывая сложность связанных с этим вопросов, данная работа, которая ускорила после принятия Соглашения ТРИПС, привела в течение относительно короткого времени к созыву Дипломатической конференции ВОИС в Женеве в декабре 1996 года. Дипломатическая конференция приняла Договор ВОИС по авторскому праву (ДАП) и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ), которые, после того как Генеральному директору ВОИС были представлены на депонирование 30 грамот о ратификации или присоединении, вступили в силу соответственно 6 марта 2002 года и 20 мая 2002 года.

32. Международная пресса, ссылаясь на договоры ДАП и ДИФ или упоминая их, называет их «Интернет-договорами», и это выражение стало настолько обычно используемым, что эти договора даже в официальных документах ВОИС часто называются также. Следует отметить, что потребность в ДАП и ДИФ возникла потому, что они дают ответ на наиболее жгучие вопросы, поставленные цифровой технологией, и в особенности Интернет; однако они касаются не только этого. При их обсуждении и принятии были использованы те же самые подходы, что и в случае Соглашения ТРИПС, то есть, они включали все существующие материальные нормы и были дополнены новыми нормами. Поэтому уровень охраны, предусмотренный данными договорами, может быть охарактеризован как расширенная версия соглашений: Берн/Рим плюс и ТРИПС плюс. Материальные нормы Бернской конвенции включены с помощью ссылки на них, одновременно включены полные положения, «воспроизводящие» нормы Римской конвенции и Соглашения ТРИПС (иногда с небольшими текстовыми и юридико-техническими изменениями). Следует отметить, что нормы ТРИПС, «воспроизведенные» таким образом, касаются только немногих новых материальных норм авторского права и смежных прав в данном соглашении, и не включают подробных положений по обеспечению прав; а также, естественно, механизм

12

разрешения споров, предусмотренный ВТО, не применим к данным договорам. Именно в силу дополнительных элементов, включенных в дополнение к нормам из Бернской и Римской конвенций, а также выходящих за рамки Соглашения ТРИПС, оба указанных договора были названы «Интернет-договорами». Указанные новые элементы соответствуют более или менее тем положениям, (а также связанным с ними согласованным заявлениям), которые были разработаны и приняты в соответствии с так называемой «Цифровой повесткой», принятой на Дипломатической конференции в 1996 году.<sup>7</sup>

33. Указанная Цифровая повестка охватывает в целом четыре вопроса: (i) понятие воспроизведения и применение права на воспроизведение в цифровой среде; (ii) право или права, применяемые для интерактивных цифровых передач; (iii) применение исключений и ограничений в новой среде; а также (iv) обязательства относительно технической защиты и информации об управлении правами. Эти позиции в цифровой повестке, а также решения по ним, принятые Дипломатической конференцией, обсуждаются ниже в руководствах к ДАП и ДИФ.

## **ВЗАИМОСВЯЗЬ АДМИНИСТРАТИВНЫХ И МАТЕРИАЛЬНЫХ НОРМ В РАЗЛИЧНЫХ КОНВЕНЦИЯХ И ДРУГИХ ДОГОВОРАХ В ОБЛАСТИ АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ (ОТ БЕРНСКОЙ КОНВЕНЦИИ К СОГЛАШЕНИЮ ТРИПС)**

---

34. Бернская конвенция – это не только старейший международный договор в области авторского права, но даже и теперь – наиболее фундаментальный элемент сложной структуры конвенций и других договоров в сфере авторского права и смежных прав.

35. Начнем с того, что Всемирная конвенция об авторском праве была принята для того, чтобы служить “мостом” для тех стран, которые не присоединились к Бернской конвенции, позволяя им сделать это рано или поздно, и при этом, гарантировать им международную охрану. Бернская конвенция рассматривалась в качестве договора, который предоставлял действительно надлежащие международные стандарты в этой области. Поэтому считалось важным защитить ее от возможной миграции членов Бернского союза во Всемирную конвенцию об авторском праве, которая требовала намного меньший уровень охраны. Были приняты положения, гарантирующие, что этот “мост” работает только в одном направлении, а именно в направлении Бернского союза. В качестве неотъемлемой и неразрывной части Всемирной конвенции об авторском праве в нее вошла «Дополнительная декларация», которая предусматривает, что (i) произведения, страной происхождения которых, согласно положениям Бернской конвенции, является страна, вышедшая из состава Бернского союза после принятия Всемирной конвенции об авторском праве, не будут пользоваться в странах Бернского союза охраной, предоставляемой Всемирной конвенцией об авторском праве; и что (ii) Всемирная конвенция об авторском праве не подлежит применению в отношениях между странами Бернского союза в том, что касается охраны произведений, страной происхождения которых, согласно Бернской конвенции, является одна из стран Бернского союза. То есть, (i) не было возможности покинуть Бернскую конвенцию и присоединиться к Всемирной конвенции об авторском праве, и (ii) с присоединением стран-участниц Всемирной конвенции об авторском праве к Бернской конвенции Всемирная конвенция об авторском праве прекращала свое применение в отношении этих стран с любой другой страной-членом Бернского союза. В результате роста числа присоединений к Бернской конвенции это обстоятельство привело к существенному снижению значения Всемирной конвенции об авторском праве.

36. Тесная связь была также установлена между Бернской конвенцией (и Всемирной конвенцией об авторском праве), с одной стороны, и Римской конвенцией, с другой стороны. Согласно статье 24 последней только те страны, которые являются членами Бернского союза и/или участниками Всемирной конвенции об авторском праве, имеют право присоединиться к ней.

37. Фонограммная конвенция и Спутниковая конвенция в правовом смысле не были связаны ни с Бернской конвенцией, ни с Римской конвенцией. Это следовало из цели и характера этих конвенций. Они служат борьбе с пиратством в области фонограмм и пиратством в области несущих программы сигналов. Поэтому они открыты для присоединения в отношении всех государств-членов ООН, даже если они не являются участниками любого другого договора; Договаривающимся сторонам предоставляется большая гибкость в отношении способа выполнения их обязательств в соответствии с этими договорами.

38. Между вышеупомянутыми конвенциями, административные функции которых выполняет ВОИС, с одной стороны, и Соглашением ТРИПС, с другой стороны, не существует никакой административной связи. В то же время специфические материально-правовые взаимосвязи можно определить между Соглашением ТРИПС и Бернской конвенцией и, в некоторых аспектах, также Римской конвенцией.

39. В отношении Бернской конвенции наиболее важным элементом такой материально-правовой взаимосвязи является то, что статья 9.1 Соглашения ТРИПС предписывает, что страны-члены ВТО, которые все связаны Соглашением, "соблюдают положения статей 1-21 Бернской конвенции [за исключением положений о личных неимущественных правах, в основном статьи *bbis*<sup>9</sup>] и Дополнительного раздела к ней". Другими элементами являются то, что статья 1.3 Соглашения ТРИПС предписывает применение *mutatis mutandis* критериев для предоставления охраны (точки привязанности), предусмотренных в Бернской конвенции, и что статья 3, о национальном режиме, делает отсылку к исключениям, предусмотренным в Бернской конвенции в отношении обязательства предоставлять такой режим, и допускает такие исключения. В соответствии со статьей 4(b) Соглашения те же исключения к обязательству предоставлять национальный режим могут также применяться как исключения к обязательству предоставлять "режим наибольшего благоприятствования".

40. Соглашение ТРИПС в своей статье 14 о смежных правах также использует положения Бернской конвенции. Пункт 6 статьи предусматривает применение *mutatis mutandis* статьи 18 Бернской конвенции (касающейся применения во времени обязательств) к правам исполнителей и производителей фонограмм, тогда как пункт 3 предусматривает альтернативный вариант к предоставлению смежных прав вещательным организациям, как упоминается в этом пункте (а именно соответствующую авторско-правовую охрану объекту вещания "с учетом положений Бернской конвенции").

41. Статья 2.2 Соглашения ТРИПС содержит защитную оговорку в пользу Бернской конвенции (и других конвенций, административные функции которых выполняет ВОИС). В отношении Бернской конвенции она гласит следующее: "Ничто в частях с I по IV настоящего Соглашения не должно умалять существующие обязательства, которые страны-члены могут иметь по отношению друг к другу в соответствии с ... Бернской конвенцией". Этим признается, что Соглашение ТРИПС также является "специальным соглашением" согласно статье 20 Бернской конвенции, и поэтому оно никоим образом не может привести к снижению уровня охраны во взаимосвязях между членами Бернского союза.

42. Статья 10.1 Соглашения ТРИПС заслуживает особого внимания с точки зрения взаимосвязи между этим Соглашением и Бернской конвенцией. Она гласит следующее: "Компьютерные программы, как исходный текст, так и объектный код охраняются как литературные произведения в соответствии с Бернской конвенцией (1971 г.)". Это является толкованием Бернской конвенции за пределами Бернского союза. Актуальной задачей мог бы стать анализ юридического действия этого толковательного положения в контексте Бернской конвенции. Однако такой шаг мог бы стать излишним, поскольку, как обсуждается в комментариях к статье 4 ДАП ниже, члены Бернского союза приняли то же самое толкование.

43. Материально-правовая взаимосвязь между Соглашением ТРИПС и Римской конвенцией несколько менее тесная. Тем не менее, статьи 1.3, 3 и 4(b) Соглашения также относятся и применяются *mutatis mutandis* к критериям для предоставления охраны и исключениям к национальному режиму, соответственно, предусмотренным в Римской конвенции. Первая фраза статьи 14.6 также устанавливает важную материально-правовую взаимосвязь. Она гласит следующее: "В отношении прав, предоставляемых в соответствии с пунктами 1, 2 и 3, любая страна-член может предусмотреть условия, ограничения, исключения и оговорки в объеме, допускаемом Римской конвенцией". Наконец статья 2.2 Соглашения содержит тот же вид защитной оговорки в пользу Римской конвенции, что и в пользу Бернской конвенции (признавая тем самым косвенно, что оно также является специальным соглашением согласно статье 22 Римской конвенции).

## ВЗАИМОСВЯЗЬ МЕЖДУ ДАП И ДИФ И БЕРНСКОЙ И РИМСКОЙ КОНВЕНЦИЯМИ И СОГЛАШЕНИЕМ ТРИПС

---

44. Договоры ДАП и ДИФ имеют такую сложную взаимосвязь с договорами, упомянутыми в заглавии выше, что они заслуживают отдельного анализа.

45. Начиная с ДАП, следует, во-первых, отметить, что этот договор является «специальным соглашением» согласно статье 20 Бернской конвенции. Значение и правовые последствия этого статуса анализируются в комментариях к статье 1(1) ДАП, ниже. Кроме того, на основании этого статуса между ДАП и Бернской конвенцией не существует никакой административной взаимосвязи. Членство в Бернском союзе не является условием для присоединения к ДАП.

46. Материально-правовая взаимосвязь между ДАП и Бернской конвенцией имеет такой же характер, что и взаимосвязь между Соглашением ТРИПС и Бернской конвенцией, однако, эта взаимосвязь даже более тесная. Статья 1(4) ДАП применяет ту же самую правовую методику, что и статья 9.1 Соглашения ТРИПС, в том смысле, что она обязывает Договаривающиеся Стороны соблюдать статьи 1 - 21 и Дополнительный раздел Бернской конвенции (различие в том, что она не исключает из этого ряда положения о личных неимущественных правах). Аналогично статье 1.3 Соглашения ТРИПС, статья 3 ДАП касается критериев для предоставления охраны, закрепленных в Бернской конвенции. Кроме того, статья 1(2) ДАП также содержит защитную оговорку в пользу Бернской конвенции для взаимоотношений между членами Бернского союза.

47. Статью 4 ДАП можно рассматривать как толкование Бернской конвенции таким же образом, что и статью 10.1 Соглашения ТРИПС, хотя ее формулировка несколько отличается от текста ТРИПС: «Компьютерные программы охраняются как литературные произведения в смысле статьи 2 Бернской конвенции. Такая охрана распространяется на компьютерные программы независимо от способа или формы их выражения». Это положение дополнительно подтверждается текстом согласованного заявления в отношении статьи 4 Договора. Другие согласованные заявления, принятые дипломатической конференцией 1996 года, могут также рассматриваться как косвенное толкование Бернской конвенции. В согласованном заявлении в отношении статьи 5 «Компиляции данных (базы данных)» говорится о том, что она соответствует статье 2 Бернской конвенции, и аналогичное заявление включено в одно из согласованных заявлений в отношении статьи 10(2) Договора, касающейся исключений и ограничений в части сферы их применения, по сравнению с положениями Бернской конвенции, касающимися того же предмета. Наконец согласованное заявление в отношении статьи 1(4) ДАП дает ценное толкование применения статьи 9 Бернской конвенции в отношении права на воспроизведение в цифровой среде.

48. Как обсуждается в комментариях к статье 1 ДИФ, ниже, хотя об этом и не сказано отдельно, ДИФ следует рассматривать как «специальное соглашение» в смысле статьи 22 Римской конвенции. В статье 1(1) Договора также содержится защитная оговорка, охраняющая применимость Римской конвенции среди ее стран-участниц.

49. Следует отметить, что между ДИФ и ДАП (или Бернской конвенцией или Всемирной конвенцией об авторском праве) не существует никакой административной взаимосвязи, аналогичной взаимосвязи между Римской конвенцией, с одной стороны, и Бернской конвенцией и Всемирной конвенцией об авторском праве, с другой стороны, как упомянуто в пункте 36, выше. То есть, можно присоединиться к ДИФ, не присоединяясь к ДАП, и членство в Бернском союзе – или присоединение к Всемирной конвенции об авторском праве – также не является условием.

50. Статья 3 ДИФ – аналогично статье 1.3 Соглашения ТРИПС – делает отсылку к критериям для предоставления охраны, предусмотренным в Римской конвенции, и распространяет их применение в Договоре.

51. Обращаясь теперь к взаимосвязи между ДАП и ДИФ, с одной стороны, и Соглашением ТРИПС, с другой стороны, следует отметить, что в то время, когда работа по подготовке ДАП и ДИФ достигла завершающей, окончательной стадии, Соглашение ТРИПС было уже принято и вступило в силу. Это обстоятельство оказало положительное влияние на подготовительную работу в отношении некоторых вопросов, которые ожидали решения в Комитетах ВОИС, но которые были решены различными способами в Соглашении ТРИПС; такими вопросами явились охрана компьютерных программ и баз данных, право на прокат и срок охраны

прав на исполнения и фонограммы. Это положительное влияние заключалось в том, что не было никакой необходимости в проведении дополнительных переговоров по этим вопросам; можно было просто включить соответствующие нормы ТРИПС в два договора как часть новых, соответствующих современным требованиям стандартов.

52. Однако урегулирование некоторых вопросов в контексте ТРИПС также привело к установлению предела в отношении объема и уровня охраны, предоставляемой в соответствии с новыми договорами. Делегации некоторых стран неоднократно указывали на то, что они не готовы к "возобновлению" переговоров по таким вопросам, возможным результатом которых явилось бы расширение объема охраны или повышение ее уровня. Это не означает, что формулировки соответствующих положений в двух договорах ВОИС были обязательно такими же, как и в Соглашении ТРИПС. Положения ТРИПС не были включены в виде ссылки, напротив, они вошли в текст новых договоров путем воспроизведения их содержания, иногда с некоторыми отличиями в формулировке.

53. В отношении некоторых таких положений, взятых из Соглашения ТРИПС, дипломатическая конференция 1996 года приняла несколько согласованных заявлений, поясняющих, что эти положения в договорах ВОИС подразумевали то же самое, что и соответствующие положения в Соглашении ТРИПС. Однако правовой характер и влияние этих согласованных заявлений отличаются в определенной степени.

54. Согласованные заявления в отношении взаимосвязи между статьями 4 и 5 ДАП и соответствующими положениями Соглашения ТРИПС аналогичные; на самом деле, в смысле *mutatis mutandis*, они по существу одинаковые:

Согласованное заявление в отношении статьи 4: "Объем охраны компьютерных программ по статье 4 настоящего Договора при прочтении совместно со статьей 2 соответствует статье 2 Бернской конвенции, равно как и соответствующим положениям Соглашения ТРИПС".

Согласованное заявление в отношении статьи 5: "Объем охраны компиляций данных (баз данных) по статье 5 настоящего Договора при прочтении совместно со статьей 2 соответствует статье 2 Бернской конвенции, равно как и соответствующим положениям Соглашения ТРИПС".

55. Это можно рассматривать как определенный вид толкования Соглашения TRIPS в том смысле, что, хотя формулировка положений статей 4 и 5 ДАП кажется более общей, чем формулировка статьи 10.1 и статьи 10.2 Соглашения ТРИПС, согласованные заявления указывают на то, что эти положения ДАП рассматриваются «равно как и соответствующие положения Соглашения ТРИПС». Однако это не имеет существенного значения, поскольку в отношении положений, которые касаются компьютерных программ и баз данных, едва ли могут возникнуть различные толкования в зависимости от того, какие положения приняты за основу: Бернской конвенции, Соглашения ТРИПС или договора ДАП.

56. Однако два положения в Соглашении ТРИПС вызвали дискуссии в отношении их толкования и к этим положениям – когда они были "воспроизведены" в ДАП – были приняты согласованные заявления. Эти согласованные заявления отражают определенные мнения, которые высказывались во время дискуссий и, следовательно, отвергают некоторые другие, также обсуждавшиеся мнения. Тем самым эти согласованные заявления в известном смысле претендуют на разрешение существа этих дискуссий вне контекста ТРИПС, а по существу в отношении тех же самых типов положений, что и в Соглашении ТРИПС. Все это может вызвать довольно сложные вопросы, также относящиеся к толкованию соответствующих норм ТРИПС.

57. Одно из этих положений и согласованных заявлений касается положения статьи 7(1) ДАП о праве на прокат в отношении фонограмм. Как обсуждается ниже, текст этого положения не повторяет – поскольку, по причине отличающегося контекста, он не может повторить – соответствующее положение (статья 14.4) Соглашения ТРИПС слово в слово. Тем не менее, в отношении этого положения ДАП было принято следующее согласованное заявление:

"Понимается, что обязательство по статье 7(1) не требует, чтобы Договаривающаяся сторона предусматривала исключительное право на коммерческий прокат в отношении авторов, которым по законодательству этой

Договаривающейся стороны не предоставляются права в отношении фонограмм. *Понимается, что это обязательство соответствует статье 14(4) Соглашения ТРИПС* [курсив мой].

58. Наиболее важной и отличительной чертой этого согласованного заявления является не просто то, что в нем говорится, что положение сформулировано не совсем точно в том виде, как статья 14.4 Соглашения ТРИПС. Тем не менее это положение соответствует статье (хотя это само по себе явилось бы довольно интересным случаем "перекрестного толкования"). Он заключается в том, что данное положение толкует статью 7(1) по существу, а это предполагает, что обязательство в соответствии с этим толкованием также соответствует положению Соглашения ТРИПС. Особый характер этого согласованного заявления становится даже более четким, если учесть, что оно отражает только одно из многих возможных толкований, по поводу которых высказывались и могут еще высказываться различные мнения.

59. Хотя, в принципе, это принятое согласованное заявление относится только к статье 7(1) ДАП, оно имеет аналогичные последствия для статьи 9(1) ДИФ о праве исполнителей на прокат своих исполнений, которая также обсуждается ниже.

60. Что касается другого положения, взятого из Соглашения ТРИПС, один из вопросов заключается в том, является ли это положение дополнительным элементом по сравнению с Бернской конвенцией, или нет. Это положение содержится в статье 10(2) ДАП, которая гласит следующее: "При применении Бернской конвенции Договаривающиеся стороны устанавливают какие-либо ограничения или исключения из предусмотренных в ней прав в определенных особых случаях, которые не наносят ущерба нормальному использованию произведения и необоснованным образом не ущемляют законные интересы автора". Статья 13 Соглашения ТРИПС, по-видимому, не относится к Бернской конвенции, поскольку она гласит следующее: "Члены сводят ограничения или изъятия в отношении исключительных прав до некоторых особых случаев, которые не вступают в противоречие с обычным использованием произведения и необоснованно не ущемляют законные интересы владельца прав". Однако, поскольку исключительные права, к которым относится это положение, представляют собой, *inter alia* (и, на самом деле, в большинстве случаев) те права, которые предусматриваются в Бернской конвенции (и которые должны применяться также в рамках Соглашения ТРИПС в соответствии со статьей 9.1), с точки зрения применения исключений и ограничений в контексте Бернской конвенции, оба этих положения говорят об одном и том же.

61. В этом причина, по которой вторая фраза согласованного заявления в отношении статьи 10(2) ДАП может рассматриваться также в качестве другого случая "перекрестного толкования" между ДАП и Соглашением ТРИПС. Эта фраза гласит следующее: "... понимается, что статья 10(2) не ограничивает и не расширяет сферу применения ограничений и исключений, допускаемых Бернской конвенцией". Как обсуждается ниже, никакого полного согласия в отношении этого вида "уравнительного" толкования статьи 13 Соглашения ТРИПС не существует (хотя оно кажется действительно верным).

62. Вопрос заключается в том, могут ли эти "перекрестно-толкующие" согласованные заявления, вместе с текстами, взятыми из Соглашения ТРИПС (но не всегда с одинаковой формулировкой), оказать какое-либо влияние на толкование и применение соответствующих положений Соглашения ТРИПС, или нет. Одно обстоятельство представляется несомненным: заявления, принятые вне контекста ВТО-ТРИПС в отношении Соглашения ТРИПС, не связывают – или, по крайней мере, не связывают автоматически – обязательством органы ВТО-ТРИПС, такие как Совет по ТРИПС или Палата по урегулированию споров. Это могло быть только в том случае, если бы эти согласованные заявления рассматривались как "последующее соглашение между сторонами в отношении толкования договора или применения его положений" согласно статье 31.3. Венской конвенции о праве международных договоров (принятой в мае 1969 года). Очевидно, однако, что несмотря на то, что значительное число стран, принявших договоры и связанные с ними согласованные заявления, также являлись членами ВТО, между членством в ВТО и указанными странами не было достаточно полного "совпадения"; поэтому было бы трудно говорить о таком последующем соглашении между всеми членами ВТО. В то же время любому компетентному органу ТРИПС было бы трудно игнорировать полностью тот факт, что в принятии этих согласованных заявлений участвовало большое число стран-членов ВТО. Безусловно, такое "перекрестное толкование", как минимум, придется учитывать в контексте ТРИПС – независимо от того, окажется ли оно, в конце концов, решающим, или нет.

## ТОЛКОВАНИЕ КОНВЕНЦИЙ И ДОГОВОРОВ В РУКОВОДСТВАХ

---

63. Бернская конвенция, Римская конвенция, Фонограммная конвенция, Спутниковая конвенция, договоры ДАП и ДИФ не регулируют вопросы толкования их собственных положений. Поэтому статьи 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров будут использоваться как основание для толкования этих договоров.

64. Статьи 31 и 32 Венской конвенции гласят следующее:

“Статья 31

“Общее правило толкования

“1. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

“2. Для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу и приложения:

- (a) любое соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора;
- (b) любой документ, составленный одним или несколькими участниками в связи с заключением договора и принятый другими участниками в качестве документа, относящегося к договору.

“3. Наряду с контекстом учитываются:

- (a) любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений;
- (b) последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования;
- (c) любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками.

“4. Специальное значение придается термину в том случае, если установлено, что участники имели такое намерение.

“Статья 32

“Дополнительные средства толкования

“Возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовительным материалам и к обстоятельствам заключения договора, чтобы подтвердить значение, вытекающее из применения статьи 31, или определить значение, когда толкование в соответствии со статьей 31:

- (a) оставляет значение двусмысленным или неясным; или
- (b) приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными”.

65. Эти положения необходимо дополнить двумя замечаниями. Во-первых, Венская конвенция применяется только к тем договорам, которые были приняты после вступления в силу этой Конвенции. Поэтому, в принципе, она не могла бы применяться к Бернской и Римской конвенциям. Тем не менее, положения статей 31 и 32 рассматриваются – и это правильно – в качестве кодификации принципов, разработанных в рамках обычного международного права. Таким образом, их релевантность необходимо признать также в отношении этих двух более ранних конвенций.

66. Второе замечание касается материальных норм Бернской и Римской конвенций, включенных в ДАП и ДИФ, а более тесно – касается вопроса о том, относятся ли вышеупомянутые источники толкования – “контекст”, возможные “последующие соглашения” и “последующая практика”, “специальное значение” некоторых слов и выражений и “подготовительные материалы и обстоятельства заключения договора” – только к новым договорам, или они также относятся к принятию и истории Бернской и Римской конвенций.

67. Представляется, что правильным ответом на этот вопрос было бы принять во внимание контекст возможных последующих соглашений и последующей практики, касающихся специального значения слов и выражений, встречающихся в Бернской и Римской конвенциях, а также в подготовительных материалах и обстоятельствах их принятия. Иначе было бы невозможно выполнить наиболее важную цель и условие толкования любого договора; а именно, договор должен толковаться добросовестно. Это особенно верно в отношении материальных норм Бернской конвенции, так как текст этих норм был не просто “воспроизведен” в ДАП, но стал обязательством для Договаривающихся сторон соблюдать эти нормы Бернской конвенции.

4. В отношении указанных лет имеется определенная неуверенность, возможно, что оба года являются правильными, поскольку существовало относительное различие между календарным годом и годом правления.
5. Сэм Рикетсон упоминает эту форму развития в 1986 году в своей известной книге, посвященной Бернской конвенции: «По сути, «руководимое развитие», по-видимому, является современной политикой ВОИС, чья деятельность в содействии анализу и обсуждению проблем в этой области имела фундаментальное значение для международной охраны авторского права в последние годы» См. Сэм Рикетсон: «Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений: 1886-1986» Клувер, Лондон, 1986 г. (далее: Рикетсон) чстр.919.
6. Хорошим примером является случай компьютерных программ. В феврале 1985 года в рамках ВОИС состоялось совещание Группы экспертов по некоторым аспектам авторского права относительно охраны программного обеспечения для ЭВМ. На тот момент времени имелось все лишь пять стран, которые законодательно признавали в явном виде охрану компьютерных программ на основе авторского права: Австралия, Венгрия, Индия, Филиппины и США (другое дело, что в некоторых других странах такая охрана предоставлялась на основе прецедентного права.) Указанное совещание на основе всестороннего анализа, подготовленного г-ном Михаелом Кэплингом (Патентное Ведомство США), и основательного обсуждения обеспечило решительный прорыв в части охраны компьютерных программ на основе авторского права. Достаточно упомянуть, что в июне и июле того же года следующие четыре страны ввели в свое законодательство охрану компьютерных программ на основе авторского права: Франция, Германия, Япония и Великобритания.
7. Указанную повестку не следует смешивать с более общим документом ВОИС - Цифровой повесткой ВОИС (Документ ВОИС WO/GA/24/11 Rev.).
8. Причина использования наречия "в основном" здесь заключается в том, что, хотя в Бернской конвенции, в ее статье *bis*, которая предусматривает конкретно личные неимущественные права, существуют некоторые элементы в других положениях Конвенции, которые могут трактоваться как вытекающие из положений статьи *bis*. Составители Соглашения ТРИПС также учитывали эти вытекающие элементы, поскольку вторая фраза статьи 9.1 предусматривает, что "страны-члены не имеют прав или обязательств по настоящему Соглашению в отношении прав, предоставляемых согласно статье *bis* этой [Бернской] Конвенции, или прав, вытекающих из нее". В этой связи исследование ВОИС под названием "Положения Соглашения ТРИПС по договорам, административные функции которых выполняет ВОИС" (№ 464(E)), подготовленное по просьбе Генеральной Ассамблеи ВОИС и опубликованное в 1996 г., содержит следующий анализ: "Соглашение ТРИПС не указывает, какие права 'вытекают' из статьи *bis* Бернской конвенции. Представляется, что право, предусмотренное в статье 10(3) Бернской конвенции, может быть таким правом. Согласно пунктам (1) и (2) этой статьи, автор не может при определенных обстоятельствах возражать против того, чтобы делались цитаты – без его разрешения – из его произведения, или чтобы его произведение использовалось – без его разрешения – для иллюстрации в ходе обучения. Именно в отношении этих случаев так называемого 'свободного использования' статья 10(3) Бернской конвенции предусматривает, что необходимо указывать имя автора. Другими словами, она предусматривает уважение права авторства. Поэтому может показаться, что Соглашение ТРИПС исключает применение статьи 10(3) Бернской конвенции, то есть, в соответствии с Соглашением ТРИПС указанные цитаты и иллюстрации не нуждаются в указании имени автора. То же самое применимо к статье IV(3) Дополнительного раздела к Бернской конвенции, которая предусматривает, что 'фамилия автора указывается на всех экземплярах перевода или воспроизведения, опубликованных по лицензии, выданной в соответствии со статьей II или статьей III'. Кроме того, может показаться, что Соглашение ТРИПС также исключает применение статьи 11*bis*(2) Бернской конвенции в той мере, в которой последняя предусматривает, что 'они [то есть, условия, которые могут быть определены согласно статье 11*bis*(2)] ни в коем случае не должны ущемлять личные неимущественные права автора'.

# РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВЫМ ПОЛОЖЕНИЯМ БЕРНСКОЙ КОНВЕНЦИИ ОБ ОХРАНЕ ЛИТЕРАТУРНЫХ И ХУДОЖЕ- СТВЕННЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ (ПАРИЖСКИЙ АКТ, 1971 Г.)

---

## ПРЕАМБУЛА

Страны Союза, воодушевленные единым стремлением обеспечить охрану прав авторов на их литературные и художественные произведения наиболее эффективными и единообразными способами,

Признавая значение работы Конференции по пересмотру Конвенции, состоявшейся в Стокгольме в 1967 году,

Решили пересмотреть Акт, принятый Конференцией в Стокгольме, оставив без изменения статьи с 1 по 20 и с 22 по 26 этого Акта.

В соответствии с этим нижеподписавшиеся Полномочные представители по представлении своих полномочий, найденных в надлежащем порядке и должной форме, согласились с нижеследующим:

БК-преамбула 1. Статья 31.2 Венской конвенции о праве международных договоров (далее "Венская конвенция") поясняет, что преамбулу к договору следует рассматривать как неотъемлемую часть текста договора.<sup>9</sup> То есть, в принципе, с точки зрения толкования договора преамбула имеет тот же статус, что и положения договора. Однако на практике преамбула не содержит истинно нормативных элементов; обычно в ней указываются объект и цель и/или описываются некоторые факты в отношении подготовки и принятия договора. Очевидно, что главным образом те элементы преамбулы, которые касаются объекта и цели договора, могут иметь значение в толковании договора. Это также следует из статьи 31.1 Венской конвенции, которая предусматривает, что "[а] договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также *в свете объекта и целей договора*" [курсив мой].

БК-преамбула 2. Первый и четвертый пункты исторически – всегда в сочетании с несколькими более или менее подробными описательными элементами, относящимися к принятию данного акта<sup>10</sup> – являются частями преамбулы после принятия первоначального текста (1886 г.) Бернской конвенции. Второй и третий пункты содержат описательные элементы, относящиеся к принятию Парижского (1971 г.) акта. Поэтому лишь первый пункт требует анализа по существу.

БК-преамбула 3. Первый пункт преамбулы определяет в общих терминах объект и цель Конвенции, когда в нем утверждается "стремление" "стран Союза" "обеспечить охрану прав авторов на их литературные и художественные произведения наиболее эффективными и единообразными способами". (Понятия "страны Союза", "литературные и художественные произведения" и "авторы", а также значение использования выражения "права авторов на их литературные и художественные произведения" анализируются ниже в связи с соответствующими положениями Конвенции). Цель ("стремление") стран Союза (то есть, Договаривающихся сторон Конвенции) заключается в охране "прав авторов на их литературные и художественные произведения" "наиболее" "эффективными и единообразными способами".

БК-преамбула 4. Одним из элементов цели стран Союза является то, что нормы, относящиеся к охране этих прав, должны быть "наиболее эффективными и единообразными". "Единообразие" кажется более честолюбивой задачей, чем "гармонизация", и в известном смысле оно относится к идее некоторых делегаций на Бернской дипломатической конференции 1884-1886 гг., состоящей в том, чтобы в результате последующих пересмотров Конвенция появилась в виде "универсального закона об авторском праве". Такой уровень "единообразия" не был достигнут в течение длительной истории Бернской конвенции (и разработки международных норм авторского права вообще), и такая идея не могла – и не может – казаться истинно реалистической идеей. "Единообразие" можно рассматривать только как оптимальную и идеальную абстрактную конечную цель, к которой международное авторско-правовое сообщество может подойти еще ближе, но которую оно не сможет никогда достигнуть в полной мере. Слово "гармонизация", по-видимому, лучше соответствует этому процессу и, на самом деле, в международных дискуссиях используется именно оно, а не слово "единообразие".

БК-преамбула 5. Цель предоставления охраны "наиболее эффективным и единообразным способами" указывает на намерение предоставить прочную и эффективную охрану прав авторов, и это важно иметь в виду при толковании материальных норм Конвенции. Однако, вполне ясно, что "наиболее эффективная" охрана не обязательно означает по возможности наиболее высокий

уровень охраны, который могут предложить воображение и правовая техника. Выражение "наиболее", по-видимому, также относится к двум возможным причинам, в свете которых международному сообществу, возможно, придется принимать нормы на несколько более низком уровне: во-первых, экономические и социальные условия в некоторых странах могут не позволить принять возможно наиболее высокие стандарты; и, во-вторых, существует потребность в обеспечении баланса между государственным интересом в предоставлении эффективной охраны авторам и рядом других государственных интересов.

БК-преамбула 6. Эти соображения учитывались на протяжении всей истории Бернской конвенции. Ничто не может доказать это лучше, чем заявление, сделанное г-ном Нума Дроз, председателем самой первой (1884 год) Бернской дипломатической конференции, в его заключительной речи: *"В то время как некоторые делегации могли бы пожелать более широкой и более единообразной охраны прав авторов, им пришлось уделить должное внимание и тому факту, что идеальные принципы, торжества которых мы добиваемся, могут совершенствоваться только постепенно в столь разных странах, которые мы хотим видеть членами Союза. Следует также учитывать то, что ограничения по абсолютной охране диктуются, именно по моему мнению, государственным интересом. Все возрастающая потребность в массовом обучении никогда не могла бы быть удовлетворена, если бы не было никакой оговорки об определенных средствах воспроизводства, которые в то же время не должны перерасти в злоупотребления. Это были различные точки зрения и интересы, которые мы стремились привести в соответствие в проекте Конвенции"*<sup>11</sup> [курсив мой].

## СТАТЬЯ 1

[Образование Союза]<sup>12</sup>

**Страны, к которым применяется настоящая Конвенция, образуют Союз по охране прав авторов на их литературные и художественные произведения.**

БК-1.1. Эта статья не содержит материальных норм. Если бы эта статья не была включена, никакого изменения не произошло бы в отношении прав и обязательств "стран, к которым применяется настоящая Конвенция". Можно было бы сказать, что эта статья все же необходима, поскольку в ней указываются объект и цель Конвенции: "охрана прав авторов на их литературные и художественные произведения". Это, однако, не так, поскольку объект и цель уже ясно изложены в преамбуле.

БК-1.2. "Страны, к которым применяется настоящая Конвенция", являются странами-участницами – договаривающимися сторонами – Конвенции, а "Союз", который они образовали, представляет собой совокупность стран - участниц. В различных положениях Конвенции часто используется термин "страны Союза". Этот термин также означает "договаривающиеся стороны". Существуют исторические причины использования понятия образования "Союза" и термина "страны, к которым применяется настоящая Конвенция", а не термина "договаривающиеся стороны".<sup>13</sup> Не совсем оправданно обсуждать эти причины в данном Руководстве, которое предлагает сконцентрировать внимание на материальных нормах Конвенции.

БК-1.3. В этой статье используется тот же самый термин, что и в первом пункте преамбулы: "права на литературные и художественные произведения". Важно отметить нейтральный характер этого термина, использование которого не просто случайно. Составители проекта Конвенции хотели избежать употребления каких бы то ни было "идеологически нагруженных" терминов и понятий, которые соответствовали бы только определенным школам мысли в области авторского права, а не другим.

## СТАТЬЯ 2

[Охраняемые произведения: 1. "Литературные и художественные произведения"; 2. Возможное требование фиксации; 3. Производные произведения; 4. Официальные тексты; 5. Сборники; 6. Обязательство об охране; лица, пользующиеся охраной; 7. Произведения прикладного искусства и промышленные образцы; 8. Новости]

- (1) Термин "литературные и художественные произведения" охватывает любую продукцию в области литературы, науки и искусства, вне зависимости от способа и формы ее выражения, включая: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, гравирования и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам.
- (2) Однако, законодательством стран Союза может быть предписано, что литературные и художественные произведения или какие-либо определенные их категории не подлежат охране, если они не закреплены в той или иной материальной форме.
- (3) Переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературного или художественного произведения охраняются наравне с оригинальными произведениями, без ущерба правам автора оригинального произведения.
- (4) Законодательством стран Союза может определяться охрана, предоставляемая официальным текстам законодательного, административного и юридического характера и официальным переводам таких текстов.
- (5) Сборники литературных и художественных произведений, например, энциклопедии и антологии, представляющие собой по подбору и расположению материалов результат интеллектуального творчества, охраняются как таковые, без ущерба правам авторов каждого из произведений, составляющего часть таких сборников.
- (6) Произведения, указанные в настоящей статье, пользуются охраной во всех странах Союза. Эта охрана осуществляется в пользу автора и его правопреемников.
- (7) С учетом положений статьи 7 (4) настоящей Конвенции, законодательством стран Союза может определяться степень применения их законов к произведениям прикладного искусства и промышленным образцам и моделям, а также условия охраны таких произведений, образцов и моделей. В отношении произведений, охраняемых в стране происхождения исключительно как образцы и модели, в других странах Союза может быть истребована лишь специальная охрана, предоставляемая в данной стране образцам и моделям; однако, если в данной стране не предоставляется такой специальной охраны, эти произведения охраняются как художественные произведения.
- (8) Охрана, предоставляемая настоящей Конвенцией, не распространяется на новости дня или на различные события, имеющие характер простой пресс-информации.

Пункт (1): "литературные и художественные произведения"; общее понятие

БК-2.1. Пункт (1) статьи 2 содержит два элемента: во-первых, общие черты понятия "литературные и художественные произведения"; и, во-вторых, не исчерпывающий список таких произведений.

БК-2.2. В предыдущем пункте используется выражение “общие черты понятия ‘литературные и художественные произведения’” нежели выражение “определение понятия ‘литературные и художественные произведения’”, поскольку невозможно говорить о полном определении.

БК-2.3. Хотя в статье 2(1) это и не указывается в прямой форме, но контекст, в котором слова “произведение” и “автор” используются в Конвенции – тесно связанные друг с другом – показывает, что только та продукция отвечает критериям произведений, которая представляет собой результат интеллектуального творчества (и, следовательно, только те лица являются авторами, чья интеллектуальная творческая деятельность порождает такие произведения). Это первый основной элемент понятия литературных и художественных произведений.

БК-2.4. Документы различных дипломатических конференций по принятию и пересмотру Бернской конвенции отражают то, что причина, по которой в статье 2(1) Конвенции не указывается в прямой форме, что произведения – это результат интеллектуального творчества, заключается в том, что этот элемент понятия произведений считался очевидным.

БК-2.5. Все это было указано в прямой форме на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру, где в Общем отчете – относительно некоторых категорий произведений – подчеркивалось следующее: “Вы не сочли необходимым специально указать, что эти произведения представляют собой результат интеллектуального творчества, потому что ... *если мы говорим о литературных и художественных произведениях, мы уже используем термин, который означает, что мы говорим о ... результате интеллектуального творчества в сфере литературы и ремесел*”.<sup>14</sup> [курсив мой].

БК-2.6. В одном месте текст самой Конвенции также содержит прямую ссылку на то, что только интеллектуальные творения считаются произведениями. Она включена не в статью 2(1) Конвенции о “литературных и художественных произведениях” (где, как упоминается выше, это было очевидно), а в статью 2(5), относящуюся к сборникам (где было целесообразно выделить этот элемент понятия литературных и художественных произведений).

БК-2.7. На основании документов различных дипломатических конференций по принятию и пересмотру Конвенции также очевидно, что под произведением подразумевается результат интеллектуального творчества и это означает не то, что произведение должно быть новым в соответствии с понятием “новизна” (используемым в области промышленной собственности), а то, что оно должно быть оригинальным.

БК-2.8. Однако понятие оригинальности не используется в полной мере единообразно. В соответствии с некоторыми национальными законами – главным образом теми, которые следуют традиции общего права – достаточно, чтобы создания в области литературы и искусства являлись результатом “мастерства и труда” или “последней капли пота”, тогда как некоторые другие национальные законы – в некоторых странах следующих традиции гражданского права – применяют более строгий критерий оригинальности. В соответствии с последними законами недостаточно, чтобы создания являлись результатом интеллектуального творчества; помимо этого также есть условие, что в известном смысле они должны быть “индивидуальным” творением, “отражающим личность автора”.

БК-2.9. Хотя в национальном законодательстве все еще существуют различия в отношении понятия оригинальности, просматривается тенденция постепенного стирания этих различий, и в этом отношении между вышеупомянутыми разными школами и правовыми системами имеет место нечто, похожее на схожесть. Направление этой тенденции можно кратко изложить следующим образом: просто “до последней капли пота” – это недостаточно, чтобы создания определялись как произведения; для этого также необходимо, чтобы они были результатом интеллектуального творчества. Однако в то же время это является единственным условием; то есть, неоправданно требовать какого-то “более высокого” уровня творчества или какого-то “отражения личности автора”, выходящего за пределы простого требования интеллектуального творения.

БК-2.10. Бернская конвенция не содержит никакого специального положения, относящегося к так называемой “идейно-выразительной дихотомии”, которое содержится, например, в Соглашении ТРИПС (статья 9.2) и ДАП (статья 2). Однако принцип,

24

согласно которому авторско-правовая охрана распространяется не просто на идеи (общий термин, к которому вышеупомянутые положения Соглашения ТРИПС и ДАП добавляют – в качестве пояснения – процессы, методы функционирования и математические концепции), а только на конкретные оригинальные выражения идей, может быть выведен из основного значения общего термина “создания”. Просто идея, по-видимому, еще не создание; она превращается в создание только тогда, когда развивается в конкретную форму выражения.

БК-2.11. Фразу “вне зависимости от способа и формы ее выражения” также можно рассматривать как ссылку на “идейно-выразительную дихотомию”, так как можно считать, что основной принцип, согласно которому просто идея недостаточна для авторско-правовой охраны, уже следует из того, что упоминается в предыдущем пункте, и использование слова “выражение” указывает способ, которым интеллектуальные творения могут принимать форму. Однако эту фразу также можно рассматривать как отражение другого основного принципа, если обратить внимание на его первую часть: “вне зависимости от способа и формы”; а именно, того принципа, что авторско-правовая охрана не зависит от какой-либо эстетической оценки или от природы и качества конкретной формы выражения.

БК-2.12. Второй основной элемент понятия литературных и художественных произведений раскрывается прилагательными “литературные” и “художественные”.

БК-2.13. Следует отметить, что в то время как в Бернской конвенции используется в основном термин “литературные и художественные произведения”, указывающий на объект охраны, в статье 2(1) Конвенции, в дополнение к прилагательным “литературные” и “художественные” также появляется третье прилагательное, а именно “научные”. Однако документы различных дипломатических конференций вполне ясно отражают, что это третье прилагательное предназначено лишь для того, чтобы показать, что понятие литературных и художественных произведений не должно толковаться ограничительным образом; например, таким образом, что под “литературными произведениями” подразумеваются только “беллетристика” или произведения “художественной литературы”, и что термин “художественные произведения” имеют лишь узкое значение, сведенное до “изобразительных искусств”. По-видимому, прилагательное “научные” не является обязательным в передаче этого аспекта понятия “литературные и художественные произведения”, и что оно может быть также вводящим в заблуждение. Это так, поскольку произведение в научной области охраняется не вследствие его научного характера, а потому что оно является результатом интеллектуального творчества в форме письменного произведения, рисунка или аудиовизуального произведения или других созданий в области литературы и/или искусства.

БК-2.14. Прилагательное “литературные” необходимо понимать как означающее все языковые – и информационно-ориентированные произведения, выраженные буквами, числами или иными аналогичными символами, независимо от того, понятны они ли каждому человеку или закодированы (и потому доступны только тем, кто знает и может пользоваться кодом, либо посредством использования подходящего оборудования). Прилагательное “художественные” в данном контексте охватывает все возможные способы и формы выражения, за исключением тех, что являются “литературными”.

БК-2.15. Подавляющее большинство положений Конвенции распространяется на “литературные и художественные произведения” вообще. Очень редко, когда какое-то положение охватывает или только литературные произведения, или только художественные произведения, либо определенную категорию или подкатегорию произведений. Хотя некоторые произведения можно считать исключительно “литературными произведениями” (такими как, например, рассказы, стихи или научные исследования) или исключительно “художественными произведениями” (такими как произведения живописи или скульптуры), это не обязательно так. Так никогда не было, и особенно в эру “мультимедийных произведений”. Термин “литературные и художественные произведения” следует понимать как юридико-технический термин, и в случае того или иного произведения вообще не обязательно определять, может ли оно считаться “литературным произведением” или “художественным произведением”. Этот термин включает все интеллектуальные творения, независимо от того, можно ли их рассматривать как принадлежащие к области литературы, к области искусства или одновременно к обеим областям.

Пункт (1): "литературные и художественные произведения"; не исчерпывающий список

БК-2.16. В пункте (1), после указания некоторых общих очертаний понятия "литературные и художественные произведения", обсуждаемых выше, следует не исчерпывающий список таких произведений. (Не исчерпывающий характер этого списка ясно указывается тем, что эта часть пункта начинается со слова "включая".)

БК-2.17. Перед тем как кратко остановиться на различных категориях произведений, вошедших в не исчерпывающий список, необходимо обсудить, что означает не исчерпывающий характер списка с точки зрения охвата понятия "литературные и художественные произведения". Во-первых, этот список является примером и подтверждением того, что включено в первую часть пункта, показывая, какие виды "созданий в области литературы... и искусства" подразумеваются. Во-вторых, очевидно, что существует обязательство охранять все виды созданий, упомянутые в этом списке в качестве литературных и художественных произведений (при условии, что они являются оригинальными в том смысле, что являются результатом интеллектуального творчества).

БК-2.18. Если влияние включения определенной категории произведений в не исчерпывающий список достаточно понятно, этого нельзя сказать о влиянии не включения такой категории созданий, которая, по-видимому, соответствует общему понятию "литературные и художественные произведения".

БК-2.19. В этом отношении два обстоятельства кажутся вполне несомненными. Во-первых, было бы, безусловно, надежнее, если бы определенная категория произведений была включена в не исчерпывающий список. Во-вторых, нельзя, однако, сказать, что если определенная категория "созданий в области литературы... и искусства" не включена в прямой форме в список, однако она соответствует общему понятию "литературные и художественные произведения", как подчеркивается в начале пункта (1), не существует обязательства в рамках Конвенции предоставлять авторско-правовую охрану этой категории (сказать так - было бы противоречить понятному тексту пункта (1): "термин 'литературные и художественные произведения' охватывает *любые* создания в области литературы, науки и искусства" [курсив мой]). Однако если определенная категория таких созданий не включена в не исчерпывающий список, ее признание в качестве категории литературного и художественного произведения – это вопрос толкования статьи 2(1) Конвенции.

БК-2.20. Если большинство договаривающихся государств ("страны Союза") признают определенную категорию созданий в качестве литературных и художественных произведений, можно говорить о "последующей практике", которая сама по себе является важным источником толкования согласно статье 31.3.(b) Венской конвенции. Однако, в случае спора относительно того, должна ли авторско-правовая охрана предоставляться определенным созданиям, в соответствии с Бернской конвенции существует только один возможный способ его разрешения; а именно, передача его в Международный Суд (ООН), который, однако, на протяжении всей истории Бернской конвенции не стал работоспособным механизмом. В этом причина, по которой конференции по пересмотру вообще предпочитали урегулировать любые возможные сомнения в отношении некоторых новых категорий путем включения в не исчерпывающий список, как только достигалось достаточное соглашение о таком включении.

БК-2.21. Эта традиция была продолжена во время дальнейшего обновления норм международного авторского права посредством принятия отдельных "специальных соглашений" – таких как, в частности, Соглашение ТРИПС и ДАП – а не посредством нового пересмотра Бернской конвенции (хотя Соглашение ТРИПС распространяет эффективную систему урегулирования споров в рамках ВТО на интеллектуальную собственность и, благодаря этому, стало также возможным разъяснить авторско-правовую охрану только что зарождающейся категории созданий путем применения этой системы – основанной непосредственно на общем обязательстве предоставлять охрану "любым созданиям в области литературы, науки и искусства").

БК-2.22. Что касается не исчерпывающего списка созданий, которые должны охраняться как литературные и художественные произведения, в следующих пунктах дается только общий обзор, поскольку нет необходимости обременять это Руководство, стараясь составить подробные определения и описания всех категорий, значение большинства которых вполне понятно (и, если в отношении некоторых из них все же появится тень сомнения, в конце этой книги содержится Глоссарий с его определениями).

БК-2.23. По-видимому, произведения, упомянутые в не исчерпывающем списке, можно разделить на восемь групп, описываемых ниже.

БК-2.24. В первую группу входят книги, брошюры и другие письменные произведения. Здесь особого анализа заслуживает подкатегория: "другие письменные произведения". Она крайне широка, и нет причины стараться истолковать ее ограничительным образом. Так, она охватывает все виды письменных произведений, независимо от способа, которым они зафиксированы, независимо от их предмета (будь то художественные, нехудожественные, научные, технические, медицинские или аналогичные профессиональные письменные произведения, письменное представление информации) и независимо от того, могут они быть поняты непосредственно всяким человеком, знающим данный родной язык, или они выражаются кодами, либо для их понимания требуется некое оборудование. В этом причина, по которой установлено, что компьютерные программы должны рассматриваться как "письменные произведения" (этот аспект обсуждается более подробно в комментариях к статье 4 ДАП ниже).

БК-2.25. Произведения во второй группе – лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения – в сущности, не отличаются от письменных произведений, и когда они зафиксированы, они могут принимать письменную форму (в этом случае они не отличаются и по форме). Они упоминаются отдельно вследствие того, что первоначально они часто создаются в устной, а не письменной форме (по вопросу фиксации произведений как возможного условия предоставления авторско-правовой охраны см. пункт (2) и комментарии к нему ниже).

БК-2.26. Общим элементом третьей группы – драматические или музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы – является то, что они предназначены для представления на сцене. Драматические произведения обычно фиксируются в письменной форме; и поэтому их можно рассматривать как принадлежащих к первой группе, и третьей группе категорий произведений, вошедших в не исчерпывающий список. Музыкально-драматические произведения также фиксируются в письменной форме и в нотном письме. Фиксация хореографических произведений и «пантомим» может быть более трудной (так как для этого не существует таких давно устоявшихся способов и средств фиксации, как для письменных произведений и музыкальных произведений), однако она возможна (как упоминается ниже в комментариях к пункту (2), во время выработки текста Бернской конвенции вопрос о фиксации таких произведений возник в специальной форме). Произведения в этой группе вообще содержат некоторые "алеаторные элементы": для директоров сценических представлений есть возможность внести свой собственный вклад. Если этот вклад имеет творческий характер, сценические представления можно рассматривать как специфические переделки произведения, и как таковым им можно предоставлять также авторско-правовую охрану (в отношении охраны переделок и других изменений произведений см. пункт (3) данной статьи, а в отношении права на переделку см. статью 12 ниже).

БК-2.27. Музыкальные сочинения с текстом и без текста составляют четвертую группу. Эти произведения также обычно фиксируются – в нотном письме и сопроводительном тексте в письменной форме. Однако музыкальные сочинения могут также создаваться посредством живых представлений, в форме импровизаций, которые содержат оригинальные элементы. В случае таких произведений, конечно, может также возникнуть вопрос о фиксации как возможном условии предоставления авторско-правовой охраны.

БК-2.28. Пятая группа – кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии – часто упоминается в новейших международных и национальных нормах и юридической литературе как "аудиовизуальные произведения". Однако этот термин в некоторых специальных случаях не является точным в полной мере, поскольку исключительно "визуальные" произведения – без каких бы то ни было "аудио" элементов – также считаются охватываемыми этой категорией.

БК-2.29. Шестая группа – рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики и литографии – также имеет общее название: "произведения изобразительного искусства". В известном смысле кажется, что было бы более уместным поставить слово "и" после слова "литографии" и добавить затем общий термин "другие произведения изобразительного искусства", так как существует большое разнообразие способов и средств создания этих видов произведений, при помощи которых они выражаются в строках, цвете и формах. (Конечно, совершенно оправданно рассматривать эту группу так, как если бы этот термин был добавлен,

с учетом общего обязательства согласно этому пункту считать “все создания в области ... искусства, вне зависимости от способа и формы ее выражения” охватываемую понятием “литературные и художественные произведения”). Термин “произведения изобразительного искусства” также полезен для подчеркивания различия между произведениями в этой группе и категорией произведений прикладного искусства, обсуждаемой ниже.

БК-2.30. В тексте пункта (1) произведения архитектуры находятся в середине списка того, что упоминается в предыдущем пункте как “произведения изобразительного искусства”. Однако эти произведения имеют некоторые особые признаки, которые оправдывают их выделение в самостоятельную седьмую группу. Эти признаки касаются того, что произведения архитектуры служат утилитарным целям, и что они являются техническими строениями. Важно, чтобы они упоминались среди подлинных произведений изобразительного искусства; это обращает внимание на то, что к авторско-правовой охране относится их художественный аспект, а не технические решения.

БК-2.31. Восьмую группу составляют “фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии”. Потребовалось несколько пересмотров Бернской конвенции, чтобы фотографические произведения стали ближе к их полному уравниванию с другими категориям литературных и художественных произведений. Однако этот процесс не был завершен даже в Парижском (1971 г.) акте Конвенции. Оставалось одно отличие: согласно статье 7(4) минимальный срок охраны этих произведений короче. (Полное уравнивание произошло благодаря статье 9 ДАП, которая устранила это последнее оставшееся отличие; поэтому развитие международных норм авторского права в отношении таких произведений описывается в комментариях к этой статье).

БК-2.32. Особенно оправданно выделять произведения прикладного искусства в отдельную группу – девятую – так как в соответствии с Конвенцией режим охраны является специальным. Это отражено, в частности, в положениях пункта (7) статьи 2. Поэтому этот специальный режим анализируется там.

БК-2.33. Иллюстрации, карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам, составляют десятую – и последнюю – группу произведений, вошедших в не исчерпывающий список литературных и художественных произведений. Тот факт, что они упоминаются специально, обращает внимание на принцип, согласно которому эстетическое качество не является условием предоставления авторско-правовой охраны, а цель создания произведения – помимо особого случая с произведениями прикладного искусства – также не относится к делу.

БК-2.34. Компьютерные программы, базы данных и мультимедийная продукция представляют собой наиболее важные из числа недавно определенных категорий литературных и художественных произведений; все три имеют отношение к развитию информационных технологий. Ни одна из них не вошла в не исчерпывающий список в пункте (1). Как упоминается выше, компьютерные программы признаны в качестве литературных произведений в статье 10.1 Соглашения ТРИПС и в статье 4 ДАП и поэтому обсуждаются в комментариях к положениям последнего. Охрана баз данных анализируется в соответствии с пунктом (5) данной статьи Бернской конвенции, а также в связи со статьей 5 ДАП, которая, аналогично статье 10.2 Соглашения ТРИПС, разъясняет их авторско-правовую охрану. Что касается мультимедийной продукции, ясно, что она подлежит охране согласно пункту (1) и/или пункту (5) Бернской конвенции. Однако не полностью решен вопрос относительно их специфической правовой квалификации (в отношении этого см. соответствующий заголовок – “мультимедийная продукция” – в Глоссарии ниже).

БК-2.35. Согласно ряду национальных законодательств, следующих традиции общего права, понятие “произведения” шире того, что следует из положений Бернской конвенции, и также распространяется на определенные категории – в частности, звукозаписи (фонограммы) и передачи в эфир, которые в соответствии с законами других стран определяются как объекты родственных – или “смежных” – прав. Причины и последствия такого распространения понятия “произведения” обсуждаются во Вступлении выше и, в определенной мере, также в некоторых комментариях, относящихся к соответствующим нормам в материально-правовых положениях Римской конвенции, ниже.

*Пункт (2): возможное требование фиксации*

БК-2.36. Впервые вопрос о фиксации как условии предоставления авторско-правовой охраны возник в связи с хореографическими произведениями и пантомимами. Фиксацию определили в качестве необходимого условия для того, чтобы обеспечить возможность установления и доказательства факта существования этих произведений. Поэтому, когда на Берлинской конференции 1908 года по пересмотру хореографические произведения и пантомимы вошли в не исчерпывающий список литературных и художественных произведений, было добавлено условие, заключающееся в том, что их представление ("постановка") должно быть зафиксировано "в письменной или иной форме".

БК-2.37. Вопрос о фиксации пересматривался на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру. К этому времени критика, заключавшаяся в том, что не логично требовать фиксацию в случае определенных категорий произведений, игнорируя другие категории, была признана оправданной. Таким образом, это условие в отношении вышеупомянутых двух категория произведений было исключено из пункта (1), но в то же время настоящий пункт (2) был включен в статью 2.

БК-2.38. Вслед за идеей оставить на усмотрение стран Союза вопрос о том, хотят ли они требовать фиксацию в качестве условия предоставления охраны, было намерение открыть путь к присоединению к Конвенции тем странам – особенно Соединенным Штатам Америки – законодательство которых содержало такое условие. (Однако следует отметить, что это требование может применяться и, как правило, применяется, разумно. Например, существует возможность считать достаточным одновременную фиксацию живого исполнения).

БК-2.39. Фиксация является условием предоставления авторско-правовой охраны, но не специальной процедурой.

*Пункт (3): производные произведения*

БК-2.40. Произведения, упоминаемые в пункте (3), должны охраняться "наравне с оригинальными произведениями". В этом выражении прилагательное "оригинальный" не возникает в связи с тем значением, которое несло бы в себе понятие "оригинальность" в том смысле, как оно обсуждается выше в комментариях к пункту (1). Любое произведение по определению является оригинальным, поскольку, если создания в области литературы и искусства не удовлетворяют критерию оригинальности, они просто не охватываются понятием "литературные и художественные произведения".

БК-2.41. Использование выражения "наравне с оригинальными произведениями" тесно связано с характером созданий, перечисленных в этом пункте в качестве "производных произведений": "переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки" литературных и художественных произведений. Они - производные, поскольку происходят от ранее существовавших произведений в том смысле, что в них присутствуют некоторые элементы этих произведений. Эти элементы, как полагают, являются больше, чем просто подлежащей идеей ранее существовавших произведений (потому что такие идеи сами по себе – как обсуждается выше – не пользуются авторско-правовой охраной). В то же время эти создания должны содержать некоторые дополнительные элементы – иные, в отличие от тех, которые "заимствованы" у ранее существовавших произведений – являющиеся результатом интеллектуального творчества, а потому оригинальными. Однако если они приносят некие новые оригинальные элементы в те, которые содержались в ранее существовавших произведениях, то должны пользоваться охраной также как и ранее существовавшие произведения, от которых они произошли (или любые иные произведения, созданные непосредственно, без какого бы то ни было "заимствования" у ранее существовавшего произведения). Поэтому в этом пункте прилагательное "оригинальные" в термине "оригинальные произведения" является в действительности синонимом "ранее существовавших" или "непроизводных".

БК-2.42. Во фразе "без ущерба правам автора оригинального произведения" прилагательное "оригинальное" имеет то же значение, что и в термине "оригинальные произведения", как обсуждалось в предыдущем пункте. Здесь, однако, упоминается конкретное ранее существовавшее – "оригинальное" – произведение, от которого произошли перевод, адаптация и т. д., и данная фраза поясняет взаимосвязь между охраной производного произведения и ранее существовавшего – "оригинального" – произведения,

от которого произошло первое. Охрана производного произведения "без ущерба правам автора оригинального произведения" означает существование двух категорий прав на такое произведение: прав на ранее существовавшее – "оригинальное" – произведение и прав на производное произведение.

БК-2.43. Однако на практике предоставление правомочий на производные произведения зачастую упрощается. Это объясняется тем, что – на основании права на перевод и права на переделку, аранжировку и другое изменение (статьи 8 и 12 Конвенции) – ни одно производное произведение охраняемого ранее существовавшего произведения не может быть создано без разрешения автора последнего. В договоре, содержащем условия предоставления таких правомочий, можно затем согласовать, *inter alia*, и основы упрощенной системы предоставления такого разрешения.

БК-2.44. Может возникнуть вопрос относительно того, подлежит ли авторско-правовой охране производное произведение, созданное без разрешения автора охраняемого ранее существовавшего произведения. По-видимому, ответ на этот вопрос должен быть утвердительным. Это так, поскольку несмотря на то, что производное произведение является результатом нарушения прав на ранее существовавшее произведение, это обстоятельство в отдельности не является оправданием использования производного произведения без разрешения. (Иногда ссылаются на принцип, согласно которому "кража у вора – то же кража", однако этот принцип не совсем подходит, поскольку то, что "украдено" у автора производного произведения, это больше того, что он "украл" у автора оригинального произведения). Документы дипломатических конференций по пересмотру Конвенции не оставляют никакого сомнения в том, что это толкование является правильным, и что оно соответствует намерениям представителей стран Союза, когда они принимали соответствующие положения. Первоначальный (1886 г.) Акт Конвенции предусматривал охрану только "законных" переводов (в этом акте не было еще положений относительно охраны переделок и т.д.). Однако, когда на Берлинской конференции 1908 года по пересмотру было принято, по существу (в Берлинском акте уже была формулировка второго пункта статьи 2) то, что содержится в статье 2(3) Конвенции (всего лишь некоторые, не существенные изменения имели место позже, на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру), прилагательное "законных" было удалено из текста в том месте, где указывалось, что нет никакого основания допускать использование не разрешенных производных произведений "безнаказанно".<sup>15</sup>

БК-2.45. Несмотря на то, что в Парижском (1971 г.) акте года авторско-правовой статус переводов и права на перевод, с одной стороны, и авторско-правовой статус переделок и права на переделку, с другой стороны, кажутся одинаковыми, это не означает, что связь между переводами и переведенными произведениями та же самая, что и связь между переделками и переделанными произведениями. Задача перевода заключается в том, что он должен преподнести новый языковой вариант литературного произведения настолько верно в отношении ранее существовавшего текста, насколько это возможно. Его оригинальные элементы можно обнаружить в "воссоздании" произведения на другом языке – том же построении мыслей, тех же (существенных) выражениях чувств, той же форме представления информации и т.д. – в новой "внешней" форме. Это в очень большой мере зависит от характера оригинального текста, независимо от того, оставляет он или нет возможность для творчества. Перевод стихотворения, например, если он не просто "грубый перевод" (лишь дающий словарные эквиваленты слов, присутствующих в оригинальном тексте), обычно может потребовать творческих усилий. С другой стороны, чисто технический текст может не нуждаться в выборе различных альтернатив, когда переводится верно; поэтому его перевод не может быть поставлен в ряд интеллектуальных творений и, следовательно, не может считаться произведением.

БК-2.46. Характер адаптаций, аранжировок и других аналогичных переделок отличается. Они не оставляют конкретное построение мыслей, выражение чувств, представление информации и т.д. совершенно нетронутыми (как переводы). Независимо от того, на каком языке они созданы: на том же самом или на ином, чем язык ранее существовавшего произведения, они "по определению" изменяют указанные выше построение, выражение, представление и т.д. Их творческая сила и оригинальность – которые являются обоснованием их самостоятельной охраны – заключаются как раз в элементах, которые отличаются от тех или иных ранее существовавших произведений. Этот отличный характер указанных двух подкатегорий производных произведений, по-видимому, объясняет тот факт, что они получили различное регулирование в Бернском акте в отношении их статуса, и лишь в Брюссельском акте они все-таки получили "равноправный режим".

БК-2.47. Понятие "перевод" вполне очевидно, если кто-то задается транспозицией некоего текста из одного существующего языка (разговорного или "мертвого", как латинский; живого или искусственного, как эсперанто; общепринятого, как тосканско-итальянский; или языка диалектов, как "неаполитано") в другой. Менее очевиден, однако, тот факт, что преобразование какой-то компьютерной программы в другой "компьютерный язык", либо исходного кода в объектный код мы можем рассматривать как перевод; иначе они должны рассматриваться нами как изменение "другой переделки". Право на такие действия сохраняется за национальным законодательством, которое трактует их правовую квалификацию; в любом случае авторско-правой статус не отличается в значительной мере в зависимости от того, к какой из этих категорий они относятся.

БК-2.48. Понятие "переделка" также вполне ясно. Переделка означает превращение произведения в другой жанр (например, романа в драматургическое произведение) или в целях нахождения новых способов использования произведений (например, создания "сокращенного" варианта произведения). Конечно, кинематографическая переделка произведения также является переделкой, но лишь в отношении того, к чему применяются специальные положения (см. статьи 14 и 14bis Конвенции). Понятие "музыкальные аранжировки" также не требует подробного объяснения. Значение же термина «другие переделки литературных и художественных произведений», безусловно, требует толкования. Само собой разумеется, что этот термин не может означать любые переделки – а лишь те, которые приводят к новым оригинальным элементам в отношении прежней, не измененной формы произведения. На самом деле не так уж просто найти очевидные примеры для этой подкатегории производных произведений. Иногда упоминают карикатуры и пародии (настолько, насколько их нельзя охарактеризовать в качестве переделок), однако превращение компьютерной программы в другой компьютерный "язык", либо исходного кода в объектный код – как упоминается выше – может также быть включено в эту более широкую подкатегорию.

#### *Пункт (4): официальные тексты*

БК-2.49. Причины, кроющиеся за положением в пункте (4), вполне очевидны. Эти виды официальных текстов должны быть доступными свободно – их доступность не должна зависеть от разрешения частных лиц – для того, чтобы граждане и юридические лица могли быть информированы о своих правах и обязательствах и о соответствующих решениях органов управления, насколько это возможно.

БК-2.50. Текст этого положения также ясен. Единственное, что заслуживает особого упоминания, это то, что данное исключение охватывает лишь действительно официальные тексты законодательного, административного или судебного характера; то есть, те тексты, которые создаются и принимаются законодательными, административными или судебными органами (такие как законы, административные постановления или решения суда).

БК-2.51. Может быть, правомерен вопрос, а почему официальные переводы официальных текстов упоминаются отдельно, когда совершенно ясно, что если они приняты официально (что так оно и есть, если их считают официальными), они обязательно становятся официальными текстами. Этот вопрос можно рассматривать как простое излишество – которое обычно не создает никаких проблем с толкованием; напротив, оно может подтвердить соответствующее толкование текста. В действительности, за этим, однако, скрываются некоторые исторические причины. Вплоть до Стокгольмского пересмотра 1967 года в Конвенции содержалось лишь положение относительно возможности исключения авторско-правовой охраны относительно переводов (не только официальных переводов) официальных текстов, вследствие того, что (как обсуждается более подробно в комментариях к статье 9 Конвенции, ниже), если право на перевод было в прямой форме признано Конвенцией, право на воспроизведение еще не было признано.

#### *Пункт (5): сборники*

БК-2.52. Впервые охрана сборников была предусмотрена Берлинским (1908 г.) актом Конвенции; к тому времени сборники все еще охранялись в категории "производных произведений". Они упоминались (в статье 2(2)) вместе с переводами, переделками и т.д. Затем на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру сборники были переведены в отдельный пункт. В Брюссельском акте это был пункт (4), который на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру был перенумерован – без какого бы то ни было изменения по существу – в пункт (5).

БК-253. Выделение сборников из разряда производных произведений кажется оправданным, поскольку их характер не совпадает с характером производных произведений, упоминаемым в пункте (3). Элемент интеллектуального творчества – оригинальность – который является требованием для охраны сборников в качестве произведений, не выражается тем же самым образом, как он выражается в преобразовании ранее существующих произведений (как в случае производных произведений). Сборники оставляют включенные в них произведения не тронутыми; основанием для их охраны в качестве произведений является то, что “по подбору и расположению их содержания [они] представляют собой результат интеллектуального творчества”.

БК-254. Сборники – энциклопедии, антологии, сборники профессиональных исследований и т.д. – в отношении которых охрана определяется пунктом (5), представляют собой сборники литературных и художественных произведений. Однако, поскольку результат интеллектуального творчества, показанный на примере сборника, охраняемого в соответствии с данным положением, не зависит от элементов интеллектуального творчества, а потому от авторско-правовой охраны произведений, подобранных или расположенных в нем, он, несомненно, не может быть дополнительным условием того, что эти произведения также пользуются охраной. Сборники произведений, никогда не подпадающих под охрану, например, в отсутствие договорных обязательств, или сборники древних произведений во времена, когда не существовало никакой авторско-правовой охраны, и произведений, составляющих всеобщее достояние по той или иной причине, также пользуются охраной согласно данному пункту, если они являются результатом интеллектуального творчества по указанной причине. Фраза “без ущерба правам авторов каждого из произведений, составляющего часть таких сборников” в конце данного пункта должна пониматься соответствующим образом; она касается только тех произведений, которые все еще пользуются авторско-правовой охраной.

БК-255. Из того, что указано в предыдущем пункте, следует, что сборники, не содержащие литературные и художественные произведения, не подлежат охране согласно пункту (5). Однако, поскольку результат интеллектуального творчества в отношении сборников согласно данному пункту не зависит от произведений, составляющих части таких сборников, и поскольку он представляет собой исключительно подбор и расположение содержимого этих сборников – то есть, поскольку подбор и расположение как таковые признаются основанием для охраны таких созданий в качестве произведения – едва ли оправданным могло быть исключение из объектов охраны тех сборников, которые представляют собой результат интеллектуального творчества, на основании первоначального подбора и расположения их содержания, только потому, что их содержание в отдельности не пользуется авторско-правовой охраной. Хотя они и не подлежат охране согласно пункту (5) статьи 2, так как не содержат литературные и художественные произведения, они должны подпадать под охрану согласно пункту (1) той же статьи, так как в соответствии с этим пунктом все создания – все оригинальные творения – в области литературы и искусства должны пользоваться охраной как произведения. Вот в чем заключается причина, по которой положение в статье 5 ДАП, а также в статье 10.2 Соглашения ТРИПС следует рассматривать как простое объяснение обязательства предоставлять охрану таким сборникам/компиляциям как произведениям.

БК-256. Также из содержания пункта (1) статьи 2 Конвенции следует вполне резонный вопрос, касающийся того, как следует понимать слово “и” в выражении “подбор и расположение” согласно пункту (5) данной статьи. Более точен такой вопрос: необходимы ли и оригинальный характер подбора, и оригинальный характер расположения содержания для того, чтобы сборник можно было признать произведением, охраняемым авторским правом? Согласно пункту (1) любое создание (любое интеллектуальное творение) является охраняемым произведением независимо от причины, в силу которой оно является оригинальным. Следовательно, если сборник оригинален только по причине подбора его содержания или его расположения, эта оригинальность достаточна для его авторско-правовой охраны. Поэтому в пункте (5) слово “и” в выражении “подбор и расположение” следует понимать как “и/или”. Тем не менее, в статье 5 ДАП, а также в статье 10.2 Соглашения ТРИПС появляется слово “или”, и таким образом текст более понятен.

*Пункт (6): обязательство об охране произведений и предоставлении охраны в пользу авторов и их правопреемников*

БК-257. Пункты (1) - (5) дают общие черты понятия литературных произведений и предлагают их не исчерпывающий список. Первая

фраза пункта (б) предусматривает само обязательство в отношении таких произведений; а именно, что эти произведения должны пользоваться охраной во всех странах Бернского союза.

БК-2.58. Если первая фраза указанного пункта не требует доказательства, этого не скажешь в отношении второй фразы. По-видимому, необходим ответ на два основных вопроса: (i) что такое понятие "автор"; и (ii) кого следует признавать в качестве "правопреемников"?

БК-2.59. В отношении понятия "автор" необходимо учитывать, что в самом тексте второй фразы подчеркивается, что это понятие важно применять надлежащим образом, в соответствии с тем, что вытекает из текста, и в рамках соглашения, принятого за основу в ходе подготовительной работы (отражено в документах различных Дипломатических конференций). Это так, поскольку из этой фразы следует, что "автором" не может быть признано просто какое-то лицо; существуют определенные элементы, которые должны быть приняты во внимание. Иначе бы данная фраза звучала следующим нелепым образом: "Эта охрана осуществляется в пользу любого лица, которое может быть указано национальным законодательством, и его правопреемников".

БК-2.60. Хотя в статье 2(1) Бернской конвенции не указывается в прямой форме, но контекст, в котором слова "произведение" и "автор" используются в Конвенции, тесно связанные друг с другом, указывает на то, что произведениями считаются только те создания, которые представляет собой результат интеллектуального творчества, и, следовательно, авторами считаются только те лица, чья интеллектуальная творческая деятельность порождает такие произведения. Из этого следует, что юридические лица, которые сами не обладают интеллектом, обычно не охватываются понятием "автор". Как обсуждалось выше, документы дипломатических конференций по принятию и пересмотру Бернской конвенции отражают то, что причина, по которой в статье 2(1) Конвенции не указывается в прямой форме, что произведения – это результат интеллектуального творчества, а, следовательно, что только физические лица могут быть авторами, заключается в том, что этот элемент понятия произведений и, следовательно, авторов, считался самоочевидным. Выше также упоминалось о том, что, тем не менее, в одном месте в тексте самой Конвенции также содержится положение о том, что только интеллектуальные творения являются произведениями; а именно, в статье 2(5), относящейся к сборникам, где было признано целесообразным подчеркнуть этот элемент понятия произведений и, следовательно, авторов.

БК-2.61. В Бернской конвенции слово "автор" используется в том значении, которое соответствует приведенному выше понятию. (Это в особенности очевидно, например, если учесть положение о сроке охраны в статье 7(1), которая говорит о смерти автора как основании для исчисления срока). Если Конвенция позволяет национальным законодательствам признавать юридических или физических лиц, за исключением авторов, в качестве первоначальных владельцев прав, в ней не указываются "авторы", а используется нейтральный термин: "владельцы авторского права" (см. статью 14bis).

БК-2.62. Следует, однако, отметить и то, что во второй фразе статьи 14bis(1) Конвенции указывается, что "владелец авторского права на кинематографическое произведение пользуется такими же правами, как и автор оригинального произведения". Эта фраза не только показывает, что "владелец авторского права" и "автор" не обязательно являются одним и тем же лицом, но также дает понять, что в данном случае права владельца авторского права, даже если этот владелец является лицом иным, чем автор, или юридическим лицом, являются теми же, что и права автора. Поэтому может быть задан вопрос, а есть ли на самом деле существенная разница, если первоначального владельца авторского права, иного, чем "автор", такого как продюсер, который может быть юридическим лицом, назвать просто "автором"? По-видимому, было бы несовместимо с положениями Бернской конвенции, если бы законодательный орган страны Союза ответил на этот вопрос, заявив, что нет никакой существенной разницы и, в довершении всего также квалифицировал такое юридическое лицо в качестве "автора".

БК-2.63. Отчет Основного комитета I Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру дает понять, что толкование, изложенное в общих чертах в предыдущем пункте, оправданно. Оно отражает следующее предложение: "Делегация Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии предложила... добавить... фразу о том, чтобы странам Союза была предоставлена возможность считать создателя кинематографического произведения автором" (курсив мой); следует отметить, что то, что предлагалось, должно было пониматься не в том смысле, что создателя, часто юридическое лицо, следует считать

первоначальным владельцем авторского права, а то, что создателя следует считать автором).<sup>16</sup> Относительно этой фразы в Отчете отражено следующее общее мнение: "Что касается предложения делегации Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, участники согласились о нецелесообразности внесения предложенной фразы, поскольку общепринято, что Конвенция всегда толкуется в смысле, подразумеваемом в этом предложении, и поскольку данная ситуация была бы прояснена в предлагаемой новой статье 14bis" [курсив мой].<sup>17</sup>

БК-2.64. Независимо от этого, остается верным, что данное положение лучше соответствует духу Бернской конвенции, если «авторами» признаются только физические лица. Кроме того, оно также лучше соответствует букве Конвенции с учетом различия в тексте Конвенции между просто «владельцами авторского права» и «авторами».

БК-2.65. Пояснение во второй фразе относительно того, что не только авторы, но также их правопреемники могут пользоваться охраной в соответствии с Конвенцией, не кажется обязательным, поскольку это следовало бы понимать именно таким образом, если учитывать некоторые другие положения, даже если это не указывалось в прямой форме. А именно, из текста статьи 6bis(1) понятно, *inter alia*, что имущественные права авторов переуступаются *inter vivos*. Из положений статьи 7(1) и 7bis (а также статьи 6bis(2)) Конвенции, которые предусматривают сроки охраны после смерти автора, также следует, что имущественные и неимущественные права переуступаются по причине смерти. Поэтому в число правопреемников входят цессионарии и наследники, либо другие правопреемники по причине смерти автора.

БК-2.66. Вообще можно сказать, что ссылка на «автора» в Конвенции, если из текста и контекста некоторых специальных положений (таких как статья 6bis относительно неимущественных прав) не следует обратное, означает, кроме истинного автора, также правопреемников автора и, если первоначальные владельцы прав являются юридическими или физическими лицами, за исключением авторов, также таких других юридических и физических лиц и их правопреемников.

#### *Пункт (7): произведения прикладного искусства /промышленные образцы*

БК-2.67. Произведения прикладного искусства обладают двойственным характером: их можно считать художественными произведениями; однако их эксплуатация и использование происходят не на специальных культурных рынках, а на рынке продукции общего назначения. Это обстоятельство приводит произведения прикладного искусства на границу раздела между авторским правом и промышленной собственностью. В этом причина, по которой – хотя произведения прикладного искусства упоминаются в не исчерпывающем списке произведений в пункте (1) – пункт (7) сохраняет достаточно широкое право за странами Союза в отношении того, как они предоставляют охрану этой продукции в этой сложной области.

БК-2.68. Сохранение за законодательством стран Союза права «определять степень применения их законов к произведениям прикладного искусства и промышленным образцам и полезным моделям, а также условия охраны таких произведений, образцов и моделей» означает две вещи: право в предоставлении охраны такой пограничной продукции в соответствии с авторским правом или в соответствии со специальной охраной промышленных образцов и право в определении условий авторско-правовой охраны, если она предоставляется (этот последний курс позволяет странам Союза не принимать во внимание некоторые элементы минимальной охраны, предписываемые Конвенцией).

БК-2.69. Тем не менее, пункт (7) также дает определенное ограничение этого права, а именно, когда предоставляется авторско-правовая охрана; хотя не требуется предоставлять тот же самый срок охраны, что и в отношении литературных и художественных произведений вообще, этот срок не может быть короче того срока, который предоставляется в статье 7(4) Конвенции (25 лет со времени создания произведения).

БК-2.70. Из возможности предоставления только охраны промышленных образцов для таких произведений следует, что ограничение принципа национального режима было установлено оправданным в этом отношении. Это предусматривается во второй фразе данного пункта. Последняя фраза этого предложения была включена на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру для регулирования специальных случаев, когда в одной стране существует только охрана промышленных образцов, а

в другой существует авторско-правовая охрана для такой продукции (в таком случае принцип национального режима вводится заново).

Пункт (8): никакой авторско-правовой охраны в отношении новостей дня и сообщений о различных событиях (имеющих характер простой пресс-информации)

БК-2.71. Лучший способ толкования значения положения в пункте (8) – процитировать отчет Основного комитета I Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру. Текст этого положения был включен в Брюссельском акте в статью 9(3) Конвенции. В “Программе” конференции по пересмотру предлагалось перенести это положение в статью 2, в виде пункта (2), не изменяя его по существу (но лишь с некоторыми незначительными изменениями формулировки). В отчете Основного комитета I о “Программе” было сказано следующее: “В соответствии с комментариями, данными в Программе, значение этого пункта было следующим: Конвенция не распространяет охрану на простую пресс-информацию о новостях дня или различных событиях, потому что такие материалы не обладают свойствами, необходимыми для того, что считаться произведениями. Это подразумевает *a fortiori*, что сама пресс-информация или события не подлежат охране. Статьи журналистов или другие “журнальные” произведения, сообщающие пресс-информацию, с другой стороны, подлежат охране в той мере, в какой они являются литературными или художественными произведениями. Представлялось несущественным пояснить текст Конвенции по этому вопросу”.<sup>18</sup> Отчет отражает согласие Дипломатической конференции с этим пониманием, показывающим, что предложения, включенные в “Программу”, были приняты, и что Брюссельский текст был передан, как предлагалось, только с некоторыми несущественными изменениями формулировки.<sup>19</sup>

БК-2.72. Следует отметить, что пункт (8) касается только отдельной пресс-информации и отдельных событий. Если они подбираются и/или располагаются оригинальным способом, они пользуются охраной согласно пункту (1), как обсуждалось в комментариях к пункту (5).

БК-2.73. Необходимо также сказать, что пункт (8) не просто не оставляет странам Союза возможность изымать такую пресс-информацию и такие события из авторско-правовой охраны, но он сам по себе дает понять, что охрана в рамках Конвенции не применяется к ним. Возможно, что на основании некоторых правовых институтов, иных, чем авторское право – таких как система *sui generis* по охране баз данных и их содержимого, или недобросовестная конкуренция, – инвестиции в получение, проверку и представление информации, тем не менее, пользуются охраной в данной стране Союза. Для такого случая пункт (8) также дает пояснение, заключающееся в том, что для такой охраны обязательство предоставлять национальный режим не применяется, поскольку объект охраны находится вне охвата Конвенции.

## СТАТЬЯ 2bis

[Возможное ограничение охраны определенных произведений: 1. Определенные речи;

2. Определенное использование лекций и выступлений; 3. Право на подготовку сборников таких произведений]

- (1) Законодательством стран Союза могут полностью или частично изыматься из охраны, предусмотренной предыдущей статьей, политические речи и речи, произнесенные в ходе судебных процессов.
- (2) Законодательством стран Союза могут также определяться условия, на которых лекции, выступления и другие произнесенные публично произведения такого рода могут воспроизводиться в прессе, передаваться в эфир, сообщаться для всеобщего сведения по проводам и составлять предмет публичных сообщений, предусмотренных в статье 11bis(1) настоящей Конвенции, когда такое использование оправдывается информационной целью.
- (3) Однако автор пользуется исключительным правом подготавливать сборники своих произведений, упомянутых в предыдущих пунктах.

*Пункты (1) и (3): право изымать определенные речи из охраны*

БК-2bis.1. Категория устных произведений – “лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения” – включена в не исчерпывающий список произведений в статье 2(1). Однако пункт (1) статьи 2bis – внесенный в Конвенцию на Римской конференции 1928 года по пересмотру – разрешает странам Союза изымать определенные речи из “охраны, предусмотренной предыдущей статьей”, с тем, чтобы они могли использоваться свободно для информационных целей. Ссылка на “предыдущую статью”, несомненно, означает ссылку на пункт (1) и первую фразу пункта (6) статьи 2 (в последнем говорится о том, что произведения, указанные в статье 2, пользуются охраной во всех странах Союза). Кажется, что возможное полное изъятие этих речей из охраны не привело бы ни к какой охране авторских прав вообще; то есть, ни к какому обладанию имущественными и личными неимущественными правами. Однако некоторые комментаторы указывают достаточно верно, что если информационные цели могут в полном смысле оправдать допущение отказа в имущественных правах, это не так в случае личных неимущественных прав. (В последнем случае информационные цели не требуют никакого ограничения; совсем наоборот: личные неимущественные права служат именно информационным целям, так как они гарантируют верное указание источника и достоверности текста речей). Можно также подразумевать другое оправданное толкование, в соответствии с которым, поскольку – несмотря на утверждение в пункте (1), относящееся к возможности их полного изъятия из охраны – статья 2bis, в конце концов, все же обязывает страны Союза предоставлять охрану таких речей, по меньшей мере, в одном отношении (а именно, в подготовке сборника из таких речей, а так как очевидное единственное намерение – также отраженное в тексте и контексте статьи – состоит в том, чтобы разрешать свободное использование для информационных целей, пункт (2) не допускает отказа в личных неимущественных правах для авторов таких речей.<sup>20</sup>

БК-2bis.2. Пункт (3) был введен в текст Конвенции на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру, и это было логическим следствием признания того, что цель разрешения странам Союза изъять из охраны политические речи и речи, произнесенные в ходе судебных процессов, заключается в том, чтобы допустить быстрое и беспрепятственное предоставление информации о содержании таких речей. Эта цель не имеет места – или, по меньшей мере, ее значение исчезло – на момент, когда автор желает подготовить сборник его речей или разрешить другим лицам сделать это.

*Пункты (2) и (3): право ставить условия для осуществления некоторых действий, имеющих отношение к авторскому праву, относительно лекций, выступлений и других произнесенных публично произведений такого же рода*

БК-2bis.3. Существуют сходства и различия между авторско-правовым статусом речей, охватываемых пунктом (1), и этим же статусом в отношении других устных произведений, охватываемых пунктом (2), и способом, который регулирует возможность изъятия или ограничения их охраны.

БК-2bis.4. Предполагается также, что пункт (2) служит информационной цели, и одно из различий между двумя положениями следует как раз из этой цели. Несмотря на то, что содержание политических речей и речей, произнесенные в ходе судебных процессов, вообще оправдывает их свободную доступность для такой цели, между устными произведениями, охватываемыми пунктом (2), существуют важные различия с этой точки зрения. В этом причина, по которой в пункте (2) ясно указывается, что он применим только тогда, когда такое использование оправдывается информационной целью. Устные произведения, которые не имеют прямого содержания информационного характера, не охватываются пунктом (2); это являлось причиной, по которой ссылка на проповеди, которые все еще упоминались в предыдущих актах Конвенции, была изъята из текста пункта (2).

БК-2bis.5. Очень существенным отличием является то, что если пункт (1) допускает изъятие из охраны речей, упомянутых в нем (с ограничениями, обсужденными выше), пункт (2) предоставляет лишь возможность “определять условия”, на которых определенные исчерпывающим образом перечисленные действия могут осуществляться в отношении устных произведений, охватываемых им. Это следующие действия: воспроизведение в прессе, передача в эфир, сообщение для всеобщего сведения по проводам и составление произведения “предметом публичных сообщений, предусмотренных в статье 11bis(1)”. Эти действия охватываются правами, предусмотренными в статьях 9(1) (воспроизведение), 11ter(1)(ii) (сообщение для всеобщего сведения любыми средствами

чтения своих произведений) и статье 11bis(1) (передача в эфир и другие относящиеся к этому способы передачи). Право "определять условия" не распространяется на другие имущественные права и какое-либо неимущественное право.

БК-2bis.6. Пункт (3) также применим для подготовки сборников устных произведений, упомянутых в пункте (2). Однако можно отметить, что это положение менее необходимо в случае таких устных произведений, чем в случае речей. Это так по следующим причинам: во-первых, случаи использования, упомянутые в нем, не кажутся относящимися к подготовке сборников таких устных произведений (воспроизведение в прессе, несомненно, относится лишь к данному устному произведению, имеющему информационную ценность текущего момента, и вряд ли существует практическая возможность того, чтобы полные сборники речей были включены в программу вещания); и, во-вторых, даже если указанные случаи использования могли бы каким-либо образом распространиться на сборники таких устных произведений, пункт (2) ясно указывает, что условия, которые могут быть определены странами Союза, могут относиться только к случаям использования, упомянутым в нем, если такое использование оправдывается информационной целью, а последующая подготовка сборника устных произведений, по своему характеру, очевидно, выходит за пределы такой цели.

## СТАТЬЯ 3

*[Критерии для предоставления охраны: 1. Гражданство автора; место опубликования произведения; 2. Местожительство автора; 3. «Опубликованные» произведения; 4. «Одновременно опубликованные» произведения]*

(1) Охрана, предусмотренная настоящей Конвенцией, применяется:

- (a) к авторам, которые являются гражданами одной из стран Союза, в отношении их произведений вне зависимости от того, опубликованы они или нет;
- (b) к авторам, которые не являются гражданами одной из стран Союза, в отношении их произведений, впервые выпущенных в свет в одной из этих стран или одновременно в стране, не входящей в Союз, и в стране Союза.

(2) Авторы, не являющиеся гражданами одной из стран Союза, но имеющие свое обычное местожительство в одной из таких стран, приравниваются для целей настоящей Конвенции к гражданам этой страны.

(3) Под "опубликованными произведениями" следует понимать произведения, опубликованные с согласия их авторов, вне зависимости от способа изготовления экземпляров, при условии, что количество имеющихся в обращении экземпляров способно удовлетворить разумные потребности публики, принимая во внимание характер произведения. Не является опубликованием представление драматического, музыкально-драматического или кинематографического произведения, исполнение музыкального произведения, публичное чтение литературного произведения, сообщение по проводам или передача в эфир литературных или художественных произведений, показ произведения искусства и сооружение произведения архитектуры.

(4) Произведение считается опубликованным одновременно в нескольких странах, если оно было опубликовано в двух или более странах в течение тридцати дней после первой публикации.

*Пункт (1)(a) и (2): предоставление охраны на основании гражданства и местожительства*

БК-3.1. Статья 3 Конвенции устанавливает критерии для предоставления охраны (или, используя другое выражение: точки привязанности) литературным и художественным произведениям. Статья 3 предусматривает общие критерии, тогда как статья 4 предусматривает некоторые вспомогательные критерии.

БК-3.2. До принятия Стокгольмского (1967 г.) акта Конвенции критерий гражданства применялся только к неопубликованным произведениям (неопубликованные произведения охранялись, если автор был гражданином страны Союза). Со времени

публикации произведение подлежало охране только в том случае, если оно было опубликовано в стране Союза. В принципе это положение соответствовало нелепому последствию, согласно которому произведение "Бернского гражданина", охраняемое до момента публикации, утрачивало охрану, если оно было опубликовано в стране, не являющейся страной Союза (в принципе только, поскольку авторы, конечно, вообще были достаточно осторожны, чтобы избежать такой ситуации). На Стокгольмской конференции по пересмотру вероятность таких нелепых последствий была устранена за счет преобразования гражданства в основной критерий для предоставления охраны (место публикации стало иметь отношение только в случае граждан страны, не являющейся страной Союза). Также в Стокгольме было решено, путем принятия пункта (2), что авторы, не являющиеся гражданами страны Союза, но имеющие свое обычное местожительство в одной из таких стран, приравниваются к гражданам этой страны (это касалось граждан стран, не являющихся странами Союза, а также возможных лиц, не имеющих гражданства).

БК-3.3. Очевидно, что в случае двойного или множественного гражданства достаточно, чтобы одно из гражданств автора относилось к стране Союза. Однако более сложным является вопрос о применении критерия гражданства в случае, если автор меняет гражданство. Таким же образом возникает вопрос в случае смены местожительства, в отношении чего, конечно, вероятность даже большая, чем в отношении смены гражданства. Ответ на вопрос, какое из числа последующих гражданств или местожительств следует считать решающим с точки зрения предоставления охраны произведениям, созданным автором, зависит от временного фактора: а именно, учитывается ли в отношении этого критерия время создания произведения; время представления произведения для всеобщего сведения каким бы то ни было способом; время публикации; или время истребования охраны (косвенно, время совершения действия с использованием произведения). Общепринято, что установление соответствующего времени также зависит от того, опубликовано произведение или нет. В отношении произведений, как опубликованных, так и не опубликованных мнения расходятся по вопросу того, какие из числа вышеупомянутых моментов времени следует считать определяющими. Однако документы Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру предлагают некое руководство в форме некоторых пояснительных заявлений.

БК-3.4. В отчете Основного комитета I указывается, что в случае опубликованных произведений, временем, считающимся Дипломатической конференцией подходящим для установления того, что является решающим фактором при смене гражданства или местожительства, является время опубликования произведения.<sup>21</sup>

БК-3.5. Аналогичное предпочтение было высказано в отчете Основного комитета I относительно времени, выбираемого в качестве основания для установления гражданства или местожительства в случае неопубликованных произведений; а именно, время первого сообщения произведения для всеобщего сведения (способом, отличающимся от опубликования, таким как публичное исполнение или передача в эфир).<sup>22</sup>

*Пункт (1)(b) и (4): предоставление охраны на основании места первого опубликования*

БК-3.6. Пункты (1)(b) и (4) не требуют разъяснений, и, кажется, они не должны вызвать никакой проблемы с толкованием. Место первого опубликования служит основанием для предоставления охраны, если автор не является гражданином страны Союза и даже не имеет в ней своего местожительства. Понятие "первого опубликования" также охватывает «одновременное опубликование», и пункт (4) определяет последнее понятие некоторым более широким образом, объявляя опубликование в разных странах "одновременным", который происходит в течение тридцати дней.

*Пункт (3): определение "опубликованных произведений"*

БК-3.7. Первая фраза пункта (3) определяет "опубликованные произведения", тогда как вторая фраза – в виде дополнительного разъяснения – перечисляет определенные действия, охватываемые имущественными правами, посредством осуществления которых те или иные произведения не становятся "опубликованными".

БК-3.8. Парижский (1896 г.) акт Конвенции впервые содержал определение – в пункте 2 его Толковательного заявления – "произведений, выпущенных в свет". Оно имело тот же самый вид положительно-отрицательной структуры, что и статья 3(3) в Парижском (1971 г.) акте, однако его формулировка – в частности формулировка решающей первой фразы – была проще, и она

оставляла некоторые вопросы нерешенными. В ней указывалось следующее: "Термин «опубликованные произведения» (*oeuvres publiées*) означает произведения, экземпляры которых были изданы (*oeuvres éditées*) в одной из стран Союза". Берлинская конференция 1908 года по пересмотру не добавила в эту фразу никакого существенного изменения; она лишь перенесла определение "опубликованные" из Толковательного заявления в основную часть Конвенции. Однако на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру понятие "выпуск в обращение экземпляров" было пояснено в том смысле, что выпуск в обращение в достаточных количествах был указан в качестве условия. Было также добавлено "вне зависимости от способа изготовления экземпляров", благодаря чему было устранено дальнейшее возможное сомнение.

БК-3.9. Данное определение приобрело свой нынешний вид в Стокгольмском (1967 г.) акте, где в дополнение к пояснению, что выпущенные в обращение экземпляры можно считать «опубликованными» только в том случае, что их опубликование происходит «с согласия автора» (условие, которое до этого пояснения основывалось только на толковании текста); решающая же вторая часть первой фразы пополнилась следующим образом: "при условии, что количество имеющихся в обращении экземпляров способно удовлетворить разумные потребности публики, принимая во внимание характер произведения". Включение двух новых элементов – установление уровня требуемого выпуска в обращение в количестве, "способном удовлетворить разумные потребности публики", и обязательство "принимать во внимание характер произведения" – имеет два последствия: во-первых, дополнительное разъяснение понятия "опубликованного", а во-вторых, установление основания для более широкого толкования этого понятия (а, на самом деле, как следствие, для более широкого понятия). В отчете Основного комитета I указывается, что "это новое и более широкое определение подразумевает, *inter alia*, новые условия для выпуска в свет кинематографических произведений, включая телевизионные фильмы".<sup>23</sup> Новые условия дают понять, что произведение должно рассматриваться как опубликованное, даже если представители публики обычно не располагают экземплярами (такими как выпущенные в обращение экземпляры кинематографических произведений для показа в кинотеатрах, а также выпущенные в обращение экземпляры нот для оркестров, чтобы исполнять музыкальные произведения для публики). Понятно, что просто выпуск в обращение представляет собой важный фактор. Если, например, экземпляры книги выпущены в обращение в книжных магазинах, однако никто их не покупает, произведение все же можно считать опубликованным.

БК-3.10. Вторая фраза пункта (3) просто подтверждает положительное определение "опубликования", содержащееся в первой фразе, подчеркивая, что сообщение произведений для всеобщего сведения таким образом, что многие экземпляры не распространяются, не является "опубликованием". Это очевидно в случаях использования, не связанных с экземплярами, таких как "представление драматического, музыкально-драматического или кинематографического произведения, исполнение музыкального произведения, публичное чтение литературного произведения [и] сообщение по проводам или передача в эфир литературных или художественных произведений". Что касается "показа произведения искусства и сооружения произведения архитектуры", не вызывает сомнений то, что именно оригинал или экземпляр произведений входят в эту категорию, однако такие действия не соответствуют положительному определению "опубликованных", поскольку то, что составляет эту категорию, это отдельные индивидуальные воплощения тех или иных произведений, которыми может располагать кто-то, однако, конечно, они не доступны широкой публике в виде экземпляров, когда они просто показываются или сооружаются, соответственно. Представители публики вообще могут делать практически то же, что и в случае вышеупомянутых действий, не связанных с экземплярами; то есть, они могут смотреть на них, но обычно не могут обладать ими.

БК-3.11. На Дипломатической конференции, которая приняла ДАП и ДИФ в 1996 году, была предпринята попытка адаптировать понятие "опубликованных произведений" к цифровой, сетевой среде. Статья 3 проекта ДАП содержала следующее положение:

"(1) Когда литературные или художественные произведения сообщаются для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут иметь доступ к этим произведениям с места и во время, самостоятельно выбранными ими, так что экземпляры этих произведений доступны, Договаривающиеся стороны, на условиях определенных в статье 3(3) Бернской конвенции, считают такие произведения опубликованными произведениями.

"(2) При применении статьи 5(4) Бернской конвенции Договаривающиеся стороны считают произведения, упомянутые в пункте (1) настоящей статьи, опубликованными в Договаривающей стороне, если необходимые приготовления были сделаны для выпуска этих произведений в обращение для представителей публики".<sup>24</sup>

БК-3.12. Эти проекты положений ранее не обсуждались в Комитете, осуществляющем подготовительную работу. Их восприятие на Дипломатической конференции было смешанным; например, делегация Соединенных Штатов Америки поддерживала предложения, тогда как делегация Европейского сообщества возражала против них. Этот вопрос касался, в известном смысле, более существенного различия во мнении относительно правовой квалификации цифровых интерактивных передач, в конце концов, разрешенного с помощью “зонтичного решения”, обсуждаемого ниже в отношении ДАП в комментариях к статье 8 (позиции этих делегаций были понятны, принимая во внимание то, что предложенные положения и примечания, добавленные к ним, давали довольно сильные аргументы этим делегациям, таким как делегация Соединенных Штатов Америки, которые были в пользу применения права на распространение: идею, которой противились другие делегации, такие как делегация Европейского сообщества). Председатель Основного комитета I подчеркнул разделение мнений и предложил не продолжать никаких дополнительных дискуссий “до тех пор, пока не будут определен ясный предмет выбора”.<sup>25</sup> Однако эти позиции не стали ближе даже в ходе проведения неформальных консультаций, и предложенные новые положения были “забыты”. Поэтому понятие опубликования, как оно определено в Бернской конвенции (и таким образом в рамках ДАП), не изменилось.

БК-3.13. Интересно отметить, что в то время как понятие “опубликованных произведений” было сделано более адекватным на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру, на этой же конференции критерий места опубликования произведения для предоставления охраны резко потерял свое значение, так как он был превращен из первичного критерия во вторичный критерий (гражданство и местожительство заняли первичное место). Значение этого критерия продолжает снижаться в условиях постоянного увеличения числа членов Бернского союза. Это так, поскольку с увеличением числа стран, применяющих положения статьи 3 Конвенции, имеется даже больше случаев, когда только гражданство и местожительство достаточны для предоставления охраны.

## СТАТЬЯ 4

*[Критерии для предоставления охраны кинематографическим произведениям, произведениям архитектуры и определенным художественным произведениям]*

Охрана, предусмотренная настоящей Конвенцией, применяется, даже если условия, предусмотренные статьей 3, не будут выполнены по отношению к:

- (a) авторам кинематографических произведений, создатель которых имеет свое основное место работы или обычное местожительство в одной из стран Союза;
- (b) авторам произведений архитектуры, сооруженных в какой-либо стране Союза, или других художественных произведений, являющихся частью здания или другого сооружения, расположенного в какой-либо стране Союза.

БК-4.1. Эти дополнительные критерии для предоставления охраны, предусмотренные в статье 4, были введены на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру.

БК-4.2. Дополнительный критерий согласно подпункту (a) – основное место работы или обычное местожительство автора кинематографического произведения (обычно, юридического лица, – то есть, причина, по которой критерий гражданства – который было бы трудно применить здесь – был убран), применяется только в том случае, если создатели фильма не являются гражданами страны Союза или не имеют в ней своего обычного местожительства, а произведение не было выпущено в свет в такой стране. В аудиовизуальной индустрии довольно часто встречаются совместные производства. В отчете Основного комитета I указывается, что “кинематографическое произведение, являющееся результатом совместного производства, охраняется в Союзе, если один из совместных создателей имеет его основное место работы или обычное местожительство в стране Союза”.<sup>26</sup>

БК-4.3. Другой дополнительный критерий в подпункте (b) – место, где сооружено произведение архитектуры или где другие художественные произведения стали частью здания или другого сооружения – применяется только в том случае, если автор произведения не является гражданином ни одной страны Союза или не имеют в ней своего обычного местожительства, и, кроме того, если произведение не было выпущено в свет в такой стране (на практике выпуск в свет может иметь место в случае

произведений искусства, также являющихся частью здания или другого сооружения). Отчет Основного комитета I также содержит разъяснение по поводу этого дополнительного критерия. Оно составлено в форме своего рода согласованного заявления и гласит следующее: "Было решено, что в Отчете должно быть указано, что критерий для расположения произведений архитектуры и других художественных произведений в стране Союза будет применяться только в отношении оригинального произведения. Никакая охрана в соответствии с Бернской конвенцией не может быть истребована в отношении исключительно копии произведения, сооруженной в стране Союза, если оригинал находится в стране, расположенной за пределами Союза".<sup>27</sup>

## СТАТЬЯ 5

*[Гарантированные права: 1 и 2. Вне страны происхождения; 3. В стране происхождения; 4. "Страна происхождения"]*

- (1) В отношении произведений, по которым авторам предоставляется охрана в силу настоящей Конвенции, авторы пользуются в странах Союза, кроме страны происхождения произведения, правами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам, а также правами, особо предоставляемыми настоящей Конвенцией.
- (2) Пользование этими правами и их осуществление не связаны с выполнением каких бы то ни было формальностей; такое пользование и осуществление не зависят от существования охраны в стране происхождения произведения. Следовательно, помимо установленных настоящей Конвенцией положений, объем охраны, равно как и средства защиты, предоставляемые автору для охраны его прав, регулируются исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана.
- (3) Охрана в стране происхождения регулируется внутренним законодательством. Однако если автор не является гражданином страны происхождения произведения, в отношении которого ему предоставляется охрана в силу настоящей Конвенции, он пользуется в этой стране такими же правами, как и авторы - граждане этой страны.
- (4) Страной происхождения считается:
  - (a) для произведений, впервые опубликованных в какой-либо стране Союза, - эта страна; для произведений, опубликованных одновременно в нескольких странах Союза, предоставляющих различные сроки охраны, - та страна, законодательство которой устанавливает самый короткий срок охраны;
  - (b) для произведений, опубликованных одновременно в какой-либо стране, не входящей в Союз, и в одной из стран Союза, - эта последняя страна;
  - (c) для неопубликованных произведений или для произведений, опубликованных впервые в стране, не входящей в Союз, без одновременного опубликования в какой-либо стране Союза, - та страна Союза, гражданином которой является автор, при условии, что:
    - (i) в отношении кинематографических произведений, изготовитель которых имеет свою штаб-квартиру или обычное местожительство в какой-либо стране Союза, страной происхождения является эта страна, и
    - (ii) в отношении произведений архитектуры, сооруженных в какой-либо стране Союза, или других художественных произведений, являющихся частью здания или другого сооружения, расположенного в какой-либо стране Союза, страной происхождения является эта страна.

*Пункт (1): принцип национального режима при условии соблюдения минимальной охраны в рамках Конвенции*

БК-5.1. Пункт (1) содержит одно из наиболее основных положений Конвенции. Он предусматривает обязательство предоставлять "национальный режим" в отношении произведений, охраняемых в силу Конвенции. "Национальный режим" означает, что в странах, кроме страны происхождения произведения (определена в пункте (4)), авторы произведений, которым предоставляется охрана в соответствии со статьями 3 и 4 Конвенции, должны пользоваться теми же самыми правами – конечно, с теми же самыми исключениями – что и граждане этих стран. "Права" означают как исключительные права на предоставления разрешения, так и просто права на вознаграждение.

БК-5.2. Очевидно, однако, что национальный режим без предоставления разумного уровня гармонизации между странами Союза создал бы неустойчивые отношения, если бы более щедрым странам пришлось нести одностороннее бремя. В этом причина, по которой, как указывается в пункте (1), авторы произведений, которым предоставляется охрана, должны пользоваться – по меньшей мере – правами, особо предоставляемыми Конвенцией; другими словами, минимальным уровнем охраны в силу Конвенции (на самом деле, большинство положений Конвенции имеют цель установить такой гармонизированный минимальный срок охраны).

БК-5.3. В Конвенции предусмотрены четыре оговорки к обязательству предоставлять национальный режим (и они являются единственными случаями, когда может быть отказано в предоставлении национального режима):

- (i) *произведения прикладного искусства: если в стране происхождения они охраняются исключительно как промышленные образцы, страна, которая предоставляет охрану как в соответствии с законом об авторском праве (для "произведений прикладного искусства"), так и в соответствии с законом о промышленных образцах (для "промышленных образцов"), может отказать в предоставлении охраны в соответствии с ее законом об авторском праве (однако должна предоставить охрану в соответствии с ее законом о промышленных образцах (статья 2(7)));*
- (ii) *произведения, которым предоставляется охрана на основании места опубликования: страна опубликования может ограничить охрану таких произведений (пользующихся только так называемой "закулисной охраной") на условиях, предусмотренных в статье 6(1); если это так, другим странам Союза не требуется предоставлять таким произведениям более широкую охрану, чем та, которая предоставлена им в стране первого опубликования;*
- (iii) *сравнение сроков: если любая страна предоставляет охрану, срок которой продолжительнее, чем минимальный срок, предусмотренный в Бернской конвенции, и страна происхождения произведения предоставляет охрану, срок которой короче, чем в стране, упомянутой первой, страна, упомянутая первой, может применить указанный более короткий срок в случае произведения, страна происхождения которого предоставляет более короткий срок (статья 7(8)). (В статье 30(2) есть особая оговорка, относящаяся к сроку охраны права на перевод, однако для всех практических целей она не имеет существенного значения.)*
- (iv) *право долевого участия: любой стране, которая признает право долевого участия, разрешается применять его только к произведениям, авторы которых являются гражданами другой страны, которая также признает это право (статья 14ter(2)).*

*Пункт (2): принципы охраны, не связанной с выполнением каких бы то ни было формальностей, и независимости охраны*

БК-5.4. Пункт (2) содержит два – до некоторой степени взаимосвязанных – принципа: во-первых, принцип охраны, не связанной с выполнением каких бы то ни было формальностей (или "автоматической" охраны) ("автоматической", поскольку в отсутствие

формальностей создание – и если это условие, то фиксация – произведения непосредственно, “автоматически” приводит к существованию авторско-правовой охраны); и, во-вторых, принцип независимости охраны.

42 БК-5.5. Первоначальный Бернский (1886 г.) и Парижский (1896 г.) акт еще не запрещали применение формальностей в качестве условий охраны литературных и художественных произведений; напротив, они содержали некоторые положения о последствиях их применения. Та формулировка, которая теперь содержится в пункте (2) статьи 5, была включена на Берлинской конференции 1908 года по пересмотру, и с тех пор она остается без изменения (за исключением того, что в Берлинском тексте она присутствовала в виде статьи 4(2)).

БК-5.6. Принцип охраны, не связанной с выполнением каких бы то ни было формальностей, установлен в первой части первой фразы пункта (2): “Пользование этими правами и их осуществление [то есть, правами, предоставляемыми в соответствии с принципом национального режима и минимальной охраны в силу Конвенции, как предусмотрено в пункте (1)] не связаны с выполнением каких бы то ни было формальностей”.

БК-5.7. Формальностями являются любые условия или меры – независимо от тех, которые относятся к созданию произведения (таких, как существенное условие, что произведение должно быть оригинальным с тем, чтобы оно могло считаться охраняемым произведением) или к его фиксации (если это условие в соответствии с национальным законодательством) – без выполнения которых произведение не подлежит охране или утрачивает охрану. Регистрация, сдача на хранение оригинала или копии и указание знака являются наиболее типичными примерами. Однако эти и возможные аналогичные меры должны рассматриваться только в качестве формальностей, запрещенных Конвенцией, если они являются условиями пользования правами и/или их осуществления. Если регистрация имеет лишь действие опровержимой презумпции того, что зарегистрированные факты имеют силу, это не является такой формальностью (если она не применяется таким образом, что, несмотря на первоначальное правовое регулирование, она становится формальностью *de facto*, так как, например, суды рассматривают любое дело о нарушении прав только при предъявлении свидетельства о регистрации). Аналогичным образом, если сдача на хранение является просто административной обязанностью (например, с целью поддержания соответствующей национальной библиотеки или архива выпущенных в свет произведений) с определенными административными санкциями за невыполнение, оставляющими возможность пользоваться авторским правом и осуществлять его, как и прежде, это не направлено против принципа охраны, не связанной с выполнением каких бы то ни было формальностей. В равной степени, указание знака авторского права, устанавливающего год выпуска в свет и владельца авторского права, может быть очень полезным источником информации и может содействовать пользованию правами и их осуществлению; это не запрещенная формальность, если она не представляет собой условие охраны и/или осуществления прав.

БК-5.8. Следует отметить, что формальности запрещаются как в отношении пользования правами (существованием и применимостью прав), так и в отношении осуществления прав; а осуществление также включает в себя аспект правоприменения. Так, если определенные средства судебной защиты доступны только при условии выполнения некоторых формальностей (например, регистрация до начала судопроизводства о нарушении прав), это противоречит принципу охраны, не связанной с выполнением каких бы то ни было формальностей.

БК-5.9. Принцип независимости охраны изложен во второй части первой фразы пункта (2): “такое пользование и осуществление не зависят от существования охраны в стране происхождения произведения”. Между принципом охраны, не связанной с выполнением каких бы то ни было формальностей, и данным принципом существует тесная взаимосвязь, поскольку единственный истинно практический пример случая, когда произведение не охраняется в стране происхождения, однако может охраняться в стране, в которой истребуется охрана, заключается в том, что, если в стране происхождения формальность применяется в качестве условия охраны (это возможно, поскольку, как обсуждается ниже в связи с пунктом (3), в стране происхождения нет обязательства применять Конвенцию к отечественным произведениям, и поэтому формальности могут быть предписаны для этих произведений), тогда как в стране, в которой истребуется охрана, не существует никакой формальности (так как в этой стране Конвенция применяется наряду с принципом охраны, не связанной с выполнением каких бы то ни было формальностей). Другим возможным случаем мог бы стать следующий: 50-летний минимальный срок охраны истек в стране происхождения, однако более

продолжительный срок еще не истек в стране, в которой истребуется охрана; однако, в этом случае Конвенция допускает ограничение принципа национального режима, и основанием для ограничения является именно принятие во внимание истечение срока охраны в стране происхождения.

БК-5.10. Вторая фраза пункта (2) гласит следующее: "Следовательно, помимо установленных настоящей Конвенцией положений, объем охраны, равно как и средства защиты, предоставляемые автору для охраны его прав, регулируются исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана". В известной мере, это является подтверждением независимости охраны и подчеркивает, что в этой связи нет необходимости ссылаться на законодательство страны происхождения.

БК-5.11. Это положение охватывает только "объем охраны" и "средства защиты". Следует отметить, что некоторые аспекты, такие, как вопрос о передаче и лицензировании прав и связанные с этим вопросы (например, продолжительность действия договора, способы и уровень вознаграждения), не охватываются ни "объемом охраны", ни "средствами защиты". В этом случае можно – в частности, если заинтересованные стороны согласились в силу этого договора – применять законодательство страны происхождения или действовать на основании принципов международного частного права, даже законодательства третьей страны.<sup>28</sup>

#### *Пункт (3): охрана в стране происхождения*

БК-5.12. Пункт (3) утверждает, что охрана в стране происхождения регулируется внутренним законодательством (страна происхождения определяется в пункте (4)), что, другими словами, означает, что в случае произведений, в отношении которых данная страна является страной происхождения, минимальный уровень охраны согласно Конвенции не является обязательным (другое дело, что не совсем "элегантно" проявлять пристрастие в ущерб таким произведениям). Это и есть логический принцип, поскольку Конвенция регулирует обязательства в международных отношениях, а не в пределах данной страны.

БК-5.13. Однако вторая фраза этого пункта предусматривает применение национального режима к авторам, не являющимся гражданами названной страны; они должны пользоваться такими же правами, как и авторы – граждане этой страны. Практически это означает тех авторов, не являющихся гражданами этой страны, которые впервые опубликовали свои произведения в данной стране (так как, если бы они впервые опубликовали свои произведения в другой стране, то согласно пункту (4), эта другая страна была бы страной происхождения).

#### *Пункт (4): определение страны происхождения*

БК-5.14. Пункт (4) содержит различные «ступени» определения страны происхождения. Этот пункт совершенно ясен и не требует разъяснений, и в основном, он не нуждается в подробных комментариях.

БК-5.15. Тем не менее, можно спросить, на каких основаниях в подпункт (с) включены две оговорки. Ответ довольно прост. Место нахождения штаб-квартиры или обычное местожительство создателя кинематографического произведения (обычно оно также является местом создания) и место, где сооружено архитектурное произведение, конечно, имеют, по меньшей мере, эту прочную взаимосвязь со страной как местом первого опубликования. Поэтому логично, чтобы в норме, если место первого опубликования является наиболее решающим фактором, предпочтение было отдано этим альтернативным критериям, а не гражданству автора.

## **СТАТЬЯ 6**

*[Возможное ограничение охраны в отношении определенных произведений граждан определенных стран, не входящих в Союз: 1. В стране первой публикации и в других странах; 2. Отсутствие обратной силы; 3. Уведомление]*

(1) Если любая не входящая в Союз страна не обеспечивает достаточной охраны произведениям авторов, которые являются гражданами одной из стран Союза, эта последняя страна может ограничить охрану, предоставляемую произведениям

авторов, которые на дату первой публикации этих произведений являются гражданами другой страны и которые не имеют своего обычного местожительства в одной из стран Союза. Если страна, в которой впервые было опубликовано произведение, воспользуется этим правом, другие страны Союза не обязаны предоставлять произведениям, подчиненным такому особому режиму, более широкую охрану, чем та, которая предоставлена им в стране первой публикации.

- (2) Никакие ограничения, установленные на основании предшествующего пункта, не затрагивают права, которые приобретены автором на произведение, опубликованное в какой-либо стране Союза до введения в действие такого ограничения.
- (3) Страны Союза, ограничивающие в соответствии с настоящей статьей предоставление авторского права, уведомляет об этом Генерального директора Всемирной организации интеллектуальной собственности (далее именуемого "Генеральный директор") путем письменного заявления, определяющего страны, в отношении которых охрана ограничивается, а также ограничения, которым подвергаются права авторов - граждан этих стран. Генеральный директор немедленно сообщает это заявление всем странам Союза.

БК-6.1. Цель этой статьи заключается в том, чтобы не допустить использования возможности "закулисной охраны" паразитическим образом теми странами, которые не являются членами Союза, граждане которых могут пользоваться охраной на основании критерия первой публикации, и которые сами не предоставляют соответствующую охрану гражданам стран Союза. Пункт (1) содержит основное положение о возможных мерах возмездия со стороны страны первой публикации против таких «несоюзных» стран; он является логическим следствием того, что другие страны Союза могли бы обойтись без принципа национального режима и понизить уровень охраны тем же самым образом, что и страна первой публикации. Пункт (2) предусматривает переходные меры, а пункт (3) – систему уведомлений.

БК-6.2. Данная статья не требует подробных комментариев, поскольку (i) она вполне ясна, (ii) ее значение уменьшается на фоне все возрастающего членства в Бернском союзе (а, следовательно, постепенного «угасания» первой публикации в качестве критерия для предоставления охраны); и (iii) она не находит практического применения.

## **СТАТЬЯ 6bis**

*[Личные немущественные права: 1. Требовать признания авторства; возражать против определенных изменений и других действий, нарушающих права; 2. После смерти автора; 3. Средства защиты]*

- (1) Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав он имеет право требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора.
- (2) Права, признанные за автором на основании предшествующего пункта, сохраняют силу после его смерти, по крайней мере, до прекращения срока действия его имущественных прав, и осуществляются лицами или учреждениями, уполномоченными на это законодательством страны, в которой истребуется охрана. Однако те страны, законодательство которых на момент ратификации настоящего Акта или присоединения к нему не содержит положений, обеспечивающих охрану после смерти автора всех прав, перечисленных в предшествующем пункте, могут предусмотреть, что некоторые из этих прав не сохраняют силы после смерти автора.
- (3) Средства защиты для обеспечения прав, предоставляемых настоящей статьей, регулируются законодательством страны, в которой истребуется охрана.

*Пункт (1): личные неимущественные права*

БК-6bis.1. Положение, содержащееся в пункте (1), было включено в Конвенцию на Римской конференции 1928 года по пересмотру, и с тех оно остается в прежнем виде, хотя на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру было внесено одно изменение относительно незначительного характера (упоминается ниже). Предоставляется два вида "имущественных прав": так называемое "право требовать признания авторства" и "право честности" (или "право уважения").

БК-6bis.2. "Право требовать признания авторства" – это право автора «требовать признания своего авторства» на произведение. Обычно автор "требует признания" авторства на свое произведение путем указания на экземплярах или в связи с любым другим использованием, связанным с экземплярами, что он является автором. На основании "права требовать признания авторства" автор имеет право настаивать на том, чтобы он был указан таким образом (настолько, насколько это практично, и в известной мере, насколько это разумно в данных обстоятельствах). Однако автор в равной мере вправе выпускать свое произведение анонимно или использовать псевдоним.

БК-6bis.3. "Право честности" в первоначальной Римской версии гласило следующее: [право] "противодействовать всякому искажению, извращению или иному изменению указанного произведения, которые способны нанести ущерб чести или репутации автора". На Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру оно было дополнено в определенной мере следующим образом: [право] "противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора" [новый текст выделен.]

БК-6bis.4. Следует отметить, что это право распространяется не на все виды изменений произведения, а только на те, которые по своей природе и образу, в которых они созданы и идентифицируются, вероятно, наносят ущерб чести или репутации автора. Одна из причин, по которой понятия чести и репутации были указаны в качестве основных ценностей, защита которых была смыслом жизни этого права, заключалась в том, что благодаря им страны, следующие традиции общего права, получили возможность применить это право (эти страны, казалось, желали только охранять это право на основании таких существовавших правовых институтов, как охрана не конкретизированной личности, защита от диффамации и защита от недобросовестной конкуренции).

БК-6bis.5. На Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру было разъяснено, что охрана чести и репутации должна распространяться не только на честь и репутацию автора как автора (в тесной связи с качеством его произведения как таковым), а также на его честь и репутацию как человека (что может касаться также таких аспектов, как контекст – например, политически нагруженный контекст – в котором произведение используется). Было подчеркнуто, что одной из причин для включения новой фразы на этой конференции было стремление подчеркнуть этот элемент. Заявление, принятое конференцией по этому поводу, гласило следующее: "Автор имеет право обратиться в суд против любых действий, наносящих ущерб его чести и репутации, и обсуждение выявило, что автор должен быть защищен не только в его качестве писателя, но также в той роли, которую он играет на литературной сцене: именно по этой причине вы добавили, что он должен противодействовать любому унижающему действию, что понимается как означающее любое действие, которое смогло бы нанести ущерб человеку посредством искажения его произведения".<sup>29</sup>

*Пункт (1): независимость имущественных прав и неимущественных прав и возможность передачи имущественных прав*

БК-6bis.6. Интересно отметить, что хотя это не основной предмет пункта (1), он подтверждает два важных принципа Бернской конвенции. Во-первых, то, что имущественные права и неимущественные права независимы друг от друга (это ясно следует из первой фразы пункта: "Независимо от имущественных прав автора..."), что в свою очередь является указанием, что Конвенция следует принципу "дуализма" (а не принципу "монизма", в соответствии с которым эти две категории прав рассматриваются как части одного неразрывного единства прав). Во-вторых, то, что согласно Конвенции имущественные права подразумеваются как переуступаемые права (что, однако, не является препятствием для страны Союза ограничить возможность переуступки имущественных прав в определенных случаях, как правило, с целью защитить авторов, которые считаются более слабыми сторонами в их договорных отношениях с определенными пользователями их произведений).

*Пункт (2): охрана личных неимущественных прав после смерти автора*

БК-6bis.7. Пункт (2) был принят в данной редакции на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру Римский (1928 г.) акт и Брюссельский (1948 г.) акт допускали даже большую свободу, касающуюся охраны личных неимущественных прав после смерти автора.

БК-6bis.8. Первая фраза пункта (2), в принципе, обязывает страны Союза охранять личные неимущественные права "по крайней мере" до прекращения срока действия имущественных прав. Слова "по крайней мере" относятся к возможности "вечной" охраны этих прав, на самом деле декларируемых в некоторых странах. Это дает возможность странам Союза определить, кто или какой институт могут осуществлять личные неимущественные права после смерти автора.

БК-6bis.9. Однако вторая фраза пункта ослабляет обязательство, предусматривая, что "те страны, законодательство которых в момент ратификации настоящего Акта или присоединения к нему не содержит положений, обеспечивающих охрану после смерти автора всех прав, перечисленных в предшествующем пункте, могут предусмотреть, что некоторые из этих прав не сохраняют силы после смерти автора". Это было результатом другого компромисса, облегчающего защиту личных неимущественных прав в странах, следующих традициям общего права (они намеривались выполнять обязательство по охране "права честности" на основании защиты от диффамации; однако эти нормы вообще не применялись после смерти того или иного человека).

*Пункт (3): свобода, касающаяся средств защиты для обеспечения личных неимущественных прав*

БК-6bis.10. Основной принцип заключается в том, что страны Союза свободны в выборе средств, с помощью которых они выполняют свои обязательства в соответствии с Бернской конвенцией. Тот факт, что пункт (3) – который остался таким же со времени принятия Римского (1928 г.) акта – подчеркивает эту свободу в отношении упоминаемых здесь средств защиты, по-видимому, дает странам, следующим правовой традиции общего права, дополнительное подтверждение того, что они могут выполнять свои обязательства через посредство определенных существующих правовых институтов, таких которые упомянуты выше.

## **СТАТЬЯ 7**

*[Срок охраны: 1. Общее положение; 2. Для кинематографических произведений; 3. Для произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом; 4. Для фотографических произведений и произведений прикладного искусства; 5. Дата начала отсчета; 6. Более длительные сроки; 7. Более короткие сроки; 8. Применимое законодательство; "сравнение" сроков]*

- (1) Срок охраны, предоставляемой настоящей Конвенцией, составляет все время жизни автора и пятьдесят лет после его смерти.
- (2) Однако, для кинематографических произведений страны Союза вправе предусмотреть, что срок охраны истекает спустя пятьдесят лет после того, как произведение с согласия автора было сделано доступным для всеобщего сведения, либо - если в течение пятидесяти лет со времени создания такого произведения это событие не наступит - что срок охраны истекает спустя пятьдесят лет после создания произведения.
- (3) Для произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом, срок охраны, предоставляемой настоящей Конвенцией, истекает спустя пятьдесят лет после того, как произведение было правомерно сделано доступным для всеобщего сведения. Однако, если принятый автором псевдоним не оставляет сомнений в его личности, сроком охраны является срок, предусмотренный пунктом (1). Если автор произведения, выпущенного анонимно или под псевдонимом, раскроет свою личность в течение вышеуказанного срока, то применяется срок охраны, предусмотренный пунктом (1). Страны Союза не обязаны охранять произведения, выпущенные анонимно или под псевдонимом, в отношении которых есть все основания предполагать, что со времени смерти их автора прошло пятьдесят лет.

- (4) Законодательством стран Союза определяется срок охраны фотографических произведений и произведений прикладного искусства, охраняемых в качестве художественных произведений; однако этот срок не может быть короче двадцати пяти лет со времени создания такого произведения.
- (5) Срок охраны, предоставляемой после смерти автора, и сроки, предусмотренные пунктами (2), (3) и (4), исчисляются со дня смерти автора или со дня наступления события, указанного в этих пунктах, но отчет сроков всегда начинаются с 1 января года, следующего за годом смерти или годом наступления такого события.
- (6) Страны Союза могут установить срок охраны, превышающий сроки, предусмотренные предшествующими пунктами.
- (7) Страны Союза, связанные Римским актом настоящей Конвенции и установившие в своем национальном законодательстве, действующем в момент подписания настоящего Акта, более короткие сроки охраны, чем предусмотренные предшествующими пунктами, могут сохранить эти сроки при присоединении к настоящему Акту или при его ратификации.
- (8) В любом случае срок определяется законом страны, в которой истребуется охрана; однако, если законодательством этой страны не предусмотрено иное, этот срок не может превышать срок, установленный в стране происхождения произведения.

*Пункт (1): общий срок охраны*

БК-7.1. Этот пункт содержит основное правило, касающееся "срока охраны" в соответствии с Конвенцией. Само понятие "срок охраны" – а именно то, что он продолжается в течение определенного периода времени и что по истечении этого срока охрана прекращает существовать – требует пояснения. Авторское право охватывается концепцией "интеллектуальная собственность", и поэтому оправданно спросить, почему срок должен закончиться по истечению какого-то периода; почему он не может быть унаследован последующими поколениями, пока существует эта собственность; почему он не вечен, как вечна собственность в других – традиционных – категориях собственности, таких как земля или материальные объекты.

БК-7.2. Одна из причин, упомянутая в качестве объяснения ограничения авторско-правовой охраны, заключается в том, что с течением времени становится даже более сложно установить правопреемников, а в условиях появления новых поколений наследников может происходить предельное дробление различных прав. Тем не менее, кажется, что само по себе это – не есть решающий аргумент. Верно, что было бы невозможно или, по меньшей мере, очень трудно найти наследников авторов некоторых классических произведений, однако не было бы никакого препятствия – в особенности ни одного в настоящее время в свете богатых возможностей, предлагаемых компьютерными технологиями – в создании системы регистрации (с действием опровержимой презумпции) для новейших произведений, которая могла бы решить проблему установления правопреемников.

БК-7.3. Однако имеются более существенные причины. Эти причины в основном касаются того, что объектом рассмотрения является интеллектуальная собственность – а не традиционная собственность, как-то земля или материальные объекты. Объекты такой традиционной собственности в основном находятся во владении, являются результатом собственности и используются только ограниченным числом лиц, которые, как правило, легко идентифицируются. Однако объекты авторского права как интеллектуальной собственности – литературные и художественные произведения – могут приумножаться и распространяться без какого бы то ни было предела, а экземпляры могут находиться во владении и – даже на основе одной или нескольких копий, посредством все в большей мере развивающихся сетей связи – могут использоваться большим количеством людей в одно и то же время. Более того, владение этими произведениями и этими экземплярами и их использование служат важным социальным целям, таким как образование, научно-исследовательская деятельность, информация, развлечения и так далее. Наиболее ценные и долговечные произведения могут стать общим достоянием определенной страны или всего человечества. По этим причинам существует специальная обоснованность в том, чтобы взаимосвязь между произведениями и потенциально идентифицируемыми правопреемниками становилась все меньше привязанной к течению времени. Одно, два и, возможно, даже три поколения

наследников все еще могут иметь специальные внутренние связи с автором и с его литературным и/или художественным наследием. Однако для более поздних поколений эти специальные связи отмирают и исчезают; то, что остается им, - этот, как правило, имя их предка (который ушел из жизни до их рождения), в отношении которого и, храня память о котором, они делятся с другими людьми. Когда ослабление этого вида специальных связей достигает такой стадии, оправданно, чтобы частные права преемников прекратили существование, а представляющие интерес произведения перешли в государственную собственность, к которой они относятся к тому времени - как объекты общего наследия.

БК-7.4. Ограничение продолжительности авторско-правовой охраны можно рассматривать как логический элемент системы общего права, которая концептуализирует охрану авторского права в форме правового инструмента, служащего хорошо определенной задаче, а именно: предложить соответствующий побудительный мотив для создания произведений и их распространения среди публики. Согласно этой концепции авторского права то, что его составляет, это не естественное право, а результат определенного вида сделки - социальный договор - между создателями и обществом, аналогично тому, который столь типичен в области промышленной собственности (как, например, в случае патентов). Из этого следует, что оправданно предоставлять авторско-правовую охрану только до тех пор, пока она необходима, с тем, чтобы выполнить вышеупомянутую социальную задачу. На самом деле, в прошлом в странах общего права срок охраны авторского права был короче, чем во многих странах гражданского права, и он был тесно связан с системой регистрации наряду с возможностью возобновить регистрацию и, благодаря этому, продлить срок охраны - признак, который типичен в случае некоторых прав промышленной собственности. Необходимость сбалансировать, с одной стороны, государственный интерес в признании соответствующих имущественных и неимущественных прав создателей литературных и художественных произведений и, с другой стороны, другие, более широкие интересы была, тем не менее, признана в системах гражданского права - "прав авторов" - с начала авторско-правовой охраны. Это согласуется не только в плане предоставления определенных исключений к имущественным правам, но также в плане ограничения продолжительности охраны, которое также рассматривалось - и довольно логично с учетом естественно-правового образования этой системы - как ограничение прав авторов.

БК-7.5. Первоначальный (1948 г.) Акт Конвенции не установил никакого стандартного - или минимального - срока охраны. Этот вопрос был передан на усмотрение национальных законодательств, и срок охраны был также освобожден от обязательства предоставлять национальный режим. Положение, которое согласно Парижскому (1971 г.) акту, теперь представляет собой пункт (1) статьи 7, появилось впервые в Берлинском (1908 г.) акте; однако его применение стало обязательным только в соответствии с Брюссельским (1948 г.) актом. Во время принятия первоначального Акта Конвенции в Берне только три страны - Франция, Бельгия и Тунис, следующие той же самой авторско-правовой традиции - приняли 50-летний срок *post mortem auctoris* = после смерти автора (другие страны предусматривали более короткие сроки, за исключением Испании, которая предусматривала 80-летний срок охраны после смерти автора). 50-летний срок охраны после смерти автора позднее стал даже более принятым стандартом в той мере, в какой Брюссельский акт располагал возможностью его введения, в принципе, в качестве обязательного минимума (фраза "в принципе" относится к "дедовой" статье согласно пункту (7), предоставляющей временное исключение).

БК-7.6. Существуют две причины, по которым 50-летний срок охраны после смерти автора появился в качестве международного стандарта. Во-первых, было желательно - и в соответствии с целями, отраженными в преамбуле Конвенции - выбрать как можно более восходящее направление международной гармонизации, а не нисходящее направление. Во-вторых, и что более важно, эта продолжительность охраны, с учетом вероятного среднего срока жизни в то время (намного более низкого, чем сейчас), казалась, соответствует критериям, упомянутым в пункте БК-7.3 выше (а именно, идея установить минимальный срок, гарантирующий, что, по крайней мере, самые близкие родственники автора могли бы пользоваться результатами его творческой деятельности).

БК-7.7. 50-летний срок охраны после смерти автора был сохранен в качестве международного стандарта со времени проведения Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру и был подтвержден как таковой не только в последнем - от 1971 года - Акте Конвенции, но также в Соглашении TRIPS и в ДАП. Тем не менее, теперь возникла необходимость переоценки применения вышеупомянутых критериев, принимая во внимание некоторые новые разработки (*inter alia*, существенный рост средней продолжительности жизни, по крайней мере, во многих странах), а также появилась новая тенденция в направлении установления стандарта 70-летнего срока охраны после смерти автора.

БК-7.8. Если пункт (1) читать в отдельности, можно понять, что он как бы устанавливает, обязательным образом, не только минимальный, но также максимальный срок охраны. Однако, из пунктов (2) - (8) данной статьи – комментируются ниже – следует, что это не так на самом деле. Эти положения в определенных случаях допускают более короткие сроки и, как только что указывалось, они также объясняют, что то, что предусматривается в пункте (1) и в других положениях статьи, это лишь минимальный срок охраны.

*Пункт (2): срок охраны кинематографических произведений*

БК-7.9. Пункт (2) звучит так, как если он создал альтернативный срок охраны относительно того, который предусматривается в пункте (1) (так как в пункте (1) используется стиль языка “должен” – который понимается как нечто, относящееся к обязательству – тогда как согласно пункту (2), страна Союза лишь “может” делать то, что упомянуто в нем; кроме того, первое слово пункта (2) – “однако” – связывает данное положение непосредственно с пунктом (1) как своего рода продолжение этого пункта). Однако, в действительности, то, что в нем заключено, это скорее альтернатива сроку охраны, предусмотренному в статье 7bis Конвенции для произведений, созданных в соавторстве, поскольку кинематографические произведения обычно являются именно такими произведениями.

БК-7.10. Если для литературных и художественных произведений обычно 50-летний срок охраны после смерти автора стал минимальным обязательством в соответствии с Брюссельским (1948 г.) актом, для кинематографических произведений срок охраны оставался вопросом, решаемым национальным законодательством. И только в Стокгольмском (1971 г.) акте эти минимальные стандарты были установлены в этой связи. Это произошло в рамках сложного компромиссного решения, выработанного между странами традиции гражданского права и странами, следующими традиции общего права (обсуждается более подробно в комментариях к статьям 14 и 14bis, ниже). Для последних стран, в которых “авторское право на кинофильмы” применялось в условиях, когда продюсер обычно являлся первоначальным правообладателем – или даже “автором” – такого произведения, 50-летний срок охраны после смерти автора казался бессмысленным.

БК-7.11. Альтернативный срок охраны, предусмотренный в пункте (2), следует 50-летнему минимуму, однако, он исчисляется не на основе после смерти автора, а на основе “сообщения для всеобщего сведения” произведения или, в отсутствии такого “сообщения”, на основе создания произведения. (Обычно это приводит к сроку, более короткому, чем срок, предусмотренный согласно статье 7bis). Следует отметить, что понятие “сообщения для всеобщего сведения” шире понятия “выпуска в свет”, определенного в статье 3(3) Конвенции. Кроме сообщения произведения для всеобщего сведения посредством распространения экземпляров (которое имеет место в случае “выпуска в свет”), это понятие также распространяется на такие действия, как публичное представление, передача в эфир и публичное сообщение по проводам; то есть, на то, чтобы “сообщить для всеобщего сведения” произведение без воспроизведения и распространения экземпляров. Кроме того, само собой разумеется, что данное понятие охватывает в равной мере интерактивное сообщение для всеобщего сведения произведений, как предусматривается в статье 8 ДАП (в случае которого, как обсуждается ниже в комментариях к этой статье, элементы связанных с экземплярами и не связанных с экземплярами аспектов использования произведений могут быть более сложными).

БК-7.12. В отношении понятия «сообщение для всеобщего сведения» два дополнительных замечания представляются необходимыми. Во-первых, в контексте пункта (2) очевидно, что к делу относится первое сообщение произведения для всеобщего сведения (иначе любой последующий акт сообщения для всеобщего сведения – то есть, распространение экземпляров или сообщение для всеобщего сведения без воспроизведения произведения и распространения экземпляров, в форме публичного представления, передачи в эфир и публичного сообщения по проводам, или даже интерактивного «сообщения для всеобщего сведения», предусмотренного согласно статье 8 ДАП – можно было бы считать новой отправной точкой отсчета 50-летнего срока охраны; что, по-видимому, не входило в намерение Дипломатической конференции, принявшей это положение). Во-вторых, сообщение для всеобщего сведения кинематографического произведения применимо в качестве отправной точки отсчета альтернативного срока охраны согласно пункту (2) только в том случае, если оно осуществляется “с согласия автора”. И здесь ссылку на автора следует понимать как означающую владельца авторского права вообще, что обсуждается в комментариях к статье 2(6), выше. Это особенно важно отметить в отношении положения о кинематографических произведениях, в случае которых Конвенция

– согласно ее статье 14bis(2)(a) – сохраняет за национальным законодательством страны, в которой истребуется охрана, право определять лиц, которых следует признавать в качестве первоначальных владельцев авторского права (подразумевается возможность предоставления создателям – продюсерам – таких произведений права называться первоначальным владельцем).

50 БК-7.13. Адвокатами системы гражданского права также признано, учитывая творческий вклад в создание кинематографического произведения иногда слишком большого числа лиц, что исчисление срока после смерти автора представляет собой чрезвычайно трудное занятие. Поэтому положение пункта (2) может предоставить им более простое решение. Однако им не обязательно пользоваться этой возможностью для решения проблемы иногда большого числа соавторов кинематографических произведений; они просто сокращают число тех соавторов, кого можно учитывать при исчислении срока охраны.

БК-7.14. ДАП – в силу ее статьи 1(4), наряду с другими материально-правовыми положениями Бернской конвенции (статьи 1 – 21 и Дополнительный раздел) – обязывает Договаривающиеся стороны соблюдать статью 7 Конвенции; и конечно же, пункт (2) также применим Договаривающимися сторонами.

БК-7.15. Соглашение TRIPS предусматривает немного иную систему исчисления срока охраны кинематографических произведений. Статья 12 Соглашения предусматривает следующее: "При исчислении срока охраны произведения, за исключением фотографических произведений или произведений прикладного искусства на иной основе, чем человеческая жизнь, такой срок составляет не менее 50 лет от конца календарного года, в котором с согласия автора была осуществлена публикация или, при отсутствии такой публикации в течение 50 лет от создания произведения, 50 лет считая с конца календарного года создания произведения". Это, *inter alia*, срок охраны кинематографических произведений, когда исчисление можно осуществлять на иной основе, чем жизнь физического лица (автора). Однако, как обсуждалось выше, понятие "выпуск в свет" уже, чем понятие "сообщение для всеобщего сведения". Из этого следует, что в определенных случаях минимальный срок охраны в соответствии с Соглашением ТРИПС будет продолжительнее, чем в соответствии с Бернской конвенцией; а именно, в случаях, когда первое законное сообщение кинематографического произведения для всеобщего сведения осуществляется не посредством выпуска в свет, а в другой форме (такой как публичное представление). В таком случае 50-летний срок охраны начинается согласно Бернской конвенции, но еще не начат согласно Соглашению ТРИПС; в соответствии с этим Соглашением он начинается только с окончательным разрешенным выпуском в свет произведения и, таким образом, заканчивается позднее. В других – хотя и менее типичных – случаях минимальный срок охраны будет продолжительнее в соответствии с Бернской конвенцией, чем в соответствии с Соглашением ТРИПС; а именно, если разрешенный выпуск в свет не происходит в течение 50 лет с конца календарного года создания кинематографического произведения, однако произведение сообщено для всеобщего сведения, с согласия автора, в течение этого периода в другой форме (такой как публичное представление). В таком случае 50-летний срок охраны истекает в соответствии с Соглашением ТРИПС по истечении 50 лет со времени создания произведения, тогда как в соответствии с Бернской конвенцией он истекает намного позднее в зависимости от времени, истекшего со времени создания произведения до его сообщения для всеобщего сведения, с согласия автора, в форме, отличной от выпуска в свет.

БК-7.16. Это означает, что член ВТО, который также является участником Бернской конвенции и/или ДАП, может привести свое законодательство в полное соответствие как с Соглашением ТРИПС, с одной стороны, так и Бернской конвенцией и ДАП, с другой стороны, только в том случае, если он предусматривает, что в случае кинематографического произведения (i) срок охраны составляет 50 (или более, как определено в национальном законодательстве) лет с конца календарного года первого разрешенного выпуска в свет произведения; (ii) в отсутствие такого выпуска в свет в течение 50 лет с конца календарного года создания произведения срок охраны составляет 50 лет с конца календарного года любого другого первого сообщения произведения для всеобщего сведения с согласия автора; и (iii) в отсутствие как разрешенного выпуска в свет, так и любого другого сообщения произведения для всеобщего сведения с согласия автора в течение 50 лет со времени создания произведения, срок охраны составляет 50 лет с конца календарного года создания произведения.

*Пункт (3): срок охраны для произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом*

БК-7.17. Римский (1928 г.) акт Конвенции содержал специальные положения относительно срока охраны произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом. В то время

50-летний срок все еще следовало исчислять со времени выпуска в свет. На Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру была введена та же система, что и для основного альтернативного срока для кинематографических произведений; то есть, 50-летний срок таких произведений стали отсчитывать со времени "сообщения для всеобщего сведения" таких произведений. В отношении понятия "сообщение для всеобщего сведения" см. комментарии в пункте БК-7.11, выше.

БК-7.18. Следует отметить, что в то время как пункт (2) предусматривает возможный альтернативный срок охраны для кинематографических произведений, положение в пункте (3) не имеет альтернативного характера. В случае произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом, оно содержит минимальное обязательство. Это так вследствие причины для такого специфического срока, который отличается от тех, которые служат основанием для специфического альтернативного срока для кинематографических произведений; эта причина заключается в том, что в случае произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом – в отсутствие какого-либо известного автора – просто невозможно применить систему исчисления срока после смерти автора.

БК-7.19. Из причин для этого специфического срока следует, что если личность автора раскрыта, или если в иных случаях нет сомнения в его личности, больше не существует никакого оправдания в применении этого срока. Для таких случаев вторая и третья фразы отсылает нас назад к общему правилу согласно пункту (1) данной статьи. Тем не менее, кажется очевидным, что эта отсылка должна пониматься таким образом, что если это происходит в случае соавторства, срок после смерти автора необходимо исчислять, как предусмотрено в статье 7bis Конвенции. В равной мере, очевидно, что пункт (4) – который предусматривает специальный срок охраны для фотографических произведений и произведений прикладного искусства – также применим, если такие произведения выпущены анонимно или под псевдонимом, поскольку этот более короткий срок не исчисляется на основе после смерти автора. (Может возникнуть вопрос, почему в данном случае нет отсылки назад к пункту (2)). Этому можно найти две причины. Во-первых, очень мала вероятность того, что кинематографическое произведение создается, а затем сообщается для всеобщего сведения анонимно или под псевдонимом; на самом деле, только думая о каких-то крайних случаях, можно вообразить, что такое может произойти вообще. Во-вторых, основное правило исчисления срока охраны одно и то же как по пункту (2), так и по пункту (3). Единственное различие заключается в том, что согласно пункту (2) альтернативный срок охраны кинематографических произведений, в отсутствие сообщения произведения для всеобщего сведения в течение 50 лет после его создания, составляет 50 лет со времени его создания. Этот запасной вариант срока охраны кинематографических произведений имеет ту же функцию, что и последняя фраза пункта (3) – комментируется в следующем пункте – а именно, недопущение нежелательной вечной охраны. Так, в воображимых исключительных случаях кинематографических произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом, казалось бы оправданным – в странах, выбравших альтернативный срок, предусмотренный в пункте (2) – применить по аналогии этот запасной вариант, а не последнюю фразу пункта (3), которая в стране, не унаследовавшей систему исчисления сроков после смерти автора, была бы нелогичной и анахроничной).

БК-7.20. Как упоминается в предыдущем пункте, последняя фраза пункта (3) необходима для недопущения вечной охраны. В отсутствие этой фразы применение пункта (3) могло бы привести к абсурдной ситуации, когда ни одно произведение, созданное – возможно несколько сотен лет назад – неизвестным автором, нельзя было бы выпустить в свет и использовать. Эта фраза должна быть сравнена со статьей 15(4) Конвенции. Как обсуждается в комментариях к этой статье, намерение, стоящее за этим положением, заключалось в том, чтобы предоставить своего рода авторско-правовую охрану творениям фольклора, которые, однако, относятся к "не выпущенным в свет произведениям, автор которых неизвестен, но есть все основания предполагать, что он является гражданином страны". Это специфическая категория анонимных произведений, в случае которых тот факт, что можно предполагать, что после смерти автора или авторов прошло 50 или даже больше лет, в принципе, не исключает охрану в соответствии с этим положением Конвенции (о причинах использования термина "в принципе" см. комментарии к статье 15(4), ниже).

БК-7.21. Если в пункте (2) говорится о сообщении кинематографического произведения для всеобщего сведения "с согласия автора", в пункте (3) упоминаются произведения, "правомерно сообщенные для всеобщего сведения". Различие в формулировке не случайно. Причина, на основании которой на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру сочли необходимым, в последнем случае, использовать понятие «правомерно сообщенные для всеобщего сведения», а не сообщенные для всеобщего сведения "с согласия автора", заключалась в том, что согласно статье 15(4) фольклор был признан специальной категорией

52  
анонимных произведений, в случае которых авторское право может осуществляться и обеспечиваться "компетентным органом", а не авторами или другими владельцами авторского права на такие произведения (и поэтому полагали, что было бы более правильно в этом случае просто сослаться, "нейтральным образом", с правомерностью "сообщения для всеобщего сведения"). Однако, кажется, что причины такого рода "высокой требовательности" в формулировке пункта (3) основывались на неподходящем толковании понятия "сообщение для всеобщего сведения" согласно пунктам (2) и (3) статьи 7, поскольку, как обсуждается выше, оно означает только и исключительно первое сообщение произведения для всеобщего сведения, а произведение фольклора, по определению, уже сообщено для всеобщего сведения; в действительности, оно существует как общественное наследие народа или другой широкой группы людей, будучи постоянно сообщаемым для всеобщего сведения. "Компетентному органу" или даже самому закону может быть предоставлено право разрешать сообщение творений фольклора для всеобщего сведения, однако такие акты "сообщения для всеобщего сведения", являющиеся следствием самого понятия "фольклора", никогда не могут быть первым сообщением для всеобщего сведения.

БК-7.22. Ввиду того, что основное правило исчисления срока охраны произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом согласно пункту (3) такое же, что и в соответствии с пунктом (2) для кинематографических произведений, комментарии, приведенные в пунктах с БК-7.14 по БК-7.16, также уместны здесь, *mutatis mutandis*.

*Пункт (4): срок охраны для фотографических произведений и произведений прикладного искусства*

БК-7.23. Это положение предусматривает тот же самый более короткий минимальный срок охраны фотографических произведений и произведений прикладного искусства – 25 лет со времени их создания – и в отношении обеих этих категорий произведений оно содержит условие "охраняемых в качестве художественных произведений". Однако за этими специфическими нормами в случае указанных двух категорий скрываются разные причины.

БК-7.24. Что касается фотографических произведений, причина заключается в том, что на протяжении очень долгого времени оставалось сомнение в том, что они заслуживают той же самой охраны, а если они заслуживают охраны, то на каких условиях: на тех же самых, что и другие художественные произведения, или нет? Их уравнивание с художественными произведениями ознаменовало собой длительный процесс, который описывается в комментариях к статье 2(1) Конвенции, выше, и статье 9 ДАП, ниже. Как обсуждается в комментариях к последнему положению, этот процесс уравнивания был завершен благодаря принятию указанной статьи ДАП (которая заключается в рекомендации соблюдать обязательство не применять никогда более статью 7(4) Бернской конвенции – как самое последнее положение в Конвенции, предусматривающее более низкий уровень охраны для фотографических произведений, чем тот, который предписан в ней же для художественных произведений вообще).

БК-7.25. Что касается произведений прикладного искусства, причины, обуславливающие введение специального режима их охраны в соответствии с Конвенцией, обсуждаются в комментариях к статье 2 и, в частности, к ее пункту (7). Из этих причин – в особенности из намерения избежать чрезмерного столкновения между специальными рынками культуры и общими рынками утилитарной продукции – следует, что в случае таких произведений более короткий срок охраны оправдывает себя. Упомянутые причины, по-прежнему актуальны, и поэтому ДАП не сделал в отношении произведений прикладного искусства того же шага, который был сделан в отношении фотографических произведений.

*Пункт (5): дата начала отсчета сроков*

БК-7.26. Положение в пункте (5) ясное и вряд ли требует специальных комментариев.

*Пункт (6): возможность более длительных сроков*

БК-7.27. Так как в статье 19 Конвенции указано вообще, что страны Союза могут предоставлять более широкую охрану, чем та, которая необходима как минимальная в силу Конвенции, положение в пункте (6) можно считать как не являющееся действительно необходимым. Однако ввиду того возможного аргумента, что более продолжительная охрана не является обязательно тем же самым, что и более широкая охрана, это положение все же представляется полезным пояснением.

*Пункт (7): возможность более коротких сроков*

БК-7.28. Положение пункта (7) достаточно ясное, и ввиду того, что оно становится простым историческим реликтом, не нуждается в специальных комментариях.

*Пункт (8): применимое законодательство; "сравнение сроков"*

БК-7.29. Первая фраза пункта (8) подтверждает в отношении срока охраны общий принцип, указанный в статье 5(2), в соответствии с которой объем охраны регулируется законодательством страны, в которой истребуется охрана.

БК-7.30. Вторая фраза предусматривает наиболее важное исключение к обязательству предоставлять национальный режим. Принцип, на котором она основана, представляет собой так называемое "сравнение сроков". Это означает, что ни одна страна не обязана предусматривать более продолжительный срок охраны, чем срок, установленный в стране происхождения произведения (это ограничение национального режима обычно может быть применено страной, предоставляющей срок охраны, более продолжительный, чем минимальный срок, предписанный Конвенцией, поскольку минимальный срок является обязательным). Следует отметить, что если любая страна желает применить принцип "сравнения сроков", Конвенция даже не требует никакого специального положения в национальном законодательстве этой страны, поскольку согласно пункту (8) этот принцип применяется, если законодательством той или иной страны не предусмотрено иное.

## **СТАТЬЯ 7bis**

*[Срок охраны произведений, созданных в соавторстве]*

**Положения предыдущей статьи применяются также для произведений, созданных в соавторстве, при условии, что сроки, определяемые со времени смерти автора, исчисляются со времени смерти последнего автора, пережившего других соавторов.**

БК-7bis.1. Эта статья содержит необходимое пояснение в отношении произведений, созданных в соавторстве (право определения которых сохраняется за странами Союза, но которые (то есть, произведения), конечно, предполагают совместную творческую деятельность). Данная статья предусматривает единственное логическое решение для исчисления срока охраны таких произведений: если, согласно статье 7, срок следует исчислять со времени смерти автора, то в случае произведения, созданного в соавторстве, исчисление срока должно осуществляться со времени смерти последнего автора, пережившего других соавторов.

## **СТАТЬЯ 8**

*[Право на перевод]*

**Авторы литературных и художественных произведений, охраняемых настоящей Конвенцией, в течение всего срока действия их прав на оригинальное произведение пользуются исключительным правом переводить и разрешать переводы своих произведений.**

БК-8.1. Право на перевод было первым правом, признанным в силу Конвенции, что достаточно понятно, поскольку произведения других стран в переводах представляли собой наиболее заметную проблему в международных отношениях. Поэтому, уже в первоначальном (1886 г.) Акте Конвенции содержалось положение об этом праве. Статья Бернского акта предусматривала право на перевод на срок в течение десяти лет со времени выпуска в свет оригинального произведения. Это решение явилось компромиссом между исключительно странами - экспортерами, которые склонялись в пользу самой полной, насколько возможно, охраны права на перевод, и исключительно странами - импортерами, которые желали сохранить по мере возможности свободную доступность иностранных произведений. Статья 5 была изменена на Парижской конференции 1896 года по пересмотру; срок охраны права на перевод был приравнен к общему сроку охраны, предусмотренному в странах Союза (хотя в то время Конвенция еще не установила обязательный минимальный срок), однако при условии, что для этой цели разрешенный перевод должен был быть опубликован на том или ином языке в течение десяти лет со времени первого выпуска в свет произведения. Акт 1886 года -

54

который по причинам, указанным ниже, в принципе, имел значение даже в Парижском (1971 г.) акте Конвенции – гласит следующее: "Авторы, являющиеся гражданами любой страны Союза, или их правопреемники пользуются в других странах исключительным правом осуществлять перевод или разрешать перевод своих произведений в течение всего срока действия их прав на оригинальное произведение. Тем не менее, исключительное право на перевод прекращает свое действие, если автор не воспользовался им в течение десяти лет со времени первого выпуска в свет оригинального произведения, опубликовав или заставив опубликовать в одной из стран Союза перевод на язык, в отношении которого должна истребоваться охрана".

БК-8.2. Положения о праве на перевод претерпевали изменения постепенно на последующих конференциях по пересмотру. Общее положение – в статье 8 – обрело свой окончательный вид на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру; с тех пор оно оставалось тем же. Однако и оно продвинулось, согласно статье 25(2) Бернского акта, когда появилась возможность включения оговорки, указывающей на то, что вступающая в Союз страна может заменить, "по крайней мере временно" статьей 8 положения вышеупомянутой статьи 5 Парижского (1896 г.) акта (при условии понимания, что эта замена должна была распространяться только на переводы на язык или языки определенной страны). Сущность этого положения, допускающего такую оговорку, была оговорена также и в Парижском (1871 г.) акте (в статье 30), однако в другом виде, что частично было следствием его сочетания с предусмотренной в Дополнительном разделе к Конвенции возможностью ограничить в развивающихся странах право на перевод посредством системы принудительных лицензий в соответствии со сложными требованиями, установленными в Дополнительном разделе. Эти ограничения к исключительному праву на перевод обсуждаются ниже.

#### *Подразумеваемые исключения к праву на перевод*

БК-8.3. На Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру разгорелись оживленные дискуссии относительно того, существуют ли подразумеваемые исключения к праву на перевод, или нет. В отчете Основного комитета I результаты этих дискуссий отразились в следующем виде: "Что касается права на перевод в случаях, когда произведение может в соответствии с положениями Конвенции законно использоваться без согласия автора, в Комитете разгорелась оживленная дискуссия, которая послужила основанием для некоторых заявлений в отношении общих принципов толкования. Несмотря на достижение общей договоренности о том, что статьи 2bis(2), 9(2), 10(1) и (2), а также 10bis(1) и (2) фактически подразумевают возможность использования произведения не только в оригинальной форме, но также в переводе, при выполнении одних и тех же условий, в частности, что такое использование соответствует добросовестной практике, и что в данном случае также, как в случае всех видов использования произведения, сохраняются права, предоставленные автору согласно статье 6bis (неимущественные права), различные мнения высказывались в отношении законных видов использования, предусмотренных в статьях 11bis и 13. Некоторые делегации считали, что эти статьи также применимы к переведенным произведениям, при выполнении указанных выше условий. Другие делегации, в том числе делегации Бельгии, Франции и Италии, считали, что формулировка этих статей в тексте Стокгольмского акта не позволяет толковать то, что возможность использования произведения без согласия автора также включает в себя в этих случаях возможность его перевода".<sup>30</sup>

БК-8.4. Эти заявления достаточно ясны в отношении применимости исключений и ограничений согласно Конвенции также и к переводам. Единственными случаями, когда установлена возможность различных толкований, являются положения статей 11bis (несомненно, упоминались пункты (2) и (3) этой статьи) и 13. Кажется, что данный отчет, за счет описания двух возможных толкований без указания какого-либо предпочтения одного из них в сравнении с другим, подчеркивает право стран Союза в выборе любого из этих двух толкований.

## **СТАТЬЯ 9**

*[Право на воспроизведение: 1. Общее положение; 2. Возможные исключения; 3. Звуковые и визуальные записи]*

- (1) Авторы литературных и художественных произведений, охраняемых настоящей Конвенцией, пользуются исключительным правом разрешать воспроизведение этих произведений любым образом и в любой форме.
- (2) Законодательством стран Союза разрешается воспроизведение таких произведений в определенных особых случаях

при условии, что такое воспроизведение не наносит ущерба нормальному использованию произведения и не ущемляет необоснованным образом законные интересы автора.

(3) Любая звуковая или визуальная запись признается воспроизведением для целей настоящей Конвенции.

БК-9.1. До принятия Стокгольмского (1967 г.) акта в Бернской конвенции отсутствовало ясно выраженное положение о праве на воспроизведение. Однако в соответствии с предшествующими актами это право признавалось косвенным образом. Отчасти это следовало из некоторых положений, которые косвенно ссылались на существование права на воспроизведение, и отчасти – из применения *a contrario* принципа толкования в свете исключений, допускаемых к праву на воспроизведение.

БК-9.2. На Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру делегации Австрии и Франции предложили ясное признание общего права на воспроизведение в тексте Конвенции, наряду с правом на распространение (“выпуск в обращение”) изготовленных экземпляров.<sup>31</sup> Французская делегация подчеркивала, что Конвенция уже предусматривает определенные права – в отношении перевода, воспроизведения механическими средствами и кинематографического воспроизведения – которые просто “произошли от основного права на воспроизведение”.<sup>32</sup> Эти предложения не получили достаточной поддержки, и поэтому обе делегации отозвали их.<sup>33</sup> Однако сомнения, а также возражения относительно этих предложений касались не просто признания права на воспроизведение, а его сочетания с предложенным признанием права на распространение; кроме того, относительно предложения делегации Франции можно отметить, что оно касалось предложенного распространения полного исключительного права на воспроизведение (и вытекающего из него права на распространение) на статьи в газетах и периодических изданиях, в отношении которых статья 9 Конвенции допускала (и допускает даже сейчас) исключения.<sup>34</sup>

*Пункты (1) и (3): ясное признание права на воспроизведение*

БК-9.3. Рабочая группа по подготовке Стокгольмского пересмотра Бернской конвенции предложила вновь признать право на воспроизведение в прямой форме. С самого начала предложение о признании общего права на воспроизведение было связано с параллельным предложением об общем регулировании допускаемых исключений к этому праву, и весьма оживленные дискуссии, развернувшиеся в ходе подготовительной работы к проведению Дипломатической конференции и во время самой конференции в отношении регулирования этого права, вообще не касались вопроса о признании самого права, но касались исключительно вопроса о том, каким образом можно определить допускаемые исключения к этому праву.

БК-9.4. Ясное признание права на воспроизведение содержится в пункте (1) статьи 9. Сфера применения права на воспроизведение согласно пункту (1) является абсолютной; она распространяется на воспроизведение “любым образом и в любой форме”. Поэтому, по определению, она не может распространяться ни на что иное. Если любое действие является воспроизведением, оно неизбежно охватывается статьей 9. Совершенно другое дело, что исключения к применению права на воспроизведение допускаются, если соблюдены условия, определенные в пункте (2).

БК-9.5. Вследствие полного охвата права может быть задан вопрос, а почему необходимо пояснять в пункте (3) статьи 9, что звуковые или визуальные записи произведения также являются воспроизведением. Следует понять, что для включения пункта (3) были определенные специфические причины, касающиеся развития текста Конвенции. Брюссельский акт Конвенции все еще содержал специальные положения о воспроизведении механическими средствами и кинематографическом воспроизведении произведений.<sup>35</sup> Поскольку эти положения уже присутствовали в тексте Конвенции, было признано желательным оставить их – учитывая, что их простое изъятие могло создать определенное неправильное понимание и несоответствующие толкования – но, в то же время, включить их в статью о праве на воспроизведение.<sup>36</sup> Следует добавить, что включение пункта (3) может быть полезным также с другой целью; а именно, для недопущения любого ограничительного толкования понятия воспроизведения посредством утверждения, что никакое воспроизведение не имеет места, если не изготовлен экземпляр произведения, дающий возможность непосредственно воспринимать произведения.

## Понятие воспроизведения согласно Бернской конвенции

БК-9.6. Текст Бернской конвенции не содержит никакого полного и ясно выраженного определения понятия “воспроизведение”. Тем не менее, некоторые элементы понятия “воспроизведение” могут быть определены в этом тексте. Хорошим примером является разъяснение, данное в статье 9(3) (как обсуждалось выше), которое делает очевидным, что не является условием то, чтобы на основании воспроизведения непосредственно воспринимался экземпляр произведения; достаточно, если воспроизведенное произведение могло бы восприниматься с помощью соответствующего оборудования.

БК-9.7. На Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру делегация Австрии представила предложение об определении понятия “воспроизведение”. Предлагаемый текст гласил следующее: “Воспроизведение состоит в материальной фиксации произведения всеми способами, которые делают возможным [его] косвенное сообщение для всеобщего сведения [курсив мой, поскольку в этом заключалась сущность проекта определения]. Оно может осуществляться, в частности, посредством печатания, рисования, гравирования, фотографирования, литья и всех способов графического и пластического искусства, а также посредством механической, кинематографической или магнитной записи. В случае произведений архитектуры воспроизведение также состоит в повторном осуществлении плана или стандартного проекта.”<sup>37</sup> В комментариях к этому предложению было добавлено, что в данном определении также станет понятным, что “запись при помощи инструментов, записывающих звуки или изображения, аналогичным образом представляет собой некую форму воспроизведения”.

БК-9.8. В ходе работы Основного комитета I Стокгольмской конференции по пересмотру Австрийская делегация, поняв, что ее предложение не получит достаточной поддержки, отозвала его, при условии (принятым Комитетом), что будет отражено, по меньшей мере в отчете, во-первых, что понятие воспроизведения не включает в себя устные лекции или публичные представления (то есть, фиксация в материальной форме была требованием), и, во-вторых, что это понятие охватывает воспроизведение при помощи записи звуков и изображений.<sup>38</sup> Важно отметить причины, по которым другие делегации и Председатель Комитета возражали против включения определения, предложенного Австрийским правительством, а также те заявления, которые отражали согласие с сущностью предложения или, по крайней мере, с его основными элементами. Это важно потому, что не было ни одной делегации, сомневающейся в том, что действия, перечисленные в Австрийском предложении, не охватывались понятием воспроизведения. Причина, по которой несколько делегаций все же возражали против идеи включения перечня действий, считающихся воспроизведением, заключалась или в том, что они не находили это необходимым из-за того, что проект положения о праве на воспроизведение в основном предложении распространялся на воспроизведение “любым образом и в любой форме”, или в том, что в своего рода исчерпывающем перечне виделась потенциальная опасность, которая могла привести к ослаблению авторско-правовой охраны (за счет возникновения возможных сомнений, относящихся к охвату права на воспроизведение в случаях, не определенных четко в перечне).<sup>39</sup> Еще более интересно отметить, что некоторые делегации возражали против Австрийского предложения потому, что они полагали, что значение термина “воспроизведение” было очевидным<sup>40</sup> или, по меньшей мере, оно вряд ли могло вызвать замешательство.<sup>41</sup>

БК-9.9. Таким образом, кажется, что никто не возражал против основного элемента Австрийского предложения, согласно которому воспроизведение следовало определять как “материальную фиксацию произведения всеми способами, которые делают возможным [его] косвенное сообщение для всеобщего сведения”. Что в равной мере важно отметить, так это то, что была и другая делегация, выражающая согласие с Австрийским предложением, заключавшемся в том, что воспроизведение следовало считать фиксацией, однако эта делегация также ссылалась на возможность изготовления дополнительных экземпляров на основе фиксации и предлагала, чтобы это понимание было отражено в отчете.<sup>42</sup> Председатель Комитета в своих заключительных заявлениях – не оспоренных ни одной делегацией – также подчеркивал, что недостаточно определить воспроизведение как фиксацию – статус произведения, который достаточно стабилен в том смысле, что это не просто “представление или осуществление” произведения – на основе которых произведение можно сообщать для всеобщего сведения косвенным образом; следует также иметь в виду и выражать, что на основе фиксации можно изготавливать дополнительные экземпляры (и он также ссылался на копирование такими способами, как фотокопирование). Затем Председатель отметил понимание Комитета того, что воспроизведение является фиксацией – в этом смысле – произведения.<sup>43</sup>

БК-9.10. Можно сказать, что на основе обсужденных выше дискуссии и выводов Председателя в Основном комитете I Стокгольмской конференции по пересмотру можно определить понятие воспроизведения, принятое во внимание Комитетом (который *de facto* выработал и принял текст статьи 9 Бернской конвенции). В соответствии с этим понятие воспроизведение представляет собой фиксацию произведения, на основе которой произведение можно сообщать косвенным образом для всеобщего сведения или можно изготовлять дополнительные экземпляры (воспроизводить).

*Пункт (2): "трехэтапная проверка" на исключения и ограничения*

БК-9.11. Пункт (2) соответствует требованию, которое отмечалось на самых ранних этапах работы по подготовке к Стокгольмской конференции по пересмотру и последовательно учитывалось во время проведения самой конференции; а именно, что признание общего права на воспроизведение должно «продвигаться» вместе с общими положениями, относящимися к объему и условиям применения исключений к этому праву. Объем и условия применения таких исключений определены в виде так называемой «трехэтапной проверки», включенной в пункт (2).

БК-9.12. Происхождение выражения «трехэтапная проверка» можно найти в том, каким образом Основной комитет I Стокгольмской конференции по пересмотру описывал, как следует применять пункт (2). Соответствующая часть отчета гласит следующее: «Если считается, что воспроизведение наносит ущерб нормальному использованию произведения, воспроизведение не разрешается вообще. Если считается, что воспроизведение не наносит ущерба нормальному использованию произведения, следующий этап заключался бы в рассмотрении того, ущемляет ли оно необоснованным образом законные интересы автора. И только в том случае, если не ущемляет, было бы можно в определенных особых случаях вводить принудительную лицензию или предусматривать использование без оплаты.»<sup>44</sup>

БК-9.13. Следует отметить, что с 1967 года технические аспекты, характер и влияние репрографического воспроизведения – которое было выбрано в отчете для примеров – существенно изменились; поэтому эти примеры необязательно могут оставаться в силе в существующих обстоятельствах. Описание в отчете того, каким образом должен применяться пункт (2), тем не менее, продолжает оставаться в силе в отношении указания структуры проверки, предусмотренной в нем; то есть, в отношении того, что она является «трехэтапной проверкой». С этой точки зрения следует подчеркнуть, что, несмотря на то, что условие, согласно которому исключение может быть допущено только в специальных случаях, упоминается в конце этого описания, в действительности это является первым условием, подлежащим проверке. Не только потому, что это первое условие, упомянутое в тексте данного пункта, но и потому, что, очевидно, что в случае определения, что сфера охвата предложенного исключения шире, чем просто специальный случай, излишне рассматривать два других условия; в таком случае исключение не допускается согласно Конвенции.

*Первый этап: значение "особых случаев"*

БК-9.14. Хотя ни в тексте Конвенции, ни в отчете Основного комитета I Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру не содержится точного определения того, какие случаи можно считать «особыми», предложения и дискуссии вокруг ограничений и исключений к праву на воспроизведение, отраженные в документах Стокгольмской конференции, а также контекст самой Конвенции (в частности, специальные положения по исключениям к праву на воспроизведение) дают достаточную ориентацию в этой связи.

БК-9.15. На основе этих источников толкования можно сказать, что понятие «особые случаи» включает два аспекта: во-первых, любое исключение или ограничение должно быть ограничено в его охвате; не допускается ни одно широкое исключение или ограничение, имеющее общее влияние; и, во-вторых, оно также должно быть особым в том смысле, что должно быть некоторое конкретное и разумное юридико-политическое оправдание его введения.<sup>45</sup> Первый аспект легко понятен, и он вряд ли может быть разумно подвергнут сомнению. А вот второй аспект требует пояснения.

58 БК-9.16. Текст существующих положений Бернской конвенции об особых случаях исключений к праву на воспроизведение и другим правам ясно показывает, что конференции по пересмотру всегда вводили исключения на основе некоторых четко определяемых причин государственной политики; как подчеркивается в основном предложении, представленном к Стокгольмской конференции по пересмотру, при обращении к предложениям Рабочей группы, при рассмотрении "различных государственных и культурных интересов."<sup>46</sup>

БК-9.17. Текст и переговорная история Конвенции показывают, что соображения определенных конкретных государственных и культурных интересов не только служили основой для принятия положений по исключению; такие соображения необходимо учитывать постоянно при применении этих положений. Вот некоторые примеры:

– Статья 10(1) – по исключениям к цитированию – предусматривает, *inter alia*, что свободное цитирование возможно только в том случае, если оно осуществляется "в объеме, оправданном поставленной целью" [курсив мой]. Цель, на которую ссылаются в данном случае, представляет собой ясную цель государственной политики, направленную на обеспечение исследований, критики и свободы слова.

– Статья 10(2) допускает "использование ... литературных или художественных произведений в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телевизионных передачах и записях звука или изображения учебного характера при условии, что такое использование осуществляется добросовестно" "в объеме, оправданном поставленной целью" [курсив мой]. В этом случае иллюстрации для учебных целей – а в более широком смысле, содействие обучению с помощью определенных, разумно необходимых исключений – представляют собой цель государственной политики.

– Общественная информация представляет собой ясную цель в случае статьи 2(4) о возможности исключения официальных текстов законодательного, административного и судебного характера и официальных переводов таких текстов, и статьи 10bis(1) и (2) об исключениях для воспроизведения в прессе, передачи в эфир или сообщения по проводам для всеобщего сведения опубликованных в газетах или журналах статей по текущим экономическим, политическим и религиозным вопросам или переданных в эфир произведений такого же характера при определенных условиях, с одной стороны, а, с другой стороны, для воспроизведения или сообщения для всеобщего сведения произведений, показанных или оглашенных в ходе текущих событий в обзорах текущих событий средствами фотографии или кинематографии, либо путем передачи в эфир или сообщения для всеобщего сведения по проводам. В случае статьи 10bis(2) ясно указывается, что эти действия допускаются только "в объеме, оправданном информационной целью" [курсив мой].

Можно было бы продолжить анализ всех особых случаев, охватываемых исключениями, предусмотренными подробно Бернской конвенцией. Во всех этих случаях также возможно определить некоторые конкретные цели государственной и/или культурной политики, служащие основанием для их принятия.

БК-9.18. Кажется, что государственно-политическая основа целей, служащих в качестве основания для особых случаев, охватываемых исключениями и ограничениями в соответствии с Конвенцией, требует большего оправдания, чем то обстоятельство, что директивные органы желают достигнуть любого вида политической цели. Существует необходимость в ясном и разумном политическом оправдании, таком как свобода выражения, общественная информация или государственное образование; права авторов не могут ущемляться произвольно. (Приводятся доводы относительно того, что соображения государственной политики не входят в определение "определенные особые случаи", а предполагаются как элементы в применении двух последующих этапов трехэтапной проверки. Однако эти этапы лишь косвенно подразумевают соображения государственной политики, так как их текст сосредоточен на влиянии исключений и ограничений на интересы правообладателей. В этом отношении также применяется элемент государственной политики, как обсуждается ниже в комментариях к третьему этапу проверки, однако это означает лишь то, что оправдание государственной политики необходимо как в отношении вопроса относительно того, в какие области вводятся ограничения и исключения, так и в отношении вопроса относительно того, какие особые виды бремени общество позволит возложить на конкретные категории своих граждан в пользу других категорий. Поэтому два последних этапа в отдельности не обеспечивают в полной мере недопущение произвольного ущемления прав авторов.)

*Второй этап: значение "[нанесения ущерба] нормальному использованию"*

БК-9.19. Значение слова "использование" представляется вполне понятным: оно означает деятельность, при помощи которой владелец авторского права пользуется его исключительным правом разрешать воспроизведение его произведения в целях извлечения рыночной цены из этого права. В этом контексте требует толкования прилагательное "нормальное". Его можно понимать двумя различными путями: или как ссылку на эмпирический вывод о том, что является общим в данном контексте или в данном сообществе, или как указание на определенные нормативные стандарты. Документы Стокгольмской конференции по пересмотру предоставляют соответствующую помощь для определения того, какое из этих двух возможных значений учитывалось во время подготовительной работы и на самой конференции.

БК-9.20. Особенно уместным кажется то, что вошло в отчет Рабочей группы за 1964 год, составленный для подготовки к пересмотру Бернской конвенции, на который дается ссылка в основном предложении, снабженном примечаниями, которое было представлено к конференции по пересмотру (документ S/1). Комитет государственных экспертов, который в 1965 году принял проект текста статьи 9 в соответствии с основным предложением (уже содержащем условие "не наносит ущерба нормальному использованию произведения"), основывал свои обсуждения на вышеупомянутом отчете Рабочей группы. В соответствии с примечаниями к основному предложению "Рабочая группа высказала мнение о том, что... было очевидно, что все формы использования произведения, которые приобрели или, вероятно, приобретут существенное экономическое или практическое значение, должны быть закреплены за авторами; *исключения, которые могут ограничить возможности, открывшиеся перед авторами в этих отношениях, были неприемлемы*" [курсив мой].<sup>47</sup> В примечаниях к основному предложению приводился текст, предложенный Рабочей группой, в котором статья 9(2) появляется в следующей «зародышевой» форме: "Однако за законодательством стран Союза сохраняется право, с учетом положений данной Конвенции, ограничивать признание и осуществление (права на воспроизведение) для конкретных целей и при условии, что эти цели *не должны вступать в экономическое соревнование с этими произведениями*" [курсив мой].<sup>48</sup>

БК-9.21. Контекст основного предложения показывает, что ориентированное на использование условие, включенное в него ("не наносит ущерба нормальному использованию произведения"), которое затем стало частью окончательного текста статьи 9(2) Конвенции, зародилось в вышеупомянутом ориентированном на использовании условии, вошедшем в предложение Рабочей группы; и имеет практически такую же задачу, что и последнее. В документах конференции по пересмотру нет никакого указания в обратном смысле. Из этого следует, что в статье 9(2) термин "нормальное использование" относится не к каким-то просто эмпирическим выводам о том, как правообладатели обычно используют свои произведения (и, конечно, свои права на произведения); напротив, это - нормативное условие: исключение "наносит ущерб нормальному использованию произведения", если оно охватывает любую форму использования, которая приобрела или, вероятно, приобретет такое существенное значение, что те, кто пользуются произведением, могут вступить в экономическое соревнование с осуществлением права автора на произведение (другими словами, кто может навредить использованию произведения автором - или его правопреемником - на рынке).

БК-9.22. Существует еще одна причина, по которой совершенно понятно, что прилагательное "нормальное" в данном случае имеет не просто описательный, эмпирический характер, а нормативный характер. Эта причина состоит в том, что в эру технических разработок продолжают появляться новые средства и формы воспроизведения, и когда, в самом начале, они применяются в первый раз, несомненно, трудно говорить о форме использования, которая могла бы быть описана - в эмпирическом смысле слова - словами "обычная", "типичная" или "обыкновенная". В то же время эти новые формы воспроизведения могут быть очень важными для владельцев авторского права в извлечении ими рыночной цены из права на воспроизведение в их произведениях, и это тем более так, потому что они могут заменять некоторые другие, более традиционные формы. То, что такие новые возникающие формы воспроизведения также охватываются требованием не создавать условий для нанесения ущерба нормальному использованию произведения, также подчеркивается вышеупомянутым принципом, который в основном предложении, снабженном примечаниями, гласит следующее: "все формы использования произведения, которые приобрели или, вероятно, приобретут *существенное экономическое или практическое значение*, должны быть закреплены за авторами" [курсив мой].<sup>49</sup>

*Третий этап: значение выражения "ущемлять необоснованным образом законные интересы авторов"*

БК-9.23. Ни в тексте Конвенции, ни в документах Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру нельзя найти прямого и ясного руководства, касающегося этого понятия.

БК-9.24. Если взять за основу словарное определение (что, конечно, нужно делать очень осторожно и под контролем более целенаправленных источников толкования), можно видеть, что слово "законный" (которое представляется ключевым прилагательным в этом выражении) обычно определяется следующим образом: (а) соответствующий, санкционированный или разрешенный законом или правилом; правомерный, могущий быть оправданным; правильный; (b) нормальный; правильный; соответствующий признанному типу.<sup>50</sup> В данном случае уместным кажется первое определение в пункте (а). Однако это определение может быть понято также двояко. Если взять за основу вариант "соответствующий, санкционированный или разрешенный законом ...; правомерный ...", он, в контексте этого условия статьи 9(2), предполагает "правовой интерес"; другими словами, интерес владельца авторского права в том, чтобы пользоваться и осуществлять право на воспроизведение, предусмотренное в пункте (1) той же статьи, в такой полной мере, в которой это возможно. Если принять во внимание это значение, единственно возможным основанием для исключений и ограничений является то, что хотя правообладатель имеет такой законный интерес, им все же можно пренебречь в случаях, если такое ущемление прав не достигает неразумного уровня. Однако, если приемлем вариант "соответствующий, санкционированный ... правилом; ... могущий быть оправданным; правильный", можно понять, что термин "законные интересы" означает только те интересы, которые "могут быть оправданными" в том смысле, что они подкрепляются социальными нормами и соответствующей государственной политикой. (В этом заключается смысл прилагательного "законный", которое часто появляется в таких заявлениях, как "X не имеет никакого законного интереса в том, чтобы делать это".)

БК-9.25. Условие, вошедшее в основное предложение, представленное в 1965 году Комитетом государственных экспертов на рассмотрение Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру, в соответствии с которым любое действие, связанное с воспроизведением (охватываемое исключением или ограничением) "[не должно] противоречить законным интересам автора"<sup>51</sup>, скорее соответствует упомянутому выше, второму, так сказать, не правовому, нормативному значению "законности". Тем не менее, представляется, что делегация Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии приняла за основу первое значение – просто "правовые интересы", и еще представляется, что именно это обстоятельство и явилось причиной, по которой делегация предложила добавить наречие "необоснованным образом"<sup>52</sup>. После добавления этого наречия значение термина "законные интересы" было изменено; в сочетании с этим наречием значение данного термина больше нельзя было понимать иначе, как всего лишь "правовые интересы". Тем не менее, значение этого условия в результате данного изменения в сочетании с ограничительным наречием "необоснованным образом", не изменилось существенным образом.

БК-9.26. Причины этого толкования заключаются в следующем: невозможно, чтобы в основном предложении условие, заключающееся в том, что "воспроизведение не ущемляет законные интересы автора", понималось как означающее просто "правовые интересы" автора пользоваться и осуществлять его право в такой мере, в которой это возможно, поскольку, в данном случае, вряд ли было можно вообще допускать исключения и ограничения. Можно было лишь считать текст в основном предложении бессмысленным, если бы он понимался в соответствии с вышеупомянутым первым, не правовым значением "законных интересов"; то есть, если бы этот термин понимался как инструмент для балансирования между правовыми интересами автора и некоторыми другими разумными, оправданными интересами, принимаемыми во внимание. В свою очередь, представляется, что аргументация делегации Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии отразила опасение, что "законные интересы" все же могут быть истолкованы всего лишь как правовые интересы, и это обстоятельство кажется причиной, по которой эта делегация пыталась найти средства, обеспечивающие недопущение этой возможности, за счет введения уравновешивающего понятия, согласно которому авторы должны признавать, что их "законные" интересы ущемляются в тех случаях, когда такое ущемление не достигает неразумного уровня. Что касается желательного результата такого рода уравновешивания, в основном предложении, которое ссылается – на основе достигнутого соглашения – на принцип, установленный Рабочей группой в 1964 году, отмечается, что: "все формы использования произведения, которые приобрели или, вероятно, приобретут существенное экономическое или практическое значение, должны быть закреплены за авторами".<sup>53</sup>

БК-9.27. В варианте на французском языке должным образом отражено, что положение о том, что требование, согласно которому никакое ущемление не должно быть необоснованным, означает, что оно должно быть оправданным должным образом (соответствующими соображениями государственной политики). В отчете Основного комитета I об этом сказано следующим образом: "Рабочая группа решила принять поправку, предложенную делегацией Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, с некоторыми незначительными изменениями в варианте на английском языке [...]. Это доказывает, что очень трудно найти адекватный перевод выражения 'не ущемляет необоснованным образом' на французский язык. В Комитете было принято окончательное решение использовать выражение *"ne cause pas un préjudice injustifié"*. То есть, слово "неоправданный" было признано синонимом слова "необоснованный".<sup>54</sup>

БК-9.28. Все это означает, что с включением наречия "необоснованным образом" перед глаголом "ущемлять", проверка на "оправдание" – в соответствии с вышеупомянутым вторым, не правовым нормативным значением "законности" – относящаяся к пределам охраняемых интересов авторов, была бы просто повторена в рамках этого третьего, относящегося к интересам условия "трехэтапной проверки". Очевидно, что это не могло быть намерением Стокгольмской конференции. В этом заключается причина, по которой в результате добавления указанного наречия понятие "законные интересы" автоматически вернулось к первому, юридико-нормативному значению "законности", которое в результате этого изменения, как кажется, стало единственным подходящим толкованием в контексте данного положения, и в этом же заключается причина, по которой смысл этого положения, на самом деле, не изменился в новой формулировке.

БК-9.29. То обстоятельство, что конференция принимала во внимание термин "законные интересы" в его значении "правовые интересы" – и что именно наречие "не обоснованным образом", как предполагалось, давало соответствующее основание для определения допускаемой сферы применения исключений – также отражается в не вызвавшем возражений заявлении Председателя Основного комитета I: "Ввиду того, что любое исключение к праву на воспроизведение должно неминуемо ущемить интересы автора, Рабочая группа пыталась ограничить это ущемление, введя термин ... 'не обоснованным образом'.<sup>55</sup>

## СТАТЬЯ 10

*[Определенные случаи свободного использования произведений: 1. Цитаты; 2. Иллюстрации для обучения; 3. Указание источника и автора]*

- (1) Допускается цитирование произведения, которое уже было доведено до всеобщего сведения на законных основаниях, при условии, что оно осуществляется добросовестно и в объеме, оправданном поставленной целью, включая цитирование статей из газет и журналов в форме обзоров печати.
- (2) Законодательством стран Союза и специальными соглашениями, которые заключены или будут заключены между ними, разрешается использование литературных или художественных произведений в объеме, оправданном поставленной целью, в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телевизионных передачах и записях звука или изображения учебного характера при условии, что такое использование осуществляется добросовестно.
- (3) При использовании произведений в соответствии с предшествующими пунктами настоящей статьи указываются источник и фамилия автора, если она обозначена на этом источнике.

*Пункты (1) и (3): свободное использование цитат*

БК-10.1. Специальное положение об использовании цитат было включено в текст Конвенции только на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру, однако допустимый характер такого использования признавался со времени проведения Бернской дипломатической конференции. На конференции 1885 года, когда обсуждался проект статьи 8 о допустимости "свободного изъятия" выдержек из произведений для учебных и научных публикаций, было заключено соглашение о том, что на основании этого положения также можно было бы допустить цитирование.<sup>56</sup> На Римской конференции 1928 года по пересмотру обсуждалось предложение о специальном положении относительно использования цитат, однако делегациям не удалось прийти к соглашению

62

в отношении некоторых деталей, и поэтому такое положение не было принято. Статья 10(1) Брюссельского (1948 г.) акта, являющаяся первым недвусмысленным положением об использовании цитат, носила ограниченный характер; она гласит следующее: "Допускается во всех странах Союза делать краткие выдержки из газетных и журнальных статей, а также включать их в обзоры печати". Текст пункта (1) в том виде, в каком он появляется в самом последнем, Парижском (1971 г.) акте Конвенции, был введен на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру.

БК-10.2. Когда Бернская конвенция обычно допускает случаи свободного использования принудительных лицензий вообще, она делает это таким образом, что за законодательством стран Бернского союза сохраняется право определять, может ли воспользоваться этими случаями определенная страна, или нет. Пункт (1) статьи 10, по сравнению с другими положениями об исключениях и ограничениях – которые обычно указывают, что "за законодательством ... разрешить..." – просто предусматривает, что "допускается цитирование... [курсив мой]". Поэтому может возникнуть мысль, что это исключение должно рассматриваться как обязательное для национального законодательства. Это особенно верно, если взять за основу текст на французском языке потому что, если в тексте на английском языке слово "допускаемый" можно понять как относящееся только к возможности разрешать – а не разрешать прямо – что-то, представляется, что текст статьи 10(1) на французском языке указывает более ясно на то, что цитаты используются свободно, если они удовлетворяют условиям, определенным в этом положении, ибо он гласит следующее: *'Sont licites les citations...'*

БК-10.3. Существует аспект, в соответствии с которым пункт (1) не отличается от других положений об исключениях и ограничениях; а именно: он непосредственно применим в странах, в которых такие договоры, как Бернская конвенция, в соответствии с конституционными нормами обладают сами по себе исполнительной силой. Другие положения об исключениях и ограничениях требуют вмешательства национального законодательства, поскольку они предусматривают только возможность разрешать определенные действия при определенных условиях. Однако это не означает, в принципе, действительное обязательство стран Бернского союза разрешать такое свободное использование. Из нескольких положений Конвенции следует, что странам-членам Бернского союза не позволяется предоставлять бенефициариям в силу Конвенции уровень охраны ниже того, который предписан в ней. Однако в Конвенции нет ни одного положения, которое запрещало бы предоставлять более высокий уровень охраны. Как раз наоборот, существует, по меньшей мере, три положения Конвенции, которые касаются прав стран-участниц в этой связи (см. статью 5(1), касающуюся национального режима; статью 19, непосредственно указывающую на возможность "более широкой охраны, которая может предоставляться законодательством страны Союза"; и статью 20 о специальных соглашениях, предоставляющих более высокие уровни охраны). Таким образом, в принципе, необязательно предусматривать такое исключение<sup>37</sup>.

БК-10.4. Слова "в принципе" выделены в предыдущем пункте тогда, когда отмечается, что не существует никакого фактического обязательства в соответствии с Конвенцией допускать свободное использование так, как это допускается согласно пункту (1). Это выделение необходимо для указания того, что хотя данное положение не представляет собой исключение к принципу минимальной охраны, однако на практике из основных прав человека – свободы слова и критики – следует, что допущение свободного использования цитат в соответствующих случаях является обязательным.

БК-10.5. Пункт (1) представляет собой одно из немногих положений Конвенции, в которых в качестве условия появляется "доведение до всеобщего сведения", а не "опубликование". Результатом использования этого понятия является большая гибкость и более широкая применимость. Цитаты можно брать не только из произведений, опубликованных на законных основаниях (которые доводятся до всеобщего сведения посредством распространения экземпляров), но также из тех произведений, которые доводятся до всеобщего сведения в формах, не относящихся к экземплярам, таких как публичное исполнение или чтение. Это обстоятельство приводит к довольно широкому объему произведений, которые могут цитироваться, и это тем более так, поскольку пункт (1) не содержит никакого ограничения в отношении жанров таких произведений. Также нет никакого ограничения, относящегося к произведениям, в которые можно включать цитаты. Однако цитаты должны соответствовать требованиям, приведенным в пункте (1).

БК-10.6. Согласно пункту (1) цитирование должно осуществляться "добросовестно". Документы Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру не содержат никакого специального указания относительно того, какую практику можно считать "добросовестной". Тем не менее, текст Конвенции дает руководство к этому. Представляется, что критерии допускаемых

исключений, включенных в статью 9(2) на этой конференции ("трехэтапная проверка"), также применимы в данном случае; очевидно, что никакое "цитирование" не является добросовестным, если оно наносит ущерб нормальному использованию произведения и необоснованным образом ущемляет законные интересы правообладателей. Тот критерий, что объем цитирования не должен превышать то, что оправдано целью, дает дополнительное руководство, наряду с понятием "цитирование", которое само по себе содержит некоторые факторы, ограничивающие объем этого свободного использования.

БК-10.7. Как упоминается в предыдущем пункте, условие, согласно которому цитирование не должно превышать объем, оправданный целью, и условие, согласно которому цитирование должно осуществляться добросовестно, взаимосвязаны: добросовестность может служить в качестве руководства при определении того, что именно может оправдываться целью, а тот факт, что цитирование выходит за рамки своей цели, может быть ясным указанием на то, что оно не соответствует принципу добросовестности.

БК-10.8. Следует отметить, что существуют и другие положения Конвенции, допускающие случаи свободного использования там, где появляется выражение "оправдано целью". Однако в этих положениях четко определена цель, а именно, в случае статьи 10(2) "использование ... в качестве иллюстраций ... учебного характера" и в случае статьи 10*bis*(2) "информационная цель" "обзора текущих событий". Напротив, с первого взгляда не кажется, что статья 10(1) устанавливает какую-то конкретную цель. Что же она тогда подразумевает, оговаривая, что цитирование свободно только в той мере, в какой оно "оправдано целью"? Можно ли использовать цитирование для какой бы то ни было цели (при условии, что соблюдается принцип добросовестности)? Если бы это было так, тогда условие, относящееся к цели, казалось бессмысленным, поскольку в этом случае оно не содержало бы в себе никакого истинного ограничения к этому свободному использованию; и только требование соблюдения принципа добросовестности содержало бы такое ограничение.

БК-10.9. Представляется, что более разумное толкование можно найти в том случае, если цель этого свободного использования относится к самому понятию цитирования. Есть хорошее основание для того, чтобы сказать, что на самом деле существует некая формальная цель, которая включает в себя определенные возможные цели по существу. Формальная цель заключается в цитировании, тогда как целями по существу являются те обычные цели цитирования, которые следуют из самого понятия цитирования, такие как критика, политические или научные дискуссии, иллюстрация и тому подобное. Это толкование придает тексту подходящее значение, а также приводит пункт (1) в соответствие со структурой и характером упомянутых выше двух других положений Конвенции, содержащих аналогичные условия, относящиеся к цели.<sup>58</sup>

БК-10.10. Пункт (1) касается конкретного вида "цитирования", а именно "цитирование статей из газет и журналов в форме обзоров печати". По-видимому, "обзор" сам по себе не является цитированием, поскольку точный повтор части цитируемого текста является неотъемлемым элементом понятия цитирования. Вместо возможного противоречивого толкования, в соответствии с которым цитирование может принимать форму обзоров, здесь вновь предлагает себя другое, более разумное толкование; а именно то, что в данном случае цитаты – соответствующие упомянутым выше оправданным целям цитирования – могут быть частями таких обзоров (вместо того, чтобы самим быть обзорами).

БК-10.11. Обязательство по пункту (3) – в отношении указания источника и имени автора, если оно обозначено в источнике – касается и пункта (1), и пункта (2). Это обязательство можно считать производным от положений статьи 6*bis* о личных неимущественных правах.

*Пункты (2) и (3): свободное использование с целью обучения*

БК-10.12. На первой и второй Бернской конференции 1884 и 1885 гг. разгорелись продолжительные дискуссии по вопросу о том, какой вид положения должен быть включен в Конвенцию в отношении исключений к целям обучения. Однако с тех пор не удалось прийти к какому-либо существенному соглашению относительно того, каким образом следует определять условия такого ограничения, и этот вопрос был оставлен на усмотрение национального законодательства и специальных соглашений между странами Бернского союза. В первоначальный текст Конвенции 1886 года вошло следующее положение: "Что касается свободы

64

включения выдержек из литературных или художественных произведений для использования в публикациях, предназначенных для учебных или научных целей или для хрестоматий, юридическое действие законодательства стран Союза и специальных соглашений, существующих или заключаемых между ними, не затрагивается настоящей Конвенцией". На конференции 1885 года, на которой был фактически принят первоначальный текст Конвенции 1886 года, было разъяснено, что цитируемом выше тексте "обучение" распространяется как на начальное, так и на высшее образование, и что "публикации ... для ... научных целей" также охватывают публикации для самообразования.<sup>59</sup> На Берлинской 1908 года, Римской 1928 года и Брюссельской 1948 года конференциях по пересмотру обсуждались несколько предложений по изменению текста, однако, только на последней конференции удалось незначительно изменить этот текст; в текст положения было добавлено новое условие: "в объеме, оправданном целью".

БК-10.13. Самая последняя редакция формулировки пункта (2) была принята на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру. От предыдущих вариантов положения были оставлены два элемента; а именно, во-первых, что применение этого свободного использования сохраняется за "законодательством в странах Союза и специальными соглашениями, существующими или заключаемыми между ними"; и, во-вторых, что такое использование разрешается только "в объеме, оправданном целью". В то же время были введены некоторые изменения: (i) выражение "в том числе выдержки" было заменено словом "использование"; (ii) однако было введено условие, согласно которому такое использование может быть свободным только в том случае, если это использование - "в качестве иллюстраций"; (iii) сфера применения исключения была расширена от публикаций до радио- и телевизионных передач и записей звука или изображения; (iv) сфера применения этого специфического свободного использования была ограничена в других измерениях; а именно, теперь оно применимо только для обучения, а не для публикаций (или других видов "использования") "имеющих научный характер" (что, однако, не означает, что не может допускаться использование произведений, охватываемых ранее в этой связи; просто - как отмечала компетентная Рабочая группа - теперь этот вопрос оставлен на усмотрение "ряда исключений к праву на воспроизведение, которые уже были включены в Конвенцию"<sup>60</sup>); (v) ссылка на хрестоматии была убрана (что, однако, не изменило полностью правовую ситуацию, поскольку во многих случаях использование произведений в качестве иллюстраций в хрестоматиях может с таким же успехом охватываться новым положением); и (vi) было добавлено условие, в соответствии с которым исключение применимо только "при условии, что такое использование осуществляется добросовестно".

БК-10.14. Представляется, что новое выражение - "использование ... в качестве иллюстраций" менее ограничительное, чем предшествующее: "в том числе выдержки" в том смысле, что оно может также распространяться на использование произведений в их полном виде при условии, что оно не выходит за пределы понятия "иллюстраций" для обучения. В то же время следует отметить, что произведения в их полном виде могут быть только более короткими произведениями, поскольку такой вид свободного использования более длинных произведений не соответствовал бы понятию просто иллюстраций, а также противоречил бы двум ограничивающим условиям; а именно, тем условиям, что, во-первых, использование может быть свободным только «в объеме, оправданном целью»; и, во-вторых, оно должно «осуществляться добросовестно».

БК-10.15. Значение термина "обучение" определено в самом последнем, Парижском (1971 г.) акте Конвенции более точно, чем в предшествующих актах. В отчете Основного комитета I Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру определение термина "обучение" содержится в виде согласованного заявления следующим образом: "Было высказано пожелание, чтобы в данном Отчете было пояснено, что слово 'обучение' включает обучение на всех уровнях - в высших учебных заведениях и университетах, в муниципальных и государственных школах, а также в частных школах. Обучение вне этих учреждений, например, общее обучение, доступное общественности, но не включенное в упомянутые выше категории, должно быть исключено."<sup>61</sup>

БК-10.16. Это определение кажется полным и точным. Однако представляется оправданным сослаться на замечания толкователя Конвенции в этой связи: "Это ограничительное толкование, поскольку оно ясно исключает использование произведений на курсах образования взрослых, которые очень популярны во многих странах. В развивающихся странах оно также исключило бы кампании по борьбе с неграмотностью взрослого населения, хотя упомянутое использование можно было бы охватить положениями, содержащимися в Приложении к Парижскому акту. И последний вопрос заключается в том, ограничивается ли слово 'обучение' реальным преподаванием в школьных классах, или оно также распространяется на курсы заочного обучения, где учащиеся не

получают никакого образования в присутствии преподавателя. Эти формы обучения имеют большое значение во многих странах, и представляется, что нет никакого основания исключать их из 'обучения' для целей статьи 10(2).<sup>62</sup> Проблема, затронутая в этих замечаниях, кажется еще более уместной в условиях все более широкого распространения методов "дистанционного обучения" на основе новых возможностей, предлагаемых цифровыми технологиями и развитием сетей связи и, особенно, сети Интернет.

БК-10.17. В случае теле- и радиовещания на учебные заведения могут возникнуть специфические проблемы, так как, если не принять определенные меры, программы широкого вещания могут приниматься не только этими учреждениями, но, в принципе, любыми представителями общественности на территории, охватываемой программой вещания. Во время принятия пункта (2) в Стокгольме в 1967 году участники конференции по пересмотру имели только две возможности; а именно, или применить весьма ограниченное понятие "передачи в эфир" – на самом деле, сократив его до "узкого вещания" в школах – и, за счет этого, отвергнуть возможность полного использования преимуществ передачи в эфир для учебных целей; или допустить передачу в эфир вообще "для обучения" (что и было выбрано). Однако в условиях существующих цифровых технологий и сетей связи, с одной стороны, последствия неограниченного приема таких программ могут намного проще нанести ущерб определенным формам нормального использования произведений или же могут необоснованным образом ущемить законные интересы правообладателей, а, с другой стороны, за счет соответствующего применения новых технологий – таких как методы шифрования – можно в известной мере уменьшить влияние этого свободного использования так, чтобы полностью соблюсти общие ограничивающие требования.

БК-10.18. Свободное использование согласно пункту (2) может происходить только "в объеме, оправданном целью". Текст пункта (2) вполне понятно определяет цель этого свободного использования: "использование... в качестве иллюстраций ... учебного характера". Это говорит о том, что данное условие заключается не просто в том, чтобы использование осуществлялось в учебном заведении; оно должно осуществляться для целей обучения (конечно же, наряду с обычными образовательными функциями обучения), а не просто, например, для развлечения в отсутствие какой-либо взаимосвязи с учебной деятельностью. Выражение "в качестве иллюстраций" также имеет ограничительный фактор. Оно отражает требование, согласно которому использование должно органично входить в учебную программу и иллюстрировать что-то, соответствующее такой программе или направленное на осуществление ее целей; для того, чтобы такое использование допускалось, недостаточно, что оно является частью какой-то общей "культурной" программы в стенах или за стенами учебного заведения. Представляется, что два основных значения термина "иллюстрации" заключаются, во-первых, в пояснении чего-то при помощи примеров, рисунков и т.д.; и, во-вторых, в предоставлении книг, лекций и т.д., снабженных рисунками, схемами и т.д. Это также означает, что должна быть соответствующая пропорциональность между тем, что предполагается иллюстрировать, и самими иллюстрациями. Таким образом, из этого понятия вытекают определенные ограничения, касающиеся допустимых целей и объема этого свободного использования.

БК-10.19. Что касается требования совместимости с "добросовестностью", об этом условии можно сказать примерно то же самое, что и в случае свободного использования для цитирования. Документы Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру не содержат никакого конкретного указания в отношении понятия добросовестности. Однако и в этом случае трехэтапная проверка в соответствии со статьей 9(2) Конвенции является надежным основанием для определения границ объема этого свободного использования. Более того, и в этом случае существует тесная взаимосвязь между этим условием и требованием, согласно которому использование не должно выходить за пределы объема, оправданного целью, поскольку то, что не оправдано целью этого свободного использования, не может считаться добросовестным, и, в свою очередь, понятие добросовестности, несомненно, также имеет значение при определении объема использования, которое все же может быть оправдываемым.

БК-10.20. Как упоминается выше в связи с пунктом (1), положения пункта (3) равным образом применимы к пункту (2).

## СТАТЬЯ 10bis

*[Дополнительные случаи возможного свободного использования произведений:*

*1. Определенных статей и произведений, переданных в эфир; 2. Произведений, показанных или оглашенных в связи с текущими событиями]*

- (1) Законодательством стран Союза разрешается воспроизведение в прессе, передача в эфир или сообщение для всеобщего сведения по проводам опубликованных в газетах или журналах статей по текущим экономическим, политическим и религиозным вопросам или переданных в эфир произведений такого же характера в случаях, когда такое воспроизведение, передача в эфир или сообщение не были специально оговорены. Однако всегда должен быть ясно указан источник; правовые последствия неисполнения этого обязательства определяются законодательством страны, в которой истребуется охрана.
- (2) Законодательством стран Союза определяются условия, на которых литературные и художественные произведения, показанные или оглашенные в ходе текущих событий, могут быть воспроизведены или сделаны доступными для всеобщего сведения в обзорах текущих событий средствами фотографии или кинематографии, либо путем передачи в эфир или сообщения для всеобщего сведения по проводам в объеме, оправданном информационными задачами.

*Пункт (1): свободное использование определенных статей и произведений, переданных в эфир*

БК-10bis.1. Уже в первоначальном (1886 г.) Акте Конвенции учитывалась специфическая информационная цель, отраженная в пункте (1). Статья 7 Акта предусматривала свободное использование любых статей, опубликованных в газетах и журналах, если только такое использование специально не запрещалось авторами или издателями. Однако не существовало никакого запрета в отношении статей о политических дискуссиях и в отношении новостей дня и разных фактов. Берлинский акт 1908 года сделал шаг вперед в направлении устранения абсолютной свободы воспроизведения статей о политических дискуссиях. В своей статье 9(2) он ввел новую норму, в соответствии с которой, за исключением романов в несколько частей и рассказов (которые охранялись как любые другие литературные произведения), допускалось воспроизведение любой газетной статьи в другой газете; однако никакое свободное использование не допускалось, если владелец авторского права запрещал такое воспроизведение. Римская конференция 1928 года по пересмотру ввела другие изменения, которые приблизили соответствующее положение, в то время все еще присутствующее в статье 9(2), к его теперешнему виду; это положение сократило объем данного исключения до статей по текущим экономическим, политическим или религиозным вопросам, благодаря чему стала ясна цель, заключающаяся в том, чтобы содействовать распространению информации в прессе об определенных социально значимых событиях.

БК-10bis.2. Пункт (1) приобрел свой окончательный вид на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру (где он также был перенумерован в статью 10bis(1)). И вновь произошло расширение объема произведений, которые могли охватываться этим исключением. Однако направленность этого расширения заключалась не в том, чтобы вернуться ко всем видам газетных статей, независимо от их значения для информации о текущих событиях, а в том, чтобы охватить истинное назначение этого положения; то есть, содействие свободному потоку информации о таких событиях. Допускаемые исключения, касающиеся произведений по текущим экономическим, политическим и религиозным вопросам, были распространены не только на воспроизведение газетных статей в газетах, но также на "воспроизведение в прессе, передачу в эфир или сообщение для всеобщего сведения по проводам опубликованных в газетах или журналах статей по текущим экономическим, политическим и религиозным вопросам или переданных в эфир произведений такого же характера ...".

БК-10bis.3. Согласно пункту (1) национальные законы могут предусматривать, что упомянутые в нем статьи и переданные в эфир произведения могут использоваться свободно описанным в этом пункте способом, если их использование специально не оговорено правообладателями. Другими словами, правообладатели могут пользоваться определенными правами в отношении таких произведений только в том случае, если они оговаривают свои права формально и специально. Было бы излишним отрицать, что это условие является элементом формальности, единственным незначительным и – с учетом характера этих информационно-связанных произведений – вполне понятным, безвредным исключением к принципу охраны, свободной от формальностей. (Как

можно видеть на основе источников Конвенции в ее самом первом акте, данное условие было принято в то время, когда формальности все еще допускались в соответствии с Конвенцией).

БК-10bis.4. Второе предложение пункта (1) начинается с положения о том, что в случаях такого свободного использования "всегда должен быть ясно указан источник", и, таким образом, указание источника выглядит даже более строгим обязательством по сравнению со статьей 10(3). Однако затем следует добавление, что "правовые последствия неисполнения этого обязательства определяются законодательством страны, в которой истребуется охрана". В то же время следует отметить, что в этом пункте отсутствует то, что добавлено в статью 10(3), а именно: "и имя автора, если оно обозначено на этом источнике".

БК-10bis.5. Предполагается, что правовые последствия неисполнения обязательств в соответствии с Конвенцией определяются законодательством страны, в которой истребуется охрана, также и в других случаях; и Конвенция только в виде исключения предусматривает определенные элементы, которые должны применяться (на самом деле единственным понятным примером этого является обязанность налагать арест на контрафактные экземпляры произведения; см. статью 16). Поэтому фраза во втором предложении пункта (1) в отношении последствий неисполнения обязательств представляется излишней. Если, тем не менее, ее включение в этот пункт все же можно считать оправданным, и она несет в себе определенное значение, это обусловлено характером обязательства указывать «источник». В данном случае источником, конечно, является не просто название произведения, а, по крайней мере, газета или другое периодическое издание, либо программа вещания, из которых взято это произведение. Газеты как таковые имеют разный авторско-правовой статус в разных странах; в одних странах они считаются произведениями, создаваемыми на коллективной основе, и пользуются авторско-правовой охраной; однако в ряде других стран им предоставляется охрана только в силу защиты от недобросовестной конкуренции или на основании законодательства о печати и массовых коммуникациях. Это представляется причиной, по которой выбор правовых последствий сохраняется за законодательством страны, в которой истребуется охрана; однако, какой-то вид последствий "определяется" – то есть, должен определяться – (так как в данном случае Конвенция не использует обычный термин, оставляющий более полную свободу: "законодательством стран Союза ...").

БК-10bis.6. То обстоятельство, что в данном положении отсутствует прямое указание на обязательство указывать также и имя автора, если оно указано в статье, не означает, что такого обязательства не существует. В данном случае подразумеваются не только выдержки из произведения – что имеет место согласно пунктам (1) и (2) статьи 10 и что оправдывало пояснение в пункте (3) относительно того, что даже в таком случае должно быть указано имя автора – но и использование произведений в их полном виде. Поскольку это является существенным отличием, по-видимому, нет никакого разумного основания полагать, что отсутствие в статье 10bis(1) упоминания об обязательстве указывать имя автора могло бы привести к выводу (на основании *a contrario* принципа толкования) о том, что такого обязательства не существует. Оно существует согласно статье 6bis, содержащей общие положения о личных неимущественных правах.

*Пункт (2): свободное использование (или, возможно, принудительная лицензия на использование) произведений для обзора текущих событий*

БК-10bis.7. На Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру в статью 10bis Конвенции – в то время содержащую один пункт – было включено следующее положение: "Законодательством стран Союза определяются условия, на которых запись, воспроизведение и сообщение для всеобщего сведения кратких выдержек из литературных и художественных произведений могут быть сделаны в обзорах текущих событий средствами фотографии или кинематографии". В Общем отчете Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру подчеркивалось, что это положение представляло собой "уступку, предоставляемую свободой информации".<sup>63</sup> В следующем заявлении также отмечался ограниченный характер этого свободного использования: "Мы убеждены в том, что мы выражаем общее мнение Конференции ... когда мы говорим о том, что можно включать только короткие фрагменты, заимствование которых представляется существенным для точного освещения текущих событий."<sup>64</sup>

БК-10bis.8. На Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру это положение было изменено и перенумеровано в статью 10bis(2). Рабочая группа 1963 года по подготовке конференции отмечала, что свободное использование допускается только в

68 отношении "того вида программы текущих событий, который передает лишь несколько эпизодов события, при особом условии, что можно использовать лишь краткие выдержки."<sup>65</sup> Также отмечалось, что "это правило должно применяться только к тем произведениям, которые можно видеть или слышать в ходе действительного события; поэтому оно не будет распространяться на последующую синхронизацию музыки для использования с пленкой о текущих событиях."<sup>66</sup> В то же время Рабочая группа отмечала, что условие, выраженное термином "краткие выдержки", не соответствует строго воспроизведению произведений искусства. В качестве аргумента приводилось следующее: "вряд ли намерение авторов Конвенции состояло в том, чтобы разрешить воспроизведение только частей произведения искусства – действие, которое в определенных обстоятельствах может нанести вред моральным интересам художника –"<sup>67</sup> и поэтому возникла необходимость в том, чтобы дополнить текст таким образом, чтобы стало ясно, что в этих случаях допускается воспроизведение произведений искусства в их полном виде. В соответствии с этим Рабочая группа предложила, чтобы возможность допускать такое свободное использование, помимо "кратких выдержек из литературных или художественных произведений", распространялась также на "произведения архитектуры, отдельные произведения графического, пластического или прикладного искусства и отдельные фотографические произведения".<sup>68</sup> Комитет экспертов 1963 года разделял взгляды Рабочей группы, однако рекомендовал, чтобы "вместо определения пределов свободы, допускаемых выражением 'краткие выдержки' и 'отдельные произведения', в тексте было прописано общее понятие 'объема, оправданного информационной целью'".<sup>69</sup> Эта рекомендация встретила согласие и конференция приняла настоящее положение.

БК-10bis.9. Пункт (2) оставляет за законодательством стран Союза право "определять условия" – а не просто "разрешать", как в пункте (1) этой же статьи – на которых можно осуществлять определенные действия. Как отмечали комментаторы, эту формулировку можно рассматривать как относящуюся к возможности предоставлять принудительные лицензии, поскольку одним из "условий" может быть то, что хотя такие действия можно осуществлять без разрешения, вознаграждение все же должно выплачиваться.<sup>70</sup> Однако представляется, что в случае этих видов использования условие, согласно которому должно выплачиваться вознаграждение, представляет собой просто абстрактную возможность, а не то, что на конференции по пересмотру предполагалось установить в качестве обычного требования. Если бы такое намерение было – как в случае статей 11bis(2) и 13(1) – в Конвенции ясно указывалось бы, что применяемые "условия" "не...наносит ущерб ... [праву авторов]... на получение справедливого вознаграждения ...". Представляется, что в данном случае свободное использование скорее соответствует соображению, которые служили основанием для этого положения на Брюссельской и Стокгольмской конференциях по пересмотру. Об этом говорит, в частности, тот факт, что данное положение было предложено во имя "свободы информации"<sup>71</sup>, и это показывает, что в данном случае рассматривалась не ситуация, связанная с неуспехом на рынке – когда принудительные лицензии обычно оправданы – а признание необходимости соблюдать основные свободы. Обычно национальные законы приводятся в соответствие с этим соблюдением; в этом случае они допускают свободное использование.

## СТАТЬЯ 11

*[Определенные права на драматические и музыкальные произведения: 1. Право на публичное представление или исполнение и сообщение для всеобщего сведения представления или исполнения; 2. В отношении перевода]*

- (1) Авторы драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений пользуются исключительным правом разрешать:
  - (i) публичное представление и исполнение своих произведений, включая публичное представление и исполнение, осуществляемое любыми средствами или способами;
  - (ii) сообщение для всеобщего сведения любыми средствами представления и исполнения своих произведений.
- (2) Такие же права предоставляются авторам драматических или музыкально-драматических произведений в отношении переводов их произведений в течение всего срока действия их прав на оригинальные произведения.

Пункты (1)(а) и (2): право на публичное представление или исполнение драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений

БК-11.1. "Публичное исполнение" согласно Бернской конвенции – в отношении которого Конвенцией признавались определенные права при определенных условиях еще в ее первоначальном Акте 1886 года (в статье 9(1) этого текста) – ясно означает исполнение произведений в присутствии публики или, по крайней мере, в месте, открытом для публики. Положение о праве на публичное исполнение драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений в том виде, который более или менее напоминает то, что сейчас содержится в пункте (1)(i), впервые появилось в Брюссельском (1948 г.) акте Конвенции (наряду с правом на сообщение для всеобщего сведения исполнений таких произведений определенными средствами или способами, охватываемыми пунктом (1)(ii) статьи 11). В то время пункт (1)(i) предусматривал просто исключительные права авторов таких произведений разрешать "публичное исполнение своих произведений". В соответствии со второй фразой пункта (1) применение положений 11*bis* и 13 было "оговорено". Статья 11*bis* предусматривала (уже в данном Акте) право на передачу в эфир и другие права, связанные с системами связи; поэтому "оговорка" о ее применении касалась только пункта (1)(ii), обсуждаемого ниже. Однако "оговорка" о применении статьи 13 означала, что право на публичное исполнение воспроизведений музыкальных произведений механическими средствами охватывалось этой статьей, поскольку ее пункт (1)(ii) предусматривал такое право.

БК-11.2. Стокгольмская конференция 1967 года по пересмотру изменила текст положения о праве на публичное исполнение именно в отношении последнего аспекта. В пункт (1)(i) статьи 11 была добавлена следующая фраза: "включая такое публичное исполнение, осуществляемое любыми средствами или способами". Очевидно, что исполнение "любыми средствами или способами" также означает исполнение с использованием оборудования, такого как в случае, упомянутом в статье 13(1)(ii). Конечно, одновременно с этим положение о публичном исполнении было изъято из полностью преобразованной статьи 13.

БК-11.3. Пункт (2) содержит пояснение в отношении того, что иным образом также следует из права на перевод; а именно, что права согласно пункту (1) (и это относится к обоим подпунктам данного пункта) также распространяются на переводы произведений до тех пор, пока еще не истек срок охраны переведенных произведений. (Следует добавить, что переводчик пользуется отдельной авторско-правовой охраной в течение отдельного срока охраны согласно статье 2(3) Конвенции, при условии, что этот перевод является оригинальным, что обычно и бывает.)

БК-11.4. Конвенция не дает определения понятия "публичное", ни в форме прилагательного, ни в форме существительного. Тем не менее, вполне очевидно, что касается прилагательного "публичное", что оно имеет значение, противоположное прилагательному "частное", и поэтому подразумевается, что то, что нельзя охарактеризовать как "частное", следует считать "публичным". Если "публичное" используется в форме существительного, аналогичным образом его можно рассматривать противопоставлением "частному кругу"; то есть, тем людям, которые находятся за пределами частного круга пользователя. Определение термина "частный" в статутном праве или в решениях суда оставляется, в принципе, на усмотрение стран Союза. Следует принять во внимание то, что только что упоминалось в отношении антонимов "публичное" - "частное", и, по-видимому, не допускается искусственное или произвольное сужение сферы применения понятия "публичное", и вследствие этого сферы применения прав, когда публичный элемент является определяющим. Так или иначе, представляется, что преобладающее мнение заключается в том, что "публичными" должны считаться все случаи использования, а также все действия, направленные "на публику", которая выходит за пределы круга семьи и близких знакомых ее представителей.

БК-11.5. Право на публичное исполнение распространяется не на все категории произведений, но, на самом деле, на все категории, в отношении которых, во время прошлых пересмотров, такое использование казалось возможным. Другими положениями в отношении этого права являются следующие: (i) статья 11ter(1)(i) об исключительном праве авторов литературных произведений разрешать "публичное чтение любыми средствами или способами" (это называется не правом на публичное исполнение, а, по-видимому, вариантом этого права); (ii) статья 14(1)(i) об исключительном праве авторов – любых – литературных или художественных произведений разрешать, *inter alia*, публичное исполнение произведений, ставших предметами кинематографической переделки и/или воспроизведения (поэтому оно также включает музыкальные произведения); и (iii) статья 14*bis*(1), которая предусматривает, что "владелец авторского права на кинематографическое произведение пользуется такими же правами, как и автор оригинального произведения, включая права, предусмотренные в предыдущей статье" (то есть, статье 14).

70

БК-11.6. Следует отметить, что в случае Бернской конвенции понятие "публичное исполнение" не распространяется на сообщение для всеобщего сведения как по проводам, так и по каналам эфирного вещания, поскольку оба этих действия предполагают передачу произведений для публики, которая – в противоположность "публичному исполнению" – не присутствует в том месте, откуда ведется передача. Кроме того, следует также отметить, что в отношении действий, охватываемых правом на публичное исполнение и публичное чтение, в Конвенции не используется термин "сообщение для всеобщего сведения", хотя это можно было сделать таким же образом, как было сделано в тексте Римского (1928 г.) акта в случае эфирного вещания. А подразумевалось следующее: в статье 11bis(1) Римского акта использовался термин «сообщение для всеобщего сведения путем распространения радиоволн» [который в то время являлся синонимом "передачи в эфир"]; таким образом, в Конвенции также можно было использовать термин "сообщение для всеобщего сведения путем исполнения".

БК-11.7. Тот факт, что сама Конвенция не поступила – и никогда не пыталась так поступить – не может в полной мере исключить возможность считать публичное исполнение неким видом публичного исполнения на основе очень широкого понятия "сообщения". Однако принцип, согласно которому (при толковании юридических текстов) нельзя и не можно игнорировать значение использования различных терминов, должен быть применен и в данном случае. Представляется, что составители соответствующих положений Конвенции хотели провести различие между актом исполнения произведения в присутствии публики, с одной стороны, и, с другой стороны, сообщением произведения для всеобщего сведения (или его исполнением, либо чтением) для публики, присутствующей в том месте, в котором данное сообщение не осуществляется. Это означает, что Конвенция пользуется более узким значением сообщения для всеобщего сведения (в смысле сообщения из любого места, откуда сообщение берет свое начало – в место, отличное от места, в котором сообщение зародилось). Это более узкое значение было определено в "руководящем периоде развития", упомянутом во Введении, выше. Оно также отражено в тексте ДАП, в котором статья 8 озаглавлена "Сообщение для всеобщего сведения". Однако в действительности это положение охватывает две возможные – взаимно дополняющие (поскольку сообщение для всеобщего сведения осуществляется средствами проводной или беспроводной связи, либо теми и другими) – формы сообщения для всеобщего сведения из одного места в другое.

*Пункт (1) (ii) и пункт (2): право на публичное исполнение драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений, в том числе средствами проводной связи (в «программах кабельного происхождения»), но исключая передачу в эфир*

БК-11.8. Пункт (1)(ii) был включен в текст Конвенции на Брюссельской конференции 1948 г. по пересмотру. В этом отношении текст Конвенции не изменился с тех пор. В соответствии с этим пунктом "авторы драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений пользуются исключительным правом разрешать: ... (ii) любое сообщение для всеобщего сведения любыми средствами исполнения своих произведений". Это означает любой вид вещания, за исключением передачи в эфир, поскольку такая передача охватывается статьей 11bis. (Как упоминается выше, в Брюссельском акте все же присутствовала вторая фраза пункта (1)(ii), "оговаривающая" применение *inter alia* статьи 11bis. Это предложение не было учтено на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру; что, однако, не изменяет то обстоятельство, что статья 11bis – как *lex specialis* – касающаяся определенных специальных форм сообщения для всеобщего сведения, продолжает "оговариваться").

БК-11.9. Любой вид сообщения для всеобщего сведения, за исключением эфирного вещания, и связанные с этим средства передачи означают сообщение для всеобщего сведения посредством громкоговорителя, например, в соседнюю комнату, однако, наиболее типично и более существенно, они означают сообщение для всеобщего сведения по проводам (кабелю) в тех случаях, когда программа уже не является вещательной программой (в так называемых "программах кабельного происхождения"; как обсуждается ниже, сообщение по проводам переданных в эфир произведений охватывается статьей 11bis(I)(ii)).

БК-11.10. Понятие "публичного" и "для публики" обсуждается выше в связи с пунктом (1)(i). Здесь также следует отметить, что вовсе не обязательно, чтобы публика присутствовала на самом деле, или чтобы она смотрела и/или слушала исполнение. Достаточно, чтобы исполнение происходило в месте, открытом для публики, или в случае, если оно доводится для всеобщего сведения – было доступным так, как это описано в пункте (1)(ii) – для публики.

БК-11.11. Как указывается выше, пояснение в пункте (2) о правах авторов тех или иных произведений в отношении перевода их произведений также применимо к праву согласно пункту (1)(ii).

*Подразумеваемые исключения к праву на публичное исполнение и к некоторым другим правам («незначительные оговорки»): заявления в документах конференций*

БК-11.12. Текст Конвенции не содержит положений об исключениях и ограничениях к правам на публичное исполнение и сообщение для всеобщего сведения исполнений в соответствии со статьей 11. Однако в Общий отчет Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру вошло следующее согласованное заявление: «Вашему основному докладчику было поручено высказать особое мнение относительно возможностей, которыми наделены национальные законы в отношении того, что обычно принято называть незначительными оговорками. Делегаты от Норвегии, Швеции, Дании и Финляндии, делегат от Швейцарии и делегат от Венгрии упоминали те ограниченные исключения, которые допускаются в отношении религиозных обрядов, военных отрядов и потребностей в обучении детского и взрослого населения. Эти исключительные меры применяются к статьям 11bis, 11ter, 13 и 14. Вы поймете, что эти ссылки – это просто ничто в сравнении с тем, что вам придется применить во избежание ущерба принципу этого права».<sup>72</sup>

БК-11.13. Также необходимо отметить, что данное заявление было сделано в рамках отчета о новых статьях 11 Конвенции, и поэтому очевидно, что фразу «эти исключительные меры применяются к статьям 11bis, 11ter, 13 и 14», на самом деле, следует понимать так, как если бы она гласила, что «эти исключительные меры, помимо статьи 11, также применяются к статьям 11bis, 11ter, 13 и 14». Следует также упомянуть о том, что идея, заключающаяся в том, чтобы делать оговорку в отношении этих «исключительных мер» или «незначительных оговорок», была предложена Подкомитетом конференции также в отношении статей 11 и 11ter. В отчете Подкомитета, приложенном к его предложению в отношении статьи 11(1), содержалось следующее пояснение: «Различные делегации в Подкомитете формально декларировали, что их согласие и, следовательно, единодушие, касающиеся этого текста, обуславливались тем, что в общем отчете должно присутствовать следующее заявление: Та формулировка, которая в настоящее время принята в статье 11(1), не вносит никакого существенного изменения в суть текста в том виде, в каком он присутствует в Бернской конвенции в соответствии с Берлинским и Римским пересмотрами, при условии, что определенные исключения, допускаемые некоторыми странами Союза в отношении четко определенных случаев, не имеют никакого значения международного характера»<sup>73</sup>. Упомянутое выше заявление в Общем отчете соответствует – хотя и не в той формулировке и не в той мере, в которой оно касается деталей, но по существу – этому предложению.

БК-11.14. Протоколы Генерального комитета Брюссельской конференции дают дополнительное указание о том, что подразумевали делегаты под понятием этих исключений: «Большинство делегатов выразили обеспокоенность тем, что правовая ситуация не изменилась существенным образом в результате замены исключительным и обычным правом положения Римского текста, согласно которому авторы из стран Союза приравнивались к национальным авторам. Для получения такого результата было достаточно, чтобы Конференция пояснила, что это исключительное право не совместимо с определенными исключениями, предусмотренными национальными законодательствами, исключениями, уже допускавшимися в соответствии с Римским режимом в религиозных, культурных или патриотических целях. Конференция высказалась в пользу этого, в соответствии с позицией нескольких правительств. В частности, делегация Швеции выразила мнение о том, что такие исключения должны распространяться на статьи 11bis, 13 и 14, а также на статьи 11 и 11ter, и от имени правительств Скандинавских стран потребовала включить это замечание в Общий отчет. По предложению ... докладчика от Подкомитета Конференция отметила, тем не менее, что эти исключения должны носить и, в частности, что не достаточно, чтобы исполнение или чтение было 'не на пользу', для того, чтобы они были изъяты из исключительного права автора. Что касается вопроса о том, как следует толковать текст Конвенции, мнение Конференции заключалось в том, что упоминание об этом вопросе должно войти в Общий отчет с учетом, в частности, того, что было высказано делегацией Швеции».<sup>74</sup>

БК-11.15. Вопрос о «незначительных оговорках» не обсуждался во время работы по подготовке Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру, и в программе конференции он не упоминался. Однако на одном из заседаний Основного комитета I делегация

72 Швеции, вновь от имени правительств Скандинавских стран, предложила включить в отчет Комитета следующую фразу: "возможность, упомянутая в общем отчете Брюссельской конференции, делать незначительные оговорки к исключительным правам, предоставленным в статьях 11 и 11ter, все еще имеет силу".<sup>75</sup> Это предложение было принято, и в отчет Основного комитета I вошло следующее заявление: "Представляется, что в намерение Комитета не входило препятствовать государствам в сохранении в их национальном законодательстве положений, которые основываются на заявлении, содержащемся в Общем отчете Брюссельской конференции. Поэтому представляется необходимым применить к этим 'незначительным оговоркам' принцип, сохраненный для исключений к праву на перевод, как указано в связи со статьей 8 (см. пункт 205)".<sup>76</sup>

*Юридический характер заявлений относительно "незначительных оговорок": согласованные заявления относительно незначительных исключений*

БК-11.16. Контекст, в котором приведенные выше заявления были включены в документы Брюссельской и Стокгольмской конференций по пересмотру, ясно показывает, что они были "согласованными заявлениями", которые являются законными дополнительными источниками толкования Конвенции. То, как эти согласованные заявления предлагались, обсуждались и принимались, и то, как все они отражены в документах конференций, не оставляет никакого сомнения в том, что они являются неотъемлемыми частями соглашения, принятого делегатами в отношении рассматриваемых прав и возможных исключений к ним. Поэтому добросовестное толкование Конвенции требует, чтобы все они учитывались в полном объеме.

БК-11.17. В документах конференций по пересмотру говорится о "незначительных оговорках", однако очевидно, что то, о чем идет речь, на самом деле относится к возможным незначительным исключениям. Тем странам, которые желают применять эти виды ограничений прав, не требуется делать никакой формальной оговорки.

*Сфера применения прав, в отношении которых допускаются "незначительные оговорки"*

БК-11.18. Как обсуждается выше, согласованное заявление, вошедшее в общий отчет Брюссельской конференции, охватывает права, предусмотренные в статьях 11, 11bis, 11ter, 13 и 14 Конвенции (Брюссельский акт). Это были следующие права:

Статья 11(1): "исключительное право разрешать ... (i) публичное исполнение [драматических, музыкально-драматических и музыкальных] произведений; (ii) любой сообщение для всеобщего сведения [таких] произведений";

Статья 11bis(1): "исключительное право разрешать: (i) передачу ... произведений в эфир или сообщение для всеобщего сведения этих произведений любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений; (ii) любое сообщение для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи переданного в эфир произведения, если такое сообщение осуществляется иной организацией, а не первоначальной; (iii) сообщение для всеобщего сведения переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или любого другого аналогичного устройства, передающего знаки, звуки или изображения" (при этом, однако, пункт (2) предоставляет возможность применения принудительных лицензий, а пункт (3) предоставляет возможность свободного использования принудительных лицензий для записей краткосрочного пользования в целях передачи в эфир);

Статья 11ter: "исключительное право разрешать публичное чтение ... произведений";

Статья 13(1): "исключительное право разрешать: (i) запись [музыкальных] произведений с помощью инструментов, способных воспроизводить их механическими средствами; (ii) публичное исполнение с помощью таких инструментов записанных таким образом произведений" (при этом, однако, пункт (2) предоставляет возможность применения принудительных лицензий, как отмечалось выше);

Статья 14(1): "исключительное право разрешать (i) кинематографическую переделку и воспроизведение ... произведений и распространение переделанных или воспроизведенных таким образом произведений; (ii) публичное исполнение переделанных или воспроизведенных таким образом произведений".

БК-11.19. В приведенном выше отчете Стокгольмской конференции по пересмотру отмечалось намерение делегаций сохранить применимость "незначительных оговорок". Хотя делегация Швеции в своем выступлении, цитируемом в том же пункте выше, ссылалась только на статьи 11 и 11ter Конвенции, в заявлении, принятом как часть отчета, говорится о "положениях, основанных на заявлении, содержащемся в общем отчете Брюссельской конференции".

БК-11.20. Также следует принять во внимание, что некоторые положения, на которые делались ссылки в согласованном заявлении, принятом в Брюсселе, были изменены. А именно, пункт (1) статьи 13 был удален; в то же время (i) запись музыкальных произведений была в прямой форме признана актом воспроизведения согласно новой статье 9(3) Конвенции; и (ii) текст статьи 11(1) и статьи 11ter (которая стала первым пунктом новой статьи с тем же самым номером) пояснял, что исключительное право разрешать публичное исполнение и чтение, соответственно, произведений, охватываемых этими положениями, также включает "такое публичное [исполнение] [чтение], осуществляемое любыми средствами или способами". Кроме того, в статью 11ter(1) был включен новый подпункт (ii), соответствующий подпункту (ii) статьи 11, который указывает, что исключительное право разрешать также распространяется на "любое сообщение для всеобщего сведения чтения ... произведений".

БК-11.21. Представляется, что изменения в этой части, принятые Стокгольмской конференцией по пересмотру, заключались главным образом в повторном описании отличительных черт прав. Запись музыкальных произведений была в прямой форме признана актом воспроизведения – и, таким образом, вопрос о допустимых исключениях и ограничениях к праву разрешать осуществление такого акта был передан в компетенцию "трехэтапной проверки". В результате этого ссылка на статью 13 потеряла свое юридическое действие (поскольку теперь она содержит только положения в отношении принудительных лицензий).

БК-11.22. Ссылка, содержащаяся в согласованном заявлении в Общем отчете Брюссельской конференции, на статью 14 Конвенции заслуживает специального рассмотрения. Как упоминается выше, эта статья соответствовала положениям о правах, не связанных с экземплярами (статьи 11, 11bis и 11ter), в том смысле, что она также предусматривала в пункте (1)(ii) исключительное право разрешать публичное исполнение произведений, которые стали объектами кинематографических переделок. В Стокгольме еще одно право, не связанное с экземплярами, было признано в пункте (1)(ii) этой статьи; а именно, право разрешать сообщение по проводам для всеобщего сведения переделанных или воспроизведенных таким образом произведений. Однако право, предусмотренное в пункте (1)(i) статьи 14, не выстраивается в ряд только что упомянутых прав, не связанных с экземплярами; это – сочетание права на преобразование и основного прав, связанного с экземплярами; а именно, права разрешать кинематографическую переделку и воспроизведение произведений. Можно сказать, что применимость "незначительных оговорок" распространяется не на пункт(1)(i) – а только на пункт(1)(ii) – статьи 14. Что касается воспроизведения, именно статья 9(2) определяет, какие исключения и ограничения допустимы.

БК-11.23. С точки зрения сферы применимости "незначительных оговорок" также уместно сказать, что на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру в текст Конвенции была внесена новая статья 14bis, пункт (1) которой предусматривает следующее: "Без ущерба авторским правам на любое произведение, которое могло бы быть переделано или воспроизведено, кинематографическое произведение подлежит охране как оригинальное произведение. Владелец авторского права на кинематографическое произведение пользуется такими же правами, как и автор оригинального произведения, включая права, предусмотренные в предыдущей статье [то есть, статье 14]" (курсив мой). Это означает, что за счет расширенного применения статьи 14 определенные выше права, не связанные с экземплярами, также применимы согласно статье 14bis(1).

БК-11.24. Таким образом, можно резюмировать, что в части, касающейся Парижского акта (1971 г.) Конвенции, право выбора "незначительных оговорок", упомянутых в согласованных заявлениях, принятых в Брюсселе и подтвержденных в Стокгольме, охватывает все права, не связанные с экземплярами – и только эти права – которые предусмотрены в статьях 11(1), 11bis(1), 11ter(1), 14(1) и 14bis(1).

*Принцип de minimis как основа для "незначительных оговорок"; роль коммерческого и некоммерческого характера действий, которые могут быть охвачены*

74 БК-11.25. На Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру обсуждалась идея включения положения о применяемых исключениях, было достигнуто согласие о допустимости такого включения, однако конференция решила урегулировать этот вопрос путем просто согласованного заявления. Сам по себе этот факт показал, что в этом отношении был применен общий принцип *de minimis*. Это подчеркивается в тексте самого согласованного заявления, приведенном в пункте БК-11.12 выше, поскольку в нем говорится о "незначительных оговорках [курсив мой]", а также отмечается, что "эти ссылки только слегка обрисованы".

БК-11.26. Неоднократные ссылки в материалах Брюссельской конференции на то, что допускаются только некоторые незначительные исключения, наряду с примерами, упомянутыми в согласованном заявлении, совершенно ясно показывают, что такие исключения не допускаются в случае действия, осуществляемых в коммерческих целях, для получения прибыли. В отчете генерального комитета также отмечается понимание конференции в этом отношении: "Конференция отмечает, тем не менее, что эти исключения должны иметь ограниченный характер и, в частности, что не достаточно, чтобы исполнение или чтение 'не приносило прибыль', для того, чтобы оно было исключено из сферы применения исключительного права автора" [курсив мой].<sup>77</sup> Таким образом, понимание конференции при принятии согласованного заявления заключалось в том, что действия, осуществляемые в коммерческих целях, для получения прибыли, конечно, не должны охватываться ни какими "незначительными оговорками", и что даже это условие не достаточно, поскольку в рамках деятельности, направленной на получение прибыли, только те действия могут быть исключены в этом контексте, которые действительно имеют второстепенное значение в соответствии с принципом *de minimis*.

*Исчерпывающий и не исчерпывающий характер перечня "незначительных оговорок"*

БК-11.27. В согласованном заявлении, упоминаемом в пункте БК-11.12 выше, следующие примеры приведены в качестве допускаемых предметов "незначительных оговорок": действия, осуществляемые (i) в рамках религиозных обрядов; (ii) военными отрядами; and (iii) для обучения детского и взрослого населения. Вопрос заключается в том, можно ли считать такие действия исчерпывающим перечнем (и поэтому своего рода "дедовым" соглашением, признающим определенные существующие второстепенные случаи), или они составляют не исчерпывающий перечень. Представляется, что ответ должен быть таким: эти действия нельзя рассматривать как полностью и строго заверченный исчерпывающий перечень, однако в нем указан приблизительная сфера и объем допускаемых "незначительных оговорок", когда некоторые другие случаи можно установить путем разумного и беспристрастного применения юридического метода аналогии (например, национальное законодательство не может рассматриваться как противоречащее Конвенции, если оно допускает исключения не только в отношении религиозных обрядов, но также в отношении некоторых других аналогичных церемоний, таких как официальные государственные торжества). В то же время можно в равной мере подчеркнуть, что и в случаях, упомянутых в согласованном заявлении, исключения допускаются только тогда, когда они используются в некоммерческих целях, а во всех других аспектах соответствуют основе *de minimis* понятия "незначительные оговорки".

## **СТАТЬЯ 11bis**

*[Передача в эфир и относящиеся к этому права: 1. Передача в эфир и другие способы беспроводных сообщений передачи, сообщение для всеобщего сведения переданного в эфир произведения по проводам или путем повторной передачи в эфир, сообщение для всеобщего сведения переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или аналогичных устройств; 2. Принудительные лицензии; 3. Записи; записи краткосрочного пользования]*

(1) Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать:

- (i) передачу своих произведений в эфир или сообщение для всеобщего сведения этих произведений любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений;
- (ii) любое сообщение для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи переданного в эфир произведения, если такое сообщение осуществляется иной организацией, нежели первоначальная;
- (iii) сообщение для всеобщего сведения переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или любого другого аналогичного устройства, передающего знаки, звуки или изображения.
- (2) Законодательством стран Союза определяются условия осуществления прав, предусмотренных предшествующим пунктом; однако эти условия применяются только в тех странах, которые их установили. Эти условия ни в коем случае не должны ущемлять личные неимущественные права автора или принадлежащее автору право на получение справедливого вознаграждения, которое, при отсутствии соглашения, устанавливается компетентным органом.
- (3) Разрешение, предоставляемое в соответствии с пунктом (1) настоящей статьи, если не установлено иное, не включает разрешения на запись переданного в эфир произведения с помощью устройств, записывающих звуки или изображения. Однако законодательством стран Союза может определяться режим использования записей краткосрочного пользования, производимых вещательной организацией собственными средствами и для своих передач. Этим законодательством может быть разрешено сохранение таких записей в официальных архивах ввиду их исключительно документального характера.

#### *Эволюция регулирования права на передачу в эфир и связанные с этим действия*

БК-11bis.1. На Римской конференции 1928 года по пересмотру в текст Конвенции была включена новая статья – статья 11bis – о праве на передачу в эфир. Пункт (1) статьи гласит следующее: “Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать передачу своих произведений в эфир”. Пункт (2) статьи касался возможных “условий”, которые могли устанавливаться в отношении осуществления этого права; данный пункт анализируется ниже. На Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру статья 11bis(1) была изменена в двух аспектах: во-первых, был изменен текст – без изменения сущности – основного положения о праве на передачу в эфир; и, во-вторых, новые “вторичные” права были признаны относящимися к передаче в эфир. Текст этого пункта остался потом практически таким же на Стокгольмской (1967 г.) и Парижской (1971 г.) конференциях по пересмотру.

#### *Основное право на передачу в эфир и понятие передачи в эфир в свете технических достижений*

БК-11bis.2. Положение об основном праве на передачу в эфир гласит следующее: “(1) Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать: (i) передачу своих произведений в эфир или сообщение для всеобщего сведения этих произведений любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений”. Термин “сообщение ... для всеобщего сведения путем передачи в эфир” был заменен термином “передача в эфир ... или ... сообщение ... для всеобщего сведения любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений”. Однако в документах Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру отмечается, что это изменение не предполагалось в качестве существенного изменения; как раз, наоборот, в документах ясно указывается, что исключительное право авторов “разрешать сообщение своих произведения для всеобщего сведения путем распространения радиоволн” должно остаться нетронутым. Просто было определено, что понятие передачи в эфир было уже известно всем; поэтому не было необходимости и далее предлагать его определение. Кроме того, было определено, что использование выражения “передача в эфир” в отдельности обладает преимуществами, так как оно подчеркивало, что акт передачи имеет решающее значение; для совершения передачи в эфир не было необходимости в том, чтобы она была принята.<sup>28</sup>

76

БК-11bis.3. Довольно оживленные дискуссии развернулись вокруг спутникового вещания в период "управляемого развития". Причиной дискуссий стало не то, что могло возникнуть сомнение относительно того, охватывает ли право на передачу в эфир передачи с использованием спутников непосредственного вещания, или нет, а скорее то, что вследствие своего заграничного влияния передача в эфир подняла определенные новые вопросы относительно того, право какой страны или каких стран должно применяться к передаче в эфир. И ответ на этот вопрос зависел в большой степени от толкования понятия передачи в эфир в этом контексте.

БК-11bis.4. Этот вопрос впервые обсуждался на заседании Группы экспертов ВОИС/ЮНЕСКО по авторско-правовым аспектам непосредственного спутникового вещания, проходившем в Париже в марте 1985 года. На этом заседании мнения разделились в отношении двух способов толкования: одни делегаты считали непосредственное спутниковое вещание просто актом выпуска и настаивали на исключительном применении закона о выпуске, тогда как по мнению других делегатов такое вещание сводилось к понятию процесса, начинающегося выпуском, но также включающего стадии "связи Земля - спутник" и "связи спутник - Земля", и завершающегося только тогда, когда программа становится доступной (не обязательно принимаемой в "зоне обслуживания" спутника). Это мнение было в пользу принятия во внимание законодательства всех стран зоны обслуживания.

БК-11bis.5. Международное бюро ВОИС, приняв во внимание различные доводы, представленные на этом заседании, и дополнительно изучив затронутые вопросы, представило новую компромиссную "теорию", "теорию сообщения". Она была представлена и обсуждена на заседаниях Комитета государственных экспертов ВОИС/ЮНЕСКО по аудиовизуальным произведениям и фонограммам в мае 1986 года и Комитета государственных экспертов ВОИС/ЮНЕСКО по оценке и синтезу принципов в отношении различных категорий произведений в июле 1988 года, а затем также стояла в повестке дня Комитета экспертов ВОИС по типовым положениям законодательства в области авторского права. Краткое изложение дискуссии вокруг этой "теории" и противостоящей "теории выпуска" было представлено в рабочем документе, подготовленном к третьей сессии последним упомянутого Комитета, проходившей в июле 1990 года. Третий и последний вариант типовых положений, представленных к этому Комитету, содержал – в разделе 1(iii) – следующее определение "передачи в эфир": "Передача в эфир" – это сообщение произведения ... для всеобщего сведения средствами беспроводной связи; 'повторная передача в эфир' – это передача в эфир переданного в эфир произведения. Если передача в эфир осуществляется через спутник, сообщение включает стадии связи Земля - спутник и спутник - Земля и считается завершенной, когда произведение доведено до всеобщего сведения, при этом действительный прием публикой не относится к делу".<sup>79</sup>

БК-11bis.6. В отношении этого определения передачи в эфир были сделаны следующие замечания: "Статья 11bis(1)(i) Бернской конвенции предусматривает исключительное право авторов разрешать 'передачу своих произведений в эфир или сообщение для всеобщего сведения этих произведений любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений'. Вторая часть этого положения 'или сообщение [произведений] для всеобщего сведения любым другим способом беспроводной передачи' ясно показывает, что в соответствии с Бернской конвенцией передача в эфир представляет собой один вид сообщения для всеобщего сведения при помощи беспроводной передачи (наиболее типичный вид), в отношении которого существуют другие возможные виды сообщения для всеобщего сведения другими способами беспроводной передачи. 'Сообщение произведений для всеобщего сведения способами беспроводной передачи': это сущность определения передачи в эфир согласно Бернской конвенции. Как юридическое определение, которое является законченным и работоспособным. Нет необходимости заимствовать какое-либо юридическое определение из международного документа, такого как Регламент радиосвязи МСЭ, чей предмет является иным, чем интеллектуальная собственность".<sup>80</sup>

БК-11bis.7. В связи с "теорией сообщения" и "теорией выпуска" обсуждались следующие доводы: "теория сообщения" и "теория выпуска"... отличаются в отношении толкования понятия передачи в эфир, а в результате различных толкований - также в отношении применяемой правовой нормы и вопроса относительно того, какой владелец или какие владельцы прав должны иметь право разрешать такую передачу в эфир, если владелец в стране зоны обслуживания не является владельцем в стране передачи. В соответствии с "теорией выпуска" передача в эфир равнозначна просто выпуску программы и, таким образом, она происходит в момент, с которого программа выпускается в направлении спутника; следовательно, необходимо применять законодательство страны передачи, а лицо, владеющее правами в этой стране, должно иметь право разрешать такую передачу в эфир. "Теория

77

сообщения" основывается на том, что передача в эфир является подкатегорией "сообщения для всеобщего сведения", и поэтому весь процесс доведения программы до всеобщего сведения должен рассматриваться как охватываемый понятием "передачи в эфир", которая начинается выпуском, однако также включает этап связи со спутником и этап связи с Землей в направлении зоны обслуживания спутника и завершается только тогда, когда сигналы достигают поверхности зоны обслуживания и таким образом доводятся (сообщаются) до сведения публики (действительный прием публикой не считается элементом понятия "передачи в эфир"). Следовательно, согласно этой "теории", и законодательство страны выпуска, и законодательство страны или стран зоны обслуживания необходимо учитывать следующим образом: вообще должно применяться законодательство страны выпуска; однако, если в стране выпуска отсутствует авторско-правовая охрана, а в стране зоны обслуживания она существует, или в стране выпуска программа может передаваться в эфир на основании принудительной лицензии, тогда как в стране зоны обслуживания передача в эфир произведений зависит от разрешения владельцев исключительных прав, должно применяться законодательство страны зоны обслуживания. Кроме того, если владелец прав в стране зоны обслуживания не является владельцем прав в стране выпуска, его права также должны соблюдаться. Представляется, что "теория сообщения" в более полной мере соответствует не только понятию "передачи в эфир" согласно Бернской конвенции – которое не ограничивается просто выпуском программы (слово "выпуск" даже не появляется в тексте Конвенции) и определяется как подкатегория сообщения для всеобщего сведения – но также культурной, социальной и экономической реальности спутникового вещания. Реальность такого вещания заключается в том, что произведение в действительности "используется", то есть, в действительности реализуется возможность сообщать произведение (например, кинофильм) для всеобщего сведения в надежде получить соответствующий материальный эквивалент, и – так как публика заинтересована главным образом в том, чего она еще не видела или не слышала – в известном смысле исчерпывается в стране зоны обслуживания. Поэтому те, кто противятся "теории сообщения", обычно поступают так не по причине сомнений относительно её теоретического и правового основания, а скорее из-за определенных предполагаемых проблем, которые могут возникнуть в ходе практического применения этой "теории".

БК-11 bis.8. Мнения относительно "теории сообщения" и "теории выпуска" остались расколовшимися. Представляется несомненным, что больше правовых и практических доводов можно привести в пользу первой теории, чем в пользу второй. На уровне прецедентного права казалось, что несколько решений указывали на допустимость "теории сообщения", а не "теории выпуска". В области законодательства наибольшего внимания заслужили соответствующие положения Директивы Европейского сообщества в отношении спутникового и кабельного вещания, и было предложено отвергнуть в директивах "теорию сообщения". Однако между директивой и "теорией сообщения" нет никакого действительно существующего противоречия, поскольку (i) директива определяет спутниковое вещание аналогично тому, что предлагается в соответствии с "теорией сообщения";<sup>81</sup> (ii) хотя директива предполагает применение законодательства страны "выпуска"<sup>82</sup>, она сводит применимость этого принципа к программам спутникового вещания, "выпущенным" с территории одного из государств-членов Европейского

сообщества<sup>83</sup>, в котором директива устранила любой вид ситуации (в том числе возможность применения принудительных лицензий), который бы оправдал применение законодательства страны зоны обслуживания в соответствии с "теорией сообщения";<sup>84</sup> и (iii) директива даже признает, что в различных странах зоны обслуживания владельцы прав могут быть разными и, по крайней мере, в течение переходного периода, предписанного ею для устранения этих различий с помощью соответствующих договорных мероприятий, предусматривает, что эти территориальные права должны соблюдаться.<sup>85</sup>

БК-11 bis.9. Представляется, что в настоящее время "теория сообщения" в основном принята в том смысле, что больше не возникает сомнений в том, что передача в эфир представляет собой форму сообщения для всеобщего сведения и, следовательно, что в случае спутникового вещания весь процесс сообщения следует рассматривать как составной акт сообщения для всеобщего сведения, который в случае спутникового вещания завершается только тогда, когда программа в действительности становится доступной для публики (однако, при этом прием не является условием для завершения этого акта). Это было подтверждено, до известной степени, на Дипломатической конференции 1996 года, которая приняла ДАП и ДИФ. ДАП не содержит определения передачи в эфир, однако ДИФ содержит, и нет никакого основания полагать, что Дипломатическая конференция не считала это определение применимым также к передаче в эфир в области авторского права. Статья 2(f) ДИФ гласит следующее: "эфирное вещание" означает передачу средствами беспроводной связи звуков, либо изображений и звуков, или их отображений для приема публикой; такая передача, осуществляемая через спутник, также является 'эфирным вещанием'; передача кодированных сигналов является 'эфирным

78  
вещанием', если средства декодирования предоставляются публике вещательной организацией или с ее согласия". Следует отметить, в этом определении говорится не о выпуске, а о передаче (то есть, не просто об излучении сигналов как о действии, осуществляемом в отдельности в точке выпуска, а о передаче сигналов как о действии, которое содержит в себе понятие отправки чего-то из одного места в другое место, то есть как о процессе – в этом случае процессе сообщения – который начинается в точке, из которой ведется передача, однако завершается только тогда, когда сигналы достигают точки или района, в которые ведется передача).

БК-11bis.10. Приведенное выше определение "эфирного вещания" в ДИФ актуализировало понятие "передачи в эфир" в другом отношении: оно разъяснило, при каких условиях передачу кодированных сигналов можно считать "эфирным вещанием"; а именно, если гарантированы условия "широкого" вещания; то есть, если средства декодирования предоставляются публике должным образом (иначе то, что осуществляется, представляет собой – возможно секретную – двухпунктовую связь или некую иную форму "узкого" вещания).

#### *Права, относящиеся к дополнительному сообщению переданных в эфир произведений*

БК-11bis.11. На Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру, по сравнению с предшествующим, Римским актом 1928 года, в статью 11bis(1) были включены два новых подпункта (которые с тех пор оставались без изменения, и теперь являются частями Парижского (1971 г.) акта Конвенции). Они гласят следующее: "[(1) Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать: ] ... (ii) любое сообщение для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи переданного в эфир произведения, если такое сообщение осуществляется иной организацией, а не первоначальной; (iii) сообщение для всеобщего сведения переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или любого другого аналогичного устройства, передающего знаки, звуки или изображения".

БК-11bis.12. Что касается передачи средствами беспроводной связи, ее единственным отличительным признаком является ее вторичный характер; очевидно, что такая передача основывается на том же понятии передачи в эфир. Вопросы относительно "сообщения для всеобщего сведения по проводам ... переданного в эфир произведения" (то есть, кабельной ретрансляции переданных в эфир произведений) обсуждаются ниже (поскольку это наиболее типичная и наиболее важная форма дополнительного сообщения переданных в эфир произведений). Наконец, что касается акта, упомянутого в подпункте (iii) – сообщения для всеобщего сведения переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или любого другого аналогичного устройства, передающего знаки, звуки или изображения – его характер аналогичен характеру публичного исполнения, поскольку речь идет о приеме переданных в эфир произведений и их доведении до сведения в присутствии публики или, по крайней мере, в месте, открытом для публики.

#### *Кабельная ретрансляция переданных в эфир произведений*

БК-11bis.13. Бернская конвенция различает две формы кабельных передач: одновременную и неизменяемую передачу переданных в эфир произведений и передачу программ кабельного происхождения. Хотя последняя из упомянутых форм кабельных передач охватывается не статьей 11bis(1)(ii) Конвенции, а скорее статьями 11(1)(ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) и 14bis(1), в определенных контекстах оправдано вкратце упомянуть об этой форме, чтобы подчеркнуть различие между двумя основными формами кабельных программ.

БК-11bis.14. Текст пункта (1)(ii) очень понятный в одном аспекте. Право, предусматриваемое в нем, охватывает "любое сообщение для всеобщего сведения по проводам ... переданного в эфир произведения, если такое сообщение осуществляется иной организацией, а не первоначальной". То есть, решающим критерием является то, что сообщение осуществляется иной организацией, а не первоначальной; если это так, автор или другой владелец авторского права имеет право, отдельное от права разрешать первоначальный акт передачи в эфир. В тексте Конвенции нет основания, на котором было бы оправданным вообще рассматривать теории, в соответствии с которыми "любое" такое сообщение означает только "какое-то" в том смысле, что не охватывались бы довольно частые сообщения в "зоне непосредственного приема" или в "зоне обслуживания".

БК-11bis.15. Единственный действительный вопрос в отношении делимитации того, что охватывается пунктом (1)(ii), от того, что можно считать свободным, заключается в том, является ли использование антенн и проводов в целях донесения переданных в эфир

программ до сведения определенного человека или группы людей действительно новым актом сообщения, или оно настолько ограничено, что не выходит за пределы понятия приема переданной в эфир программы. Представляется, что обсуждаемые выше понятия "публики" и сообщения "для всеобщего сведения" также применимы в данном случае. Если программа принимается антенной по системе бытового проводного вещания, установленной в доме на одну семью, очевидно, что этот акт не выходит за пределы понятия приема; то же самое можно сказать об относительно небольшом доме, в котором проживают несколько семей, которые обычно являются относительно близкими знакомыми. Однако, если программа передается по проводам (кабелю) для целой части города с проводами, проходящими под общественными территориями или даже в пределах больших блоков квартир, в которых проживает несколько сот людей, не имеющих никаких личных отношений друг с другом, было бы анахронизмом говорить просто о приеме; в таком случае применимо право, предусмотренное в пункте (1)(ii).

БК-11bis.16. В случае определенных категорий произведений, существующих в определенных формах – а именно, исполнение драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений, чтение литературных произведений и показ кинематографических произведений – существует как исключительное право на сообщение для всеобщего сведения по проводам, в "программах кабельного происхождения" (в соответствии со статьями 11(1)(ii), 11ter(1)(i), 14(1)(ii) и 14bis(1) Конвенции), так и исключительное право на сообщение для всеобщего сведения (ретрансляцию) переданных в эфир произведений по проводам (кабелю) (поскольку такое право, предусмотренное согласно пункту (1)(ii) статьи 11bis, охватывает все категории произведений). Как обсуждается в пункте БК-11.8, выше, статья 11bis является "*lex specialis*" в отношении ее взаимосвязи со статьей 11(1)(ii), и это в равной степени верно в отношении ее взаимосвязи со статьями 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) и 14bis(1); то есть, статья 11bis(1)(ii), с одной стороны, и другие положения Конвенции, упомянутые выше, с другой стороны, являются взаимоисключающими. Это важно отметить потому, что если, в соответствии со статьями 11(1)(ii), 11ter(1)(ii) и 14bis(1) исключения к исключительному праву разрешать не должны выходить за пределы – очень ограниченных – возможностей на основании маргинальной системы "незначительных оговорок", то в отношении исключительного права, предусмотренного в пункте (1)(ii) статьи 11bis, пункт (2) той же статьи допускает применение принудительных лицензий.

БК-11bis.17. По причинам, обсуждаемым в предыдущем пункте, важно отметить, что только те случаи могут считаться всего лишь ретрансляцией по проводам (кабелю) переданных в эфир произведений, когда трансляция осуществляется одновременно с первоначальной передачей в эфир, и когда на стадии ретрансляции не вносится никакого изменения в то, что передается в эфир первоначальной организацией. Если переданное в эфир произведение записывается и передается по проводам (кабелю) в более позднее время или, если в него внесены изменения, это считается не ретрансляцией первоначальной программы, а совершенно новым сообщением по проводам (кабелю) в "программе кабельного происхождения".

*Пункт (2): принудительные лицензии для передачи в эфир и связанных с этим действий*

БК-11bis.18. На Римской конференции 1928 года по пересмотру, на которой исключительное право авторов "разрешать сообщение для всеобщего сведения своих произведений путем передачи в эфир" было впервые признано – в новой статье 11bis(1) – Подкомитет на вопрос эфирного вещания также предложил включить второй пункт, который позднее был принят с некоторыми незначительными изменениями в следующей редакции: "Национальное законодательство стран Союза определяет условия осуществления прав, предусмотренных предшествующим пунктом; однако последствия этих условий применяются только в тех странах, которые их установили. Эти условия ни в коем случае не ущемляют личные неимущественные права автора или принадлежащее автору право на получение справедливого вознаграждения, которое при отсутствии соглашения устанавливается компетентным органом".

БК-11bis.19. Подкомитет отмечал, что причина, по которой – после выразительного подтверждения этого недавно признанного права авторов в пункте (1) – согласно пункту (2) национальное законодательство регулирует "условия", в соответствии с которыми это право осуществляется, заключалась в признании того, что "с учетом общественных интересов государства авторское право может обуславливаться ограничениями".<sup>77</sup> Однако Подкомитет отмечал понимание того, что "любая страна не должна пользоваться возможностью введения таких ограничений, если только собственный опыт этой страны не говорит об их необходимости".<sup>87</sup> Подкомитет также подчеркивал, что он желает "привести права автора в соответствие с общественными интересами государства, единственными интересами, которым подчиняются специальные интересы".<sup>88</sup>

80  
БК-11bis.20. В Общем отчете Римской конференции 1928 года по пересмотру также отмечалось, что "принятый текст представляет собой компромисс между двумя противоположными тенденциями: а) полное приравнение права на радиовещание к другим исключительным правам автора [...] и б) рассмотрение вопроса с учетом вмешательства со стороны государственных органов в целях защиты культурных и социальных интересов, связанных с этой новой специфической формой распространения среди публики произведений интеллектуального творчества, в частности музыкальных произведений [...]".<sup>89</sup>

БК-11bis.21. Противоположные тенденции, о которых говорилось в Общем отчете Римской конференции, присутствовали также на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру, и они столкнулись одна с другой, продемонстрировав еще большую силу, чем 20 лет назад. Программа конференции предлагала компромиссный путь, указывая на то, что применимость статьи 11bis(2) должна быть сведена до случаев "вторичного" использования, то есть, ретрансляции и передачи по проводам.<sup>90</sup> Подкомитет по вопросам эфирного вещания и механических устройств, хотя и соглашался с расширением возможности применения принудительных лицензий к случаям "вторичного использования", охватываемым новыми подпунктами (ii) и (iii) статьи 11bis(1), однако настаивал на том, чтобы такая возможность была сохранена в отношении первичной передачи в эфир согласно подпункту (i) статьи 11bis(1). Это предложение было принято. Изменение в тексте статьи 11bis(2) не казалось существенным, поскольку, помимо некоторых незначительных поправок в формулировке, действительно существенное различие заключалось в том, что ссылка на "право", "упомянутое в предыдущем пункте", была изменена на "права", что вместе с параллельным изменением пункта (1) теперь означало не только передачу в эфир в собственном смысле слова, но также и признанные в Брюссельском акте права, относящиеся к случаям "вторичного" использования переданных в эфир произведений.

БК-11bis.22. Вообще текст статьи 11bis(2) не требует разъяснений. Один из вопросов, который может потребовать некоторого толкования, заключается в том, что означает положение, согласно которому "условия" могут определяться для осуществления тех или иных прав. Обычно это толкуют как разрешение вводить принудительные лицензии, однако важно отметить, что существует также возможность определения некоторых других условий; в частности, можно сохранить исключительное право разрешать, но при условии, что это право может осуществляться только при участии организаций коллективного управления правами.

БК-11bis.23. Ни в тексте пункта (2), ни в документах конференций по пересмотру нет никакого руководства относительно того, какое вознаграждение можно считать "справедливым". Тем не менее, обычное значение этого прилагательного предполагает требование относительно того, что вознаграждение должно быть законным и беспристрастным. Толкователи правильно отмечают, что это означает, что компетентный орган, ответственный за определение вознаграждения, не пользуется полной свободой. Как правило, вознаграждение можно считать справедливым только в том случае, если оно более или менее соответствует размеру оплаты, с которым автор мог бы согласиться путем переговоров при отсутствии принудительных лицензий.<sup>91</sup>

*Пункт (3): свободное использование – или принудительные лицензии для – записи краткосрочного пользования переданных в эфир произведений*

БК-11bis.24. Вопрос относительно записей, осуществляемых для целей передачи в эфир, впервые появился в повестке дня Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру. Необходимость в рассмотрении этого вопроса возникла из-за расхождения во взглядах в странах Союза относительно вопроса, подразумевает ли разрешение на осуществление передачи в эфир разрешение на осуществление записи – то есть, воспроизведения – для целей санкционированной передачи в эфир.

БК-11bis.25. Программа конференции предлагала включить в статью 11bis Конвенции следующий новый пункт (3): "Разрешение, предоставляемое в соответствии с пунктом (1) настоящей статьи, если не установлено иное, не включает никакого разрешения на запись переданного в эфир произведения с помощью устройств, способных фиксировать звуки или изображения".<sup>92</sup> Это предложение не получило достаточной поддержки. В ходе дискуссии было представлено несколько альтернативных предложений, среди которых предложение Монако – чья делегация была на передней линии в стремлении добиться как можно более широких исключений и ограничений в пользу вещательных организаций – зашло так далеко, что содержало в себе совершенно противоположный смысл (то есть, такая запись не должна подлежать выплате какого-либо вознаграждения).<sup>93</sup> В результате различных компромиссных предложений и оживленной дискуссии относительно этих предложений конференция, в конце концов, приняла новый пункт (3) статьи 11bis в том виде, в каком он также присутствует в Парижском (1971 г.) акте Конвенции.

БК-11bis.26. Ни в тексте Конвенции, ни в документах конференций по пересмотру не предлагается никакого четкого определения того, какие записи можно считать в данном контексте "записями краткосрочного пользования". Тем не менее, это не означает полную свободу, предоставленную национальному законодательству. Обычное значение выражение "краткосрочного пользования" само по себе предполагает, что запись должна длиться "в течение очень короткого времени"; синонимами этого выражения являются "скоропреходящая", "скоротечная", "мимолетная", "проходящая", "краткая", "короткая", "недолговечная", "временная", и это значение имеет противоположный смысл в сравнении с "постоянной". Это, в контексте данного положения и, в частности, на основании выражения "записи краткосрочного пользования [...] для [...] передач", несомненно, предполагает, что то, что, по-видимому, должно быть в данном случае свободным, - это осуществление записи для передачи с задержкой по времени и, максимально, для повтора передачи в течение относительно короткое времени (конечно, не более двух месяцев).

БК-11bis.27. Пункт (3) статьи 11bis отличается от пункта (2) той же статьи в том, что он не требует выплаты справедливого вознаграждения. Однако, это не означает, что страны Союза не могут найти оправдание, чтобы предписать обязательство вещательных организаций относительно выплаты такого вознаграждения и в случае записей краткосрочного пользования. Выплата может быть оправданной особенно - и не может считаться даже условием соответствия "трехэтапной проверке" - поскольку это условие может уничтожить или, по крайней мере, понизить разумный уровень, нанести ущерб законным интересам владельцев авторского права - в тех случаях, когда допускается сохранять экземпляры "краткосрочного пользования" в течение более длительного срока, позволяющего осуществлять повторную передачу в этот период времени.

БК-11bis.28. Применение статьи 11bis(3) уместно главным образом в тех случаях, когда принудительные лицензии допускаются на основании статьи 11bis(2), поскольку, если исключительное право разрешать передачу в эфир согласно статье 11bis(1) остается не тронутым, владелец авторского права может решить вопрос относительно записей краткосрочного пользования и возможности их повторной передачи в эфир в договоре, заключенном с вещательной организацией.

БК-11bis.29. Последнее предложение статьи 11bis(3) предусматривает, что национальное законодательство может разрешать сохранение таких записей в "официальных архивах" ввиду их "исключительного документального характера". Это положение требует трех замечаний. Во-первых, очевидно, что архив вещательной организации не может считаться "официальным"; то, что здесь подразумевается, это, например, национальный архив или национальная библиотека. Во-вторых, без разрешения владельцев авторского права в такой архив разрешается помещать не все виды записей, а только те записи, которые имеют документальный характер (например, с точки зрения истории искусств), и в этом случае такой характер является, по веским причинам (например, потому что они содержат определенные ключевые достижения тех или иных художников), исключительно уместным. Применяемое законодательство, предусматривая возможность такого сохранения, должно также предусматривать необходимые условия, которые могут обеспечить соблюдение этих пределов. В-третьих, целью помещения таких записей в официальные архивы является сохранность (например, в исследовательских целях); поэтому, если какая-то вещательная организация желает вновь использовать такие записи, конечно, для такого последующего использования требуется разрешение владельцев авторского права.

## **СТАТЬЯ 11ter**

*[Определенные права на литературные произведения: 1. Право на публичное чтение и на сообщение чтения для всеобщего сведения; 2. В отношении переводов]*

(1) Авторы литературных произведений пользуются исключительным правом разрешать:

- (i) публичное чтение своих произведений, включая публичное чтение, осуществляемое любыми средствами или способами;
- (ii) сообщение для всеобщего сведения любыми средствами чтения своих произведений.

(2) Авторы литературных произведений пользуются такими же правами в отношении переводов их произведений в течение всего срока действия их прав на оригинальные произведения.

82  
БК-11ter.1. Эта статья и статья 11 являются положениями - близнецами; они касаются одних и тех же видов действий настолько, что даже их разделение не кажется оправданным. Можно также сказать, что статья 11ter является вариантом *mutatis mutandis* статьи 11, поскольку единственное различие между этими статьями заключается в том, что в статье 11ter говорится не об исполнении, а чтении литературного произведения. Представляется, что причина разделения состоит в том, что глагол "исполнять" считался не совсем подходящим для представления литературного произведения (хотя глагол "исполнять" можно было бы использовать в не настолько уж очень «протяженном» значении, если бы, например, представление стихотворения характеризовалось бы как "исполнение"; например, одна возможная формулировка определения статьи 2(a) ДИФ гласит следующее: "исполнители" - это актеры [...] или другие лица, которые [...] декламируют [...] или иным образом исполняют литературные произведения"; и глагол "декламировать" является синонимом глагола "читать").

БК-11ter.2. Статья 11ter была внесена в текст Конвенции на Брюссельской конференции 1948 г. по пересмотру в намного сокращенном варианте. Она гласила только следующее: "Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать публичное чтение своих произведений". Можно считать оплошностью конференции, что это положение не было приведено в соответствие со статьей 11; в частности, не было включено положение, относящееся к сообщению для всеобщего сведения чтения литературных и художественных произведений и к праву в отношении чтения переводов (хотя, если такое право считалось необходимым в отношении переводов драматических и музыкально-драматических произведений – сомнительная необходимость, как обсуждается выше в комментариях к статье 11 – было нелогично поступать точно так же в отношении литературных произведений).

БК-11ter.3. Стокгольмская конференция 1967 года по пересмотру исправила ошибки предыдущей конференции по пересмотру и преобразовала статью 11ter в полную версию *mutatis mutandis* статьи 11. Это также означало распространение чтения на "публичное чтение, осуществляемое любыми средствами или способами", что соответствовало аналогичному распространению, в статье 11(1), на право публичного исполнения, осуществленному Стокгольмской конференцией.

БК-11ter.4. По причинам, упомянутым выше, комментарии к статье 11 – включая комментарии в отношении "незначительных оговорок" – применяются *mutatis mutandis* к статье 11ter.

## СТАТЬЯ 12

*[Право на переделки, аранжировки и другие переработки]*

**Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать переделки, аранжировки и другие переработки своих произведений.**

БК-12.1. Право на переделки (как часто упоминается право в соответствии с этой статьей) может найти свое происхождение в праве на воспроизведение. В действительности то, что означает право "разрешать переделки, аранжировки и другие переработки" произведений, это сочетание ранее существовавших элементов произведений – использование которого при переделке и т.д., в известном смысле можно рассматривать как воспроизведение этих элементов – с некоторыми новыми элементами, в результате которого обычно появляется новое произведение. Новое произведение охраняется как производное произведение, что предусмотрено согласно статье 2(3) Конвенции. Эта охрана, как также объясняется в этом положении, осуществляется без ущерба правам автора на оригинальное произведение; и это следует на самом деле из того соображения, что в случае любого использования переделок и т.д. также используются ранее существовавшие элементы оригинального произведения.

БК-12.2. Тесная связь переделок и т.д. с воспроизведением была особенно ясна в первых актах Бернской конвенции, где неразрешенные переделки и т.д. считались косвенным присвоением, квалифицирующимся как неразрешенные воспроизведения. Однако существовала определенная путаница в отношении тех случаев, когда переделки и т.д. были равнозначны созданию новых производных произведений. Это была так вплоть до Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру, на которой нынешняя, намного более ясная статья 12 заменила предшествующие положения.

БК-12.3. Понятие "переделки" довольно широкое, и было бы трудно составить полный перечень преобразований, входящих в него. Однако есть несколько типичных случаев, таких как инсценировка романа или – наоборот – превращение в новеллу драматургического произведения; преобразование кинофильма в радиопостановку; или создание "комикса" на основе рассказа. Однако следует отметить, что кинематографическая переделка произведений охватывается не статьей 12, а статьей 14 Конвенции. "Аранжировки" означают отличающиеся формы преобразования музыкальных произведений, такие как повторная оркестровка или создание нового варианта для специального инструмента. В действительности понятие "любые другие переработки" является наименее ясным. Очевидно, что под ними подразумевается преобразование произведений, не вошедших в категории "переделок" или "аранжировок", но все же в результате таких переработок могут появиться новые производные произведения; в данном случае примером может быть сокращение. В этой связи следует отметить, что существует категория, которую можно было бы квалифицировать в качестве "любых других переработок"; а именно, перевод произведения на другой язык. Однако право на перевод охватывается отдельной статьей, а именно, статьей 8.

## СТАТЬЯ 13

*[Возможное ограничение права на запись музыкальных произведений и любых текстов, относящихся к ним: 1. Принудительные лицензии; 2. Переходные меры; 3. Арест экземпляров, изготовленных без разрешения автора, при ввозе]*

- (1) Каждая страна Союза может установить для себя оговорки и условия относительно исключительного права, предоставляемого автору музыкального произведения и автору любого текста, уже разрешившему его запись вместе с музыкальным произведением, разрешать звуковую запись музыкального произведения вместе с таким текстом, если таковой имеется; однако все эти оговорки и условия применяются только в тех странах, которые их установили, и ни в коем случае не могут ущемлять права этих авторов на получение справедливого вознаграждения, которое, при отсутствии соглашения, устанавливается компетентным органом.
- (2) Записи музыкальных произведений, сделанные в какой-либо стране Союза в соответствии со статьей 13(3) Конвенций, подписанных в Риме 2 июня 1928 г. и в Брюсселе 26 июня 1948 г., могут воспроизводиться в этой стране без разрешения автора музыкального произведения до истечения двух лет со дня, когда в ней вступит в действие настоящий Акт.
- (3) Записи, сделанные в соответствии с пунктами (1) и (2) настоящей статьи и ввезенные без разрешения заинтересованных сторон в страну, где они считаются незаконными, подлежат аресту.

*Пункт (1): принудительные лицензии для записи музыкальных произведений*

БК-13.1. Статья 13 в представленном выше виде была принята на Стокгольмской конференции 1967 г. по пересмотру, и она является преемницей намного более сложных статей, содержащихся в некоторых предшествующих актах Конвенции, в которых регулировались несколько аспектов записи музыкальных произведений. Ранее эта статья претерпевала ряд изменений, однако, принятые в Брюссельском акте 1948 г. первые два решающих пункта все еще гласили следующее:

- "(1) Авторы музыкальных произведений пользуются исключительным правом разрешать:
- (i) запись таких произведений с помощью инструментов, способных воспроизводить их механическими средствами;
  - (ii) публичное исполнение записанных таким образом произведений с помощью таких инструментов.
- "(2) Оговорки и условия относительно применения прав, упомянутых в предыдущем пункте, могут определяться законодательством каждой страны Союза в каждом отдельном случае; однако все эти оговорки и условия применяются только в странах, которые их установили, и ни в коем случае не могут ущемлять права этих авторов на получение справедливого вознаграждения, которое, при отсутствии соглашения, устанавливается компетентным органом".

БК-13.2. На Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру два положения относительно двух прав, предоставляемых в пункте (1) Брюссельского акта, были перенесены в те статьи, к которым они логически относятся: подпункт (ii) был добавлен к положению о праве на публичное исполнение *inter alia* музыкальных произведений, содержащемся в статье 11(1)(i), тогда как подпункт (i) стал излишним вследствие явного признания общего права на воспроизведение в статье 9(1); тем не менее, в пункте (3) этой статьи появилось пояснение, подтверждающее, что любая звуковая или визуальная запись также может считаться воспроизведением.

БК-13.3. Пункт (2), который предусматривал применимость системы принудительных лицензий, тем не менее, был сохранен – и перенумерован в пункт (1) – с некоторыми изменениями. Пункт (2) имел довольно важное значение: сфера применения возможных “оговорок” и “условий”, упомянутых в этом положении, была приведена к звуковой записи музыкальных произведений (в Брюссельском варианте ссылка на “права в предшествующем пункте” – потом пункте (1) – все еще охватывала и право на публичное исполнение, предусматриваемое там). Сфера применения возможных принудительных лицензий была несколько сужена и в случае звуковой записи в результате другого изменения, в соответствии с которым появилось условие, что ранее автору уже один раз предоставлялось разрешение на осуществление звуковой записи того же самого произведения. Третье изменение можно считать как имеющее несколько более широкое влияние на применимость принудительных лицензий, однако, представляется, что на самом деле это – не более чем просто пояснение; оно заключалось в утверждении, что данное положение применяется также к “словам” – тексту или словам песни – музыкальных произведений, если имеются.

БК-13.4. Статья 11bis(2), которая также предусматривает возможность применения принудительных лицензий (для передачи в эфир и определенных действий, связанным с публичным сообщением), содержит следующее условие; а именно, что “[они] [принудительные лицензии] ни в коем случае не ущемляют личные неимущественные права автора”. Это условие не указано в статье 13(1). Тем не менее, из этого умалчивания очевидно, что было бы неоправданно сделать вывод – на основании применения принципа толкования *a contrario* – о том, что аналогичное условие не приемлемо. В действительности ссылка в статье 11bis(2) на личные неимущественные права является просто так чрезмерной; то же самое последовало бы из статьи 6bis, даже в отсутствии такой ссылки. Статья 6bis применима также в случаях, охватываемых статьей 13.

БК-13.5. Положения, относящиеся к “справедливому” вознаграждению и его возможному установлению компетентным органом, практически те же самые, что и соответствующие положения в статье 11bis(2). Поэтому комментарии в данной статье применимы и в этом случае.

*Пункт (2): временное положение*

БК-13.6. Временное положение в пользу вновь присоединившихся стран, которые являлись участницами предыдущих актов, не требует пояснения и становится все больше и просто экскурсом в историю; поэтому более подробные пояснения не требуются.

*Пункт (3): арест экземпляров, ввозимых без разрешения*

БК-13.7. Это – единственное положение, которое сохранилось без существенных изменений со времени принятия Берлинского акта (1908 г.) Конвенции. Оно не требует пояснений и, в известном смысле, является логическим следствием условия, содержащегося в пункте (1), согласно которому “такие оговорки и условия применяются только в странах, которые их установили”.

## **СТАТЬЯ 14**

*[Кинематографические произведения и относящиеся к ним права: 1. Кинематографическая переделка и воспроизведение; распространение; публичный показ и сообщение для всеобщего сведения по проводам воспроизведенных или переделанных таким образом произведений; 2. Переделка кинематографических произведений; 3. Неприменение принудительных лицензий]*

**(1) Авторы литературных и художественных произведений имеют исключительное право разрешать:**

- (i) кинематографическую переделку и воспроизведение своих произведений и распространение переделанных или воспроизведенных таким образом произведений;
- (ii) публичное представление, исполнение и сообщение по проводам для всеобщего сведения переделанных или воспроизведенных таким образом произведений.

(2) Переделка в любую другую художественную форму кинематографических постановок, созданных на основе литературных или художественных произведений, требует разрешения авторов оригинальных произведений вне зависимости от наличия разрешения авторов кинематографических постановок.

(3) Положения статьи 13(1) не применяются.

*Развитие регулирования прав, относящихся к созданию и охране кинематографических произведений*

БК-14.1. Двойственный характер положений, относящихся к кинематографическим произведениям<sup>84</sup>, присутствовал в Бернской конвенции с самого ее первого – Берлинского (1908 г.) акта – в которую вошли такие положения. Там были нормы в отношении прав авторов, чьи произведения использовались – “перерабатывались” – для создания таких произведений, с одной стороны (в Парижском акте 1971 года они включены в положения статьи 14), а с другой стороны, в отношении самих кинематографических произведений (в Парижском акте 1971 года они присутствуют в статье 14bis).

БК-14.2. И хотя только на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру кинематографические произведения были ясно включены в не исчерпывающий перечень произведений в статье 2(1) Конвенции, Берлинский (1908 г.) акт уже содержал положения, которые старались отвечать на новые запросы нового феномена кинематографии. В статье 14(1) объяснялось, что право авторов драматических произведений заключалось в их праве разрешать воспроизведение своих произведений средствами кинематографии (это, как правило, относилось к записи театрального представления). Более важно, что статья 14(2) признавала то, что определенные кинематографические постановки как таковые также заслуживают охрану. Такая охрана предоставлялась “если путем переделки формы исполнения или сочетаний представленных эпизодов автор придал произведению личный и оригинальный характер”.

БК-14.3. Статья 14(3) Берлинского (1908 г.) акта потом содержала норму, которая – по крайней мере, в ретроспективном смысле – была довольно неожиданной. Она предусматривала, что “без ущерба авторским правам на оригинальное произведение, воспроизведение литературного, научного или художественного произведения средствами кинематографии подлежит охране в качестве оригинального произведения”. Это было неожиданно, поскольку то, о чем шла речь, представляло собой не существенную переделку ранее существовавшего произведения, а более или менее технический процесс, аналогичный звуковой записи исполнения произведения. Однако такой процесс никогда не получал признание в Бернской конвенции. Причину включения этого положения можно найти в признании двух специальных признаков того, что упоминалось просто как “воспроизведение” произведений средствами кинематографии. А именно, во-первых, то, что такое “воспроизведение” не может быть все же просто механическим действием; некоторые аспекты (такие как выбор различных углов расположения камеры, получение более близких – ближний план – изображений актеров и т.д.) зависят от изготовителя “воспроизведения”; и, во-вторых, то, что в результате всего этого создается новая фиксированная форма произведения, которая не является тем же самым, что возникает при написании произведения. Представляется, что признание этих аспектов привело Римскую дипломатическую конференцию 1928 года к необходимости ввести – как в пункт (1), так и в пункт (3) статьи 14 – ссылку на “переделку”.

БК-14.4. Пункт (2) статьи 14 был изменен в соответствии с Римским (1928 г.) актом следующим образом: “Кинематографические постановки подлежат охране в качестве литературных или художественных произведений, если автор придал произведению оригинальный характер. Если бы этот характер отсутствовал, кинематографическая постановка пользовалась бы охраной как фотографическое произведение”. Благодаря изъятию ссылки на “форму исполнения или сочетания представленных эпизодов” это положение просто оставило то же самое общее условие для признания постановки в качестве произведения, что и в случае любого другого произведения; а именно, условие оригинальности.

БК-14.5. Брюссельская конференция по пересмотру сделала еще один шаг на пути признания прав на произведения, переделанные для кинематографических произведений, и на сами кинематографические произведения. В Брюссельском акте Конвенции новый текст статьи 14(1) гласит следующее:

- (1) Авторы литературных или художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать:
- (i) кинематографическую переделку и воспроизведение этих произведений, а также распространение переделанных или воспроизведенных таким образом произведений,
  - (ii) публичное представление, исполнение и сообщение по проводам для всеобщего сведения переделанных или воспроизведенных таким образом произведений [курсив мой].

БК-14.6. Статья 14(2) предусматривает, что "без ущерба авторским правам на воспроизведенное или переделанное произведение, кинематографическое произведение подлежит охране в качестве оригинального произведения". Затем Стокгольмская конференция по пересмотру ввела в этой связи даже более подробную норму. То, что было включено в Брюссельский текст в виде статьи 14(2), в Стокгольме стало первым предложением пункта (1) новой статьи 14*bis*. Второе предложение этого пункта гласило следующее: "Владелец авторского права на кинематографическое произведение пользуется теми же правами, что и автор оригинального произведения, включая права, упомянутые в предыдущей статье" [то есть, статье 14, основной пункт, с этой точки зрения – пункт (1) – которой цитируется выше (он остался без изменения в Стокгольмском акте и Парижском акте)].

БК-14.7. На Стокгольмской конференции 1967 г. по пересмотру была также предпринята попытка гармонизировать отличающиеся права, применяемые в разных странах в отношении сложных вопросов первоначального права собственности и передачи прав на кинематографические произведения. Новые положения относительно этих вопросов включены в пункты (2) и (3) статьи 14*bis* и обсуждаются в комментариях к этой статье.

*Пункт (1): излишество и новые элементы*

БК-14.8. Пункт 14(1) предоставляет авторам ранее существовавших литературных и художественных произведений два вида прав введения своих произведений в кинематографическое произведение: во-первых, права, которые признаются в Конвенции для всех категорий произведений и потому являются определенным видом подтверждения этих прав в этом контексте, приводящего к определенному излишеству в тексте Конвенции; и, во-вторых, права, которые предоставляются в других положениях Конвенции только в отношении определенных специальных категорий произведений. Поэтому для их признания в отношении кинематографических произведений существовала необходимость в наличии отдельного положения в этой статье.

БК-14.9. Представляется, что право на переделку и право на воспроизведение в подпункте (i) этого пункта имеют избыточный характер, тогда как право на публичное исполнение и право на сообщение по проводам для всеобщего сведения в подпункте (ii) являются действительно новыми элементами. Характер права на распространение, также предусмотренного в подпункте (i), обсуждается отдельно.

БК-14.10. Положения относительно права на переделку и права на воспроизведение являются излишними, поскольку их существование также следует из общих положений статей 2(3), 9 и 12. Статья 12 предусматривает исключительное право авторов разрешать любую переделку своих произведений, что, в отсутствие отдельного положения в статье 14(1)(i), также охватывало бы кинематографическую переделку. Статья 2(3) дает понять, *inter alia*, что "переделки ... литературного или художественного произведения охраняются наравне с оригинальными произведениями, без ущерба авторским правам на оригинальное произведение" (курсив мой), что означает, что в случае использования переделки следует применять не только права лица, осуществляющего переделку, но также права автора оригинального произведения. В свою очередь, это означает, что автор оригинального произведения должен пользоваться всеми правами, признаваемыми в отношении любых категорий произведений (а не только в отношении некоторых специфических категорий), когда используется переделка его произведения. Право на воспроизведение согласно статье 9 Конвенции является таким правом; следовательно, тот факт, что оно все же упоминается в статье 14(1)(i), - это избыточный элемент. Как обсуждается ниже в связи с правом на распространение, этот факт объясняется

историческими причинами. Интересно отметить, что существует одно более важное общее право, которое имеет отношение к кинематографическим переделкам произведений, но которое не упоминается в статье 14(1), а именно, право на передачу в эфир согласно статье 11bis; нет сомнения в том, что это право в равной мере применимо к кинематографическим переделкам.

БК-14.11. Право на публичное исполнение и право на сообщение по проводам для всеобщего сведения не могли бы существовать, не будь соответствующего положения в пункте (1)(ii), поскольку эти права предоставляются только в отношении определенных специфических категорий произведений (см. статьи 11(1)(i) и 11ter(1)(i)).

#### Пункт (1): право на распространение

БК-14.12. Что касается права на распространение, упомянутого в пункте (1)(i) статьи 14, сначала необходимо пояснить значение термина "распространение". В этой связи существует значительное различие между текстами Конвенции на французском и английском языках. В английском варианте используется слово "распространение", тогда как во французском тексте используется выражение "mise en circulation" (то есть, «выпуск в обращение»). Английское слово "распространение" можно толковать двумя способами: либо иметь в виду только первое распространение, либо иметь в виду последующие акты распространения. Представляется, однако, что выражение "mise en circulation" (выпуск в обращение), указывает на то, что имеется в виду только первое распространение. А с учетом статьи 37(1)(c) Конвенции ("в случае разногласий в толковании различных текстов предпочтение отдается французскому тексту") значение французского текста является решающим. Кажется, что это означает, что минимальное требование заключается в предоставлении права на распространение, которое исчерпало себя с первым актом распространения (выпуска в обращение) тех или иных экземпляров. (Это положение не дает никакого руководства относительно того, какое действие предполагает исчерпание права: национальное или международное.)

БК-14.13. Положение в статье 14(1)(i) относительно права на распространение имеет конкретную релевантность с точки зрения того, существует ли право на распространение – по меньшей мере, право первого распространения в смысле "выпуска в обращение" – в соответствии с Бернской конвенцией, или нет. Вопрос также можно поставить следующим образом: является ли это положение также излишним (как и положение относительно права на воспроизведение), или оно означает новый элемент в отношении права (первого) распространения, существующий только в случае кинематографических переделок (и, на основании ссылки на статью 14(1) в статье 14bis(1), в случае самих кинематографических произведений)? Если бы положение относительно права на распространение отличалось бы от положения относительно прав на переделку и воспроизведение, и поэтому оно не могло считаться излишним, это означало бы, на основании принципа *a contrario*, что никакого права (первого) распространения не существует согласно Конвенции в случае других категорий произведений.

БК-14.14. Однако есть достаточные основания полагать, что положение относительно права на распространение в подпункте (i) пункта (1) настолько излишнее, насколько излишни положения относительно права на переделку и права на воспроизведение в том же самом подпункте, и что право (первого) распространения не существует согласно Бернской конвенции как непосредственное следствие права на воспроизведение. Эти основания заключаются в следующем.

БК-14.15. Как упоминается выше, положение статьи 14(1) Бернской конвенции первоначально вошло в текст Конвенции на Брюссельской дипломатической конференции 1948 года. Статья 14(1), *inter alia*, признала исключительное право разрешать кинематографическую переделку и воспроизведение произведений, а также распространение переделанных или воспроизведенных таким образом произведений. Как обсуждается в пункте БК-14.10, выше, это положение было излишним в отношении права на переделку и права на воспроизведение. В этой связи следует отметить, что в то время как право на переделку было уже ясно признано в статье 12 Брюссельского акта, этого нельзя сказать в отношении права на воспроизведение. Тем не менее, несмотря на это, излишество также существовало в отношении права на воспроизведение; в то время Конвенция не предусматривала положительно выраженным образом право на воспроизведение (и только на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру было принято положение – новая статья 9 – ясно признающее это право). Тем не менее, никто не считал, что, поскольку право на воспроизведение было ясно признано в отношении произведений, переделанных для кинематографических произведений, и не было признано в отношении других произведений, что это право не существует в случае других произведений.

Отсюда следует специальный избыточный характер положения статьи 14(1) в отношении права на воспроизведение; оно было излишним, так как указывало в отношении определенных произведений наличие права, которое было признано – хотя не указано положительно выраженным образом в Конвенции – существующим в отношении всех произведений. Есть достаточное основание полагать, что положение статьи 14(1) относительно права (первого) распространения имело (и все еще имеет) тот же самый характер; то есть, существовало (и все еще существует) специальное излишнее положение, ясно указывающее в отношении определенных произведений то, что всегда косвенно признавалось в отношении всех произведений.

БК-14.16. Есть достаточное основание полагать, что так обстоит дело, если считать характер воспроизведения как квалифицированный акт и как основную форму использования произведений. Смысл жизни и конечная цель права на воспроизведение заключаются в том, чтобы обеспечить контроль со стороны автора или другого владельца авторского права над предоставлением экземпляров произведения в распоряжение общественности; в этом состоит сущность нормального использования произведения на основе права на воспроизведение. Разрешение, выданное издателю в отношении воспроизведения произведения, в отсутствие вытекающего отсюда разрешения на первое распространение экземпляров среди общественности было бы бессмысленным (и такое разрешение на распространение всегда выдается издателю подразумеваемым или ясно выраженным образом; причем в таком разрешении в общих чертах определяются одновременно условия такого распространения, в частности территория, на которой можно осуществлять распространение). Было невозможно использовать право на воспроизведение обычным образом, если бы это право толковалось так ограничительно, что автору или владельцу авторского права разрешалось бы осуществлять контроль только над изготовлением экземпляров, а не над первым распространением изготовленных экземпляров. Таким образом, хотя автор или владелец авторского имел бы исключительное право разрешать изготовление экземпляров его произведения, он не имел бы возможности использовать его произведение на основании этого права.

БК-14.17. На Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру было отклонено предложение относительно ясно выраженного признания определенного рода права на распространение; тем не менее, на основании того, как дискуссия отражена в отчете, достаточно понятно, что то, что было отклонено, являлось не разумным правом (первого) распространения, без которого право на воспроизведение не имеет полного значения, в котором оно нуждается, а возможным сверхамбициозным "правом на тиражирование". В отчете также отмечается, что это произошло только в результате нехватки достаточного времени "вследствие позднего прибытия" данного предложения, а не по каким-то существенным причинам. То, что было отклонено Стокгольмской дипломатической конференцией 1967 года, представляло собой общее право на распространение, то есть, право, которое выходило бы за пределы первого распространения. Конференция не рассмотрела то, что могло бы быть более скромным предложением, а именно, что право на распространение должно быть признано только в отношении первого распространения, но не в отношении любого последующего распространения.<sup>35</sup>

БК-14.18. Хотя, на основе соображений, обсуждавшихся выше, можно сделать вывод о том, что согласно Бернской конвенции право первого распространения существует как непосредственное следствие права на воспроизведение, причем следует добавить, что такое право не имеет существенного практического значения. Владелец права на воспроизведение может регулировать условия первого распространения при помощи договорных условий, и до момента первой продажи (или иной первой передачи права собственности) экземпляры остаются в собственности физического или юридического лица, которое может быть связано такими условиями. Если наличие права первого распространения можно «вывести» из Бернской конвенции, это не так в отношении общего права на распространение ("права на тиражирование"). Согласно Бернской конвенции не существует никакого обязательства признавать любое право на распространение в отношении экземпляра, который был продан (или право собственности в отношении которого было передано иным образом), в соответствии с подразумеваемым или ясно выраженным разрешением автора или другого владельца прав. Единственным исключением является право на перепродажу (право долевого участия) в соответствии со статьей 14ter Конвенции, которая применима в случае перепродажи оригинальных экземпляров произведения или рукописей произведения. Однако признание права на перепродажу является не минимальным обязательством, а просто правом выбора согласно Конвенции.

*Пункт (2): переделки кинематографических постановок*

БК-14.19. Пункт (2) – который гласит, что “переделка в любую другую художественную форму кинематографических постановок, созданных на основе литературных или художественных произведений, требует разрешения автора оригинального произведения вне зависимости от наличия разрешения авторов кинематографических постановок” – является другим излишним положением, учитывая то, что право на переделку, предусмотренное в статье 12, является общим правом, охватывающим все виды переделок всех категорий произведений, и что статья 2(3) предусматривает сохранение прав авторов на переделки их произведений.

*Пункт (3): неприменение принудительных лицензий*

БК-14.20. Статья 13(1) Конвенции предусматривает возможность применения принудительных лицензий в отношении звуковой записи музыкальных произведений. Кинематографические и другие аудиовизуальные произведения включают в себя аудиовизуальную запись. Поэтому представляется вполне понятным, что статью 13(1) вряд ли можно было применить для таких произведений и таких записей. В любом случае пункт (3) препятствует реализации любых возможных идей применения этого положения при наличии возможного довода, что аудиовизуальная запись, по определению, также означает звуковую запись.

## **СТАТЬЯ 14bis**

*[Специальные положения, относящиеся к кинематографическим произведениям: 1. Приравнение к "оригинальным" произведениям; 2. Владельцы прав; ограничение некоторых прав определенных авторов, внесших вклад в создание произведения; 3. Некоторые другие авторы, внесшие вклад в создание произведения]*

- (1) Без ущерба авторским правам на любое произведение, которое могло быть переделано или воспроизведено, кинематографическое произведение подлежит охране в качестве оригинального произведения. Владелец авторского права на кинематографическое произведение пользуется такими же правами, как и автор оригинального произведения, включая права, предусмотренные в предыдущей статье.
- (2)
  - (a) Определение лиц - владельцев авторского права на кинематографическое произведение сохраняется за законодательством страны, в которой истребуется охрана.
  - (b) Однако, в странах Союза, законодательство которых включает в число владельцев авторского права на кинематографическое произведение авторов, внесших вклад в его создание, эти авторы, если они обязались внести такой вклад, не вправе при отсутствии какого-либо противоположного или особого условия противиться воспроизведению, распространению, публичному представлению и исполнению, сообщению для всеобщего сведения по проводам, передаче в эфир или любому другому сообщению произведения для всеобщего сведения, а также субтитрованию и дублированию его текста.
  - (c) Вопрос о том, должно ли указанное выше обязательство быть оформлено для применения предшествующего пункта (b) письменным соглашением или равнозначным письменным актом, определяется законодательством страны, в которой изготовитель кинематографического произведения имеет свое основное место работы или обычное местожительство. Однако законодательством страны Союза, в которой истребуется охрана, может предусматриваться, что такое обязательство оформляется письменным соглашением или равнозначным письменным актом. Страны, законодательства которых предусматривают это, уведомляют Генерального директора путем письменного заявления, о котором он немедленно сообщает всем другим странам Союза.
  - (d) Под "противоположным или особым условием" понимается любое ограничительное условие, имеющее отношение к вышеназванному обязательству.

- 90
- (3) Если национальным законодательством не устанавливается иное, положения вышеуказанного пункта (2)(b) не применяются к авторам сценариев, диалогов и музыкальных произведений, созданных для постановки кинематографического произведения, или к его режиссеру-постановщику. Однако страны Союза, законодательство которых не содержит положений, предусматривающих применение названного пункта (2)(b) к режиссеру-постановщику, уведомляют об этом Генерального директора путем письменного заявления, о котором он немедленно сообщает всем другим странам Союза.

*Пункт (1): права на кинематографические произведения*

БК-14bis.1. В комментариях к статье 14, выше, обсуждается то, как авторско-правовой статус кинематографических произведений был шаг за шагом приравнен к статусу литературных и художественных произведений вообще, и как этот процесс был завершен в положении, которое в Парижском (1971 г.) акте представляет собой первое предложение пункта (1) статьи 14bis. В соответствии с этим первым предложением во втором предложении указывается очевидное следствие, а именно, что владельцы авторского права на кинематографические произведения пользуется такими же правами, как и владельцы авторского права на (другие) оригинальные произведения.

*Пункт (2)(a): обладание авторским правом*

БК-14bis.2. В отличие от всех других предыдущих положений Конвенции, в которых последовательно используется термин "автор", указывающий, кто является первоначальным владельцем прав, во втором предложении пункта (1) этой статьи впервые используется термин "владелец авторского права". Это уже является показателем того, что затем следует в пунктах (2) и (3).

БК-14bis.3. На Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру была предпринята попытка решить сложную проблему, которая создала множество трудностей на международных рынках кинематографических произведений. Эта проблема заключалась в том, что существовали различные национальные системы в отношении вопросов первоначального права собственности и передачи прав на такие произведения, такие как (i) система "авторского права в кино", в соответствии с которой режиссер-постановщик ("создатель") кинофильма признавался первоначальным владельцем авторского права; (ii) система "правовой передачи", в соответствии с которой владельцами прав также становились режиссеры-постановщики, но на основании более сложной правовой структуры (когда, в принципе, правами наделялись создатели человеческих образов, но эти права считались незамедлительно переуступленными режиссеру-постановщику); и (iii) система "презумпции передачи", в соответствии с которой создатели человеческих образов также были первоначальными владельцами прав, однако, при наличии той презумпции, что после того, как они внесли вклад в создание кинематографической постановки, они передавали свои права режиссеру-постановщику (однако, такая презумпция также могла быть опровергнута).

БК-14bis.4. Подпункт (a) пункта (2) сохраняет за законодательством страны, в которой истребуется охрана, право определять лиц – владельцев авторского права на кинематографическое произведение. Страны Бернского союза свободны в выборе любой упомянутой выше системы, и в основном они могут выбрать систему предоставления первоначального права собственности авторам как создателям человеческих образов, режиссерам-постановщикам или одновременно и авторам, и режиссерам-постановщикам.<sup>96</sup> Хотя это решение было принято при условии, что оно соответствует принципу национального режима, оно не казалось идеальным даже во время принятия этого положения, поскольку оно приводило к ситуации, когда были разные первоначальные владельцы прав на одни и те же произведения в разных странах (нечто такое, что создавало проблемы с точки зрения предсказуемости системы и поднимало серьезные вопросы, относящиеся к правовой определенности и достоверности договорных мероприятий). В нынешних условиях, созданных экономической глобализацией и эффективным развитием мировой информационной инфраструктуры, эти проблемы обострились еще больше.

БК-14bis.5. В свете этих трудностей некоторые эксперты и заинтересованные круги полагают, что было бы лучше сохранить определение первоначального владельца (а также регламентирование возможности передачи) прав за законодательством страны, которая наиболее тесно связана с созданием и постановкой кинематографического произведения. Конечно, этот вид решения

может относиться только к ответам на вопрос "кто" – оставляя ответы на такие вопросы, как "что", "с какими исключениями и ограничениями", "при каких условиях", "насколько долго" и т.д., к законодательству страны, в которой истребуется охрана, и к применению принципа национального режима. Однако до сих пор на международном уровне эти решения остаются лишь идеями *de lege ferenda*.

#### *Пункт (2)(b): презумпция легитимации*

БК-14bis.6. Подпункт (b) пункта (2) следует применять в тех странах, в которых авторы как создатели человеческих образов являются первоначальными владельцами прав на кинематографические произведения. Он не применяется в странах, в которых режиссеры-постановщики ("создатели") являются первоначальными владельцами прав (на основе системы "авторского права в кино" или системы "правовой передачи"; он не применяется, поскольку в этих странах нет необходимости в аналогичных мерах, гарантирующих разумные условия осуществления прав; права, "по определению", находятся в руках режиссеров-постановщиков как первоначальных владельцев).

БК-14bis.7. Система, предусматриваемая в этом положении, называется в нейтральной форме "презумпцией легитимации", а не "презумпцией передачи", поскольку она сосредоточена только на желаемый конечный результат – а именно, чтобы упомянутые лица, внесшие определенный вклад, не могли – "при отсутствии любого противоположного или особого условия" – противиться действиям, перечисленным в положении. Хотя опровержимая презумпция представляется достаточно логичным решением, также возможны другие способы реализации этой нормы, такие как специальные договорные механизмы.

БК-14bis.8. Эта презумпция применима, как только упомянутые в данном положении лица внесли вклад в создание кинематографического произведения. Однако следует отметить, что эта презумпция не применяется в отношении определенных лиц, внесших основной вклад; эти лица упомянуты в пункте (3).

БК-14bis.9. Действия, перечисленные в данном положении, вполне понятны. Необходимо лишь одно замечание. Это положение – наряду со всеми другими материально-правовыми нормами Бернской конвенции – включено путем отсылки в ДАП в силу статьи 1(4) этого Договора. При применении в контексте ДАП один элемент статьи 14bis(2)(b) представляется особенно уместным, а именно, тот факт, что одна из категорий действий, охватываемых ею, заключается в "любом другом сообщении для всеобщего сведения". Когда это положение толкуется вместе со статьей 8 ДАП, можно заключить, что при применении статьи 14bis(2)(b) в контексте ДАП следует учитывать понятие "сообщения для всеобщего сведения", предусматриваемое статьей 8 Договора, в результате чего охватывается также (интерактивное) "доведение до всеобщего сведения".

#### *Пункт (2)(c) и (d): форма согласия*

БК-14bis.10. Положения подпунктов (c) и (b) пункта (2) достаточно ясные и не требуют разъяснений. Они не нуждаются в специальных комментариях.

#### *Пункт (3): лица, внесшие основной вклад*

БК-14bis.11. Пункт (3) освобождает страны Союза от обязательства применять систему "презумпции легитимации" в отношении лиц, внесших основной вклад в создание кинематографических произведений, упомянутых в этом пункте: авторов сценариев, диалогов и музыкальных произведений, созданных для постановки кинематографического произведения, а также, при условии, содержащемся в нем, режиссера-постановщика (последний, на самом деле, обычно считается наиболее очевидным создателем такого произведения). Применение этой презумпции все еще возможно, однако не обязательно.

## СТАТЬЯ 14ter

*["Право долевого участия" на произведения искусства и рукописи: 1. Право на долю от перепродажи; 2. Применимое законодательство; 3. Процедура]*

- (1) В отношении оригиналов произведений искусства и оригиналов рукописей писателей и композиторов автор, а после его смерти лица или учреждения, уполномоченные национальным законодательством, пользуются неотчуждаемым правом долевого участия в каждой продаже произведения, следующей за первой его уступкой, совершенной автором произведения.
- (2) Охрана, предусмотренная предшествующим пунктом, может быть истребована в любой стране Союза, только в случае, если законодательство страны автора предусматривает такую охрану и в объеме, допускаемом законодательством страны, в которой истребуется эта охрана.
- (3) Порядок сбора и размеры сумм определяются национальным законодательством.

БК-14ter.1. Это право было введено на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру и, как следует из пункта (2) статьи, оно является дискреционным и подчиняется принципу материальной зависимости. В том, что касается последнего аспекта, оно представляет собой исключение к обязательству предоставлять национальный режим согласно статье 5(1) Конвенции.

БК-14ter.2. Характер, сфера охвата и бенефициарии этого права – которое традиционно упоминалось на других языках, оставаясь в его французском виде, как ("право долевого участия"), но которое на английском языке звучит даже более часто как "право на перепродажу" – вполне ясно определены в пункте (1).

БК-14ter.3. Тем не менее, неотчуждаемый характер этого права заслуживает некоторых замечаний. Как обсуждается в пункте БК-6bis.6 выше, обычно имущественные права толкуются как передаваемые права согласно Конвенции. Недопущение возможности передачи этого права на перепродажу составляет исключение к этому общему принципу. Представляется, что неотчуждаемость служит интересам авторов и их наследников. При отсутствии этого условия встречная цена передачи этого права была бы простым элементом первоначальной цены, и цель – состоящая в том, что авторы и их наследники могут пользоваться правом повышать цену на такие произведения в процессе последующих продаж – не могла быть достигнута.

БК-14ter.4. С учетом необязательного характера этого права логична свобода, предоставляемая в пункте (3). Национальное законодательство определяет не только порядок сбора или устанавливает размер сумм, но также и такие аспекты, как-то: должно ли доленое участие исчисляться на основе цен перепродажи или на основе разницы между ними и предыдущими ценами; кто должен оплачивать это (то ли продавец, то ли покупатель); в случае каких перепродаж должно оплачиваться доленое участие (обычно неконтролируемые перепродажи между частными лицами исключаются скорее, нежели при участии профессиональных посредников); или может ли это право осуществляться на индивидуальной основе, или оно может осуществляться в рамках системы коллективного управления правами.

## СТАТЬЯ 15

*["Право на обеспечение соблюдения охраняемых прав: 1. Когда имя автора указывается или когда псевдоним не оставляет сомнения в отношении личности автора; 2. В случае кинематографических произведений; 3. В случае произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом; 4. В случае определенных неопубликованных произведений, автор которых неизвестен]*

- (1) Для того, чтобы автор охраняемых настоящей Конвенцией литературных и художественных произведений рассматривался, при отсутствии доказательств противоположного, как таковой и в соответствии с этим имел право обращаться в странах Союза в суд по поводу нарушения его прав, достаточно, если имя автора будет указано на произведении обычным образом. Настоящий пункт применяется, даже если это имя является псевдонимом, в том случае, если псевдоним, принятый автором, не оставляет сомнений в его личности.

- (2) Изготовителем кинематографического произведения считается, при отсутствии доказательств противоположного, физическое или юридическое лицо, имя или название которого указано в этом произведении обычным образом.
- (3) В отношении произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом, кроме указанных выше в пункте (1), издатель, имя которого указано на произведении, признается, при отсутствии доказательств противоположного, представителем автора, и в этом качестве он правомочен защищать права автора и обеспечивать их соблюдение. Действие положений настоящего пункта прекращается, когда автор раскроет свою личность и заявит о своем авторстве на произведение.
- (4) (а) Применительно к неопубликованным произведениям, автор которых неизвестен, но в отношении которых есть все основания предполагать, что он является гражданином страны Союза, законодательством этой страны может определяться компетентный орган, представляющий этого автора и правомочный защищать его права и обеспечивать их соблюдение в странах Союза.
- (б) Страны Союза, которые в соответствии с этим положением произведут такое назначение, уведомляют об этом Генерального директора путем письменного заявления, содержащего полную информацию о назначенном в таком порядке органе. Генеральный директор немедленно сообщает об этом заявлении всем другим странам Союза.

*Пункты (1) - (3): презумпции – авторы, создатели кинематографических произведений, представители авторов произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом*

БК-15.1. Первые три пункта предусматривают презумпции в отношении того, кто должен быть признан в качестве автора, создателя кинематографического произведения, а в случае произведений, неопознанных, выпущенных анонимно или под псевдонимом, представителя автора. Положения, которые в настоящее время содержатся в пунктах (1) и (3), были частями Конвенции с самого начала, тогда как пункт (2) был включен на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру. Эти презумпции являются очень полезными инструментами для обеспечения соблюдения авторского права, поскольку, по крайней мере в этих аспектах, они возлагают бремя доказывания на другие стороны, в частности, на предполагаемых нарушителей прав.

БК-15.2. Эти положения довольно подробные, ясные и не требующие разъяснений; обычно они не требуют специальных комментариев. Однако следует отметить, что все эти презумпции имеют опровержимый характер; они могут преобладать только при отсутствии доказательства противоположного. Если бы это было не так – например, если бы авторами признавались только те создатели, чьи имена указаны на экземпляре произведений – это была бы формальность как условие авторско-правовой охраны, применение которой запрещено согласно статье 5(2) Конвенции.

*Пункт (4): "охрана фольклора"*

БК-15.3. Слово "фольклор" не присутствует в тексте пункта (4), однако на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру это положение было принято в качестве решения позаботиться об охране фольклорных творений. Об этом ясно говорится в отчете Основного комитета I.

БК-15.4. Вопрос, касающийся фольклора, был поднят делегацией Индии, которая предложила, чтобы "произведения фольклора" были включены в не исчерпывающий перечень категорий произведений. Она также предложила, чтобы в статью 7(3), после слов "для произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом" были включены следующие слова "других, чем произведения фольклора", и чтобы в этот пункт был добавлен следующий новый подпункт: "Для фольклора срок охраны длится до конца пятидесятилетнего срока со времени публикации произведения. Для целей этого подпункта выпуск любых пластинок с записью такого произведения не считается публикацией произведения".<sup>97</sup>

БК-15.5. Основной комитет I решил обсудить вопрос, касающийся фольклора; для этой цели была создана Рабочая группа, которая разработала положения, принятые в виде статьи 15(4). Отчет Основного комитета I содержит следующие комментарии к только что принятому положению: "В предложении Рабочей группы не упоминалось слово 'фольклор', определение которого считалось

крайне трудным [...] Однако ясно, что основная область применения этой нормы будет совпадать с теми созданиями, которые в большинстве случаев описываются как фольклор [...] Представляется, что произведения неизвестных авторов составляют особую категорию в пределах понятия произведений, выпущенных анонимно, которое используется в новом тексте Конвенции в статье 7(3) и статье 15(3). Срок охраны произведений, выпущенных анонимно (как предписано в статье 7), поэтому также имеет силу в отношении произведений неизвестного автора. Если автор раскрывает свою личность, он может заявить о своем авторстве на произведение в соответствии с последним предложением статьи 15(3). По-видимому, произведение прекращает подчиняться требованиям особого режима согласно пункту (4), если оно опубликовано. Если существует издатель, имя которого указано в произведении неизвестного автора, такой издатель может представлять автора в соответствии с первым предложением статьи 15(3).<sup>96</sup>

БК-15.6. Представляется, что несмотря на намерение Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру, вновь внесенные положения не были пригодны для обеспечения соответствующей охраны интеллектуальной собственности в отношении фольклорных творений. Причины этого, а также прогресс, достигнутый со времени принятия этих положений, обсуждаются ниже, начиная с краткого общего описания основных затрагиваемых вопросов.

БК-15.7. Охрану выражений фольклора в качестве традиционной культуры нельзя описать как проблему "Юга-Севера", поскольку каждый народ имеет ценные и заветные традиции с соответствующими выражениями культуры. Однако не может быть неожиданностью то, что необходимость охраны интеллектуальной собственности в отношении этих выражений традиционной культуры более остро ощущается в развивающихся странах. Фольклор является важным элементом культурного наследия каждого народа. Однако он имеет особое значение для развивающихся стран, которые видят в фольклоре средства самовыражения и социальной подлинности. Это тем более так, поскольку во многих таких странах фольклор – это действительно живая и все еще развивающаяся традиция, а не просто память о прошлом.

БК-15.8. Неправильное использование фольклора было также возможно в прошлом. Однако эффективное развитие технологий, все более новые способы использования как литературных и художественных произведений, так и выражений фольклора (аудиовизуальная продукция, фонограммы, их массовое воспроизведение, эфирное вещание, кабельное распространение, передачи в сети Internet и т.п.) привели к росту случаев злоупотребления. Фольклор часто становится объектом коммерциализации в отсутствие должного соблюдения культурных и материальных интересов тех общин, в которых он зарождается. И для того, чтобы лучше адаптировать его к потребностям рынка, его часто искажают или уродуют. В то же время сообщества, в которых фольклор развивался и сохранялся, не получают никакой доли от дохода или прибыли в результате его использования.

БК-15.9. Отсутствие какого-нибудь вида адекватной охраны в отношении создателей и производителей предметов подлинного народного творчества особенно неблагоприятно. Без такой охраны рынки часто наводнены фальсифицированными и низкокачественными поддельными изделиями "народного творчества", изготовленными по технологии массового производства и распространяемыми агрессивными рыночными способами. Этот вид деятельности представляет собой серьезное покушение на само явление народного творчества. Он наносит серьезный ущерб законным моральным и материальным интересам заинтересованных общин и, как одно из следствий, он не предоставляет возможности выжить в этих условиях местным малым и средним предприятиям, без которых само существование данного вида фольклора поставлено под угрозу.

БК-15.10. Поэтому понятно, что предполагаемое решение вопроса об охране фольклорных творений очень тепло приветствовалось в развивающихся странах. С 1967 г. ряд развивающихся стран предусматривали в их статутном праве "авторско-правовую" охрану фольклора (главным образом в Африке, где есть свыше 20 стран, чьи законы в области авторского права содержат такие положения). Тем не менее, более глубокий анализ выявил, что авторское право не является правильным средством охраны фольклора. Конечно, проблема заключается не в формах, эстетическом уровне или ценности фольклорных творений. Как раз наоборот; их формы выражения не отличаются от форм выражения литературных и художественных произведений, пользующихся авторско-правовой охраной, и они зачастую даже более прекрасные, чем многие творения неустановленных авторов.

БК-15.11. Основное различие можно найти в происхождении и творческом процессе фольклора. Многие выражения фольклора зародились задолго до появления авторского права, и они прошли сквозь длинную цепь имитаций в сочетании с незначительными изменениями, в результате которых они были преобразованы в нарастающем порядке. Категории авторского права, такие как право собственности, оригинальность или переделка, просто не пригодны в этом контексте. Нельзя сказать, что творец или творцы художественного фольклора является неизвестным автором или являются различными неизвестными авторами. Творцом является община, а творческий вклад вносит последующие поколения. В соответствии с этим многие общины и народности считают свой фольклор частью их общего наследия и общей собственностью. Очевидно, что было бы неуместным охранять эти творения как "неопубликованные произведения", в результате чего через 50 лет после публикации прекращается действие охраны этих творений. Характер выражений фольклора не изменяется случайно в результате того, что они "опубликованы"; они остаются тем же самым вечным явлением. И, если они заслуживают охрану, она должна быть также вечной.

БК-15.12. Законодатели в упомянутых выше развивающихся странах, по-видимому, поняли это, и положения, принятые ими, соответствует этому пониманию. Иногда их режимы характеризуются как специальные системы платного всеобщего достояния. Однако, в действительности "произведения фольклора" не обязательно являются всеобщим достоянием в том смысле, что они могут использоваться без разрешения, а просто при условии платы; системы на основе разрешения существуют, и они функционируют от имени некоей коллективной собственности (той или иной общности или народности). Эти системы также не обязательно являются "платными". В действительности, хотя эти нормы включены в законы в области авторского права, они могут быть определены скорее как специфические режимы *sui generis*.

БК-15.13. Поскольку выяснилось, что авторско-правовая модель, предложенная Бернской конвенцией, не пригодна для международной охраны фольклора, внимание было обращено на некоторые возможные варианты системы *sui generis*. В период между 1978 и 1982 гг. под эгидой ВОИС и ЮНЕСКО были проведены несколько встреч и, наконец, в июне 1982 года на заседании Комитета государственных экспертов ЮНЕСКО/ВОИС были приняты "Типовые положения для национальных законов по защите выражений фольклора от незаконного использования и других пагубных действий". Типовые положения предусматривали, *inter alia*, систему *sui generis* с определенной процедурой предоставления разрешения в отношении любого использования, осуществляемого как с намерением получить прибыль, так и вне традиционного или общепринятого контекста фольклора (что означает, что, например, ремесленники в рамках данных общин, создающие и изготавливающие предметы художественного фольклора в соответствии с традициями и обычаями фольклора, не нуждаются в разрешении в соответствии с Типовыми положениями, даже если они работают для использования изделий на рынке с намерением получить прибыль). Среди действий, от которых требуется адекватная защита, Типовые положения указывали (i) использование без разрешения, (ii) нарушения обязательства указывать источник выражений фольклора, (iii) введение пубliku в заблуждение путем распространения контрафактных предметов как фольклорных творений (своего рода "пассинг-оф") и (iv) публичное использование искаженных или изуродованных фольклорных творений с помощью средств "наносщих ущерб культурным интересам заинтересованной общины" (нарушение своего рода коллективного "неимущественного права").

БК-15.14. В декабре 1984 года Группа экспертов ВОИС/ЮНЕСКО рассмотрела проект договора о международной охране выражений фольклора на основе Типовых положений. Однако эта идея была отвергнута индустриально развитыми странами (которые затронули две практические проблемы; а именно, отсутствие какого бы то ни было надежного источника установления подлинности фольклорных творений во многих странах; и щекотливый вопрос в отношении "регионального фольклора", то есть, фольклора, долю в котором имеют больше, чем одна – или иногда много – стран).

БК-15.15. Вопрос о международной охране фольклорных творений был поднят во время подготовительной работы над ДАП и ДИФ. Делегации от нескольких развивающихся стран предлагали предпринять новую попытку с тем, чтобы разработать определенный вид системы *sui generis*. Это требование было повторено на Всемирном форуме ЮНЕСКО/ВОИС по охране фольклора, состоявшемся в г. Пхукет, Таиланд, в апреле 1997 г. Упомянутые выше предложения были приняты во внимание во время подготовки программы ВОИС на двухлетний период 1998-1999 гг. Программа содержала ответы на поднятые вопросы в отношении аспектов интеллектуальной собственности применительно к охране выражений традиционной культуры. В программе были учтены опыт неэффективного решения, вошедшего в Бернскую конвенцию, и проект договора 1984 года, а также отражено понимание того, что

любое международное урегулирование может иметь шансы на успех и быть работающим только в том случае, если ему предшествует действительно кропотливая подготовительная работа. В релевантной подпрограмме ВОИС предусматривалось осуществление ряда поездок в поисках фактов и всесторонних исследований, региональных консультаций и активной работы по созданию адекватных баз данных и схем регионального сотрудничества. Все эти аспекты вошли в программу общего характера, охватывающую все возможные вопросы интеллектуальной собственности в области "традиционных знаний, инноваций и культуры".

БК-15.16. Обширная программа ВОИС в этой области дала первые положительные осязаемые результаты. В июле 2000 года Международное бюро ВОИС опубликовало всестороннее исследование по теме "Потребности и ожидания владельцев традиционных знаний в отношении интеллектуальной собственности", содержащее отчет о ряде поездок в поисках фактов в различные регионы мира. В отчете рассматривались подробно разные правовые механизмы, применимые для охраны фольклора, которая распространяется за пределы авторско-правовой или типа авторско-правовой охраны *sui generis*, к определенным механизмам промышленной собственности, особенно подходящим с точки зрения создания, изготовления и распространения материальных творений фольклора, таким как коллективные товарные знаки, охрана географических указаний и защита от недобросовестной конкуренции.

БК-15.17. На сессиях Ассамблей государств-членов ВОИС, состоявшихся в сентябре 2000 года, был создан новый постоянный орган: Постоянный комитет по интеллектуальной собственности и генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору. Его первое заседание состоялось в Женеве в апреле-мае 2001 года, а четвертое заседание прошло в декабре 2002 года, причем в центре повестки дня Комитета значилось рассмотрение вопроса об охране фольклора.

## **СТАТЬЯ 16**

*[Контрафактные экземпляры: 1. Арест; 2. Арест при ввозе; 3. Применимое законодательство]*

- (1) Контрафактные экземпляры произведения подлежат аресту в любой стране Союза, в которой это произведение пользуется правовой охраной.**
- (2) Положения предшествующего пункта применяются также к воспроизведениям, происходящим из страны, в которой произведение не охраняется или перестало пользоваться охраной.**
- (3) Арест налагается в соответствии с законодательством каждой страны.**

БК-16.1. Содержание пункта (1) – это суть "ветеранского" положения в Бернской конвенции, поскольку оно являлось ее частью со времени принятия первоначального Акта 1886 года. Положение пункта (2), как логическое продолжение основной нормы, было введено на Берлинской конференции 1908 года по пересмотру. На Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру были внесены лишь некоторые незначительные изменения.

БК-16.2. Арест представляет собой важную меру обеспечения соблюдения принципов авторского права, и пункт (3) оговаривает, что механизмы реализации этой меры сохраняются за законодательством каждой страны. Следует отметить, что – именно вследствие значения этой меры – Соглашение TRIPS предусматривает в своей Части III определенные специальные правила, гарантирующие эффективное применение мер по наложению ареста.

БК-16.3. Эти общие положения об аресте, действующие в любой стране Союза, можно понимать как подразумевающие некий вид "права" контролировать – или, по крайней мере, "возможности препятствовать" – распространению экземпляров. Это так по следующим причинам: Если изготовление экземпляров не разрешено правообладателями, распространение таких экземпляров не допускается, и, если кто-то все же пытается их распространять, экземпляры подлежат аресту. Если изготовление экземпляров разрешено, их распространение может однозначно допускаться в виде части такого разрешения, либо разрешение на распространение этих экземпляров (по крайней мере, на их "тиражирование"; то есть, первое распространение) может подразумеваться логически (логически, поскольку в случае, если в данной стране разрешено изготовление нескольких тысяч

экземпляров, очевидно, что разрешение, выданное издателю – даже в отсутствие отдельного пункта соглашения об этом – подразумевает то, что он может выпускать эти экземпляры в свободное обращение, по крайней мере, на территории этой страны).

## **СТАТЬЯ 17**

*[Возможность контроля за распространением, представлением и показом произведений]*

Положения настоящей Конвенции не могут ни в чем затрагивать право правительства каждой из стран Союза разрешать, контролировать или запрещать в законодательном или административном порядке распространение, представление, показ любого произведения или постановки, в отношении которых компетентный орган признает необходимым осуществить это право.

### *Цензура*

БК-17.1. Это положение оставалось частью Бернской конвенции со времени ее первоначального Акта 1886 года и осталось не измененным. Оно всегда считалось положением, разрешающим цензуру, если, например, последняя оправдана защитой основных прав человека, общественной нравственностью или государственной безопасностью.

БК-17.2. Интересно отметить, что ни одно из трех действий, упомянутых в этом положении – распространение, представление и показ произведений – не охватываются ясно выраженным образом ни одним правом в соответствии с минимальным уровнем охраны, предписанным Конвенцией, хотя “представление” можно понимать достаточно широко как относящееся ко всем правам, не имеющим отношение к экземплярам (публичное исполнение, передача в эфир, сообщение для всеобщего сведения по проводам); и, конечно, “тиражирование” (термин, который, по-видимому, означает распространение после первой продажи экземпляров) и “показ”, если они охвачены каким-либо правом в какой-либо стране, подчиняются обязательству предоставлять национальный режим.

БК-17.3. Несмотря на понимание, что цель данной статьи состоит в том, чтобы пояснить, что странам Союза разрешено осуществлять цензуру в отношении случаев публичного использования произведений, о чем говорят упомянутые выше три термина, ее текст – в частности, использование глагола “разрешать” – мог быть истолкован неверно, если его рассматривать вне соответствующего контекста. Поэтому заявление, принятое Основным комитетом I на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру и включенное в отчет, пришлось как нельзя кстати. Текст этого заявления гласит следующее: “Эта статья касалась в основном цензуры: цензор имел право осуществить контроль над произведением, которое, как предполагалось, могло стать доступным для всеобщего сведения с согласия автора, и, на основании этого контроля, либо ‘разрешить’ или ‘запретить’ распространение этого произведения. В соответствии с основным принципом Бернского союза странам Союза не разрешено вводить какой бы то ни было вид принудительной лицензии на основании статьи 17. Ни в одном из тех случаев, когда для распространения произведения согласие автора не требуется согласно правилам Конвенции, страны не могут иметь возможность разрешать такое распространение без согласия автора”<sup>99</sup>.

### *Злоупотребление монопольным положением*

БК-17.4. Отчет Основного комитета I в пункте, который следует сразу же за тем, цитата из которого приводилась в предыдущем пункте этой работы, все еще в соответствии со “статьей 17” содержит другое заявление, которое гласит следующее: “Комитет принял без возражений предложение его Председателя относительно того, что в этом Отчете необходимо упомянуть о том, что вопросы государственной политики всегда должны быть уделом национального законодательства, и о том, что в этой связи страны Союза могли бы принимать все необходимые меры по ограничению возможного злоупотребления монопольным положением. Вследствие чего предложения Австралии и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, касающиеся злоупотребления монопольным положением, были отклонены”<sup>100</sup>.

98 БК-17.5. Принятие этого согласованного заявления положило конец длительным дебатам, которые начались во время проведения Римской дипломатической конференции в 1928 году и продолжились на Брюссельской дипломатической конференции в 1948 году. Несколько делегаций вынесли на обсуждение вопрос в отношении того обстоятельства, которое, по их мнению, предоставляло организациям коллективного управления правами возможность злоупотреблять их монопольным положением *de facto* в области управления так называемыми "исполнительными правами". На этих конференциях приводились ссылки общего, иногда несколько расплывчатого, характера на всеобщее право стран Союза регламентировать этот вопрос в рамках внутригосударственного законодательства.

БК-17.6. Тем не менее, на Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру делегации от Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, а также от Австралии пожелали решить этот вопрос путем введения в текст Конвенции прямо установленного положения. Великобритания вынесла на обсуждение более конкретное предложение; согласно нему в статью 17 вводился бы новый пункт в следующей редакции: "Каждая страна Союза пользуется правом принятия такого законодательства, которое необходимо для предотвращения или разбирательства с каждым случаем злоупотребления физическими или юридическими лицами одного или нескольких прав на значительное число различных авторско-правовых произведений, в отношении которых они пользуются монопольным положением"<sup>101</sup>.

БК-17.7. Это предложение получило и определенную поддержку, и возражение, что привело к принятию заявления, упоминаемого в пункте БК-17.4, выше.

## СТАТЬЯ 18

*[Произведения, существующие на момент вступления Конвенции в силу: 1. Охраняемые, когда срок охраны еще не истек в стране происхождения; 2. Неохраняемые, когда срок охраны уже истек в стране, где она испрашивается; 3. Применение этих принципов; 4. Специальные случаи]*

- (1) Настоящая Конвенция применяется ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу не стали еще общественным достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны.
- (2) Однако, если вследствие истечения ранее предоставленного произведению срока охраны оно стало уже общественным достоянием в стране, в которой истребуется охрана, охрана этого произведения не возобновляется.
- (3) Применение указанного принципа определяется положениями специальных конвенций, которые заключены или будут заключены с этой целью между странами Союза. При отсутствии таких положений соответствующие страны определяют каждая для себя условия применения этого принципа.
- (4) Предшествующие положения применяются также в случае новых присоединений к Союзу и в случаях, когда охрана расширяется в порядке применения статьи 7 или вследствие отказа от оговорок.

*"Ретроактивная охрана": неправильное употребление термина*

БК-18.1. Довольно часто юридическое действие статьи 18(1) и (2) Бернской конвенции указывается как "ретроактивная охрана". Однако это выражение вводит в заблуждение. Как обсуждается ниже, эти положения не требуют никакой ретроактивной охраны, в том смысле, что определенные действия, осуществленные до момента вступления Конвенции в силу, которые в то время в отсутствие охраны допускались в неограниченных пределах, могли бы считаться нарушениями по принципу «обратной силы». Положения статьи 18 означают лишь то, что обязательства в соответствии с Конвенцией должны соблюдаться с самого начала вступления Конвенции в силу в отношении данной страны, включая то обязательство, что охрана должна предоставляться всем произведениям (при условии соблюдения указанных положений) в течение срока действия охраны, который еще не истек (и только с того момента, когда для осуществления действий, охватываемых исключительными правами, необходимо разрешение, и когда применяются возможные права на вознаграждение).

БК-18.2. В этом нет никакого обязательства или ответственности, имеющих обратную силу, и поэтому применение статьи 18(1) и (2) не может стать причиной возникновения каких-либо конституционных проблем. Такие проблемы могут возникнуть только в отношении "закрепленных прав". Однако статья 18(3) Конвенции – как обсуждается ниже – предлагает соответствующее решение любой из таких проблем, допуская временные положения с тем, чтобы соблюдались "закрепленные права" тех лиц, которые полагались на правовую ситуацию, существующую до вступления Конвенции в силу. Однако эти постановления и меры могут соответствовать только тем целям, которые указаны в документах различных дипломатических конференций, цитируемых ниже, и не могут применяться по истечении разумно необходимого срока после вступления Конвенции в силу.

#### *Пункты (1) и (2): основные правила*

БК-18.3. Основные правила, относящиеся к применению Конвенции во времени, содержатся в пунктах (1) и (2) статьи 18, которые тесно связаны друг с другом и только вместе регламентируют этот вопрос в полной мере. Каждый существенный элемент этих составных положений анализируется ниже.

БК-18.4. Первый элемент гласит следующее: "Настоящая Конвенция применяется [...]". Эти слова ясно указывают на то, что любая страна, присоединившаяся к Конвенции, вправе и обязана применять все положения Конвенции за исключением тех, которые в прямой форме допускаются Конвенцией. Это положение следует толковать в соответствии со статьей 30(1) Конвенции, которую можно найти в числе заключительных статей. Статья 30(1) Конвенции предусматривает следующее: "За исключением изъятий, допускаемых пунктом (2) настоящей статьи, статьей 28(1)(b), статьей 33(2) и Дополнительным разделом, ратификация или присоединение автоматически влекут за собой признание всех положений и получение всех преимуществ, устанавливаемых настоящей Конвенцией". Это положение ясно указывает на то, что страна, присоединившаяся к Конвенции, не имеет права применять или не применять определенные положения Конвенции; возможные исключения предусмотрены исчерпывающим и точно определенным образом. Другими словами, никакая "оговорка", "декларация" или иное заявление не имеют юридической силы, если они выходят за пределы указанных исключений.

БК-18.5. Второй элемент положений, вошедших в пункты (1) и (2), гласит следующее: "ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу не стали еще всеобщим достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны". Во-первых, следует отметить, что эта фраза начинается словами "ко всем произведениям". Это означает, что если логически вытекающие ограничения не применимы к какому-то произведению, в отношении этого произведения обязательно применять все положения Конвенции за исключением тех, которые, как упомянуто, в прямой форме допускаются Конвенцией, что, в свою очередь означает, что также обязательно применять положения статьи 7 Конвенции, относящиеся к сроку охраны; то есть, исходное положение заключается в том, что всем произведениям, в отношении которых срок охраны еще не истек на момент вступления Конвенции в силу в определенной стране, должна предоставляться охрана до истечения срока согласно статье 7. В этом-то и заключается то, что ошибочно упоминается как "ретроактивное" применение Конвенции, что, однако, на самом деле означает ничего больше, как только то, что Конвенция применяется – с момента ее вступления в силу (то есть, вообще не по принципу "обратной силы") – не только к произведениям, созданным или выпущенным в свет после вступления Конвенции в силу, но также к уже существующим произведениям.

БК-18.6. В положении, приведенном в предыдущем пункте, первое ограничение к обязательству применять Конвенцию к уже существующим произведениям относится к статусу произведения в стране происхождения. Не существует обязательства применять Конвенцию к тем произведениям, которые на момент вступления Конвенции в силу стали всеобщим достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны. Следует подчеркнуть, что исключение к обязательству предоставлять охрану с момента вступления Конвенции в силу не распространяется на те произведения, которые в стране происхождения стали всеобщим достоянием до вступления Конвенции в силу по причине другой, чем истечение срока охраны (например, из-за несоблюдения какой-то формальности, такой как регистрация). Для таких произведений Конвенция должна применяться, если даже на момент ее вступления в силу они были всеобщим достоянием в стране происхождения вследствие указанной другой причины (но срок их охраны, исчисляемый согласно Конвенции, еще не истек).

100

БК-18.7. Третий элемент положений, вошедших в пункты (1) и (2) статьи 18, гласит следующее: “Однако, если вследствие истечения ранее предоставленного произведению срока охраны оно стало уже всеобщим достоянием в стране, в которой истребуется охрана, охрана этого произведения не возобновляется”. Это дополнительное ограничение к обязательству предоставлять ретроактивную охрану относится к статусу произведения в стране, в которой истребуется охрана, и оно применимо только в том случае, если в наличии имеются три условия: во-первых, произведению, о котором идет речь, ранее предоставлялась охрана в стране, в которой истребуется охрана; во-вторых, это произведение, однако, стало всеобщим достоянием; и, в-третьих, причиной того, что оно стало всеобщим достоянием, было истечение срока ранее предоставленной охраны.

БК-18.8. В этой связи следует отметить два момента: Во-первых, если произведению ранее не предоставлялась охрана, данное ограничение не применимо. Существуют две возможные причины такого отсутствия охраны: либо в стране, в которой истребуется охрана, вообще не предоставляется охрана в отношении литературных и художественных произведений в целом или в отношении той категории произведений, о которой идет речь (что является довольно редким – скорее гипотетическим – случаем), либо охрана предоставляется в отношении литературных и художественных произведений в целом и также в отношении этой категории произведений, в частности, в отношении произведений отечественных авторов, однако по причине отсутствия договорных отношений между страной, в которой истребуется охрана, и страной происхождения произведения, о котором идет речь, этому произведению никогда не предоставлялась охрана (это тот случай, который может возникнуть, если какая-то страна только что присоединилась к Конвенции, и между этой страной и другими странами – участниками Конвенции не было никаких прежних договорных отношений в области авторского права). Второй момент заключается в том, что даже в тех случаях, если произведению предоставлялась охрана в стране, в которой истребуется охрана, однако оно стало всеобщим достоянием до вступления Конвенции в силу, ограничение к обязательству предоставлять охрану уже существующим произведениям не применимо, если произведение стало всеобщим достоянием по причине другой, чем истечение срока охраны (например, из-за несоблюдения какой-то формальности, такой как регистрация).

#### *Пункт (3): временные положения*

БК-18.9. При толковании пункта (3), во-первых, следует отметить, что в нем говорится о “применении указанного принципа”. Выражение “указанный принцип” относится к тому, что содержится в пунктах (1) и (2) статьи. Поэтому очевидно, что применение этих положений необходимо. В этом контексте следует особо подчеркнуть слово “применение”: указанные положения должны применяться; в тексте данного положения нет никакого основания для того, чтобы предположить, что оно дало бы любой стране право отрицать или ограничивать применение “указанного принципа”, то есть принципа в соответствии с пунктами (1) и (2) статьи.

БК-18.10. Единственное, что допускается в силу пункта (3), это - обуславливать указанное применение определенными положениями специальных конвенций, заключаемых между странами – участниками Конвенции, или в отсутствие таких специальных положений, определять в каждой стране “условия применения этого принципа”. Выражение “условия применения этого принципа” означает вполне ясно, что эти условия должны служить цели применения – то есть, осуществления – “принципа” и не могут налагаться на сам “принцип”.

БК-18.11. Пункт (3) статьи 18 не допускает никакого отрицания или ограничения применения пунктов (1) и (2) той же статьи. Он лишь допускает определенные временные положения, переходные меры, которые должны ограничиваться в целях защиты определенных “закрепленных прав”, в частности закрепленных прав, относящихся к экземплярам произведений, которые были завершены или находились в процессе завершения во время вступления Конвенции в силу<sup>102</sup>.

#### *Пункт (4): сфера применения статьи 18*

БК-18.12. Положение в пункте (4), касающееся возможных случаев, когда применение статьи 18 – вытекающее из принятия новых обязательств – может стать необходимым, является совершенно понятным и не требует пояснений.

## СТАТЬЯ 19

*[Охрана более широкая, чем предусмотренная Конвенцией]*

Положения настоящей Конвенции не препятствуют истребованию более широкой охраны, которая может предоставляться законодательством страны Союза.

БК-19.1. То, что предусмотрено в статье 19, можно также вывести из обязательства предоставлять национальный режим в силу статьи 5(1). Тем не менее, участники Берлинской конференции 1908 года по пересмотру хотели подтвердить посредством этого положения, что Конвенция предусматривает только обязательный минимальный уровень охраны; страны Союза имеют право предоставлять более широкую охрану (преимущество которого может быть истребовано на основании Конвенции, и в частности, ее статьи 5(1)). Это положение в результате некоторых незначительных изменений обрело свой окончательный вид на Брюссельской конференции 1948 года по пересмотру.

## СТАТЬЯ 20

*[Специальные соглашения между странами Союза]*

Правительства стран Союза оставляют за собой право вступать между собой в специальные соглашения, которые предоставляют авторам более широкие права по сравнению с настоящей Конвенцией или содержат другие положения, не противоречащие настоящей Конвенции. Продолжают применяться положения действующих соглашений, удовлетворяющие этим требованиям.

БК-20.1. Это положение по существу оставалось тем же самым со времени принятия первоначального (1886 г.) Акта Конвенции, хотя в этом Акте содержание существующих двух фраз статьи было выделено в статью 15 (относительно будущих специальных соглашений) и Дополнительную статью (относительно существующих соглашений). На Берлинской конференции 1908 года по пересмотру эти два положения были объединены в новую статью 20, в формулировку которой позднее были внесены лишь некоторые незначительные изменения.

БК-20.2. Эта статья допускает два вида специальных соглашений: во-первых, те, которые "предоставляют авторам более широкие права по сравнению с настоящей Конвенцией", и, во-вторых, те, которые "содержат другие положения, не противоречащие настоящей Конвенции". Предполагается, что первый вид специальных соглашений приведет к более высокому уровню авторско-правовой охраны, тогда как второй вид может охватить вопросы, являющиеся нейтральными с точки зрения авторско-правовой охраны. Таким образом, никакое специальное соглашение, заключенное между странами Союза, не может привести к снижению уровня авторско-правовой охраны.

БК-20.3. Наиболее показательным примером специального соглашения, заключенного в соответствии со статьей 20 Бернской конвенции, является ДАП, в статье 1(1) которого указывается, что данный Договор является специальным соглашением в смысле этого положения Бернской конвенции. По этой причине характер и роль "специальных соглашений" обсуждаются дополнительно в комментариях к этому положению ДАП.

## СТАТЬЯ 21

*[Специальные положения, относящиеся к развивающимся странам: 1. Ссылки на Дополнительный раздел; 2. Дополнительный раздел как часть Акта]*

(1) Специальные положения, относящиеся к развивающимся странам, содержатся в Дополнительном разделе.

(2) С учетом положений статьи 28 (1)(b) Дополнительный раздел образует неотъемлемую часть настоящего Акта.

БК-21.1. Статья 21 предлагает область взаимодействия в основной части Конвенции с Дополнительным разделом, содержащим специальные положения, относящиеся к развивающимся странам.

БК-21.2. Дополнительный раздел был принят на Парижской конференции 1971 года по пересмотру, которая фактически ввела только новые материально-правовые элементы, приняв Дополнительный раздел; все другие материально-правовые положения (статьи 1 - 20) были просто введены из Стокгольмского (1967 г.) акта Конвенции.

БК-21.3. Стокгольмский акт также содержал специальные положения для развивающихся стран в "протоколе, относящемся к развивающимся странам". Однако вскоре после Стокгольмской конференции стало ясно, что протокол не будет принят, по крайней мере, конечно, не в относительно короткое время, крупными странами-экспортерами и, фактически, это нерасположение было основной причиной, по которой Стокгольмский акт не вступил в силу.

БК-21.4. Тупиковая ситуация была урегулирована на Парижской конференции 1971 года по пересмотру путем принятия Дополнительного раздела, который стал общепринятым. Положения Дополнительного раздела – которые предусматривают возможность для развивающихся стран применять режим неисключительных, принудительных лицензий без права переуступки на перевод и воспроизведение произведений, необходимых для образовательной и научно-исследовательской деятельности этих стран – анализируются ниже.

БК-21.5. Положения Дополнительного раздела довольно сложные, и они порождают различные проблемы с толкованием, что кажется одной из причин, по которым их практическое применение до сегодняшнего дня привлекало лишь ограниченный интерес. Для устранения, по крайней мере, неопределенностей в толковании некоторых положений Дополнительного раздела – и аналогичных положений во Всемирной конвенции об авторском праве – ВОИС и ЮНЕСКО создали Рабочую группу по составлению руководств по системе лицензий на перевод и воспроизведение для развивающихся стран в рамках Конвенции об авторском праве, которая на своем первом заседании приняла Консультативное заключение относительно применения этих норм.<sup>103</sup> В комментариях к положениям Дополнительного раздела, ниже, указанное Консультативное заключение принято во внимание.<sup>105</sup>

---

Административные положения и заключительные положения Конвенции следуют ниже, которые, как обсуждалось во Вступлении, воспроизводятся для полноты и доступности, но которые в этом Руководстве – поскольку оно касается только материально-правовых положений – не анализируются. Тем не менее, Дополнительный раздел, представляющий собой неотъемлемую часть Конвенции ввиду своего материально-правового характера, анализируется ниже.

## **СТАТЬЯ 22**

*[Ассамблея: 1. Учреждение и состав; 2. Задачи; 3. Кворум, голосование, наблюдатели;  
4. Созыв; 5. Правила процедуры]*

- (1) (a) Союз имеет Ассамблею, состоящую из стран Союза, связанных статьями с 22 по 26.
  - (b) Правительство каждой страны представляется одним делегатом, который может иметь заместителей, советников и экспертов.
  - (c) Расходы каждой делегации несет назначившее ее правительство.
- (2) (a) Ассамблея:
  - (i) рассматривает все вопросы, относящиеся к обеспечению функционирования и развитию Союза и применению настоящей Конвенции;
  - (ii) дает Международному бюро интеллектуальной собственности (далее именуемому "Международным бюро"), предусмотренному в Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (далее именуемую "Организацией"), указания относительно подготовки конференций по пересмотру, уделяя при этом должное внимание замечаниям стран Союза, не связанных статьями с 22 по 26;

- (iii) рассматривает и утверждает отчеты и деятельность Генерального директора Организации, относящиеся к Союзу, и дает ему все необходимые инструкции по вопросам, входящим в компетенцию Союза;
  - (iv) избирает членов Исполнительного комитета Ассамблеи;
  - (v) рассматривает и утверждает отчеты и одобряет деятельность своего Исполнительного комитета, а также дает ему инструкции;
  - (vi) определяет программу, принимает двухгодичный бюджет Союза и утверждает его итоговые финансовые отчеты;
  - (vii) принимает финансовый регламент Союза;
  - (viii) создает комитеты экспертов и рабочие группы, необходимые для деятельности Союза;
  - (ix) определяет, какие страны, не являющиеся членами Союза, и какие межправительственные и международные неправительственные организации могут быть допущены на ее заседания в качестве наблюдателей;
  - (x) принимает поправки к статьям с 22 по 26;
  - (xi) осуществляет любые другие надлежащие действия, направленные на достижение целей Союза;
  - (xii) выполняет все другие функции, вытекающие из настоящей Конвенции;
  - (xiii) при условии ее согласия, осуществляет такие права, какие ей предоставлены Конвенцией, учреждающей Организацию.
- (b) По вопросам, представляющим интерес также для других Союзов, административные функции которых выполняет Организация, Ассамблея принимает решения, заслушав мнение Координационного комитета Организации.
- (3) (a) Каждая страна - член Ассамблеи имеет один голос.
- (b) Половина стран - членов Ассамблеи составляет кворум.
- (c) Несмотря на положение подпункта (b), если на какой-либо сессии количество представленных стран составляет менее половины, но равно или превышает одну треть стран - членов Ассамблеи, она может принимать решения, однако все решения Ассамблеи, за исключением решений, относящихся к ее собственным правилам процедуры, вступают в силу лишь при соблюдении нижеследующих условий. Международное бюро направляет упомянутые решения странам - членам Ассамблеи, которые не были на ней представлены, и приглашает их сообщить в письменном виде в трехмесячный срок, считая с даты направления решений, голосуют ли они за эти решения, против них или воздерживаются. Если по истечении этого срока количество стран, таким образом проголосовавших или сообщивших, что они воздержались, достигнет того количества, которого недоставало для достижения кворума на самой сессии, такие решения вступают в силу при условии, что одновременно сохраняется необходимое большинство.
- (d) При условии соблюдения положений статьи 26(2), Ассамблея принимает свои решения большинством в две трети поданных голосов.
- (e) Голоса воздержавшихся в расчет не принимаются.

- (f) Делегат может представлять только одну страну и голосовать лишь от ее имени.
- (g) Страны Союза, не являющиеся членами Ассамблеи, допускаются на ее заседания в качестве наблюдателей.
- (4) (a) Ассамблея собирается на очередную сессию раз в два года по созыву Генерального директора и, кроме исключительных случаев, в то же время и в том же месте, что и Генеральная Ассамблея Организации.
- (b) Ассамблея собирается на чрезвычайную сессию, созываемую Генеральным директором, по требованию Исполнительного комитета или по требованию одной четверти стран - членов Ассамблеи.
- (5) Ассамблея принимает свои правила процедуры.

### **СТАТЬЯ 23**

*[Исполнительный комитет: 1. Учреждение; 2. Состав; 3. Число членов; 4. Географическое распределение; специальные соглашения; 5. Срок, пределы переизбрания, правила выборов; 6. Задачи; 7. Созыв; 8. Кворум, голосование; 9. Наблюдатели; 10. Правила процедуры]*

- (1) Ассамблея имеет Исполнительный комитет.
- (2) (a) Исполнительный комитет состоит из стран, избранных Ассамблей из числа стран - членов Ассамблеи. Кроме того, страна, на территории которой Организация имеет свою штаб-квартиру, располагает в Комитете *ex officio* одним местом, при условии соблюдения положений статьи 25(7)(b).
- (b) Правительство каждой страны - члена Исполнительного комитета представлено одним делегатом, который может иметь заместителей, советников и экспертов.
- (c) Расходы каждой делегации несет назначившее ее правительство.
- (3) Количество стран - членов Исполнительного комитета составляет одну четвертую часть количества стран - членов Ассамблеи. При определении количества мест, подлежащих заполнению, остаток, получающийся после деления на четыре, в расчет не принимается.
- (4) При выборах членов Исполнительного комитета Ассамблея уделяет должное внимание справедливому географическому распределению, а также необходимости для стран - участниц специальных соглашений, которые могут быть заключены в связи с Союзом, быть в числе стран, составляющих Исполнительный комитет.
- (5) (a) Члены Исполнительного комитета осуществляют свои функции от закрытия сессии Ассамблеи, на которой они были избраны, до закрытия следующей очередной сессии Ассамблеи.
- (b) Члены Исполнительного комитета могут быть переизбраны, но в количестве, не превышающем двух третей его состава.
- (c) Ассамблея устанавливает подробные правила выборов и возможных перевыборов членов Исполнительного комитета.
- (6) (a) Исполнительный комитет:
- (i) подготавливает проект повестки дня Ассамблеи;

- (ii) представляет Ассамблее предложения, касающиеся проектов программы и двухгодичного бюджета Союза, подготовленных Генеральным директором;
  - (iii) [исключен]
  - (iv) представляет Ассамблее с соответствующими замечаниями периодические отчеты Генерального директора и ежегодные акты финансовых ревизий;
  - (v) в соответствии с решениями Ассамблеи и с учетом обстоятельств, возникших между двумя очередными сессиями Ассамблеи, принимает все необходимые меры, чтобы обеспечить выполнение Генеральным директором программы Союза;
  - (vi) выполняет все другие функции, возложенные на него в соответствии с настоящей Конвенцией.
- (b) По вопросам, представляющим интерес также для других Союзов, административные функции которых выполняет Организация, Исполнительный комитет принимает решения, заслушав мнение Координационного комитета Организации.
- (7) (a) Исполнительный комитет собирается на очередную сессию раз в год по созыву Генерального директора по возможности в то же время и в том же месте, что и Координационный комитет Организации.
- (b) Исполнительный комитет собирается на чрезвычайную сессию, созываемую Генеральным директором по его собственной инициативе, либо по требованию Председателя или одной четверти членов Исполнительного комитета.
- (8) (a) Каждая страна - член Исполнительного комитета имеет один голос.
- (b) Половина стран - членов Исполнительного комитета составляет кворум.
- (c) Решения принимаются простым большинством поданных голосов.
- (d) Голоса воздержавшихся в расчет не принимаются.
- (e) Делегат может представлять только одну страну и голосовать лишь от ее имени.
- (9) Страны Союза, не являющиеся членами Исполнительного комитета, допускаются на его заседания в качестве наблюдателей.
- (10) Исполнительный комитет принимает свои правила процедуры.

## СТАТЬЯ 24

*[Международное бюро: 1. Общие задачи, Генеральный директор; 2. Общая информация; 3. Журнал; 4. Информация странам; 5. Исследования и услуги; 6. Участие в заседаниях; 7. Конференции по пересмотру; 8. Другие задачи]*

- (1) (a) Административные задачи Союза выполняются Международным бюро, являющимся преемником Бюро Союза, объединенного с Бюро Союза, учрежденного Международной конвенцией по охране промышленной собственности.

- (b) Международное бюро выполняет, в частности, функции секретариата различных органов Союза.
- (c) Генеральный директор Организации является главным должностным лицом Союза и представляет Союз.
- (2) Международное бюро собирает и публикует информацию, касающуюся охраны авторских прав. Каждая страна Союза незамедлительно передает Международному бюро текст каждого нового закона и все официальные тексты, относящиеся к охране авторских прав.
- (3) Международное бюро издает ежемесячный журнал.
- (4) Международное бюро предоставляет сведения по вопросам охраны авторских прав по запросу любой страны Союза.
- (5) Международное бюро проводит исследования и оказывает услуги, предназначенные облегчить охрану авторских прав.
- (6) Генеральный директор и любой назначенный им сотрудник участвуют без права голоса во всех заседаниях Ассамблеи, Исполнительного комитета и любого комитета экспертов или рабочей группы. Генеральный директор или назначенный им сотрудник является по должности секретарем этих органов.
- (7) (a) Международное бюро, в соответствии с указаниями Ассамблеи и в сотрудничестве с Исполнительным комитетом, подготавливает конференции по пересмотру положений Конвенции, кроме статей с 22 по 26.
- (b) Международное бюро может консультироваться с межправительственными и международными неправительственными организациями по вопросам подготовки конференций по пересмотру.
- (c) Генеральный директор и назначенные им лица принимают участие в работе этих конференций без права голоса.
- (8) Международное бюро выполняет любые другие возложенные на него задачи.

## **СТАТЬЯ 25**

---

*[Финансы: 1. Бюджет; 2. Координация с другими Союдами; 3. Источники финансирования; 4. Взносы; возможное продление предыдущего бюджета; 5. Сборы и платежи; 6. Фонд оборотных средств; 7. Авансы правительства страны пребывания; 8. Финансовая ревизия]*

- (1) (a) Союз имеет бюджет.
- (b) Бюджет Союза включает поступления и расходы собственно Союза, его взнос в бюджет расходов, общих для Союзов, а также в соответствующих случаях отчисления в бюджет Конференции Организации.
- (c) Расходами, общими для Союзов, считаются такие, которые не относятся исключительно к данному Союзу, но одновременно к одному или нескольким другим Союзам, административные функции которых выполняет Организация. Доля Союза в этих общих расходах соответствует его заинтересованности в данных расходах.
- (2) Бюджет Союза принимается с должным учетом требований координации с бюджетами других Союзов, административные функции которых выполняет Организация.
- (3) Бюджет Союза финансируется из следующих источников:
- (i) взносов стран Союза;

- (ii) сборов и платежей за предоставляемые Международным бюро услуги, относящиеся к Союзу;
  - (iii) поступлений от продажи публикаций Международного бюро, относящихся к Союзу, и от передачи прав на такие публикации;
  - (iv) даров, завещанных средств и субсидий;
  - (v) ренты, процентов и различных других доходов.
- (4) (a) Для определения своего взноса в бюджет каждая страна Союза относится к определенному классу и уплачивает свой годовой взнос на основе следующим образом установленного числа единиц:

Класс I	25
Класс II	20
Класс III	15
Класс IV	10
Класс V	5
Класс VI	3
Класс VII	1

- (b) Каждая страна, если она ранее этого не сделала, одновременно со сдачей на хранение ратификационной грамоты или акта о присоединении указывает класс, к которому она желает быть отнесенной. Любая страна может изменить класс. Если страна выбирает более низкий класс, она должна заявить об этом на очередной сессии Ассамблеи. Такое изменение вступает в действие с начала календарного года, следующего за указанной сессией.
- (c) Годовой взнос каждой страны равен сумме, относящейся так к общей сумме взносов в бюджет Союза, подлежащих уплате всеми странами, как количество ее единиц относится к общему количеству единиц всех уплачивающих взносы стран.
- (d) Взносы причитаются к уплате с первого января каждого года.
- (e) Страна, у которой имеется задолженность по уплате взносов, утрачивает право голоса во всех органах Союза, членом которых она является, если сумма ее задолженности равна или превышает сумму взносов, причитающихся с нее за два полных предыдущих года. Однако любой из этих органов может разрешить такой стране продолжать пользоваться правом голоса, если и до тех пор, пока он считает, что просрочка платежа произошла в результате исключительных и неизбежных обстоятельств.
- (f) В случае, когда бюджет не принят до начала нового финансового периода, в соответствии с порядком, предусмотренным финансовым регламентом, действует бюджет на уровне предыдущего года.
- (5) Размер сборов и платежей, причитающихся за услуги, предоставляемые Международным бюро от имени Союза, устанавливается Генеральным директором, который докладывает об этом Ассамблее и Исполнительному комитету.
- (6) (a) Союз имеет фонд оборотных средств, который составляется из разового платежа, вносимого каждой страной Союза. Если фонд оборотных средств становится недостаточным, Ассамблея решает вопрос о его увеличении.
- (b) Размер первоначального платежа каждой страны в упомянутый фонд или ее доля в увеличении этого фонда пропорциональны взносу этой страны за тот год, в котором образован фонд или принято решение о его увеличении.

- 108
- (c) Эта пропорция и условия платежа устанавливаются Ассамблеей по предложению Генерального директора, после того как она заслушает мнение Координационного комитета Организации.
  - (7) (a) В соглашении о штаб-квартире, заключаемом со страной, на территории которой Организация имеет свою штаб-квартиру, предусматривается, что в случаях, когда фонд оборотных средств окажется недостаточным, эта страна предоставляет авансы. Сумма этих авансов и условия, на которых они предоставляются, в каждом случае являются предметом особого соглашения между такой страной и Организацией. До тех пор пока такая страна связана обязательством предоставлять авансы, она по своему положению имеет одно место в Исполнительном комитете.  
  
(b) Как страна, упомянутая в подпункте (a), так и Организация имеют право путем письменного уведомления денонсировать обязательство о предоставлении авансов. Денонсация вступает в действие через три года после окончания того года, в котором было сделано уведомление.
  - (8) Финансовая ревизия осуществляется в соответствии с правилами финансового регламента одной или несколькими странами Союза или внешними ревизорами, назначенными с их согласия Ассамблеей.

## **СТАТЬЯ 26**

---

*[Изменения: 1. Положения, которые могут быть изменены Ассамблеей; предложения;  
2. Принятие; 3. Вступление в силу]*

- (1) Предложения о внесении поправок в статьи 22, 23, 24, 25 и настоящую статью могут быть сделаны любой страной - членом Ассамблеи, Исполнительным комитетом или Генеральным директором. Такие предложения направляются Генеральным директором странам членам Ассамблеи по меньшей мере за шесть месяцев до рассмотрения их Ассамблеей.
- (2) Любая поправка к статьям, предусмотренным в пункте (1), принимается Ассамблеей. Для принятия требуется большинство в три четверти поданных голосов; однако, любая поправка к статье 22 и к данному пункту принимается большинством в четыре пятых поданных голосов.
- (3) Любая поправка к статьям, предусмотренным в пункте (1), вступает в силу через месяц, после того, как письменные уведомления о ее принятии, осуществленном в соответствии с конституционной процедурой каждой страны, получены Генеральным директором от трех четвертей стран, которые состояли членами Ассамблеи во время принятия ею этой поправки. Любая поправка к указанным статьям, принятая таким образом, обязательна для всех стран, которые являются членами Ассамблеи во время вступления поправки в силу или которые становятся ее членами после этой даты; однако любая поправка, увеличивающая финансовые обязательства стран Союза, является обязательной только для тех стран, которые уведомили о принятии ими такой поправки.

## **СТАТЬЯ 27**

---

*[Пересмотр: 1. Цель; 2. Конференции; 3. Принятие]*

- (1) Настоящая Конвенция может подвергаться пересмотру с целью внесения в нее изменений, предназначенных усовершенствовать систему Союза.
- (2) В этих целях поочередно в странах Союза проводятся конференции представителей указанных стран.
- (3) С учетом положений статьи 26, которые применяются при внесении поправок к статьям с 22 по 26, любой пересмотр настоящего Акта, включая Дополнительный раздел, требует единогласия поданных голосов.

## СТАТЬЯ 28

*[Принятие и вступление в силу Акта для стран Союза: 1. Ратификация, присоединение; возможность исключения определенных положений; изъятие исключения; 2. Вступление в силу статей с 1 по 21 и Дополнительного раздела; 3. Вступление в силу статей с 22 по 38]*

- (1)
  - (a) Каждая страна Союза, которая подписала настоящий Акт, может ратифицировать его или, если она не подписала его, может присоединиться к нему. Ратификационные грамоты и акты о присоединении сдаются на хранение Генеральному директору.
  - (b) Каждая страна Союза может заявить в своей ратификационной грамоте или акте о присоединении, что ратификация или присоединение не распространяется на статьи с 1 по 21 и на Дополнительный раздел; однако, если такая страна уже сделала заявление, согласно статье VI(1) Дополнительного раздела, то в таком случае в данной грамоте или акте она может заявить только о том, что ее ратификация или присоединение не применяется к статьям с 1 по 20.
  - (c) Каждая страна Союза, которая в соответствии с подпунктом (b) исключила соответствующие упомянутые положения из сферы действия своей ратификации или присоединения, может позднее в любое время заявить, что она распространяет действие своей ратификации или присоединения на эти положения. Такое заявление сдается на хранение Генеральному директору.
- (2)
  - (a) Статьи с 1 по 21 и Дополнительный раздел вступают в силу через три месяца после того как будут выполнены следующие два условия:
    - (i) по меньшей мере пять стран Союза ратифицируют настоящий Акт или присоединятся к нему, не сделав заявления, предусмотренного пунктом (1)(b);
    - (ii) Испания, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки и Франция станут связаны Всемирной конвенцией по авторскому праву, пересмотренной в Париже 24 июля 1971 года.
  - (b) Вступление в силу, упомянутое в подпункте (a), относится к тем странам Союза, которые сдали на хранение свои ратификационные грамоты или акты о присоединении по меньшей мере за три месяца до упомянутого вступления в силу, не сделав заявления, предусмотренного пунктом (1)(b).
  - (c) В отношении любой страны Союза, к которой не применяется подпункт (b) и которая ратифицировала настоящий Акт или присоединилась к нему, не сделав заявления, предусмотренного пунктом (1)(b), статьи с 1 по 21 и Дополнительный раздел вступают в силу через три месяца после даты уведомления Генеральным директором о сдаче на хранение соответствующей ратификационной грамоты или акта о присоединении, если только в поданной грамоте или акте не будет указана более поздняя дата. В последнем случае статьи с 1 по 21 и Дополнительный раздел вступают в силу в отношении этой страны на указанную таким образом дату.
  - (d) Положения подпунктов (a) и (c) не влияют на применение статьи VI Дополнительного раздела.
- (3) В отношении любой страны Союза, которая ратифицирует настоящий Акт или присоединяется к нему, сделав или не сделав заявление, предусмотренное пунктом (1)(b), статьи с 22 по 38 вступают в силу через три месяца после даты уведомления Генеральным директором о сдаче на хранение соответствующей ратификационной грамоты или акта о присоединении, если только в поданной грамоте или акте не будет указана более поздняя дата. В последнем случае статьи с 22 по 38 вступают в силу в отношении этой страны на указанную таким образом дату.

## СТАТЬЯ 29

---

*[Принятие и вступление в силу для стран, не являющихся членами Союза: 1. Присоединение; 2. Вступление в силу]*

- (1) Любая страна, не являющаяся членом Союза, может присоединиться к настоящему Акту и тем самым стать стороной настоящей Конвенции и членом Союза. Акты о присоединении сдаются на хранение Генеральному директору.
- (2)
  - (a) С учетом подпункта (b) настоящая Конвенция вступает в силу в отношении любой страны, не являющейся членом Союза, через три месяца после даты уведомления Генеральным директором о сдаче на хранение ее акта о присоединении, если только более поздняя дата не была указана в акте о присоединении. В последнем случае настоящая Конвенция вступает в силу в отношении этой страны на указанную таким образом дату.
  - (b) Если вступление в силу в соответствии с подпунктом (a) предшествует вступлению в силу статей с 1 по 21 и Дополнительного раздела, в соответствии со статьей 28(2)(a), упомянутая страна тем временем будет связана статьями с 1 по 20 Брюссельского акта настоящей Конвенции вместо статей с 1 по 21 и Дополнительного раздела.

## СТАТЬЯ 29bis

---

*[Последствие принятия Акта для целей статьи 14(2) Конвенции ВОИС]*

Ратификация настоящего Акта или присоединение к нему для любой страны, не связанной статьями с 22 по 38 Стокгольмского акта настоящей Конвенции, является исключительно для целей статьи 14(2) Конвенции, учреждающей Организацию, равнозначным ратификации упомянутого Стокгольмского акта или присоединению к этому акту с ограничением, предусмотренным статьей 28(1)(b)(i) этого акта.

## СТАТЬЯ 30

---

*[Оговорки: 1. Ограничение возможности делать оговорки; 2. Оговорки, сделанные ранее; оговорка в отношении права на перевод; изъятие оговорки]*

- (1) За исключением изъятий, допускаемых пунктом (2) настоящей статьи, статьей 28(1)(b), статьей 33(2) и Дополнительным разделом, ратификация или присоединение автоматически влекут за собой признание всех положений и получение всех преимуществ, устанавливаемых настоящей Конвенцией.
- (2)
  - (a) Любая страна Союза, которая ратифицирует настоящий Акт или присоединяется к нему, может с учетом статьи V(2) Дополнительного раздела сохранить преимущества оговорок, сформулированных ею ранее, если она сделает заявление об этом при сдаче на хранение ратификационной грамоты или акта о присоединении.
  - (b) Любая страна, не являющаяся членом Союза, при присоединении к настоящей Конвенции и с учетом статьи V(2) Дополнительного раздела может заявить, что она намерена заменить, по крайней мере временно, статью 8 настоящего Акта, относительно права на перевод, положениями статьи 5 Конвенции (1886 г.) Союза, дополненной в Париже в 1896 году, при ясном понимании того, что эти положения применяются только к переводам на общеупотребительный язык этой страны. С учетом статьи 1(б)(b) Дополнительного раздела любая страна Союза имеет право применять в отношении права на перевод произведений, страной происхождения которых является страна, воспользовавшаяся такой оговоркой, охрану, эквивалентную охране, предоставляемой этой последней страной.
  - (c) Любая страна может в любое время изъять такие оговорки путем уведомления, направленного Генеральному директору.

## СТАТЬЯ 31

*[Применение к некоторым территориям: 1. Заявление; 2. Изъятие заявления; 3. Дата вступления в силу; 4. Принятие фактической ситуации не подразумевается]*

- (1) Любая страна может заявить в своей ратификационной грамоте или акте о присоединении или в любое последующее время направить Генеральному директору письменное уведомление о том, что настоящая Конвенция применяется ко всем или некоторым территориям, указанным в заявлении или уведомлении, за международные отношения которых она несет ответственность.
- (2) Любая страна, которая сделала такое заявление или направила такое уведомление, может в любое время уведомить Генерального директора о прекращении применения настоящей Конвенции ко всем или к некоторым из таких территорий.
- (3)
  - (a) Всякое заявление, сделанное в соответствии с пунктом (1), вступает в силу с той же даты, что и ратификация или присоединение, документы о которых включали это заявление, а всякое уведомление, направленное в соответствии с упомянутым пунктом, вступает в силу через три месяца после уведомления о нем, сделанного Генеральным директором.
  - (b) Всякое уведомление, направленное в соответствии с пунктом (2), вступает в силу через двенадцать месяцев после получения его Генеральным директором.
- (4) Настоящая статья ни в коем случае не может истолковываться как означающая молчаливое признание или принятие любой страной Союза фактического положения в отношении территории, к которой настоящая Конвенция применяется другой страной Союза в силу заявления, сделанного в соответствии с пунктом (1).

## СТАТЬЯ 32

*[Применение настоящего Акта и более ранних актов: 1. Между странами, которые уже являются членами Союза; 2. Между любой страной, которая становится членом Союза, и другими странами-членами Союза; 3. Применимость Дополнительного раздела в некоторых отношениях]*

- (1) Настоящий Акт заменяет в отношениях между странами Союза и в той же мере, в какой он применяется, Бернскую конвенцию от 9 сентября 1886 года и последующие акты по ее пересмотру. Акты, ранее вступившие в силу, продолжают применяться в целом или в той мере, в какой настоящий Акт не заменяет их в силу предыдущего предложения, в отношениях между странами Союза, которые не ратифицируют настоящий Акт или не присоединяются к нему.
- (2) Страны, не являющиеся членами Союза, которые становятся стороной настоящего Акта, применяют его, с учетом пункта (3), в отношении любой страны Союза, не связанной настоящим Актом или той, которая, хотя и связала себя настоящим Актом, но сделала заявление, предусмотренное статьей 28(1)(b). Такие страны признают, что упомянутая страна Союза в своих отношениях с ними:
  - (i) может применять положения последнего предшествующего акта, которым она связана, и
  - (ii) с учетом статьи 1(6) Дополнительного раздела имеет право изменить уровень охраны в соответствии с уровнем, предусмотренным настоящим Актом.
- (3) Каждая страна, которая воспользовалась любой из возможностей, предусмотренных в Дополнительном разделе, может применять положения Дополнительного раздела, относящиеся к тем возможностям, которыми она воспользовалась, в своих отношениях с любой страной Союза, которая не связана настоящим Актом, при условии, что эта последняя страна допускает применение упомянутых положений.

## СТАТЬЯ 33

*[Споры: 1. Юрисдикция Международного суда; 2. Оговорка в отношении такой юрисдикции; 3. Изъятие оговорки]*

- (1) Любой спор между двумя или несколькими странами Союза, касающийся толкования или применения настоящей Конвенции, не разрешенный путем переговоров, может быть передан любой из указанных стран в Международный суд путем подачи заявления, в соответствии со статутом Суда, если только указанные страны не договорятся о другом способе урегулирования спора. Страна, которая подает заявление, должна сообщить Международному бюро о споре, переданном на рассмотрение Суда; Международное бюро должно поставить об этом в известность остальные страны Союза.
- (2) В момент подписания настоящего Акта или сдачи на хранение ратификационной грамоты или акта о присоединении любая страна может заявить, что она не считает себя связанной положениями пункта (1). Что касается споров между такой страной и любой другой страной Союза, то положения пункта (1) на них не распространяются.
- (3) Любая страна, сделавшая заявление в соответствии с положениями пункта (2), может в любое время отозвать его путем уведомления, направленного Генеральному директору.

## СТАТЬЯ 34

*[Закрытие некоторых более ранних положений: 1. Предшествующих актов; 2. Протокола к Стокгольмскому акту]*

- (1) С учетом статьи 29bis, ни одна страна не может ратифицировать предшествующие акты настоящей Конвенции или присоединиться к ним после вступления в силу статей с 1 по 21 и Дополнительного раздела.
- (2) После вступления в силу статей с 1 по 21 и Дополнительного раздела ни одна страна не может сделать заявление, предусмотренное статьей 5 Протокола в отношении развивающихся стран, приложенного к Стокгольмскому акту.

## СТАТЬЯ 35

*[Срок действия Конвенции; денонсация: 1. Неограниченный срок; 2. Возможность денонсации; 3. Дата вступления в силу денонсации; 4. Отсрочка денонсации]*

- (1) Настоящая Конвенция действует без ограничения срока.
- (2) Любая страна может денонсировать настоящий Акт путем уведомления, направленного Генеральному директору. Такая денонсация является также денонсацией всех предшествующих актов и распространяется только на страну, которая ее сделала, в то время как в отношении остальных стран Союза Конвенция остается в силе и подлежит выполнению.
- (3) Денонсация вступает в силу через год, считая со дня получения уведомления Генеральным директором.
- (4) Предусмотренное настоящей статьей право денонсации не может быть использовано ни одной страной до истечения пяти лет, считая с даты, на которую она стала членом Союза.

## СТАТЬЯ 36

*[Применение Конвенции: 1. Обязательство принимать необходимые меры; 2. Момент, с которого существует обязательство]*

- (1) Любая страна, являющаяся участницей настоящей Конвенции, обязуется принять, в соответствии со своей Конституцией, необходимые меры для обеспечения применения настоящей Конвенции.

- (2) Подразумевается, что любая страна в момент, когда она становится связанной настоящей Конвенцией, должна быть в состоянии, в соответствии со своим внутренним законодательством, осуществлять положения настоящей Конвенции.

## **СТАТЬЯ 37**

*[Заключительные положения: 1. Языки Акта; 2. Подпись; 3. Заверенные копии; 4. Регистрация; 5. Уведомления]*

- (1) (a) Настоящий Акт подписывается в одном экземпляре на английском и французском языках и, с учетом пункта (2), сдается на хранение Генеральному директору.
- (b) Официальные тексты вырабатываются Генеральным директором после консультации с заинтересованными правительствами, на арабском, испанском, итальянском, немецком и португальском языках, а также на других языках, которые определит Ассамблея.
- (c) В случае разногласий в толковании различных текстов предпочтение отдается французскому тексту.
- (2) Настоящий Акт открыт для подписания до 31 января 1972 года. До этой даты экземпляр, указанный в пункте (1)(a), сдается на хранение правительству Французской Республики.
- (3) Генеральный директор заверяет и направляет по две копии подписанного текста настоящего Акта правительствам всех стран Союза и, по запросу, правительству любой другой страны.
- (4) Генеральный директор регистрирует настоящий Акт в Секретариате Организации Объединенных Наций.
- (5) Генеральный директор уведомляет правительства всех стран Союза о подписаниях, сдаче на хранение ратификационных грамот и актов о присоединении и о заявлениях, содержащихся в этих документах или сделанных в соответствии со статьями 28(1)(c), 30(2)(a) и (b) и 33(2), о вступлении в силу любых положений настоящего Акта, уведомлениях о денонсации и уведомлениях, направленных в соответствии со статьями 30(2)(c), 31(1) и (2), 33(3) и 38(1), а также об уведомлениях, предусмотренных Дополнительным разделом.

## **СТАТЬЯ 38**

*[Переходные положения: 1. Использование «пятилетней привилегии»; 2. Бюро Союза, Директор Бюро; 3. Преемственность Бюро Союза]*

- (1) Страны Союза, которые не ратифицировали настоящий Акт или не присоединились к нему или которые не связаны статьями с 22 по 26 Стокгольмского акта настоящей Конвенции, могут до 26 апреля 1975 года воспользоваться, если они этого пожелают, правами, предоставляемыми в силу указанных статей, как если бы они были связаны этими статьями. Любая страна, желающая воспользоваться такими правами, направляет с этой целью Генеральному директору письменное уведомление, которое вступает в действие с даты его получения. Такие страны считаются членами Ассамблеи до указанного срока.
- (2) До тех пор, пока не все страны Союза стали членами Организации, Международное бюро Организации функционирует также в качестве Бюро Союза, а Генеральный директор действует в качестве Директора этого Бюро.
- (3) Как только все страны Союза становятся членами Организации, права, обязанности и имущество Бюро Союза переходят к Международному бюро Организации.

## ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЙ РАЗДЕЛ [СПЕЦИАЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ, ОТНОСЯЩИЕСЯ К РАЗВИВАЮЩИМСЯ СТРАНАМ]

---

### СТАТЬЯ I

---

*[Льготы, которыми могут воспользоваться развивающиеся страны: 1. Наличие определенных льгот; заявление; 2. Срок действия заявления; 3. Прекращение статуса развивающейся страны; 4. Существующий запас экземпляров; 5. Заявление относительно определенных территорий; 6. Пределы взаимности]*

- (1) Любая страна, считающаяся в соответствии с установившейся практикой Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций развивающейся страной, которая ратифицирует или присоединяется к настоящему Акту, неотъемлемую часть которого составляет настоящий Дополнительный раздел, и которая, учитывая свое экономическое положение и свои социальные или культурные потребности, не считает возможным немедленно обеспечить охрану всех прав, предусмотренных настоящим Актом, может в любое последующее время заявить путем уведомления, сдаваемого на хранение Генеральному директору при денонсировании ратификационной грамоты или акта о присоединении, или с учетом статьи V(1)(с), что она будет пользоваться льготой, предусмотренной в статье II, или льготой, предусмотренной в статье III, или обеими этими льготами. Она может вместо пользования льготой, предусмотренной в статье II, сделать заявление согласно статье V(1)(а).
- (2)
  - (а) Любое заявление в соответствии с пунктом (1), сделанное до истечения десятилетнего срока с момента вступления в силу статей с 1 по 21 и настоящего Дополнительного раздела, имеет силу до истечения названного срока согласно статье 28(2). Любое такое заявление может быть возобновлено целиком или частично на сроки по десять лет каждый путем уведомления, сдаваемого на хранение Генеральному директору, не более чем за пятнадцать и не менее чем за три месяца до истечения текущего десятилетнего срока.
  - (б) Любое заявление в соответствии с пунктом (1), сделанное после истечения десятилетнего срока с момента вступления в силу статей с 1 по 21 и настоящего Дополнительного раздела, согласно статье 28(2) остается в силе до истечения текущего десятилетнего срока. Любое такое заявление может быть возобновлено, как это предусмотрено во второй фразе подпункта (а).
- (3) Любая страна Союза, которая перестала считаться развивающейся страной, в соответствии с пунктом (1), не может возобновить свое заявление, как это предусмотрено в пункте (2) и вне зависимости от того, отзовет ли она официально свое заявление или нет, не может пользоваться льготами, упомянутыми в пункте (1), по истечении текущего десятилетнего срока или по истечении трехлетнего срока, после того как она перестала считаться развивающейся страной; при этом применяется тот срок, который истекает позднее.
- (4) Там, где ко времени, когда заявление, сделанное в соответствии с пунктами (1) и (2), прекращает свое действие, имеются в запасе экземпляры, которые были изготовлены по лицензии, предоставленной в силу настоящего Дополнительного раздела, эти экземпляры могут продолжать распространяться до тех пор, пока их запасы не разойдутся полностью.
- (5) Любая страна, которая связана положениями настоящего Акта и которая сдала на хранение заявление или уведомление в соответствии со статьей 31(1) относительно применения настоящего Акта к какой-либо территории, положение которой может рассматриваться как аналогичное положению стран, указанных в пункте (1), может в отношении такой территории сделать заявление, упомянутое в пункте (1), и уведомление о возобновлении, упомянутое в пункте (2). Положения настоящего Дополнительного раздела применяются в отношении такой территории в течение срока действия такого заявления или уведомления.
- (6)
  - (а) То обстоятельство, что какая-либо страна пользуется льготами, предусмотренными в пункте (1), не создает возможности для другой страны предоставлять произведениям, страной происхождения которых является первая страна, охрану в меньшем объеме, чем та, которую она обязана предоставлять согласно статьям с 1 по 20.

- (b) **Право применения эквивалентной охраны, предусмотренное в статье 30(2)(b) (вторая фраза), не может быть использовано ранее даты, на которую истечет срок, применимый согласно статье 1(3) в отношении произведений, страной происхождения которых является страна, сделавшая заявление в соответствии со статьей V(1)(a).**

#### *Страны, правомочные выдавать лицензии*

БКА-1.1. Согласно статье I страны, которые могут воспользоваться льготами, предоставляемыми системой лицензий на перевод и воспроизведение, являются странами, считающимися развивающимися странами в соответствии с установившейся практикой Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных наций. Этот критерий дополняется указанием, в соответствии с которым льготы предназначены для любой развивающейся страны, которая "учитывая свое экономическое положение и свои социальные или культурные потребности, не считает возможным немедленно обеспечить охрану всех прав, предусмотренных настоящим Актом".

БКА-1.2. На Парижской конференции 1971 года по пересмотру было понято, что фраза "страна, считающаяся в соответствии с установившейся практикой Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных наций развивающейся страной" не позволяла составить перечень таких стран, который не подвергся бы изменениям в будущем, не только потому, что возможно изменение стадии развития определенных стран, но также потому, что возможно изменение критериев, на которых основана такая практика Генеральной Ассамблеи. Вопрос, является ли любая страна, в любой данный момент времени развивающейся страной для целей этих лицензионных соглашений, необходимо решать на основании практики Генеральной Ассамблеи, преобладающей на момент, подходящий для решения этого вопроса.<sup>104</sup>

БКА-1.3. Пункт 3 статьи I оговаривает в качестве особого условия, что любая страна, которая перестала считаться развивающейся страной, не может возобновить свое десятилетнее заявление, не может воспользоваться льготами по истечении текущего десятилетнего срока или по истечении трехлетнего срока, после того как она перестала считаться развивающейся страной; при этом применяется тот срок, который истекает позднее.

#### *Процедура, соблюдаемая государствами для того, чтобы пользоваться системой лицензирования*

БКА-1.4. Согласно статье I(1) любая страна, отвечающая критериям, изложенным в этой статье, и желающая воспользоваться льготными условиями, должна при денонсировании ратификационной грамоты или акта о присоединении или в любое последующее время уведомить Генерального директора ВОИС о том, что она будет пользоваться предусмотренными льготами частично или полностью. Заинтересованная страна должна указать в уведомлении, какой льготой – лицензией на перевод и/или лицензией на воспроизведение – она желает воспользоваться.

БКА-1.5. Следует, однако, учесть статью V(1)(a) Дополнительного раздела, в соответствии с которой государство, считающееся развивающейся страной, имеет право в момент ее присоединения к Конвенции выбрать так называемый десятилетний режим, предусмотренный Парижским дополнительным актом 1896 года, согласно которому, если по истечении десяти лет со времени первого выпуска в свет оригинального произведения перевод не опубликован в стране, которая воспользовалась оговоркой, исключительное право автора на перевод на соответствующий язык прекращает действие в этой стране по истечении этого срока. Этот выбор не отменяем: страна, выбирающая десятилетний режим, не может позднее изменить свое намерение и создать систему принудительных лицензий. И наоборот, выбрав систему лицензирования, она не может впоследствии возвратиться к положениям Акта 1896 года. Этот не отменяемый выбор должен быть сделан в момент ратификации Конвенции или присоединения к ней.

#### *Условия применимости системы лицензирования*

БКА-1.6. Согласно пункту 2 статьи I уведомление, поданное Генеральному директору ВОИС, автоматически теряет силу по истечении любого десятилетнего срока, начинающегося 10 октября 1974 года, - даты вступления в силу Парижского акта 1971 года (то есть, независимо от того, когда страна подает уведомление в течение десятилетнего срока – всегда начинающегося 10 октября

4-го года любого последующего десятилетия – оно автоматически теряет силу в конце этого срока; а именно 10 октября 4-го года следующего десятилетия).

БК/А-1.7. Уведомление также может потерять силу на дату, заранее указанную в заявлении, направленном правительством Генеральному директору ВОИС. Уведомление также может быть в любое время приостановлено правительством, направившим его.

БК/А-1.8. Статья I(4) Дополнительного раздела оговаривает, что экземпляры, изготовленные по лицензиям на перевод или воспроизведение, могут продолжать распространяться до тех пор, пока их запасы не разойдутся полностью, даже если применение оговорки прекращается.

БК/А-1.9. Любая развивающаяся страна может возобновить частично или полностью уведомление, поданное Генеральному директору ВОИС. Однако возможность возобновления уведомления сопровождается процедурным условием, гарантирующим, что между датой подачи и истечения уведомления прошел достаточный срок, чтобы другие страны имели достаточно времени для заблаговременного извещения. Поэтому подача уведомления должна осуществляться в соответствии со статьей I(2) Дополнительного раздела в течение срока, продолжающегося от пятнадцати до трех месяцев до истечения текущего десятилетнего срока.

#### *Отдельные обладатели лицензий*

БК/А-1.10. Любой гражданин страны, соблюдающий упомянутые выше условия, может потребовать предоставления лицензии на перевод или воспроизведение. Следует отметить, что лицензии могут быть выданы только "гражданам", и поэтому иностранец, даже проживающий в названной стране, не может воспользоваться таким преимуществом, если только внутреннее законодательство страны не приравнивает лиц, проживающих на ее территории, к ее собственным гражданам. На Парижской конференции 1971 года по пересмотру была достигнута договоренность о том, что термин "гражданин" в этом контексте также охватывает юридических лиц, включая само государство, его органы федеральной или местной власти и предприятия, владельцами которых является государство или такие органы власти.<sup>105</sup>

## **СТАТЬЯ II**

*[Ограничения права на перевод: 1. Лицензии, выдаваемые компетентными органами; 2 - 4. Условия выдачи таких лицензий; 5. Цели, для которых такие лицензии могут быть выданы; 6. Прекращение действия лицензий; 7. Произведения, состоящие в основном из иллюстраций; 8. Произведения, изъятые из обращения; 9. Лицензии для вещательных организаций]*

- (1) Любая страна, которая заявила, что она будет пользоваться льготой, предусмотренной в настоящей статье, может заменить исключительное право на перевод, предусмотренное в статье 8, в отношении произведений, выпущенных в свет в печатной или другой аналогичной форме воспроизведения, системой неисключительных лицензий без права переуступки, выдаваемых компетентными органами на нижеуказанных условиях и с учетом статьи IV.
- (2)
  - (a) С учетом пункта (3), если по истечении трехлетнего срока или любого более длительного срока, установленного национальным законодательством названной страны, исчисляемого с даты первого выпуска произведения в свет, перевод такого произведения не был опубликован на языке, являющимся общепотребительным в этой стране, лицом, обладающим правом на перевод, или с его разрешения, любой гражданин такой страны может получить лицензию сделать перевод произведения на названный язык и выпустить в свет такой перевод в печатной или аналогичной форме воспроизведения.
  - (b) На условиях, предусмотренных в настоящей статье, лицензия может быть выдана также в тех случаях, когда все издания перевода, выпущенного в свет на данном языке, полностью разошлись.

- 117
- (3) (a) В случае перевода на язык, не являющийся общеупотребительным в одной или нескольких развитых странах - членах Союза, срок в один год заменяет трехлетний срок, предусмотренный в пункте (2)(a).
- (b) Любая страна, упомянутая в пункте (1), при наличии договоренности со всеми развитыми странами - членами Союза, в которых тот же самый язык является общеупотребительным, может заменить, в случае перевода на этот язык, трехлетний срок, предусмотренный в пункте (2)(a), более коротким, но не менее одного года, сроком, согласованным в такой договоренности. Однако положения предыдущего предложения не распространяются на английский, французский и испанский языки. Генеральный директор уведомляется о любой такой договоренности правительствами, которые ее достигли.
- (4) (a) В соответствии с положениями настоящей статьи лицензии, получаемые после трех лет, не могут быть выданы до истечения добавочного шестимесячного срока, а лицензии, получаемые после одного года, до истечения добавочного девятимесячного срока:
- (i) с даты, на которую заявитель на лицензию выполнит требования, перечисленные в статье IV(1), или
- (ii) если не известны личность или адрес лица, обладающего правом на перевод, с даты, на которую заявитель на лицензию отправит, как предусмотрено в статье IV(2), копии своего заявления, поданного в компетентный орган, выдающий лицензии.
- (b) Лицензия, предусмотренная настоящей статьей, не выдается, если перевод на язык, в отношении которого было подано заявление, выпускается в свет лицом, обладающим правом на перевод или с его разрешения, в течение указанных шести- или девятимесячных сроков.
- (5) Любая лицензия в соответствии с положениями настоящей статьи выдается лишь для использования в школах, университетах или для научно-исследовательской работы.
- (6) Если перевод произведения выпускается в свет лицом, обладающим правом на перевод или с его разрешения по ценам, соответствующим тем, которые обычно устанавливаются в стране на аналогичные произведения, любая лицензия, выдаваемая в соответствии с настоящей статьей, прекращает свое действие, если такой перевод выполнен на том же языке и имеет в основном то же содержание, что и перевод, выпущенный в свет по лицензии. Все экземпляры произведения, уже изданные до прекращения действия лицензии, могут распространяться до тех пор, пока они не разойдутся полностью.
- (7) Для произведений, которые в основном состоят из иллюстраций, лицензия на перевод и выпуск в свет текста и на воспроизведение и выпуск в свет иллюстраций предоставляется, только если выполняются условия статьи III.
- (8) Лицензия не может быть выдана в соответствии с настоящей статьей, если автор изъял из обращения все экземпляры своего произведения.
- (9) (a) Лицензия на перевод произведения, выпущенного в свет в печатной или аналогичной форме воспроизведения, может быть также выдана любой вещательной организации, имеющей свою штаб-квартиру в стране, упомянутой в пункте (1), по представлению заявления указанной организацией компетентному органу этой страны, если при этом выполняются все нижеследующие условия:
- (i) перевод осуществляется с экземпляра произведения, изготовленного и приобретенного в соответствии с законами данной страны;

- (ii) перевод предназначен лишь для использования в передачах, предназначенных исключительно для целей обучения или распространения результатов специальных технических или научных исследований среди специалистов конкретной профессии;
  - (iii) перевод используется исключительно для целей, перечисленных в условии (ii), в законно осуществленных передачах, предназначенных для слушателей на территории данной страны, включая передачи, осуществляемые посредством звуковых или визуальных записей, сделанных законно и исключительно для целей таких передач;
  - (iv) всякое использование перевода не преследует коммерческих целей.
- (b) Звуковые или визуальные записи перевода, сделанного вещательной организацией на основании лицензии, выданной в силу настоящего пункта, могут, для целей и с учетом условий, перечисленных в подпункте (a), и с согласия этой организации, быть также использованы любой другой вещательной организацией, имеющей свою штаб-квартиру в стране, компетентный орган которой выдал данную лицензию.
- (c) При условии, что все критерии и условия, изложенные в подпункте (a), выполняются, лицензия может быть также выдана организации радиовещания для перевода любого текста, включенного в аудио-визуальную запись, которая сама была изготовлена и выпущена в свет исключительно с целью использования для систематического обучения.
- (d) С учетом подпунктов (a) – (c) положения предыдущих пунктов применяются при выдаче и реализации лицензии, выданной в соответствии с настоящим пунктом.

*Органы власти, правомочные выдавать лицензии, и цели выдачи лицензий; характер лицензий*

БК/A-II.1. Статья II(1) Дополнительного раздела предусматривает, что компетентный орган выдает лицензии. Это касается государства, в котором заявление о выдаче лицензии подается с указанием компетентного органа, выдающего такую лицензию. Компетентный орган должен занимать достаточно высокое положение на национальном уровне, чтобы обеспечивать и техническую экспертизу объекта, и единообразие в применении закона. Таким органом могут быть в равной мере государственный орган (Министерство образования, культуры, информации, в зависимости от случая), судебный орган (гражданский или коммерческий суд), административный орган (на национальном уровне) или организация авторов, учрежденная на национальном уровне, в зависимости от требований конституционной или правовой системы, действующей в той или иной стране. Желательно, чтобы при выдаче или отказе в выдаче лицензии компетентный орган информировал заинтересованные стороны о возможностях опротестовать его решение. Выданные лицензии являются неисключительными лицензиями без права переуступки.

БК/A-II.2. Компетентный орган должен, *inter alia*, быть в состоянии обеспечить, чтобы любая такая выданная лицензия на перевод и/или воспроизведение произведения, охраняемого авторским правом, предусматривала выплату справедливой компенсации владельцу авторского права, и чтобы предпринимались меры, гарантирующие ее выплату. В случае национальных валютных правил компетентный орган должен предпринять усилия, для того чтобы обеспечить перевод компенсации в конвертируемой в международном плане валюте или ее эквиваленте. Также необходимо обеспечивать правильность перевода или, соответственно, точность воспроизведения; и ответственность за это возлагается на компетентный орган.

*Случаи использования, в отношении которых могут быть выданы лицензии*

БК/A-II.3. Согласно пункту (5) лицензия на перевод, предусмотренная в статье II Дополнительного раздела, может быть выдана только для использования в школах, университетах или для научно-исследовательской работы. Использование в школах и университетах следует понимать как имеющее отношение к обучению, предоставляемому на всех уровнях в учебных заведениях, начальных и средних школах, колледжах и университетах, и в равной мере при осуществлении многоплановой учебной

деятельности, организованной от имени лиц всех возрастов и в отношении всех учебных дисциплин. Научно-исследовательская работа касается специализированных произведений, которые a priori отличаются от тех, которые используются для преподавания собственно. Желание участников Конференции по пересмотру состояло в том, чтобы в таких случаях ограничить лицензии на перевод, исключив из их сферы применения промышленные научно-исследовательские организации и частные предприятия, если они проводят исследования в коммерческих целях.

БК/А-II.4. Следует отметить, что в отношении лицензий на перевод необходима определенная осторожность, поскольку переведенное произведение может служить как учебным, так и развлекательным целям. Поскольку переводы в соответствии с такими лицензиями не предназначены для широкой публики, необходимо, чтобы в национальных законах предусматривались соответствующие меры, гарантирующие разрешенное использование экземпляров, выпущенных в соответствии с такой лицензией.

БК/А-II.5. Пока преследуемая задача имеет образовательный характер или направлена на выполнение научно-исследовательской работы, любой вид произведения может охватываться лицензией на перевод. Пункт (1) статьи II ограничивает сферу применения лицензий на перевод произведениями, выпущенными в свет в печатной или другой аналогичной форме воспроизведения. Важным моментом является цель перевода; а именно использование в школах, университетах или для научно-исследовательской работы.

#### *Произведения, состоящие в основном из иллюстраций*

БК/А-II.6. Согласно пункту (7) статьи II, в случае произведений, состоящих в основном из иллюстраций, лицензия на перевод и публикацию текста и на воспроизведение и публикацию иллюстраций предоставляется, только если выполняются также условия в отношении лицензий на воспроизведение. В таких случаях право на перевод и право на воспроизведение рассматриваются в равной мере.

#### *Произведения, изъятые из обращения*

БК/А-II.7. Пункт (8) данной статьи предусматривает, что лицензия не может быть выдана, если автор изъял из обращения все экземпляры своего произведения. Новое издание само по себе не означает изъятия предыдущего.

#### *Лицензии на перевод для теле- и радиовещания*

БК/А-II.8. Поскольку теле- и радиовещание имеет в развивающихся странах наибольшее значение в образовании, на Парижской конференции 1971 года по пересмотру было решено, что система лицензий на перевод также должна быть отнесена к произведениям, выпущенным в свет в печатной форме для использования в программах широкого вещания, предназначенных исключительно для обучения или распространения результатов специальных технических или научных исследований в отношении специалистов конкретной профессии. Такая лицензия может быть выдана согласно пункту 9(а) статьи II вещательным организациям, имеющим свою штаб-квартиру в стране, если при этом выполняются все условия развивающейся страны:

- перевод должен осуществляться с экземпляра произведения, изготовленного и приобретенного в соответствии с законами страны, которая выдала лицензию; это означает, что рассматриваемый экземпляр должен быть законным экземпляром в соответствии с законодательством этой страны;

- единственной целью перевода должно быть его использование в радиопередачах, предназначенных исключительно для "обучения" или для "распространения результатов специальных технических или научных исследований среди специалистов конкретной профессии";

- перевод должен использоваться исключительно для целей, перечисленных выше, в законно осуществленных передачах, предназначенных для слушателей на территории страны, которая выдала лицензию; передачи могут быть "живыми" или осуществляемыми посредством "звуковых или визуальных записей, сделанных законно и исключительно для целей таких передач";

– звуковые и визуальные записи, используемые для радиопередач, могут быть обменены только между вещательными организациями, имеющими свои штаб-квартиры в стране, которая выдала лицензию; такие записи ни в коем случае не могут пересекать границы страны или быть предметом продажи, проката или соглашений о выдаче лицензии внутри страны; и

– все случаи использования перевода не должны преследовать никакой коммерческой цели; это означает, что вещательная организация не может быть частной компанией, извлекающей прибыль, и что в радиопередаче, в которой используется перевод, не может появляться реклама (это, однако, не должно препятствовать организации в передаче коммерческой рекламы в другое время или исключать обычную ситуацию, при которой с владельцев радиоприемников взимается лицензионная плата).

БК/А-II.9. В силу пункта 9(с) этой статьи, на тех же самых условиях лицензия может быть также выдана организации национального радиовещания любой страны для перевода любого текста, включенного в аудиовизуальную запись, которая сама была изготовлена и выпущена в свет исключительно с целью использования для систематического обучения. Это касается исключительно выпущенных в свет учебных материалов, таких как, например, фильмы и видео кассеты, студийные заставки и слайды в сочетании с текстом, которые могут быть частью звуковой дорожки или шумового оформления.

*Сроки, по истечении которых могут быть выданы лицензии на перевод*

БК/А-II.10. С учетом пункта (2)(а) статьи II любой гражданин страны Бернского союза, присоединившейся к Парижскому акту и считающейся в соответствии с установившейся практикой Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций развивающейся страной, которая заявила о том, что она будет пользоваться соответствующей льготой, может получить лицензию на осуществление перевода произведения по истечении трехлетнего срока или любого более длительного срока, установленного национальным законодательством названной страны, исчисляемого с даты первого выпуска произведения в свет, если перевод такого произведения не был опубликован «на языке, являющимся общеупотребительным в этой стране», лицом, обладающим правом на перевод, или с его разрешения.

БК/А-II.11. В силу пункта (2)(b) лицензия может быть выдана, если все издания перевода, опубликованного на данном языке лицом, обладающим правом на перевод, или с его разрешения, полностью разошлись до истечения вышеупомянутых сроков. За национальным законодательством сохраняется право определять, в каких случаях экземпляры издания считаются полностью разошедшимися. Издание, опубликованное по принудительной лицензии и считающееся полностью разошедшимся, не влияет на юридическое действие лицензии.

*Исключения: языки, не являющиеся общеупотребительными; один и тот же язык, являющийся общеупотребительным как в развивающейся стране, так и в развитой стране*

БК/А-II.12. В случае перевода на язык, не являющийся общеупотребительным в одной или нескольких развитых странах, члены Бернского союза согласно пункту (3)(а) статьи II могут получить лицензию по истечении срока, равного одному году, считая с даты первого выпуска произведения в свет.

БК/А-II.13. Согласно пункту (3)(b) развивающаяся страна, при наличии договоренности со всеми развитыми странами - участниками Бернской конвенции, в которых тот же самый язык является общеупотребительным, может заменить трехлетний срок, предусмотренный в пункте БК/А-II.10, выше, более коротким, но не менее одного года, сроком. Однако эта льгота не распространяется на английский, французский и испанский языки.

*Добавочные сроки*

БК/А-II.14. В соответствии с пунктом 4(а) принудительная лицензия на перевод не может быть выдана до истечения добавочного шестимесячного срока в случаях, если она может быть получена по истечении трехлетнего срока, и добавочного девятимесячного

срока в случаях, если она может быть получена по истечении однолетнего срока. Этот добавочный срок, который начинается с подачи заявления о разрешении на перевод или, если не известны личность или адрес лица, обладающего правом на перевод, с отправкой лицу, обладающему правом на подготовку и публикацию перевода, и в информационные центры копий заявления о выдаче принудительной лицензии на перевод, был введен для того, чтобы дать возможность автору или правопреемнику права на перевод самостоятельно опубликовать перевод произведения.

БК/A-II.15. Следует также отметить, что эти шести- или девятимесячные сроки не могут совпадать с основными трех- или однолетними сроками, поскольку никакое заявление о выдаче лицензии на перевод не может быть подано на законных основаниях до истечения этих сроков, и поскольку слово "добавочный", используемое в обеих конвенциях, признано ясно показывать, что эти шестимесячные или девятимесячные сроки обязательно следуют за трех- и однолетними сроками.

### *Прекращение действия лицензий*

БК/A-II.16. Согласно пункту (б) статьи II любая лицензия прекращает свое действие, если перевод произведения, выполненный на том же языке и имеющий в основном то же содержание, что и перевод, опубликованный по лицензии, публикуется в данной стране лицом, обладающим правом на перевод, или с его разрешения по ценам, разумно соответствующим тем, которые обычно устанавливаются в этой стране на аналогичные произведения. Экземпляры, уже изданные до прекращения действия лицензии, могут распространяться до тех пор, пока они не разойдутся полностью.

## **СТАТЬЯ III**

*[Ограничение права на воспроизведение: 1. Лицензии, выдаваемые компетентным органом; 2 - 5. Условия выдачи таких лицензий; 6. Прекращение действия лицензий; 7. Произведения, к которым применяется настоящая статья]*

- (1) Любая страна, которая заявила, что она будет пользоваться льготами, предусмотренными в настоящей статье, имеет право заменить исключительное право на воспроизведение, предусмотренное в статье 9, системой неисключительных и непередаваемых лицензий, предоставляемых компетентным органом с учетом статьи IV и на следующих условиях.
  - (2) (a) Если в отношении произведения, к которому настоящая статья применяется в силу пункта (7) после истечения
    - (i) соответствующего срока, определенного в пункте (3), начиная с даты первого выпуска в свет данного издания произведения, или
    - (ii) любого более длительного срока, определенного национальным законодательством страны, упомянутой в пункте (1), начиная с той же самой даты; экземпляры такого издания не были распространены в этой стране среди публики или в связи с систематическим обучением лицом, обладающим правом на воспроизведение или с его разрешения по ценам, соответствующим тем, которые обычно устанавливаются в этом государстве для аналогичных произведений, любой гражданин такой страны может получить лицензию на воспроизведение и на выпуск в свет такого издания по такой же или более низкой цене для использования в связи с систематическим обучением.
  - (b) Лицензия на воспроизведение и выпуск в свет издания, которое было распространено, как это описано в подпункте (a), может также быть выдана на условиях, предусмотренных в настоящей статье, если после истечения применимого срока ни один разрешенный экземпляр этого издания не был предметом продажи в данной стране среди публики или в связи с систематическим обучением в течение шестимесячного срока по ценам, соответствующим тем, которые обычно устанавливаются для аналогичных произведений в этой стране.
- (3) Срок, указанный в пункте (2)(a)(i), составляет пять лет за исключением:

- (i) для произведений по естественным и точным наукам, включая математику и технику, этот срок составляет три года;
  - (ii) для художественных, поэтических, драматических и музыкальных произведений, а также для книг по искусству этот срок составляет семь лет.
- (4) (a) Никакая лицензия, доступная после трех лет, не выдается в соответствии с настоящей статьей до истечения шестимесячного срока
- (i) с даты, на которую заявитель выполнит требования, указанные в статье IV(i), или
  - (ii) если не известны личность или адрес лица, обладающего правом на воспроизведение, с даты отправки заявителем, как это предусмотрено в статье IV(2) копий его заявления, представленного органу, компетентному выдавать лицензии.
- (b) Если лицензии являются доступными после других сроков и статья IV(2) является применимой, никакая лицензия не выдается до истечения трехмесячного периода с даты отправки копий заявления.
- (c) Если в течение шестимесячного или трехмесячного периодов, указанных в подпунктах (a) и (b), распространение, как это описано в пункте (2)(a), имело место, никакая лицензия в соответствии с настоящей статьей не выдается.
- (d) Никакая лицензия не выдается, если автор изъял из обращения все экземпляры издания, на воспроизведение и выпуск в свет которого лицензия испрашивалась.
- (5) Лицензия на воспроизведение и выпуск в свет перевода произведения не выдается в соответствии с настоящей статьей в следующих случаях:
- (i) когда перевод не был выпущен лицом, обладающим правом на перевод или с его разрешения, или
  - (ii) когда перевод сделан не на общепотребительном языке в стране, где испрашивалась лицензия.
- (6) Когда лицо, обладающее правом на воспроизведение, или кто-либо с его разрешения распространяет экземпляры такого издания в стране, упомянутой в пункте (1), среди публики или в связи с систематическим обучением по ценам, соответствующим тем, которые обычно устанавливаются в этой стране для аналогичных произведений, любая лицензия, выдаваемая в соответствии с настоящей статьей, прекращает свое действие, если такое издание выпущено в свет на том же языке и в основном того же содержания, как и издание, выпущенное в свет по лицензии. Все экземпляры, уже вышедшие в свет до того, как лицензия потеряла силу, могут продолжать распространяться до тех пор, пока не разойдутся полностью.
- (7) (a) С учетом подпункта (b) произведения, на которые распространяется настоящая статья, ограничиваются произведениями, выпущенными в свет в печатной или аналогичной форме воспроизведения.
- (b) Настоящая статья распространяется также на воспроизведения в аудио-визуальной форме, законно осуществленных аудио-визуальных записей, включая любые содержащиеся в них, охраняемые авторским правом произведения, а также на перевод любого включенного в них текста на язык, общепотребительный в стране, где лицензия испрашивается, при условии, что во всех этих случаях указанные аудио-визуальные записи подготовлены и выпущены в свет с исключительной целью использования для систематического обучения.

*Случаи использования, в отношении которых могут быть выданы лицензии на перевод; характер лицензий*

БКА-III.1. Лицензии на воспроизведение, предусмотренные статьей III Дополнительного раздела, ограничиваются использованием в связи с систематическим обучением. (Следует отметить, что в отличие от лицензий на перевод, в случае лицензий на воспроизведение нет никакого упоминания об использовании для научно-исследовательской работы).

БКА-III.2. Термин "систематическое обучение" следует понимать в том смысле, что он охватывает не только деятельность, связанную с классной и внеклассной работой учебного заведения, но также все организованные формы внеклассного обучения.

БКА-III.3. Лицензии на воспроизведение также выдаются компетентным органом (см. пункт БКА-II.1, выше), и они являются неисключительными лицензиями без права переуступки.

*Произведения, к которым применимы лицензии на воспроизведение*

БКА-III.4. Лицензии, выданные согласно пункту 7(a) статьи III, касаются, в принципе, литературных, научных и художественных произведений, выпущенных в свет в печатной или аналогичной форме воспроизведения.

БКА-III.5. Если переведенное произведение выпущено в свет, лицензия на воспроизведение не может быть выдана согласно пункту (5) статьи III: (i) если перевод был опубликован без разрешения лица, обладающего правом на перевод; или (ii) если перевод сделан не на общепотребительном языке в стране, компетентный орган которой получает заявление о выдаче лицензии. Помимо этих двух случаев лицензии могут выдаваться при соблюдении условий, предписанных в статье III.

БКА-III.6. Несмотря на то, что указано в пункте БКА-III.3, выше, с учетом важности, допускаемой использованием учебных фильмов для целей обучения, пункт (b) распространяет действие статьи III на аудиовизуальную область. Лицензии на воспроизведение, таким образом, распространяются также на воспроизведение в аудиовизуальной форме законно осуществленных аудиовизуальных записей, включая любые содержащиеся в них, охраняемые произведения. Они также распространяются на перевод любого включенного в них текста на язык, общепотребительный в стране, которая выдает лицензию. Однако эти аудиовизуальные записи должны быть подготовлены и выпущены в свет с исключительной целью использования для систематического обучения.

*Сроки, по истечении которых могут быть выданы лицензии на воспроизведение*

БКА-III.7. Согласно пунктам (1) - (3) статьи III срок, по истечении которого может быть получена принудительная лицензия на воспроизведение, составляет пять лет с даты первого выпуска в свет данного издания произведения, как общее правило, за исключением случаев более длительного срока, определенного национальным законодательством. Этот срок начинается с даты первого выпуска в свет издания оригинального произведения.

БКА-III.8. Такая лицензия может быть выдана только в следующих случаях: (i) если экземпляры определенного издания произведения не были выставлены на продажу в данной стране лицом, обладающим правом на воспроизведение (или с его разрешения) по ценам, разумно соответствующим тем, которые обычно устанавливаются в этой стране на аналогичные произведения; или (ii) если разрешенные экземпляры определенного издания больше не были предметом продажи в данной стране в течение шести месяцев с даты истечения вышеупомянутого срока.

*Исключения: научно-технические произведения; художественные произведения и книги по искусству*

БКА-III.9. В случае произведений по естественным и точным наукам, включая математику и технику, в силу пункта (3)(i), срок ожидания сокращается до трех лет, в свете ускорения прогресса в науке и технике и, как следствие, быстрого старения таких произведений.

БК/А-III.10. Художественные произведения, такие как романы, поэтические, драматические и музыкальные произведения, а также книги по искусству стареют медленнее; поэтому в этом случае минимальный срок ожидания может быть более длительным. Пункт (3)(ii) устанавливает этот срок в семь лет.

#### *Добавочные сроки*

БК/А-III.11. Как в случае лицензий на перевод, Дополнительный раздел предусматривает не только пяти-, трех- и семилетние сроки, упомянутые выше, но также добавочный срок, с тем, чтобы дать возможность мирным переговорам завершиться вынесением разумно необходимого договорного решения.

БК/А-III.12. Если основной срок составляет пять или семь лет, и если не было возможности обратиться к лицу, обладающему правом на воспроизведение, лицензия может быть выдана в соответствии с пунктом (4)(b) статьи III только по истечении трех месяцев, считая с даты, на которую заявитель отправил копии своего заявления лицу, обладающему правом на подготовку и выпуск произведения в свет, и в любые указанные информационные центры.

БК/А-III.13. Если основной срок составляет три года, лицензия может быть выдана в соответствии с пунктом (4)(b) только по истечении шести месяцев, считая с даты, которая варьируется в зависимости от того, была ли возможность обратиться к лицу, обладающему правом на воспроизведение, или нет; (i) в первом случае лицензия не может быть выдана до истечения шестимесячного срока с даты, на которую заявление о разрешении выдать лицензию была отправлено лицу, обладающему правом на воспроизведение, и не было получено никакого ответа, или если переговоры не привели к договорному решению; (ii) в случаях, когда не известны личность или адрес лица, обладающего правом на воспроизведение, лицензия может быть выдана только по истечении шести месяцев с даты отправки копий заявления о выдаче лицензии в соответствии с установленной процедурой.

БК/А-III.14. В отношении лицензий на воспроизведение следует отметить, что в отличие от того, что указано в пункте БК/А-II.16, выше, в случае лицензий на перевод пункт (4) статьи III не использует слово "добавочный", чтобы определить этот новый срок, который поэтому может продолжаться до истечения основных сроков.

#### *Прекращение действия лицензий*

БК/А-III.15. Согласно пункту (6) статьи III любая лицензия на воспроизведение прекращает свое действие, если лицо, обладающее правом на воспроизведение, или кто-либо с его разрешения распространяет в развивающейся стране среди публики или в связи с систематическим обучением по ценам, разумно соответствующим тем, которые обычно устанавливаются в этой стране на аналогичные произведения, экземпляры издания произведения, если такое издание опубликовано на том же языке и имеет в основном то же содержание, что и издание, опубликованное по лицензии. Все экземпляры, уже изданные до прекращения действия лицензии, могут, тем не менее, распространяться до тех пор, пока они не разойдутся полностью.

### **СТАТЬЯ IV**

*[Положения, являющиеся общими для лицензий, выдаваемых в соответствии со статьями II и III: 1 и 2. Процедура.*

*3. Указание автора и названия произведения; 4. Экспорт экземпляров;*

*5. Уведомление; 6. Компенсация]*

- (1) Лицензии в соответствии со статьями II и III могут быть выданы только при условии, если заявитель докажет согласно процедуре, установленной в этой стране, что он обращался за разрешением к лицу, обладающему правом на подготовку и опубликование перевода или на воспроизведение и выпуск в свет издания, и получил его отказ или, что после добросовестных попыток, он не смог установить лица, обладающего этим правом. При обращении за лицензией заявитель информирует при этом любой национальный или международный информационный центр, упомянутый в пункте (2).

- (2) При невозможности установить правообладателя заявитель на лицензию направляет заказной авиапочтой копии своего заявления, поданного органу, правомочному выдавать лицензии, издателю, фамилия которого указана на произведении, а также любому национальному или международному центру, который может быть указан в соответствующем уведомлении Генеральному директору правительством страны, в которой, по всей видимости, находится основное учреждение издателя.
- (3) Фамилия автора указывается на всех экземплярах перевода или воспроизведения, опубликованных по лицензии, выданной в соответствии со статьей II или статьей III. На всех этих экземплярах должно указываться название произведения. В случае перевода заголовков оригинала произведения всегда печатается на всех указанных экземплярах.
- (4) (a) Лицензии, выданные в соответствии со статьей II или статьей III, не распространяются на экспорт экземпляров произведения и действительны только для выпуска в свет перевода или, соответственно, воспроизведения в пределах страны, где они испрашивались.
- (b) Для целей подпункта (a) понятие экспорт включает отправку экземпляров с любой территории в страну, которая в отношении этой территории сделала заявление согласно статье I(5).
- (c) В случае, если государственная или иная организация страны, выдавшей лицензию в соответствии со статьей II на перевод на любой язык, кроме английского, испанского или французского, направляет экземпляры перевода, выпущенного в свет по такой лицензии, в другую страну, такая пересылка экземпляров для целей подпункта (a) не считается экспортом, если выполнены все из нижеследующих условий:
- (i) получателями должны быть граждане страны, чей правомочный орган выдал лицензию, либо организации, объединяющие таких граждан;
  - (ii) экземпляры должны использоваться только в образовательных и научно-исследовательских целях;
  - (iii) рассылка экземпляров и их последующее распространение среди получателей не должно преследовать коммерческих целей; и
  - (iv) страна, в которую направляются экземпляры произведения, должна разрешить их получение или распространение, или и то и другое, стране, чей компетентный орган выдал лицензию, и Генеральный директор должен быть уведомлен о таком соглашении правительством страны, в которой была выдана лицензия.
- (5) Все экземпляры, опубликованные по лицензии, выданной в силу статьи II или статьи III, имеют уведомление на соответствующем языке, указывающее, что экземпляры подлежат распространению только в стране или на территории, на которую распространяется данная лицензия.
- (6) (a) На национальном уровне предпринимаются все необходимые меры для обеспечения:
- (i) того, чтобы лицензия предусматривала выплату справедливой компенсации в пользу лица, обладающего правом на перевод или, соответственно, на воспроизведение, соответствующей нормам гонораров, обычно применяемых в отношении лицензий при свободных переговорах между лицами в двух соответствующих странах; и
  - (ii) уплаты и перевода компенсации: если имеют место особые национальные валютные правила, компетентные власти предпринимают все усилия, для того чтобы при помощи международного механизма обеспечить перевод компенсации в конвертируемой валюте или ее эквиваленте.

**(b) Необходимые меры предпринимаются национальным законодательством для обеспечения правильного перевода или, соответственно, точного воспроизведения определенного издания.**

*Предварительные формальности*

БК/А-IV.1. Если соблюдены условия, изложенные в статьях II и III Дополнительного раздела для получения лицензии на перевод или воспроизведение, заявитель должен выполнить определенные предварительные формальности, заключающиеся в попытке обратиться к лицу, обладающему правом, и получить его разрешение.

БК/А-IV.2. В соответствии с пунктом (1) статьи IV, для получения лицензии заявитель на лицензию должен доказать, что он предпринял все усилия, чтобы обратиться к правообладателю и получить его разрешение или на подготовку и публикацию перевода произведения, или на воспроизведение и выпуск в свет издания. В то же время он должен проинформировать о своем заявлении любой национальный или международный информационный центр авторского права согласно положениям пункта (2). Лицензия выдается только в том случае, если поиск остался тщетным или если правообладатель отказался выдать такое разрешение.

БК/А-IV.3. Хотя в тексте Дополнительного раздела ясно не указывается, на Дипломатической конференции было понято, что в заявлении о выдаче разрешения, адресованном правообладателю, должно быть указано, что в случае отказа в выдаче разрешения отказ может служить основанием, в зависимости от случая, для истребования принудительной лицензии на перевод или воспроизведение.<sup>106</sup>

*Официальное уведомление о невозможности обратиться к лицу, обладающему правом на перевод или воспроизведение*

БК/А-IV.4. Пункт (2) статьи IV предусматривает, что при невозможности установить правообладателя заявитель на лицензию направляет заказной авиапочтой копии своего заявления на получение лицензии (i) издателю, фамилия которого указана в произведении, и (ii) любому национальному или международному центру, который может быть указан как таковой правительством страны, в которой, по всей видимости, находится основное учреждение издателя.

*Запрет на экспорт*

БК/А-IV.5. Как в отношении лицензии на перевод, так и лицензии на воспроизведение пункты (4)(a) и (5) статьи IV предусматривают, что такие лицензии действительны только для выпуска в свет в пределах страны, где испрашивалась лицензия, и что экспорт экземпляров переведенного или воспроизведенного произведения строго запрещен. Кроме того, каждый выпущенный экземпляр должен иметь уведомление на соответствующем языке, указывающее, что экземпляры подлежат распространению только в стране, в которой выдана лицензия.

БК/А-IV.6. Согласно пункту (4)(c) запрет на экспорт отменяется в случае лицензии на перевод, если государственная или иная организация страны, выдавшей лицензию, направляет экземпляры перевода в другую страну, однако только (i) если перевод не осуществлен на английский, испанский или французский язык; (ii) получателями являются граждане страны, выдавшей лицензию, либо организации, объединяющие таких граждан; (iii) если экземпляры должны использоваться только в образовательных и научно-исследовательских целях; (iv) если их рассылка не преследует коммерческих целей; и (v) страна, в которую направляются экземпляры, разрешает получение, распространение или и то и другое стране, чей полномочный орган выдал лицензию, и Генеральный директор ВОИС уведомлен о таком соглашении правительством страны, в которой была выдана лицензия.

*Печатание в других странах*

БК/А-IV.7. Как указывается в отчете Парижской дипломатической конференции 1971 года, печатание может осуществляться за пределами национальной территории в случаях, если существуют нижеследующие обстоятельства:

- страна, выдающая лицензию, не владеет на ее территории средствами печати или воспроизведения, или в случае наличия таких средств, они не способны по экономическим или практическим причинам осуществлять воспроизведение экземпляров;
- страна, в которой осуществляется воспроизведение, является также страной Бернского союза;
- все воспроизведенные экземпляры направляются владельцу лицензии в одной или нескольких партиях, распространяемых исключительно в стране этого владельца, и таковы условия договора между лицензиатом и предприятием, осуществляющим воспроизведение произведения, в котором также предусматривается, что это предприятие гарантирует, что воспроизведение произведения является законным в стране, в которой оно создано;
- лицензиат не поручает работу по воспроизведению предприятию, созданному специально для воспроизведения экземпляров произведений, для чего лицензия была выдана согласно статьям II и III Дополнительного раздела; и
- все воспроизведенные экземпляры имеют уведомление в соответствии со статьей IV(5).<sup>107</sup>

#### *Компенсация лицу, обладающему правом на перевод или воспроизведение*

БК/А-IV.8. Согласно пункту (б)(а)(i) статьи IV необходимо обеспечивать, чтобы лицензия предусматривала выплату справедливой компенсации в пользу лица, обладающего правом на перевод или, соответственно, на воспроизведение, «соответствующей нормам гонораров, обычно применяемых в отношении лицензий при свободных переговорах». Это положение устанавливает не более чем общие принципы, и сохраняет за развивающейся страной право предпринимать такие меры (законодательные, административные, распорядительные или иные), какие она считает необходимыми, чтобы обеспечить соответствие компенсации, выплачиваемой лицу, обладающему правом на перевод или воспроизведение, той компенсации, которая выплачивается в рамках согласованных договоров.

БК/А-IV.9. Пункт (б)(а)(ii) предписывает, чтобы на национальном уровне были разработаны положения, обеспечивающие перевод компенсации, причитающейся правообладателю. Если, вследствие валютных правил, лицензиат не в состоянии перевести компенсацию лицу, обладающему правом на перевод или воспроизведение, от компетентных властей требуется предпринять все усилия, чтобы при помощи международного механизма обеспечить перевод компенсации в конвертируемой в международном плане валюте или ее эквиваленте.

## **СТАТЬЯ V**

*[Альтернативная возможность для ограничения права на перевод: 1. Процедура, предусмотренная в актах 1886 и 1896 годов; 2. Отсутствие возможности изменения процедуры согласно статье II; 3. Срок для выбора альтернативной возможности]*

- (1) (a) Любая страна, имеющая право сделать заявление, что она воспользуется льготой, предусмотренной в статье II, может вместо этого во время ратификации настоящего Акта или присоединения к нему:
  - (i) если она является страной, к которой применяется статья 30(2)(а), сделать заявление согласно этому положению в отношении права на перевод;
  - (ii) если она является страной, к которой статья 30(2)(а) не применяется, и даже если она не является страной, не входящей в Союз, сделать заявление, как это предусмотрено в первой фразе статьи 30(2)(b).
- (b) Если страна перестает считаться развивающейся страной, как это предусмотрено статьей I(1), заявление, сделанное в соответствии с настоящим пунктом, продолжает действовать до даты истечения срока, применимого в соответствии со статьей I(3).

- (с) Любая страна, которая сделала заявление согласно настоящему пункту, не может в дальнейшем воспользоваться льготой, предусмотренной в статье II, даже если она отзовет указанное заявление.
- (2) С учетом пункта (3) любая страна, которая воспользовалась льготой, предусмотренной в статье II, не может в дальнейшем сделать заявление согласно пункту (1).
- (3) Любая страна, которая перестала считаться развивающейся страной, как это предусмотрено статьей I(1), может не позднее чем за два года до истечения периода, применимого согласно статье I(3), сделать заявление в целях, предусмотренных в статье 30(2)(b), первая фраза, несмотря на то, что она не является страной, не входящей в Союз. Такое заявление вступает в силу на дату, когда истекает срок, применимый согласно статье I(3).

БК/А-V.1. Положения данной статьи уже упоминались выше в пункте БК/А-I.5; в данном случае они не требуют никаких дополнительных специальных комментариев.

## **СТАТЬЯ VI**

*[Возможности применения или допуска применения некоторых положений Дополнительного раздела до момента, когда страны становятся связанными им: 1. Заявление; 2. Депонирование и дата вступления в силу заявления]*

- (1) Любая страна Союза может заявить, начиная с даты настоящего Акта и в любое время до того, когда она будет связана статьями с 1 по 21 и настоящим Дополнительным разделом:
- (i) если она является страной, которая, если бы она была связана статьями с 1 по 21 и настоящим Дополнительным разделом, имела право воспользоваться льготами, упомянутыми в статье I(1), что она будет применять положения статьи II или статьи III, или обеих этих статей к произведениям, страной происхождения которых является страна, которая согласно подпункту (ii), упомянутому ниже, допускает применение этих статей к таким произведениям, или которая является связанной статьями с 1 по 21 и настоящим Дополнительным разделом; такое заявление вместо ссылки на статью II может ссылаться на статью V;
  - (ii) что она допускает применение настоящего Дополнительного раздела к произведениям, страной происхождения которых она является, странами, которые сделали заявление согласно подпункту (i), упомянутому выше, или уведомление согласно статье I.
- (2) Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктом (1), должно быть сделано в письменной форме и депонировано у Генерального директора. Заявление вступает в силу с даты его депонирования.

БК/А-VI.1. Статья VI Дополнительного раздела содержит переходные положения, которые были уместными в основном в то время, когда Парижский акт 1971 года еще не вступил в силу. Данная статья не требует никаких специальных комментариев.

- 9 Это так, поскольку данное положение Конвенции начинается следующим образом: "Для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу и приложения. [...]" [курсив мой].
- 10 Преамбула к Конвенции до принятия Стокгольмского акта 1967 года была длиннее и более подробной, поскольку после принятия Брюссельского акта 1948 года в ней перечислялись страны (а после принятия Римского акта 1928 года даже главы государств стран-участниц), от имени которых данный акт был заключен, и после принятия Римского акта 1928 года - даже фамилии и звания полномочных представителей.
- 11 *Документы Международной конференции по охране литературных и художественных произведений, состоявшейся в Берне 8-19 сентября 1884 года*, Международное бюро, Берн, 1884 г., стр. 68.
- 12 Названия преамбулы и статей в квадратных скобках не являются частями текста Конвенции. Однако эти названия появляются в публикациях ВОИС, содержащих текст Конвенции (см., например, публикацию ВОИС No. 287(E)), для облегчения установления содержания статей. Они используются так же и в настоящем Руководстве.
- 13 Что касается этих причин, см. *Рикетсон*, стр. 144-154.
- 14 *Документы Конференции, состоявшейся в Брюсселе 5-26 июня 1948 года*, Международное бюро, Берн, 1851 г., (далее: *Документы Брюссельской конференции 1948 года*), стр. 94.
- 15 *Документы Берлинской конференции 1908 года*, Международное бюро, Берн, 1909 г., стр. 232.
- 16 *Документы Стокгольмской конференции по интеллектуальной собственности, 11-14 июня 1967 года*, ВОИС, 1971 г. (далее: *Документы Стокгольмской конференции 1967 года*), стр. 1179, пункт 287.
- 17 *Там же*, пункт 288.
- 18 *Там же*, стр. 1155, пункт 146.
- 19 *Там же*, стр. 1156, пункт 148.
- 20 См., например, Вильгельм Нордемманн, Кай Винк, Поль В. Хертин, Джеральд Майер: *Международное авторское право и смежные права*, VCH Verlagsgesellschaft, Weinheim, 1990 (далее: Нордемманн и др.), стр. 54-55: "Значение статьи 2bis, пункт 1, заключалось, как вновь следует из пункта 3, не в полной потере охраны политических речей и речей, произнесенных в ходе судебных процессов, а просто в праве их использования во всех областях, за исключением... в публикации сборника. Поэтому авторско-правовая охрана, в основном, не изымается. Никто не может вообразить, чтобы правительства, представленные в Риме, Брюсселе и Стокгольме, если бы они знали о проблеме, отказали ли бы политикам и юристам всех народов в правах, вытекающих из статьи 6bis; тем самым отказывая им в признании их авторство и разрешая, чтобы их публичные заявления фальсифицировались и искажались по вкусу кого бы то ни было, игнорируя честь и репутацию отдельных лиц, подвергшихся такому воздействию".
- 21 См. *Документы Стокгольмской конференции 1967 года*, стр. 841, пункт 514: "Председатель посчитал, что в отношении произведения, выпущенного в свет, не будет никакой трудности, если первый выпуск в свет происходит в стране Союза. В противном случае автору пришлось бы быть гражданином страны Союза во время выпуска в свет". (Курсив мой). Это руководство уместно, даже если после этого разъяснения Директор БИРПИ (организации - предшественницы ВОИС) указал [как в отношении любых других положений Конвенции], что толкование текста Конвенции передается на рассмотрение стран и особенно национальных судебных властей (а не БИРПИ).
- 22 *Там же*, стр. 1136-1137, пункт 29: "Был поднят вопрос относительно того, когда местожительство должно стать критерием для охраны, так как автор может время от времени менять свое местожительство. Этот вопрос должен регулироваться судами в стране, в которой истребуется охрана. Однако, существует вероятность, что решающей датой будет дата, когда произведение, не будучи выпущенным в свет, было впервые сообщено для всеобщего сведения. Если на эту дату автор имел местожительство в стране Союза, ему предоставляется охрана в отношении его произведения в соответствии с Конвенцией. Если произведение было впервые сообщено для всеобщего сведения неуправомоченным лицом, автор может истребовать защиту от этого неуправомоченного лица, если он имеет свое местожительство в стране Союза на эту дату".
- 23 *Документы Стокгольмской конференции 1967 года*, стр. 1139, пункт 50.
- 24 *Документы Дипломатической конференции по некоторым вопросам авторского права и смежных прав, Женева, 1996 год*, ВОИС, 1998 г. (далее: *Документы Женевской конференции 1996 года*), стр. 179 и 181. Стоит также обратиться к причинам этих предложенных положений, представленных в примечаниях к статье 3 (*Там же*, стр. 176 и 178):

"3.05. Действительно, положения статьи 3(3) Бернской конвенции могут применяться достаточно удовлетворительно к новым формам электронных публикаций. Основное требование статьи 3(3) заключается в наличии экземпляров, достаточных для удовлетворения разумных потребностей публики. Электронная публикация в компьютерной сети может легко удовлетворить это требование. В открытой сетевой среде любой представитель публики может иметь доступ к экземплярам, которые могут быть загружены в память его компьютера. В отношении доступа, конечно, могут применяться различные технические и коммерческие условия.

"3.06. Вывод, приведенный выше, находит дополнительное подтверждение в другом условии того же положения Бернской конвенции, в соответствии с которым "выпущенные в свет произведения" означают произведения... вне зависимости от способа изготовления экземпляров". При традиционной публикации экземпляры сначала изготавливаются, а затем распространяются. При электронной публикации посредством сетей экземпляры изготавливаются у получателя информации после акта распространения. "Средство изготовления" в первом случае представляет собой местное производство, а в последнем случае - "теле воспроизведение". Ничто не препятствует толкованию статьи 3 Бернской конвенции включить децентрализованное изготовление экземпляров посредством сетей связи.

"3.07. Значение этих положений стало центральным для вопроса относительно того, должна ли и каким образом должна Бернская конвенция продолжить охрану произведений в новой цифровой среде. В той мере, в какой любые страны могут в настоящее время иметь различные мнения о значении этих положений, несомненно, существуют обоснованные причины потребовать, чтобы все Договаривающиеся стороны толковали и применяли эти положения единообразно. Вот почему, в целях исключения любой неопределенности, предлагается, что толкование, представленное [...] выше, должно подтверждаться ясным положением в предлагаемом Договоре.

"3.08. После принятия этого толкования выпущенных в свет произведений возникает еще один существенный вопрос: Что такое место выпуска в свет? Существуют два возможных ответа. Местом выпуска в свет может быть любое место, где имеются экземпляры; это место может включать все страны мира одновременно. С другой стороны, местом выпуска в свет можно считать местонахождение "источника" произведения. Существует хорошее основание для принятия последнего толкования. Определение места выпуска в свет в традиционных рамках - это признание того, что в этой местности осуществляется определенная практическая и экономическая деятельность, и это же самое верно в рамках электронного выпуска в свет: продукт усилий автора, хотя он доступен везде, расположен только в одном месте.

"3.09. Однако если бы произведение считалось выпущенным в свет во всех странах, где имеются его экземпляры, произошли бы многие непредусмотренные последствия. Все произведения, выпущенные в свет электронными средствами по сетям в странах, находящихся за пределами Бернского союза, можно было бы считать выпущенными в свет в каждой стране Союза. Поэтому страны Союза были бы обязаны предоставлять охрану этим произведениям даже в отсутствие охраны в отношении их собственных произведений. При применении правила Бернской конвенции о сравнении сроков охраны одновременный выпуск в свет во всех странах Союза привел бы к проблематичным результатам. В случае одновременного выпуска в свет в нескольких странах Союза страна происхождения считается страной, чье законодательство предоставляет самый короткий срок охраны. Этот факт свет бы срок охраны произведений, выпущенных в свет электронными средствами, к самому короткому сроку, существующему где-либо в Союзе.

- 25 Там же, стр. 681.
- 26 Там же, стр. 1179-1180, пункт 289.
- 27 Там же, стр. 1141, пункт 63.
- 28 См. Генри Дебуа, Андре Франсон, Андре Кереве: "Международные конвенции по авторскому праву и смежным правам", Далос, Париж, 1976 г. (далее: Дебуа и др.), (стр. 152), где высказывается такое мнение: "Использование авторского права не соотносится с его определением. Так, например, установление срока действия договора или форма авторского вознаграждения не определяется законодательством страны, в которой истребуется охрана: это определяется сторонами договора, в ясно выраженной форме или нет, а также законодательством, которое их устраивает, при условии, что выполнение данного договора действительно имеет место быть в той стране, законодательство которой они выбрали."
- 29 Документы Брюссельской конференции 1948 года, стр. 97-98.
- 30 Документы Стокгольмской конференции 1967 года, стр. 1165, пункт 205.
- 31 Документы Брюссельской конференции 1948 года, стр. 230-233.
- 32 Там же, стр. 232.
- 33 Там же, стр. 234-235.
- 34 Там же, стр. 233.
- 35 Статья 13(i) предусматривает исключительное право разрешать "запись [музыкальных] произведений с помощью инструментов, способных воспроизводить их механически", а статья 14(1)(i) предоставляет, *inter alia*, исключительное право разрешать кинематографическое воспроизведение. Эти положения ни в коем случае не могут разумно толковаться иначе, чем таким образом, что они просто разъясняют применение общего правила воспроизведения в этих особых случаях. На самом деле эти положения дополнительно подчеркнули и подтвердили обязательство предоставлять такое право, поскольку любой участник Брюссельской конференции по пересмотру, а также любое лицо, обладавшее в то время знаниями в области авторского права, могли бы найти просто смехотворным любую позицию, в соответствии с которой страны Бернского союза имели обязательство предоставлять охрану воспроизведению в отношении механического воспроизведения музыкальных произведений и кинематографического воспроизведения произведений, но не имели ясного обязательства предоставлять такое право, например, в отношении воспроизведения книг и других письменных произведения путем печатания, просто потому что Конвенция не содержала ясно выраженного положения о применении права на воспроизведение для таких традиционных форм воспроизведения.
- 36 См. Документы Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру, стр. 851, пункт 643.1.
- 37 Там же, стр. 683, документ S/38.
- 38 Там же, стр. 851, пункт 645.
- 39 Там же, стр. 851-852, пункты 643.1 и 649.
- 40 Там же, стр. 852, пункт 652.
- 41 Там же, стр. 853, пункт 662.
- 42 Там же, стр. 852, пункт 648.1.
- 43 Там же, стр. 852-853, пункт 661.
- 44 Там же, стр. 1145-1146, пункт 85.
- 45 Рикетсон, например, высказывается об этом следующим образом: "Во-первых, рассматриваемое использование должно касаться совершенно конкретной цели: изъятие широкого типа было бы неоправданным. Во-вторых, вокруг этой цели должно быть нечто 'особое', в данном случае 'особое' означает, что оно оправдано некоей ясной причиной государственной политики или некоторыми исключительными обстоятельствами" (см. Рикетсон, стр. 482).
- 46 Документы Стокгольмской конференции 1967 года, стр. 111.
- 47 Там же, стр. 112.
- 48 Там же
- 49 Там же
- 50 Новый краткий Оксфордский словарь (Оксфорд, 1993 г.), стр. 1563.
- 51 Документы Стокгольмской конференции 1967 года, стр. 113.
- 52 Там же, стр. 687.
- 53 Там же, стр. 111.
- 54 Там же, стр. 1145, пункт 84.
- 55 Там же, стр. 883.
- 56 Протоколы 2-ой Международной конференции по вопросам охраны литературных и художественных произведений, состоявшейся в Берне 7-18 сентября 1885 года, Международное бюро, Берн, 1885 год (далее: Документы Бернской конференции 1885 года), стр. 47.
- 57 Следует отметить, что Директивой информационного общества Европейского сообщества также не предусмотрено исключение к цитатам обязательным порядком. Согласно статье 5.3.d) государства-члены "могут" вводить такое исключение.
- 58 Во время подготовительной работы до начала Стокгольмской конференции 1967 года по пересмотру и на ее заседаниях обсуждались некоторые проекты текстов и предложений, в которых необходимо было определить цели второго уровня этого свободного использования. Эти тексты ссылались на научные, критические, информационные или образовательные цели, юридические, политические и развлекательные цели, либо цель "художественного эффекта" (см. документы конференции по пересмотру, стр. 116-117 и 860-861). Однако эти тексты не были приняты, и это представляется правильным решением Дипломатической конференции. Это кажется так потому, что эти "цели" второго уровня едва ли смогли содействовать соответствующему определению степени "оправданного целью"; скорее наборот, они могли ввести в заблуждение. Они могли ввести в заблуждение, если бы понималось всерьез, что *целями* цитирования могли быть просто "информация", "образование" или "развлечение". Очевидно, что эти области не охватываются непосредственными целями цитирования. Просто они являются наиболее типичными областями, в которых цитаты используются в обычных, типичных целях цитирования.
- 59 Документы Бернской конференции 1885 года, стр. 84.
- 60 См. Документы Стокгольмской конференции 1967 года, стр. 885.
- 61 Там же, стр. 1148.
- 62 Рикетсон, стр. 498.
- 63 Документы Брюссельской конференции 1948 года, стр. 100.
- 64 Там же
- 65 Документы Стокгольмской конференции 1967 года, стр. 118.
- 66 Там же, стр. 118-119
- 67 Там же, стр. 119.
- 68 Там же, стр. 118.

- 69 Там же, стр. 119.
- 70 См. Дебуа и др., стр. 201; Рикетсон, стр. 509.
- 71 См. Документы Брюссельской конференции 1948 года, стр. 100.
- 72 Документы Брюссельской конференции 1948 года, стр. 100.
- 73 Перевод этого текста взят из публикации ВОИС, озаглавленной "Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений с 1886 по 1986 гг." Женева, ВОИС, 1986 г., стр.191.
- 74 Документы Брюссельской конференции 1948 года, стр. 263-264.
- 75 Документы Стокгольмской конференции 1967 года, стр. 924.
- 76 Там же, 1166, пункт 210.
- 77 Документы Брюссельской конференции 1948 года, стр. 264
- 78 См. Документы Брюссельской конференции 1948 года, стр. 114, а также стр. 286-287.
- 79 Документ СЕ/МРС/III/2, стр. 26, пункт 107.
- 80 Там же, стр. 23.
- 81 Согласно статье 1.2(а) Директивы "для целей данной Директивы 'сообщение для всеобщего сведения с помощью спутника' означает акт распределения, под контролем и при ответственности организации эфирного вещания, сигналов, несущих программы, предназначенных для приема широкой аудиторией, в непрерывную цепь сообщений, ведущую к спутнику и обратно в направлении Земли". Этим определением Директива признает, что "сообщение для всеобщего сведения" представляет собой процесс, который завершается только в конце стадии связи «спутник – Земля», когда программа становится доступной для широкой аудитории, для которой она предназначена. В отношении этого определения статью 1.2(б) можно рассматривать как применение (законного) метода юридической фикции, и ее цель однозначно направлена на решение вопроса международного частного права и на установления правила выбора применяемой правовой нормы. Она гласит следующее: "Акт сообщения для всеобщего сведения с помощью спутника происходит исключительно в государстве-члене, в котором под контролем и при ответственности организации эфирного вещания сигналы, несущие программы, распределяются в непрерывную цепь сообщений, ведущую к спутнику и обратно в направлении Земли". Это – юридическая фикция, поскольку акт сообщения для всеобщего сведения еще не завершается в момент, указанный в этом положении; это только самое начало процесса сообщения, и поэтому нельзя сказать, что этот акт равнозначен этому сложному процессу; "сообщение для всеобщего сведения" завершается только тогда, когда сигналы доступны для приема широкой аудиторией в конце стадии связи «спутник – Земля».
- 82 Это следует из юридической фикции, применимой в статье 1.2(б), как цитировалось в предыдущей сноске.
- 83 Статья 1.2(d) Директивы предусматривает следующее: "В случае, когда акт сообщения для всеобщего сведения происходит в государстве, не являющемся членом Сообщества, которое не предоставляет уровень охраны, предусмотренный в соответствии с главой II, (i) если сигналы, несущие программы, передаются на спутник со станции линии связи «Земля – спутник», расположенной в любом государстве-члене, этот акт сообщения для всеобщего сведения считается состоявшимся в этом государстве-члене, и права, предоставляемые согласно главе II, осуществляются в пользу лица, управляющего работой станции линии связи «Земля – спутник»; или (ii), если станция линии связи «Земля – спутник», расположенная в любом государстве-члене не используется, однако организация эфирного вещания, созданная в любом государстве-члене, совершила акт сообщения для всеобщего сведения с помощью спутника, этот акт считается состоявшимся в государстве-члене, в котором организация эфирного вещания имеет свою основную штаб-квартиру в Сообществе, и права, предоставляемые согласно главе II, осуществляются в пользу этой организации эфирного вещания. "Эти положения аналогичны по своему ("каскадному") характеру альтернативным критериям для определения применяемой правовой нормы согласно "теории сообщения", разработанной Международным бюро ВОИС.
- 84 Статьи 2 и 3 Директивы также исключают применение принудительных лицензий для спутникового вещания.
- 85 См. статью 7.3 Директивы.
- 86 Документы Римской конференции 1928 года, стр. 183.
- 87 Там же
- 88 Там же
- 89 Там же, стр. 210.
- 90 См. Документы Брюссельской конференции 1948 года, стр. 270
- 91 Относительно комментариев в подтверждение этого см. Нордемманн и др., 128, Рикетсон, стр.520.
- 92 Документы Брюссельской конференции 1948 года, стр. 270.
- 93 Там же, стр. 284.
- 94 Когда бы термин "кинематографические произведения" не использовался в комментариях к статьям 14 и 14bis Конвенции, то, если не указано иное, он означает то, что указано в статье 2.1 Конвенции как "кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии", то есть, аудиовизуальные произведения вообще.
- 95 Следует отметить, что в подготовительном документе, представленном к третьей сессии (июнь 1993 г.) Комитета Бернского протокола, выработавшего то, что позднее стало договором ДАП, отмечалось толкование, указанное в предыдущих пунктах выше (см. документ ВСР/СЕ/II, пункты 13-20). Мнения делегаций разделились относительно того, можно ли было основывать признание права на распространение на таком простом толковании Бернской конвенции, которое указывается выше, но в то же время – как указание на то, что явное признание такого права не представляло собой вопрос, имеющий истинно важное значение – делегации, несколько не колеблясь, поддержали признание такого права. Действительным вопросом был и остался вопрос об исчерпании – в частности, территориальном действии исчерпания – этого права, - вопрос, который оказался столь опасным, что по нему не удалось достигнуть соглашения, и он был оставлен – согласно статье 6(2) ДАП (и статей 8 и 12 ДИО) – на усмотрение национального законодательства. (В отношении дискуссии по этим вопросам на 3-й сессии Комитета Бернского протокола см. документ ВСР/СЕ/III/3.)
- 96 В соответствии с Директивой Совета Европейских сообществ 92/100/ЕЕС от ноября 1992 года была введена специальная система, касающаяся права на аренду и права на предоставление ссуды, а также определенных прав, смежных с авторским правом в области интеллектуальной собственности ("Директива в отношении права на аренду и смежных прав"). Данная Директива предусматривает права "продюсеров первого фиксирования кинофильма" и она упоминает эти права среди смежных прав. Однако следует отметить, что в случае, если кинофильм определяется в качестве кинематографического произведения (выражение "кинематографическое произведение" также означает любое другое аудиовизуальное произведение), его первое фиксирование является ничем другим, как только самим кинематографическим произведением. Поскольку согласно статье 2 Директивы отдельные создатели кинематографического произведения признаются в качестве первоначальных владельцев прав на такое произведение, это означает, что в соответствии с *acquis communautaire*, и авторы, и режиссеры-постановщики являются первоначальными владельцами прав на кинематографические произведения.
- 97 Документы Стокгольмской конференции 1967 года, стр. 691, документ S/73.
- 98 Там же
- 99 Документы Стокгольмской конференции 1967 года, стр. 1174-1175, пункт 262.
- 100 Там же, стр. 1175, пункт 263.
- 101 Там же, стр. 1175, пункт 263.

- 102 В отношении таких временных положений и переходных мер Конвенция не устанавливает какой-либо предельный срок; тем не менее, представляется, что такие положения и меры не должны применяться в любом случае на срок свыше двух лет со времени вступления Конвенции в силу. В известном смысле, этот двухгодичный срок, будучи максимально допустимым в отношении "временных мер" и "переходных мер", подтверждается в ясной форме статьей 13(2) Парижского акта (1971 г.) Конвенции, которая гласит следующее: "Записи музыкальных произведений, изготовленные в стране Союза в соответствии со статьей 13(3) Конвенции, заключенной в Риме 2 июня 1928 года и в Брюсселе 26 июня 1948 года, могут воспроизводиться в этой стране без разрешения автора музыкального произведения до истечения *двух лет с момента, когда эта страна становится связанной настоящим Актом.*" (Курсив мой).
- 103 См. Авторское право, прежнее ежемесячное обозрение ВОИС, выпуск за апрель 1983 г., стр. 123-135.
- 104 "Документы Дипломатической конференции по пересмотру Бернской конвенции (Париж, 5 - 24 июля 1971 г.), воспроизведены в "Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений с 1886 по 1968 гг.", публикация ВОИС, Женева, 1986 г., (далее: Документы Парижской конференции 1971 года - в "книге В"), стр. 221-222, пункт 27.
- 105 Документы Парижской конференции 1971 года - в "книге В", стр. 222, пункт 29.
- 106 Документы Парижской конференции 1971 года - в "книге В", стр. 222, пункт 37.
- 107 Документы Парижской конференции 1971 года - в "книге В", стр. 222f, пункт 40.

# РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНВЕНЦИИ ОБ ОХРАНЕ ПРАВ ИСПОЛНИТЕЛЕЙ, ПРОИЗВОДИТЕЛЕЙ ФОНОГРАММ И ВЕЩАТЕЛЬНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ (РИМСКАЯ КОНВЕНЦИЯ, 1961 г.)

---

## [ПРЕАМБУЛА] <sup>108</sup>

Договаривающиеся государства, побуждаемые желанием охранять права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций,

согласились о нижеследующем:

*«Желание охранять ... права»*

РК-Преамбула 1. Преамбула «Международной конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций» или обычно называемой «Римской конвенцией» по месту ее принятия, содержит элемент, который имеет сходство с первым и единственным существенным параграфом Преамбулы Бернской конвенции.<sup>109</sup> Преамбула называет причину, по которой Договаривающиеся государства приняли указанные конвенции, то есть «желание охранять ... права»

*Права, подлежащие охране; правовая природа «смежных прав»*

РК-Преамбула 2. Две указанные преамбулы, разумеется, отличаются субъектами права, на которые распространяется охрана. Преамбула Бернской конвенции говорит о «правах авторов на их литературные и художественные произведения», в то время как в преамбуле Римской конвенции говорится о «правах исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций». Преамбула Бернской конвенции представляется более точной, поскольку она также разъясняет, что Конвенция охраняет не любые права авторов, а только те, которые предоставляются в отношении их литературных и художественных произведений. Однако из текста Римской конвенции ясно, что «права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций» также не являются любыми правами, но только такими правами, которые предоставляются исполнителям в отношении их исполнений, производителям фонограмм в отношении их фонограмм, а вещательным организациям в отношении их передач.

РК- Преамбула 3. «Права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций» обычно в совокупности называют «родственными» или «смежными» правами<sup>110</sup>. Указанные термины имеют то преимущество, что они более короткие. В то же время они указывают на взаимосвязь данных прав с авторским правом («правами авторов на литературные и художественные произведения»), поскольку их полным значением являются «права, родственные авторскому праву» и «права, смежные с авторским правом».

РК- Преамбула 4. Права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций не зависят от прав авторов литературных и художественных произведений, поскольку объекты этих прав различны: не сами произведения, а исполнения, фонограммы и передачи. То, что исполняется, часто является произведениями, то, что включается в фонограммы, часто является исполнениями произведений, а то, что передается, часто является аудиовизуальными произведениями и исполнениями других произведений, однако это не меняет независимой природы этих прав. Нельзя сказать, что общей чертой смежных прав является обязательно то, что они предоставляются тем, кто участвует в распространении охраняемых произведений. Этого нельзя сказать потому, что охраняются также исполнения, которые включают не только исполнения произведений, но нечто еще иное,<sup>111</sup> аналогично, охраняются фонограммы, которые воплощают записи не только исполнений произведений, но нечто еще иного,<sup>112</sup> аналогично, передачи, которые охраняются, включают не только произведения или исполнения произведений, но нечто еще иное.<sup>113</sup>

РК- Преамбула 5. Объяснение причин принятия указанных терминов может быть частично найдено в том, каким образом возникли эти права на национальном и международном уровнях. В странах, придерживающихся общего права, объекты «смежных прав» или, по крайней мере, некоторые из них охранялись, а в некоторых случаях все еще охраняются авторским правом, а не специальным законом «о смежных правах». Аналогично на ранних этапах пересмотра Бернской конвенции обсуждались предложения, хотя они и не были приняты, о предоставлении охраны в соответствии с авторским правом для некоторых объектов, которые в настоящее

134 время относятся к смежным правам. То есть, эти права мыслились уже тогда как связанные или смежные с авторским правом. Однако существует еще один существенный аспект, почему эти права и авторское право имеют ряд общих черт: (i) субъекты прав для обеих категорий являются люди или их корпоративные объединения; (ii) объекты смежных прав образованы из тех же самых элементов, что литературные и художественные произведения, а именно слов, символов, звуков и образов или сочетаний из них; (iii) причины, которые оправдывают предоставление прав относительно объектов смежных прав, те же самые, что и для объектов литературных и художественных произведений (копирование, доведение до всеобщего сведения и сообщение для всеобщего сведения должны быть предметом исключительных прав или, в определенных случаях по крайней мере, права на вознаграждение, поскольку без этого не будет соответствующих стимулов для создания новых произведений и производства новых объектов смежных прав); (iv) следовательно, аналогичные или схожие виды прав предоставляются в отношении указанных объектов.

РК- Преамбула 6. Римская конвенция не предписывает, должны ли права, предусмотренные в ней, предоставляться в качестве прав, отличных от авторских прав (то есть, в качестве особых прав *sui generis*). Договаривающиеся государства могут определять эти права в своем национальном законодательстве как часть авторского права при условии, что уровень охраны, обеспечиваемый ими, отвечает минимальным требованиям Римской конвенции.

РК- Преамбула 7. Тот факт, что Римская конвенция и соглашение ТРИПС предусматривают охрану только прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций в качестве смежных (или родственных прав) не означает, что не существует других прав, природа которых была бы такой же или аналогичной этим правам, исходя из критериев, рассмотренных в параграфе РК-Pr.5. По крайней мере, четыре категории других прав могут быть аналогичными в этой связи, а именно: права издателей в «типографских соглашениях» относительно их опубликованных изданий (которые признаются в некоторых странах, придерживающихся системы общего права), права «продюсеров первых фиксаций фильмов»,<sup>114</sup> права составителей баз данных,<sup>115</sup> а также права на фотографии, которые не подпадают под охрану авторских прав из-за отсутствия оригинальности.<sup>116</sup> Однако такие права не охватываются Римской конвенцией.

*Охрана – отсутствие «наиболее эффективными и единообразными способами»?*

РК- Преамбула 8. Несмотря на то, что преамбулы как Бернской конвенции, так и Римской конвенции содержат указание на «желание охранять... права» в качестве своей цели, права, подлежащие охране, как видно из обсуждения выше, различаются, однако существует еще одно различие между двумя преамбулами. А именно, в то время как в Бернской конвенции говорится о «желании обеспечить охрану прав авторов наиболее эффективными и единообразными способами» (курсив мой), преамбула Римской конвенции просто говорит о «желании охранять права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций». Означает ли это, что авторы Римской конвенции не преследовали цели обеспечить охрану прав, предоставляемых Конвенцией, «наиболее эффективными и единообразными способами». Вряд ли. Объяснение в отношении более скромной цели, приведенной в преамбуле Римской конвенции, состоит в том, что эта скромность была оправданной и находилась в полном соответствии с характером усилий, предпринятых Дипломатической конференцией, которая приняла эту Конвенцию в Риме в 1961 году. Как упоминалось выше во Введении, Римская конвенция была «пионерной конвенцией» в том смысле, что на момент, когда она принималась, существовало очень небольшое число стран, предоставлявших охрану смежных прав указанным трем категориям субъектов согласно Конвенции. Конвенция зафиксировала довольно низкий уровень минимальной охраны и предусмотрела большое число возможных оговорок в отношении различных положений. Хотя можно сказать, что в то время это было единственно возможным и, что поэтому, охрану, предоставляемую Конвенцией, можно было бы охарактеризовать как «наиболее эффективной и единообразной» (поскольку такая возможность была очень мала), однако в тех обстоятельствах, очевидно, что такие хвалебные заявления относительно эффективности и единообразия были бы неуместными.

РК- Преамбула 9. Следует также добавить, что в настоящее время Римская конвенция едва ли может быть охарактеризована как Конвенция, обеспечивающая «наиболее эффективную и единообразную» охрану. Развитие законодательства на национальном уровне показало очевидность того, что более эффективная охрана возможна, а также необходима, чем это обеспечивается Конвенцией. Принятие ДИФ ясно показало, что в настоящее время существует шанс достичь более высокой степени единообразия.

## СТАТЬЯ 1

*[Гарантии в отношении авторского права]*

Охрана, предоставляемая настоящей Конвенцией, не затрагивает и не наносит никакого ущерба охране авторских прав на литературные и художественные произведения. Соответственно, ни одно из положений настоящей Конвенции не может быть истолковано как наносящее ущерб такой охране.

PK-1.1. Объекты охраны в соответствии с авторским правом, с одной стороны, и объекты охраны в соответствии со смежными правами, с другой стороны, различны, и, следовательно, авторское право и смежные права независимы друг от друга. Поэтому данное положение может рассматриваться как декларирование нечего очевидного и, следовательно, излишним. С тем чтобы понять причины, зачем подобное заявление было включено в Конвенцию необходимо рассмотреть, в какой исторической ситуации происходила подготовка и принятие конвенции.

PK-1.2. Проект Конвенции (так называемый Гаагский проект) уже содержал статью, предусматривающую, что охрана, предоставляемая в соответствии с Конвенцией, «не затрагивает и не наносит никакого ущерба охране прав авторов литературных и художественных произведений или иных владельцев авторского права» и что поэтому «ни одно положение данной Конвенции не может быть истолковано как наносящее ущерб такой охране». Как указано в отчете Дипломатической конференции 1961 года, значение данного положения состоит в том, что данная Конвенция не будет иметь никакого влияния на правовое положение владельцев авторского права, в то время как возможность влияния на экономические интересы является вопросом иного порядка.<sup>117</sup> Вряд ли следует удивляться, что некоторые делегации выразили мнение о том, что данное положение является ненужным, поскольку Конвенция, которая не касается прав авторов, не способна повлиять на них.<sup>118</sup>

PK-1.3. Другие делегации однако настаивали на необходимости включения этого положения, а делегации Франции и Италии даже предложили, чтобы это положение было дополнено заявлением о том, что охрана, предоставляемая в соответствии с данной Конвенцией, не только не затрагивает авторское право, но и не затрагивает «осуществление авторского права в отношении произведения исполненного, записанного или переданного в эфир» (курсив мой).<sup>119</sup> При обсуждении этого предложения некоторые делегации указали на то, что данное дополнение опасно, поскольку положения, требующие получения согласия исполнителя, производителя фонограмм или вещательной организации, могут быть истолкованы как «затрагивающие осуществление» авторских прав и, следовательно, положения, требующие получения согласия исполнителя, производителя фонограмм или вещательной организации, могут оказаться не имеющими силы. (В отчете Дипломатической конференции указывается на то, что, например, может утверждаться, что для воспроизведения фонограммы необходимо только разрешение автора записанной музыки, поскольку дополнительное требование о получении разрешения продюсера записи могло бы рассматриваться как «затрагивающее осуществление» авторского права композитора.) Несколько делегаций высказали мнение, что такой результат лишит Конвенцию какой-либо значимости вообще. В итоге, когда франко-итальянское предложение было поставлено на голосование, оно было отклонено, и был принят Гаагский текст с некоторыми модификациями, который стал статьей 1 данной Конвенции.<sup>120</sup>

PK-1.4. Если исходя из результатов приведенных дебатов по данному вопросу значение Статьи 1 Конвенции все еще остается неочевидным, достаточно сослаться на заявление разъясняющего характера, включенное в отчет, которое гласит следующее:

«Исходя из текста статьи 1, в том виде, в котором он был принят, следует, что всякий раз, когда в силу закона об авторском праве требуется разрешение автора на воспроизведение или иное использование его произведения, необходимость такого разрешения не затрагивается данной Конвенцией. Наоборот, когда в силу данной Конвенции требуется согласие исполнителя, записывающей или вещательной организации, необходимость получения такого согласия не отпадает из-за того, что требуется также разрешение автора.»<sup>121</sup> Это заявление подтверждает независимость авторского права и смежных прав друг от друга, как это было сказано выше в параграфе PK-Pr. 4.

РК-1.5. Следует отметить, что статья 1 Римской конвенции повторяется безо всякого изменения в статье 1(2) ДИФ. Женевская Дипломатическая конференция в 1996 году одобрила согласованное заявление относительно данного положения, которое подчеркивает также весьма четко, что было бы неправильно считать, что установление любого отношения превосходства или зависимости характеризовало бы взаимосвязь между авторским правом и смежными правами. Согласованное заявление, которое было принято единогласно, гласит: «Понимается, что статья 1(2) уточняет взаимосвязь между правами на фонограммы по настоящему Договору и авторским правом на произведения, воплощенные в фонограммах. В случаях, когда разрешение требуется как от автора произведения, воплощенного в фонограмме, так и от исполнителя или производителя, владеющего правами на фонограмму, необходимость в разрешении автора не отпадает, по причине того, что также требуется разрешение исполнителя или производителя, и наоборот».

## **СТАТЬЯ 2**

*[Охрана, предоставляемая Конвенцией]*

1. Для целей настоящей Конвенции национальный режим означает режим, предоставляемый внутренним законодательством Договаривающегося государства, в котором испрашивается охрана:
  - (a) исполнителям, являющимся его гражданами, в отношении осуществляемых на его территории исполнений, передачи в эфир или первой записи;
  - (b) производителям фонограмм, являющимся его гражданами или юридическими лицами, в отношении фонограмм, впервые записанных или впервые опубликованных на его территории;
  - (c) вещательным организациям, штаб-квартиры которых расположены на его территории, в отношении передач в эфир, осуществляемых с помощью передатчиков, расположенных на его территории.
2. Национальный режим предоставляется в отношении специально гарантированной охраны и ограничений, специально предусмотренных в настоящей Конвенции.

РК-2.1. Ранее в проекте Конвенции в рамках одной из статей рассматривались, с одной стороны, вопросы, касающиеся лиц, которым должна предоставляться охрана, а также обстоятельств, при которых эта охрана им предоставляется, и, с другой стороны, сущность и объем такой охраны. В отношении лиц, пользующихся охраной (бенефициариев), во-первых, говорилось, что Договаривающееся государство должно предоставлять такую охрану, если страна происхождения данного исполнения, фонограммы или вещания является также Договаривающимся государством, и, во-вторых, определялось, что понимается в каждом случае под «страной происхождения». Однако затем было принято решение сформулировать непосредственно (в статьях с 4 по 6), кому должна предоставляться охрана и в каких случаях; поэтому в самой Конвенции термин «страна происхождения» не используется. В статье 2 рассматривается только вопрос сущности и объема охраны.

РК-2.2. Статья 2 разъясняет, что структура охраны прав, предоставляемых Римской конвенцией, та же самая, что и в случае Бернской конвенции. Она состоит из двух элементов: во-первых, национального режима и, во-вторых, минимального уровня охраны, фиксируемого в Конвенции, который должен быть предоставлен независимо от режима охраны, которым пользуются граждане Договаривающегося государства.

РК-2.3. Существуют некоторые взгляды, в соответствии с которыми сущность национального режима, требуемого в соответствии с Римской конвенцией, отлична от сущности национального режима, предписываемого Бернской конвенцией. Однако текст статьи 2, взятый в совокупности с текстами протоколов Дипломатической конференции, проясняет этот вопрос очень четко, а именно, для всех существенных составляющих элементов обязательства по национальному режиму одни и те же. Параграф 1 данной статьи определяет национальный режим как «режим, предоставляемый внутренним законодательством Договаривающегося государства, в котором испрашивается охрана: (a) исполнителям, являющимся его гражданами, в отношении осуществляемых на его территории исполнений, передачи в эфир или первой записи; (b) производителям фонограмм, являющимся его гражданами или юридическими

лицами, в отношении фонограмм, впервые записанных или впервые опубликованных на его территории; (с) вещательным организациям, штаб-квартиры которых расположены на его территории, в отношении передач в эфир, осуществляемых с помощью передатчиков, расположенных на его территории.» По сути, это является тот же самый вид национального режима, предписываемый статьей 5(1) Бернской конвенции для стран Бернского союза: «права, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам».

Статья 2 Римской конвенции не подчеркивает, что национальный режим, предоставляемый Договаривающимися государствами, это режим, который они «предоставляют своим гражданам в настоящее время или могут предоставлять в дальнейшем». Однако это не означает, что национальный режим будет только таким, каким он предоставлялся на момент акта испрашивания охраны.

РК-2.4. Второй структурный элемент охраны, обеспечиваемый Римской конвенцией также совпадает по своей природе с соответствующим элементом Бернской конвенции. Параграф 2 статьи 2 Римской конвенции гласит: «Национальный режим предоставляется в отношении специально гарантированной охраны и ограничений, специально предусмотренных в настоящей Конвенции». «Специально гарантированная охрана и ограничения, специально предусмотренные в настоящей Конвенции» означают минимальный уровень охраны, фиксируемый данной Конвенцией. Национальный режим определяется указанным минимальным уровнем в том смысле, что независимо от того, какие права предоставляются своим гражданам, охрана, предоставляемая бенефициариям данной Конвенции, должна быть не ниже, чем предусмотренная Конвенцией. «Охрана, специально гарантированная» данной Конвенцией, должна быть предоставлена в любом случае, и охрана может быть ограничена возможными «ограничениями, специально предусмотренными» в данной Конвенции.

РК-2.5. Два элемента, содержащиеся в статье 2 Римской конвенции: (i) «режим, предоставляемый (своим гражданам) внутренним законодательством Договаривающегося государства, в котором испрашивается охрана (параграф 1); и (ii) «специально гарантированная охрана и ограничения, специально предусмотренные в настоящей Конвенции» (параграф 2) имеют то же самое значение и те же самые последствия, что два элемента в статье 5(1) Бернской конвенции: (i) «права, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам» и (ii) «а также права, особо предоставляемыми настоящей Конвенцией». Единственное различие состоит в том, что текст Римской конвенции более точно выражает то же самое по двум причинам: во-первых, очевидно, что с точки зрения минимальных обязательств в соответствии с каждой из конвенций не только права, специально предоставляемые, должны приниматься во внимание, но также возможности ограничения этих прав, разрешенные данной конвенцией; и, во-вторых, если какая-то страна предоставляет, по крайней мере, эти права своим собственным гражданам, которые аналогичны правам, специально предоставляемым в соответствии с данной конвенцией (то есть, предоставляет объем прав не меньше, чем должно быть предоставлено иностранцу согласно конвенции; а без сомнения, так обстоит дело в подавляющем большинстве стран) второй элемент «а также права, специально предоставляемые данной Конвенцией» теряет свое значение, поскольку отсутствуют какие-либо «экстра права» за рамками того, что охватывается национальным режимом. В то же самое время в Римской конвенции второй элемент положений, фиксирующих минимальный уровень предоставляемой охраны, всегда имеет смысл, поскольку всегда верно, что национальный режим обусловлен указанным минимальным уровнем.

РК-2.6. Приведенная интерпретация статьи 2 Римской конвенции полностью подтверждается следующими заявлениями, выражающими понимание и согласие Римской Дипломатической конференции 1961 года: «Выражаясь просто, национальный режим является режимом, который некоторое государство предоставляет в соответствии со своим национальным законодательством национальным исполнителям, фонограммам и передачам вещания... В ответ на предложение Бельгии... и Швейцарии... Конвенция также содержит положение, которое делает зависимым национальный режим от охраны, специально гарантированной данной Конвенцией. Это имеет ссылку на так называемый минимум охраны, особо предусмотренный в статьях 7, 10, 12 и 13, который Договаривающиеся стороны обязуются предоставлять за исключением разрешенных оговорок и исключений – даже в том случае, если они не предоставляют его для национальных исполнителей, фонограмм или передач вещания. Эта идея выражена в параграфе 2 статьи 2, которая также предусматривает, что национальный режим должен быть обусловлен ограничениями, специально предусмотренными в данной Конвенции. Например, согласно статье 16 Договаривающегося государства может отказать в предоставлении или ограничить права вторичного использования в отношении фонограмм (статья 12) независимо от того, предоставляет ли национальный закон такую охрану... В этой связи Чехословакия предложила..., чтобы

государство, которое предоставляет права иные, чем входящие в минимум, предусмотренный Конвенцией, не было бы обязано представлять их гражданам других государств, которые не предоставляют таких прав гражданам первого государства. Это предложение не было принято Конференцией.»<sup>122</sup>

РК-2.7. Как явствует из заявлений, приведенных в предшествующем параграфе, национальный режим согласно Римской конвенции может быть охарактеризован как более слабый, чем режим согласно Бернской конвенции, имея в виду особые случаи, когда Римская конвенция в своей статье 16.1(a)(iv) и (b) разрешает делать оговорки (приводящие к исключениям) в отношении применения национального режима в отношении некоторых прав. Таким образом, объем исключений в отношении обязательства предоставлять национальный режим является более широким согласно Римской конвенции, чем согласно Бернской конвенции (см. параграф ВС-5.3 выше). Однако это затрагивает лишь тот факт, что обе конвенции допускают возможность отказа в предоставлении национального режима только в тех случаях, которые оговорены исчерпывающим образом в исключениях, предусмотренных конвенциями.

## СТАТЬЯ 3

*[Дефиниции]*

Для целей настоящей Конвенции:

- (a) «исполнители» означают актеров, певцов, музыкантов, танцоров или других лиц, которые играют роль, поют, читают, декламируют, исполняют или каким-либо иным образом участвуют в исполнении литературных или художественных произведений;
- (b) «фонограмма» означает любую исключительно звуковую запись звуков исполнения или других звуков;
- (c) «производитель фонограмм» означает гражданин или юридическое лицо, которое первым записывает звуки исполнения или другие звуки;
- (d) «опубликование» означает предоставление публике экземпляров фонограммы в достаточном количестве;
- (e) «воспроизведение» означает изготовление одного или нескольких экземпляров записи;
- (f) «передача в эфир» означает передачу беспроводными средствами звуков или изображений и звуков для приема публикой;
- (g) «ретрансляция» означает одновременную передачу в эфир одной вещательной организацией передачи в эфир другой вещательной организации.

*Пункт (a): исполнители*

РК-3.1. Комментарии, добавленные в соответствующее определение «исполнителей» в Типовом (модельном) законе, принятом в 1974 году Межправительственным комитетом по реализации Римской конвенции, содержит полезное разъяснение: «При этом понимается, что в рамках Римской конвенции определение термина «исполнитель» является достаточно широким, включая лиц, которые исполняют для целей записи, нежели в присутствии публики, а также лиц, чьи исполнения объединяются позже путем технического редактирования или микширования с независимыми представлениями, исполненными в разное время и в разных местах другими исполнителями.»<sup>123</sup>

РК-3.2. Дипломатическая конференция пришла к согласию, что выражение «литературные и художественные произведения», используемое в определении «исполнители», а также в других положениях Конвенции, имеет такое же значение, какое

соответствующие слова имеют в Бернской конвенции и Всемирной конвенции об авторском праве, и в частности, они включают музыкальные, драматические и музыкально-драматические произведения».<sup>124</sup> Необязательно, чтобы исполненное произведение находилось под охраной, поскольку роль и вклад исполнителя могут быть такими же, как в случае, когда исполняемое произведение уже находится в общественном достоянии.

PK-3.3 Исполнители выражений фольклора не охватываются данным определением.<sup>125</sup> Это является недостатком, который, однако, смягчается положением статьи 9 данной Конвенции, согласно которой охрана, предусмотренная данной Конвенцией, может быть распространена на «артистов, которые не исполняют литературных или художественных произведений». Несмотря на то, что заголовок, под которым проходили дебаты относительно данной статьи, сформулирован в отчете о Дипломатической конференции как «Артисты эстрады»<sup>126</sup>, текст статьи 9 значительно шире и позволяет расширить охрану на артистов, которые исполняют выражения фольклора (которые по своей природе значительно ближе к литературным и художественным произведениям, чем многие постановки артистов эстрады). Правильность такой интерпретации подтверждается замечанием в отчете, согласно которому «имеется общее согласие, что артисты эстрады, не исполняющие произведения, относятся к числу тех, кто подпадает под действие статьи 9»,<sup>127</sup> что указывает на то, что статья 9 предназначена для охвата не только указанных артистов. Однако в силу официального текста Конвенции, в которой статьи не имеют заголовков, статья 9 сформулирована с помощью общих выражений, не содержащих ссылки на «артистов эстрады». Выше отмеченный недостаток определения в Римской конвенции был устранен в ДИФ, который в статье 2(а) расширяет определение «исполнителей», включив тех, кто исполняет выражения фольклора.

PK-3.4. В отчете Римской Дипломатической конференции 1961 года содержится своего рода согласованное заявление, которое, учитывая язык статьи 3(3), предлагает важное расширение в интерпретации данного определения. Оно гласит следующее: «Согласовано, что дирижеры, руководящие музыкантами и певцами, должны быть включены в определение «исполнителей». Действительно это так, поскольку отсутствует четкая база для интерпретации в тексте самой дефиниции. Сам дирижер, разумеется, не играет, не поет, не представляет,<sup>128</sup> не декламирует или играет в литературных или художественных произведениях. Действительно, более общая фраза «или иным способом исполняет» включена в статью, однако представляется, что она не имеет отношения к деятельности дирижера; ее значение, по-видимому, больше предполагает, что в дополнение к формам исполнений, перечисленным выше, могут существовать еще и иные схожие формы, которые включаются в данное определение. ДИФ устраняет также и этот недостаток в определении, включив в него в статье 2(а) глагол «интерпретировать».

PK-3.5. Во французской версии Конвенции используется более дифференцированное выражение «artistes interpretes ou exécutants». С одной стороны, представляется, что существуют такие артисты, которые не просто исполняют произведения, но также и интерпретируют их (исполняют их таким способом, который отражает их специфическое понимание произведения). К ним относятся, например, певцы, актеры или музыканты-солисты. В то же время с другой стороны, (если такой феномен существует вообще), возникает вопрос, а имеются ли такие исполнители, которые не добавляют своих характерных черт исполнению путем интерпретации произведения более или менее на свой манер? Если во французской версии текст, соответствующий значению «или иным способом исполняет» появился как «ou interprètent de toute autre manière» или даже как «ou interprètent ou exécutent de toute autre manière», то это могло послужить основой для признания того, что дирижеры также включены в определение, поскольку их деятельность ничто иное, как интерпретация произведения и достижение того, что все музыканты в оркестре или певцы в хоре исполняют данное произведение так, как они (дирижеры) его интерпретируют. Однако французская версия использует только выражение ou exécutent de toute autre manière, которое четко указывает на то, что в тексте имеется в виду - это действия, которые перечислены выше, а именно: исполнение, представление, декламация и игра, т.е. все то, что не является действиями, совершаемыми дирижером. Отсюда, дополнение определения «исполнителей» в статье 2(а) ДИФ через глагол «интерпретировать» было также необходимо во французской версии (interpréter).

PK-3.6. Следует отметить, что протокол Римской Дипломатической конференции не содержит какого-либо согласованного заявления относительно режиссеров аудиовизуальных произведений и режиссеров театральных исполнений. В случае режиссеров аудиовизуальных произведений это вполне понятно, поскольку их деятельность не просто интерпретация произведения, но создание нового произведения по своей инициативе (например, нельзя сказать, что аудиовизуальное произведение является исполнением сценария; оно больше, чем это - это совершенно новое произведение, составленное из

140

многих творческих добавлений). Статус театральных режиссеров немного другой. Драматические произведения, созданные в письменной форме, не определяют всех деталей того, каким образом произведение должно быть поставлено на сцене; остается свобода для театральных режиссеров осуществлять интерпретацию произведения на более или менее свой собственный манер и добавлять свои собственные моменты. Если эти моменты являются оригинальными, можно сделать заключение, что деятельность режиссера приводит к созданию нового производного произведения и, следовательно, такие постановки театральных режиссеров пользуются охраной авторского права (что в явном виде признается в законодательстве отдельных стран). Остается вопрос, каков статус тех театральных режиссеров, чей вклад не приводит к созданию новых произведений. Казалось бы, что логический ответ на это вопрос состоит в том, что они в этом случае должны разделить статус дирижера, поскольку природа их деятельности совпадает или, по крайней мере, очень похожа.

PK-3.7. В то время как термины «пение», «представление» или «декламация» литературных или художественных произведений, появляющиеся в определении, вряд ли вызывают подобные проблемы, выражения «играют роль» и «участвуют в игре» литературных или художественных произведений требуют особого толкования. Исполнители могут «представлять» или «играть», в особенности в аудиовизуальных произведениях, драматических произведениях и музыкально-драматических произведениях. В представлении аудиовизуальных произведений, в ходе создания таких произведений появились также некоторые люди, как, например, «статисты» в сценах толпы или армейских батальонов, которые играют определенную ограниченную роль, но в отношении которых едва можно сказать, что они «играют» или «представляют». Представляется, что определение «исполнители», если его не интерпретировать расширенным образом, не охватывает подобных участников.

PK-3.8. Исполнители могут быть также авторами произведений, которые они исполняют. По крайней мере, существуют три ситуации, в которых у исполнителей может существовать двойная роль. Первая из них вполне очевидна: автор создает произведение – такое как, например, музыкальное произведение или поэму – и затем он его исполняет. Во второй ситуации исполнитель импровизирует на основе существующего произведения или неохраняемого музыкального мотива и эта импровизация, будучи оригинальной, подходит под определение произведения. Третья ситуация бывает относительно реже, и она может рассматриваться как вариант второй ситуации: она встречается в произведениях на «случай» (как, например, музыкальные произведения на «случай»), в которых автор оставляет попросту незавершенным свое произведение, оставляя пробелы для заполнения, и заполнение пробелов происходит во время исполнения произведения.

PK-3.9. Проект Конвенции содержал определение «исполнения», но не «исполнителей». Это казалось логичным, поскольку реальными объектами охраны в соответствии с Конвенцией являются не исполнители или их права в целом, а скорее их права на их исполнение (точно так же, как авторское право охраняет права авторов на их произведения). Однако определение исполнений оказалось невозможным без определения того, что делают исполнители, и, в связи с включением определения «исполнителей» Конференция сочла излишним давать отдельное определение «исполнения». В отчете Дипломатической конференции просто говорится, что «очевидно, исполнение означает деятельность исполнителя в качестве исполнителя».<sup>129</sup>

#### *Пункт (b): фонограмма*

PK-3.10. «Фонограмма» означает любое фиксирование звуков исполнения или иных звуков исключительно для целей слухового восприятия. Если фиксирование осуществляется как для слухового, так и визуального восприятия, имеет место не фонограмма, а аудиовизуальное произведение или возможно неохраняемое фиксирование движущихся изображений. (В случае включения исполнения в визуальную или аудиовизуальную запись применяются специальные правила согласно статье 19 Конвенции).

PK-3.11. По определению понятно, что звуки, зафиксированные в фонограмме, необязательно являются звуками исполнения; они могут быть любыми иными звуками. В отчете Дипломатической конференции упоминаются пение птиц и иные звуки природы, не созданные исполнением.<sup>130</sup>

PK-3.12. В Конвенции имеются определенные положения, которые применимы только в отношении фонограмм, опубликованных для коммерческих целей (см. статьи 12 и 16.1(a)00. Однако определение, включенное в статью 3(c) не ограничивается такими

фонограммами. То есть, оно включает также: (i) фонограммы, не предназначенные для публикации, например, некоторые фонограммы, сделанные вещательными организациями; (ii) фонограммы, предназначенные для публикации, но еще не опубликованные и (iii) фонограммы, опубликованные, но не для коммерческих целей (например, для бесплатного распространения в школах, для проведения некоммерческой воспитательной деятельности). Следовательно, во всех положениях Конвенции относительно фонограмм, кроме статей 12 и 16(а), под «фонограммами» понимается любой вид фонограмм (см. статьи 2(б), 4(б) и (с), 5.1 и 2,10,11,14(а) и (б), 15.2, 17, 20.2 и 22).

#### *Пункт (с): производитель фонограмм*

РК-3.13. Определение «производитель фонограмм» в пункте (с) является в целом самостоятельным.

РК-3.14. Единственный комментарий, который может потребоваться, относится к следующему заявлению в отчете Дипломатической конференции: «Во время дискуссии было отмечено, что в тех случаях, когда лицо, нанятое юридическим лицом, производит запись в ходе выполнения служебного задания, то юридическое лицо-работодатель, а не лицо, нанятое, рассматривается производителем фонограммы».<sup>131</sup> Данное заявление является наверняка полезным для толкования данного определения, но фактически оно может быть изъято из текста, так как юридическое лицо может осуществлять фиксирование звуков только посредством своих работников.

#### *Пункт (d): опубликование*

РК-3.15. Определение «опубликование» в данном пункте является менее детальным, чем определение «опубликованные произведения», (которое, если рассматривать с другой стороны, означает также определение «опубликование» произведений) в статье 3(3) Парижского акта Бернской конвенции от 1971 года. В последнем содержатся четыре элемента, которые отсутствуют в статье 3 (d) Римской конвенции, а именно: (i) положение, согласно которому только опубликование с согласия авторов произведения имеет значение; (ii) заявление о том, что способы изготовления предоставляемых экземпляров не имеют значения; (iii) указание на то, что в тех случаях, когда необходимо определить, являются ли представленные экземпляры в достаточном количестве, характер произведения также должен приниматься во внимание и (iv) заявление о том, какие действия не рассматриваются в качестве «опубликования», в частности, исполнение, сообщение публике по проводам и передача произведения в эфир.

РК-3.16. Следует принять во внимание, что Римская конвенция была принята во время, когда существовал только Брюссельский акт Бернской конвенции от 1948 года. В Брюссельском акте Бернской конвенции (в котором определение «опубликованные произведения» все еще находилось в статье 4(4) Конвенции), элементы, упомянутые в пунктах (i) и (iii) еще отсутствовали. Эти элементы были просто разъяснениями. Даже если они не были сформулированы в явном виде, они могли считаться подразумеваемыми в Брюссельской версии определения. То же самое можно сказать в отношении определения «опубликование фонограмм» в статье 3 (d) Римской конвенции. Если экземпляры предлагались без согласия производителя фонограмм, это должно было рассматриваться как нарушение прав производителя, нежели «опубликованием». Аналогично, в случае фонограмм едва ли можно было определить, достаточным или нет было число экземпляров, предоставленных публике, без учета характера соответствующей фонограммы. (Так, в случае фонограммы, воплощающей исполнение популярного певца, необходимо большее число экземпляров, чем в случае фонограммы, на которой записано пение птиц).

РК-3.17. Считается, что природа элементов, упомянутых в пунктах (ii) и (iv) в выше приведенном параграфе РК-3.15, является практически такой же; то есть, даже если они не включены в явном виде в определение согласно статье 3(d) Римской конвенции, они могут подразумеваться. Это, по-видимому, так, поскольку определение просто говорит о предоставлении экземпляров и не упоминает никаких способов их изготовления; следовательно, использование определенных способов изготовления едва ли может рассматриваться в качестве возможного условия. Аналогично, исполнение, сообщение публике по проводам и передача в эфир не связаны с представлением экземпляров публике; следовательно, они явно не относятся к определению. Однако в случае, если возникают какие-либо сомнения в этом отношении, достаточно обратиться к объяснению в отчете о Дипломатической конференции, которое упомянуто в параграфе РК-3.19 ниже.

#### *Пункт (e): воспроизведение*

РК-3.18. Поскольку «копирование» может рассматриваться в качестве синонима «воспроизведение», определение в пункте (e), согласно которому «воспроизведение» означает изготовление экземпляра (копии) или копий записи, едва ли может считаться определением по существу.

РК-3.19. Отчет Дипломатической конференции содержит объяснение относительно данного определения. Оно начинается со следующего заявления: «Данное определение основывается на предложении Великобритании [...] и было найдено подходящим для того, чтобы разъяснить то, что воспроизведение означает копирование». В такой формулировке это, разумеется, не представляет настоящего разъяснения. Однако следующее предложение отчета раскрывает, какого вида объяснение планировалось привести в пункте (e): «Исполнение, демонстрация, показ или любое иное действие, которое не дает в результате новых, постоянно осязаемых копий, исключаются».<sup>132</sup> Однако следует отметить, что последнее предложение в дополнение к декларированию нечто очевидного, а именно: что исполнение, демонстрация и показ не приводят в результате к копированию, содержит нечто такое, что не вытекает из текста пункта (e). В нем говорится, что «любое иное действие, которое не дает в результате новых, постоянно осязаемых копий, исключается», в то же время в определении говорится только о «копиях». Во времена принятия Римской конвенции это не представляло разницы, поскольку копии обычно были постоянными и осязаемыми. Однако в цифровой среде существуют также временные, быстротечные и неосязаемые копии, которые необходимо учитывать с точки зрения понятия воспроизведения, как это обсуждается в связи с положениями, касающимися ДАП и ДИФ.

#### *Пункт (f): передача в эфир*

РК-3.20. Согласно пункту (f) определение «передача в эфир» охватывает только передачи средствами беспроводной связи. Существовало предложение Австрии<sup>133</sup>, направленное на включение в определение также передач по проводам. Однако Дипломатическая конференция посчитала, что только передачи с помощью волновых колебаний или других возможных беспроводных средств должны представлять собой передачу в эфир.<sup>134</sup>

РК-3.21. Выражение «передача для приема публикой», использованное в данном определении, является вводящим в заблуждение. Оно дает повод предполагать, что прием может быть публичным (то есть, предполагается, что в месте передачи присутствует публика или, по крайней мере, это место открыто для публики). Это толкование отличается от концепции вещания согласно статье 11bis Бернской конвенции, согласно которой вещание четко представляет собой одну из форм сообщения для всеобщего сведения. Однако, по видимому, в намерении Дипломатической конференции входило также понимать «передачу для публичного приема» как «передачу для приема публикой».<sup>135</sup>

РК-3.22. США было также предложено включить в определение понятие «вещательные организации». Хотя это предложение не было принято, дискуссия косвенно позволила прояснить некоторые аспекты понятия «вещания». Это было отражено в отчете следующим образом: «Например, если техническое оборудование принадлежит почтовой администрации, но то, что подается на передатчик, подготовлено и представлено такой организацией как Радиодифузион-Телевизион Францес или Бритиш Бродкастинг Корпорашейшн, вещательной организацией рассматривается последняя, а не почтовая администрация. Более того, если данная программа спонсируется рекламодателем или ее предварительная запись осуществлена независимым продюсером телевизионных фильмов и передается такими организациями как Колумбия Бродкастинг Систем в США, то последняя, а не спонсор или независимый продюсер должны рассматриваться в качестве вещательной организации».<sup>136</sup>

#### *Пункт(g): ретрансляция*

РК-3.23. Согласно принятому определению только одновременная передача в эфир одной вещательной организацией передачи программы в эфир другой вещательной организации рассматривается в качестве «ретрансляции». Рассматривалось также предложение Австрии считать отложенные во времени передачи в эфир в качестве «ретрансляции».<sup>137</sup> Однако против него было выдвинуто возражение, состоящее в том, что отложенная передача должна быть основана на записи передачи в эфир вещания исходного передатчика, и поэтому данное предложение было снято.

## **СТАТЬЯ 4**

---

### *[Охраняемые исполнения]*

Каждое Договаривающееся государство предоставляет исполнителям национальный режим при соблюдении любого из следующих условий:

- (a) исполнение имеет место в другом Договаривающемся государстве;
- (b) исполнение включено в фонограмму, охраняемую в соответствии со Статьей 5 настоящей Конвенции;
- (c) исполнение, не будучи записанным на фонограмму, распространяется путем передачи в эфир, охраняемой в соответствии со Статьей 6 настоящей Конвенции.

РК-4.1. Положения данной статьи очевидны и самодостаточны и поэтому не требуют специальных комментариев.

РК-4.2. На Дипломатической конференции делегация Германии предложила, чтобы исполнитель, являющийся гражданином одного Договаривающегося государства, и исполняющий что-либо в другом Договаривающемся государстве, пользовался в этом государстве теми же правами, которые предоставляются гражданам этого государства.<sup>138</sup> Мнения по данному вопросу разделились, в частности возник вопрос, является ли данная ситуация по настоящему международной. Было подчеркнуто, что, с одной стороны, исполнитель должен быть иностранцем в государстве, в котором он будет испрашивать охрану, но, с другой стороны, место исполнения и место, в котором будет испрашиваться охрана, совпадают. В связи с мнениями, высказанными несколькими делегациями, данное предложение было снято.

## **СТАТЬЯ 5**

---

### *[Охраняемые фонограммы]*

1. Каждое Договаривающееся государство предоставляет производителям фонограмм национальный режим при соблюдении любого из следующих условий:
  - (a) производитель фонограмм является гражданином или юридическим лицом другого Договаривающегося государства (критерий национальной принадлежности);
  - (b) первая запись звука была осуществлена в другом Договаривающемся государстве (критерий записи);
  - (c) фонограмма впервые была опубликована в другом Договаривающемся государстве (критерий опубликования).
2. Если фонограмма была впервые опубликована в государстве, не являющемся участником настоящей Конвенции, но если в течение тридцати дней со дня ее первого опубликования она была также опубликована в Договаривающемся государстве (одновременное опубликование), она считается впервые опубликованной в Договаривающемся государстве.
3. Любое Договаривающееся государство путем сдачи на хранение уведомления Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций, может заявить, что оно не будет применять критерий опубликования или, альтернативно, критерий записи. Такое уведомление может быть сдано на хранение во время ратификации, принятия или присоединения или в любое более позднее время; в последнем случае уведомление вступает в силу через шесть месяцев после даты его сдачи на хранение.

144

PK-5.1. Общее правило, изложенное в параграфе 1, состоит в том, что каждое Договаривающееся государство должно предоставлять национальный режим в каждом и во всех трех следующих случаях: (а) когда производитель является гражданином другого Договаривающегося государства; (б) когда первая запись была сделана в другом Договаривающемся государстве; и (с) когда первое опубликование произошло в другом Договаривающемся государстве. Однако на Дипломатической конференции в 1961 году несколько делегаций высказали свое нежелание предоставлять охрану на основе критерия записи, в то время как несколько других делегаций заявили, что их страны не могут принять критерий первого опубликования. В результате был выработан компромисс. Указанное компромиссное решение, включенное в параграф 3, позволяет каждому Договаривающемуся государству сделать оговорку относительно того, будет ли оно применять критерий опубликования или альтернативно критерий записи. Применение обоих критериев не может быть исключено одним и тем же государством; также не может быть исключено применение критерия гражданства (за исключением положения, приведенного в статье 17).

PK-5.2. Как указано в отчете Дипломатической конференции положения параграфа (1) в отношении опубликованных фонограмм означают, что могут существовать три категории Договаривающихся государств:

– те, которые не делают никакого заявления в соответствии с параграфом 3; они должны предоставлять охрану опубликованным фонограммам при наличии любого из трех критериев (гражданства, публикации, записи);

– те, которые в силу декларации согласно параграфу 3 исключают применение критерия публикации; они будут охранять опубликованные фонограммы, если имеют место два оставшихся критерия (гражданства, записи);

– те, кто в силу декларации согласно параграфу 3 исключают применение критерия записи; они будут охранять опубликованные фонограммы, если имеют место два оставшихся критерия (гражданства, публикации)

PK-5.3. В случае неопубликованных фонограмм исключение применимости критерия публикации не имеет действия. Следовательно, в этой ситуации данное положение означает, что могут быть две категории Договаривающихся государств:

– те, кто не делают никакой декларации согласно параграфу 3; они должны предоставлять охрану неопубликованным фонограммам, если имеет место любой из двух критериев (гражданства, записи);

– те, кто в силу декларации согласно параграфу 3 исключают применение критерия записи; они должны предоставлять охрану неопубликованным фонограммам, если и только если имеет место критерий гражданства.<sup>139</sup>

PK-5.4. В отношении опубликованных фонограмм даже выше названный компромисс оказался недостаточным, чтобы удовлетворить требованиям стран Скандинавии, которые приняли законы, признающие только критерий записи. Они представили поправку, направленную на то, чтобы позволить любому Договаривающемуся государству применять только критерий записи.<sup>140</sup> Данная поправка была отклонена, и была внесена другая поправка, направленная на достижение того же результата, делегацией Великобритании, в соответствии с которой свобода применять критерий записи предоставлялась бы не любому Договаривающемуся государству, а только тем, у которых на последний день Дипломатической конференции (26 октября 1961 года) действующее законодательство было основано исключительно на критерии записи. Данная поправка была принята, и соответствующее положение было включено в статью 17.

PK-5.5. Параграф 2 предусматривает возможность «одновременной публикации» аналогично тому, как это предусмотрено в отношении произведений согласно статье 3(4) Бернской конвенции. Однако в то время как соответствующее положение Бернской Конвенции охватывает любые случаи, когда произведение опубликовано в двух или более странах, параграф 2 соответствующей статьи Римской конвенции имеет дело лишь с ситуацией, когда первая публикация де факто состоялась в государстве, не участвующем в Конвенции, а после этого в течение 30 дней следует публикация в Договаривающемся государстве.

## СТАТЬЯ 6

---

[Охрана передач в эфир]

1. Каждое Договаривающееся государство предоставляет вещательной организации национальный режим при соблюдении любого из следующих условий:
  - (a) штаб-квартира вещательной организации расположена в другом Договаривающемся государстве;
  - (b) передача в эфир была осуществлена с помощью передатчика, расположенного в другом Договаривающемся государстве.
2. Любое Договаривающееся государство путем сдачи на хранение уведомления Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций, может заявить, что оно будет обеспечивать охрану передачи в эфир только в том случае, если штаб-квартира вещательной организации расположена в другом Договаривающемся государстве и передача осуществлена с помощью передатчика, расположенного в том же Договаривающемся государстве. Такое уведомление может быть сдано на хранение во время ратификации, принятия или присоединения или в любое более позднее время; в последнем случае уведомление вступает в силу через шесть месяцев после даты его сдачи на хранение.

PK-6.1 Положения данной статьи в целом являются ясными и самодостаточными.

PK-6.2. По-видимому, необходим лишь следующий комментарий. Как указано в отчете Римской Дипломатической конференции 1961 года, было достигнуто согласие о том, что под государством, в котором «находится штаб-квартира вещательной организации», следует понимать то государство, в соответствии с законодательством которого была организована данная вещательная организация. В отношении этого в отчете содержится следующее разъяснение: «Так, во французском тексте выражение *'siege social'* должно пониматься как эквивалент *'siege statutaire'*, было также достигнуто согласие, что соответствующее юридическое лицо может быть тем, что в отдельных европейских странах известно как *'offene Handelsgesellschaft'* или *'Kommanditgesellschaft'*.<sup>141</sup>

## СТАТЬЯ 7

---

[Минимальный уровень охраны исполнений]

1. Охрана, предоставляемая исполнителям в соответствии с настоящей Конвенцией, включает возможность предотвращать:
  - (a) передачу в эфир и сообщение для всеобщего сведения их исполнения, осуществляемое без их согласия, за исключением случаев, когда это исполнение, использованное при передаче в эфир или сообщении для всеобщего сведения, само по себе уже было передано в эфир или осуществлено с помощью записи.
  - (b) запись без их согласия их незаписанного исполнения;
  - (c) воспроизведение без их согласия записи их исполнения:
    - (i) если сама первоначальная запись была осуществлена без их согласия;
    - (ii) если воспроизведение осуществляется в иных целях, чем те, на которые исполнители дали свое согласие;
    - (iii) если первоначальная запись осуществлена в соответствии с положениями Статьи 15, а воспроизведение осуществляется в иных целях, чем те, которые указаны в этих положениях.

2. (1) Если передача в эфир осуществляется с согласия исполнителей, то охрана в отношении ретрансляции, осуществления записи с целью передачи в эфир и воспроизведения такой записи с целью передачи в эфир регулируется внутренним законодательством Договаривающегося государства, в котором испрашивается охрана.
- (2) Правила и условия, регулирующие использование вещательными организациями записей, осуществленных с целью передачи в эфир, определяются в соответствии с внутренним законодательством Договаривающегося государства, в котором испрашивается охрана.
- (3) Однако внутреннее законодательство, упомянутое в подпунктах (1) и (2) настоящего пункта, не должно лишать исполнителей возможности контролировать по договору их отношения с вещательными организациями.

PK-7.1 В вводном предложении параграфа 1 данной статьи используется выражение о том, что охрана, предоставляемая данной Конвенцией исполнителю, «включает возможность предотвращать» действия, перечисленные в этом параграфе, если они совершаются без его согласия. Но во время Римской конференции 1961 года это выражение встретило возражение нескольких делегаций, и было предложено заменить его на следующее выражение: «должны иметь право разрешать или запрещать», которое является по сути выражением, используемым в параллельных положениях, перечисляющих минимальные права производителей фонограмм (статья 10) и вещательных организаций (статья 13).<sup>142</sup> Однако Конференция решила сохранить указанное выражение в том виде, как оно было использовано в проекте Конвенции, а в отчете было отмечено, что «данное выражение было использовано с тем, чтобы позволить таким странам как, например, Великобритания, продолжить охрану исполнителей на основе уголовного законодательства».<sup>143</sup>

PK-7.2. Следует отметить, что хотя законодательство Великобритании с тех пор изменилось и предоставляет исполнителям передаваемые «имущественные права» или «права на вознаграждение» в отношении некоторых действий, касающихся их записанных исполнений,<sup>144</sup> оно по-прежнему предоставляет непередаваемые «неимущественные права» в отношении тех незаконных («бугглерских») действий, которые упомянуты в статье 7.1(a) и (b), а также в статье 6 ДИФ. Нарушение этого права наказуемо только в соответствии со статутным правом, а уголовные меры могут быть применены лишь в случае некоторых коммерческих преступлений. Исполнитель имеет такие неимущественные права в отношении записи живого исполнения, передачи его «живьем» или его включения в кабельную программу, а также изготовления записи живого исполнения, передаваемого в эфир или по кабельной программе.<sup>145</sup>

PK-7.3. Тем не менее, в отчете Дипломатической конференции отражено достигнутое согласие о том, что действия, перечисленные в параграфе 1, требуют согласия со стороны исполнителя, и в нем подчеркивается, что поэтому применение системы принудительной лицензии не совместимо с данной Конвенцией (поскольку в таком случае исполнитель не сможет предотвратить указанные действия, а будет вынужден их терпеть).<sup>146</sup>

PK-7.4. На Дипломатической конференции возник вопрос относительно того, следует ли использовать выражение «живое» исполнение (во французском – ‘exécution directe’, в испанском языке – ‘ejecución directa’). Однако пришли к выводу, что данное выражение было бы неоднозначным по нескольким причинам: во-первых, поскольку в английском ‘live’ («живой») имеет различные дополнительные значения (коннотации) по сравнению с французским ‘directe’ («прямой, непосредственный») или ‘directa’ в испанском; во-вторых, нечто, что является прямым исполнением для исполнителя, может быть непрямым для публики; и, в-третьих, поскольку указанные термины имеют различные коннотации в разных странах. Несколько попыток определить данный термин оказались неудачными, в конечном итоге пришли к согласию не использовать данное выражение в тексте Конвенции.<sup>147</sup>

PK-7.5. В отчете Дипломатической конференции упоминается, что в связи с параграфом 1(a) делегация Великобритании предложила устранить ссылку на «сообщение для всеобщего сведения». Во время дискуссии был выдвинут аргумент о том, что ни сообщение для всеобщего сведения, ни запись живого исполнения обычно не связано с пересечением национальных границ; и поэтому было бы излишне предусматривать в их отношении какое-либо право в Конвенции, которая действует только в международных отношениях. В то время как Конференция признала, что такие случаи могут быть очень редкими, она не посчитала их

невозможными, и поэтому Конференция отказалась исключить эту ссылку.<sup>148</sup> В свете событий, которые произошли после 1961 года, в частности, в связи с кабельными передачами через границу, а также Интернет, это решение оказалось абсолютно правильным.

PK-7.6. Следует отметить, что в отличие от определений «передача в эфир» и «ретрансляция» определение «сообщение для всеобщего сведения» не определено в Римской конвенции. Как видно из текста параграфа 1(a) в том месте, в котором соединительный союз «и» появляется между «передачей в эфир» и «сообщением для всеобщего сведения», понятие «передача в эфир» не может считаться входящим в понятие «сообщение для всеобщего сведения». Поскольку на самом деле передача в эфир явно является одной из форм сообщения для всеобщего сведения, а именно, сообщения средствами беспроводной связи для осуществления приема публикой, поэтому указанная формулировка является неудачной, и ее следовало бы понимать как «передача в эфир и иное сообщение для всеобщего сведения».

PK-7.7. Даже при наличии данного разъяснения следует отметить, что понятие «сообщение для всеобщего сведения» согласно Римской конвенции не то же самое, что в рамках Бернской конвенции. Как было рассмотрено выше в отношении Бернской конвенции в дополнение к вещанию или «передаче в эфир» как одной из определенных форм сообщения для всеобщего сведения (для сведения публики), различие делается между тремя действиями, которые охватываются широким понятием «сообщение для всеобщего сведения» согласно Римской конвенции: (i) сообщение по проводам для сведения публики, которая находится не в том же самом месте, откуда берет начало сообщение (статьи 11(1)(ii), 11bis(1)(ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) и 14bis(1)); (ii) сообщение публике с помощью громкоговорителя или любых иных приборов, передающих вещание в присутствии публики или, по крайней мере, в местах, открытых для публики (статья 11bis(1)(iii)); и (iii) некоторые случаи публичного исполнения, т.е. буквально в присутствии публики или, по крайней мере, в местах, открытых для публики (статьи 11(1)(i) и 11ter(1)(i)). «Некоторые случаи публичного исполнения», упомянутые выше, являются теми случаями, которые охватываются термином «включая такое публичное исполнение любыми средствами или способами», поскольку оно означает что то, что включено в это понятие, не является исполнением самими исполнителями, а исполнением с помощью некоторых (технических) средств или способов на основе записи исполнений.

PK-7.8. Последние названные действия чисто логически могли бы быть названы «доведение до всеобщего сведения» в указанных положениях Бернской конвенции, следуя модели образования термина «доведение до всеобщего сведения» как в статье 11bis(iii), поскольку исполнения/чтения произведений в действительности не исполняются исполнителями, и, следовательно, эти действия не соответствуют исконному значению «исполнения» (согласно Римской конвенции). Однако, по-видимому, составители проекта Конвенции, намеривались ассимилировать de facto понятие «публичные сообщения» и понятие «публичные исполнения» с тем, чтобы избежать использование одного и того же слова «сообщение» в двух пунктах одних и тех же параграфов, а также подчеркнуть, что в случае пункта (i) публика присутствует в месте, откуда выполняется соответствующее действие или, по крайней мере, это место открыто для публики, в то время как в случае пункта (ii) публика находится в ином месте, или место, открытое для публики, отличается. Язык, использованный в пункте (i), в случае его использования в отношении прав исполнителей, привел бы к вырожденной формулировке, поскольку соответствующие права в таком случае назывались бы «публичными исполнениями их исполнений (с помощью некоторых средств и способов)».

PK-7.9. Более широкое понятие «сообщение для всеобщего сведения», как оно описано выше в параграфе PK-7.6, некоторым образом подтверждается тем фактом, что в Конвенции используются термины «сообщение для сведения публики» и «публичное сообщение» как взаимозаменяемые синонимы (см. статью 7.1(a)).

PK-7.10. Как изложено во второй части параграфа 1(a) «возможность предотвращения» передачи в эфир или сообщения для всеобщего сведения без согласия исполнителя не предоставляется в тех случаях «когда исполнение, используемое в вещании или публичном сообщении является само уже передаваемым исполнением или осуществлено с помощью записи». Вторая часть этой фразы «осуществлено с помощью записи» вполне ясна. Однако следует отметить, что согласно статье 12 исполнителям тем не менее может быть предоставлено, по крайней мере, справедливое вознаграждение в тех случаях, когда записи, воспроизводимые в фонограммах, и опубликованные в коммерческих целях, передаются в эфир или иным образом сообщаются публике. Первая часть просто означает, что сюда не входят ретрансляция, повторная передача по кабелю или «публичное сообщение» передачи живого исполнения, например, с помощью громкоговорителей. В этом отношении см. также параграф 2 статьи 7, обсуждаемой ниже.

PK-7.11. В отношении параграфа 1(b) в отчете Дипломатической конференции содержится следующее разъяснение: «В связи с параграфом 1(b) делегация Австрии предложила, чтобы предусматривалось согласие исполнителя не только в случае записи живого передаваемого в эфир исполнения, но также в случае записи живого исполнения, сообщаемого публике любыми другими способами. Данное предложение было принято и текст статьи 7, параграф 1(b) в пересмотренном виде учитывает предложение Австрии».<sup>149</sup> Это означает, что параграф 1(b) охватывает любое исполнение, которое еще не было записано, включая, разумеется, такой очевидный случай, когда исполнение не передается в эфир или не сообщается публике, но записывается непосредственно в месте исполнения.

PK-7.12. Параграф 1(c), по-видимому, сводит «возможность исполнителей препятствовать» воспроизведению без их согласия, используя запись их исполнения, к трем случаям. Первый случай, упомянутый в пункте (i), представляется очевидным; он охватывает бутлеггерство, то есть, запись исполнения без согласия исполнителя. Логично сделать вывод, что лицо, сделавшее такую запись, не должно иметь права воспроизводить ее без согласия исполнителя. Третий случай, приведенный под пунктом (iii), также вполне очевиден: в силу статьи 15 исключения относительно охраны, предусмотренной Конвенцией, допускаются лишь в некоторых четко определенных случаях; если воспроизведение записи, свободно сделанной в таких случаях, выходит за рамки случаев, предусмотренных в данной статье, исключения, конечно, не применяются, и отсюда возникает та же ситуация, как если бы запись была бы сделана без согласия исполнителя. Второй случай, упомянутый в пункте (ii), является существенным, когда исполнитель дает согласие на воспроизведение записи своего исполнения. В этом случае его возможность препятствовать дальнейшему воспроизведению существует лишь тогда, когда цель воспроизведения отличается от той, в отношении которой было дано согласие (например, он дал согласие на воспроизведение записи в отношении экземпляров, предназначенных для бесплатного распространения для благотворительных целей, однако копии выпускаются для коммерческих целей). Представляется, что данное положение не охватывает случая, когда исполнитель дал свое согласие на воспроизведение записи своего исполнения для определенной цели, а затем лицо, которому он дал согласие, делает с той же целью дополнительные экземпляры, на которые его первоначальное согласие не распространялось.

PK-7.13. Вопросом интерпретации является такая ситуация, когда третье лицо, которое не получало согласия от исполнителя на воспроизведение для любых целей, начинает изготавливать экземпляры для тех же самых целей, для которых исполнитель дал свое согласие кому-либо еще (например, для коммерческого распространения экземпляров). Если принять во внимание текст параграфа 1(c)(iii), то это привело бы к весьма ограничительной интерпретации, а если при этом еще и сделать упор на идентичности цели воспроизведения, то можно сделать на этой основе вывод, что исполнитель не имеет возможности препятствовать такому воспроизведению. Поэтому представляется более целесообразным исходить из основополагающего факта, что никакого предшествующего согласия для такого третьего лица не было и что поэтому нельзя сказать, что цель воспроизведения является той же самой, на которую исполнитель дал свое согласие.

PK-7.14. Отчет Дипломатической конференции отражает тот факт, что конференция приняла ограничительную интерпретацию, упомянутую в предыдущем параграфе. Но при этом также было выражено мнение относительно того, что это не означает, что отсутствует охрана от несанкционированного воспроизведения. Это представляется именно так, поскольку в отчете содержатся следующие заявления: «Соединенные Штаты Америки предложили, чтобы ... согласие требовалось всегда, а не только в трех случаях, специально указанных. Это предложение было отклонено, после чего США предложили [...] добавить четвертый пункт [...], требующий согласия как производителя фонограммы, так и исполнителя, если фонограмма, включающая исполнение последнего, копировалась лицом иным, чем получившим лицензию от уполномоченного производителя. Это предложение также не было принято Конференцией. Большинство полагало, что было достаточно дать право в таких случаях на воспроизведение производителю фонограмм, поскольку, как можно ожидать, он защитит свои права в случае несанкционированных воспроизведений. Было общее мнение, что случаи, когда по каким-либо причинам производитель не сможет или не станет защищать свои права, настолько редки, что они не требуют включения каких-либо положений в отношении минимальной охраны исполнителей».<sup>150</sup>

РК-7.15. Представляется сомнительным, достаточны ли на самом деле выше приведенные аргументы для оправдания данной узкой интерпретации предложения США и его отклонения. Однако международное сообщество тем самым еще раз вернулось к рассмотрению излишне узкого казуистического регулирования согласно параграфу 1(с), проанализированному выше; правда, не через пересмотр устаревших положений Римской конвенции, а через принятие новых норм в Соглашении ТРИПС и ДИФ. Охрана исполнений была расширена на все случаи несанкционированного воспроизведения (по крайней мере, насколько это касается воспроизведения записей на фонограммах). Согласно статье 14.1 Соглашения ТРИПС это все еще предусматривается «возможностью предотвращения», в то время как согласно статье 2 ДИФ - путем полного предоставления исключительных прав на разрешение.

РК-7.16. В параграфе 2 подпункты (1) и (2) оставляют на усмотрение Договаривающихся сторон регулирование некоторых вопросов в интересах вещательных организаций для тех случаев, когда исполнители дали согласие на передачу в эфир своих исполнений или когда записи, сделанные для целей передачи в эфир, используются вещательными организациями. На Дипломатической конференции делегация США предложила вычеркнуть указанные положения, аргументируя тем, что вопросы повторной передачи в эфир, записи для целей вещания, а также использования таких записей, должны оставаться на усмотрение в рамках контрактных соглашений, свободно заключаемых между исполнителями и вещательными организациями. Это предложение не было принято, однако принцип предпочтительности свободного заключения контрактных соглашений был воплощен в новом положении, которое представлено в подпункте (3) параграфа 2.<sup>151</sup> Во время обсуждения было достигнуто согласие о том, что термин «договор, контракт» в данном контексте включает коллективно достигнутые соглашения, а также решения арбитражных органов, если арбитраж был способом улаживания отношений, обычно применяемым между исполнителями и вещательными организациями.<sup>152</sup>

РК-7.17. Конвенция оставляет возможность регулирования вопросов, упомянутых в параграфе 2(1) и (2) на усмотрение национального законодательства. Однако типовой или модельный закон, принятый в 1974 году Межправительственным комитетом Римской конвенции, содержит некоторые элементы регулирования. Раздел 2(2) Типового закона содержит следующие рекомендуемые положения:

«В случае отсутствия какого-либо контрактного соглашения об обратном или обстоятельств найма на работу, из которых можно сделать вывод об обратном:

- (a) разрешение на передачу в эфир не предполагает разрешения на предоставление лицензии другим вещательным организациям на передачу данного исполнения в эфир;
- (b) разрешение на передачу в эфир не предполагает разрешения на изготовление записи данного исполнения;
- (c) разрешение на передачу в эфир или изготовление записи исполнения не предполагает разрешения на воспроизведение этой записи;
- (d) разрешение на запись исполнения и воспроизведение данной записи не предполагает разрешения передачи в эфир данного исполнения с сделанной записи или иного воспроизведения такой записи.»<sup>153</sup>

## **СТАТЬЯ 8**

*[[Групповые исполнения]*

**Если в одном и том же исполнении принимают участие несколько исполнителей, любое Договаривающееся государство может определять в своих внутренних законах и иных нормативных актах, каким образом будут представлены исполнители в связи с осуществлением своих прав.**

РК-8.1. Проект Конвенции содержал положение, согласно которому любое Договаривающееся государство может в своих национальных законах и иных нормативных актах определять условия, в соответствии с которыми исполнители пользуются

своими правами в тех случаях, когда в одном и том исполнении принимают участие несколько из них. Важность такого положения очевидна, поскольку в большинстве исполнений участвуют два или более исполнителей. По данному вопросу было сделано несколько предложений, предусматривающих, что в этом случае права исполнителей должны осуществляться «совместно» или «сообща», а Договаривающиеся государства не только могут, но и обязаны регулировать этот вопрос в законодательном порядке. Однако после дискуссии эти предложения были сняты.<sup>154</sup>

PK-8.2. США предложили, чтобы национальные законы вступали в действие только в тех случаях, когда члены группы не могут договориться между собой. Это предложение встретило возражение со стороны нескольких делегаций на том основании, что оно препятствовало бы Договаривающимся сторонам регулировать данный вопрос в целом; они высказались за то, чтобы национальное регулирование было разрешено независимо от того, имеется или нет конфликт между членами данного оркестра или ансамбля. Поэтому указанное предложение не прошло.<sup>155</sup>

PK-8.3. Однако Дипломатическая конференция приняла другое предложение США, которое предусматривало ограничение сферы действия национальных законов в данном вопросе, в частности, чтобы соответствующее положение четко определяло то, что национальные законы не могут касаться любых условий, при которых могут осуществляться эти права, но что они должны быть ограничены вопросом, каким образом должны быть представлены члены группы, когда они осуществляют свои права. Дискуссия по этому вопросу показала, что использование выражения «условия осуществления прав» может быть нежелательным с учетом его возможных ассоциаций с положениями, используемыми, в частности, в Бернской конвенции, в которой, как указано в отчете, «это может восприниматься как эвфемизм в части принудительных лицензий».<sup>156</sup> Текст данной статьи был соответственно изменен и принят.

## **СТАТЬЯ 9**

*(Артисты эстрады)*

**Внутренними законами и иными нормативными актами любое Договаривающееся государство может распространять охрану, предоставляемую настоящей Конвенцией, на артистов, не исполняющих литературные или художественные произведения.**

PK-9.1. Объем понятия «исполнители» рассматривается в комментариях выше к статье 3(а), включая возможность его расширения согласно статье 9 до понятия «артисты, не исполняющие литературных и художественных произведений». Также рассматривается, что такое расширение может охватывать не только «артистов эстрады», на которых содержится ссылка в отчете Дипломатической конференции, но, по крайней мере, также артистов, исполняющих выражения фольклора.

## **СТАТЬЯ 10**

*[Право производителей фонограмм на воспроизведение]*

**Производители фонограмм имеют право разрешать или запрещать прямое или косвенное воспроизведение своих фонограмм.**

PK-10.1. Данное положение представляется наиболее «стабильным» в области смежных прав, поскольку оно появляется в аналогичной формулировке в статье 14.2 Соглашения ТРИПС, а также без изменения содержания в статье 11 ДИФ (правда в последнем используется выражение «исключительное право на разрешение» нежели «право разрешать или запрещать»; однако эти два выражения имеют одно и то же значение и должны рассматриваться как синонимы).

PK-10.2. Отчет Дипломатической конференции содержит четкие указания относительно значения «прямое или косвенное воспроизведение». В начале проект Конвенции предусматривал, что производители фонограмм имеют право разрешать или запрещать воспроизведение их фонограмм независимо от того, воспроизводится фонограмма «прямо или путем передачи в эфир». С учетом предложений, представленных различными странами, слова «или путем передачи в эфир» были заменены на слово

«косвенно», что является более широким термином, и поэтому следующее заявление было включено в отчет: «Достигнуто понимание того, что прямое или косвенное воспроизведение включает, наряду с прочим, воспроизведение посредством: (а) технологии формования или литья; (b) записи звуков, производимых при проигрывании предварительно созданной фонограммы и (с) записи с эфира передачи звуков, производимых при проигрывании фонограммы».<sup>157</sup>

PK-10.3. Рассматривалось также предложение по уточнению статьи 10 в отношении того, что «воспроизведение» означает также воспроизведение части фонограммы, а не только полного воспроизведения. Однако данная поправка была признана излишней, поскольку в отчете было сказано, «право на воспроизведение не подлежит ограничению, и оно понимается как включение прав на запрет частичного воспроизведения фонограммы».<sup>158</sup>

PK-10.4. Более того, некоторые страны предложили, чтобы Конвенция предоставляла производителям право запрета пускать копии их фонограмм в оборот, если они не давали своего согласия на такое действие или если условия, высказанные в их согласии, были превышены (право на распространение), а также, чтобы Конвенция запрещала импорт в Договаривающуюся страну копий, которые рассматривались бы незаконными, если они были изготовлены в указанном Договаривающемся государстве. Однако мнение большинства стран склонялось к тому, что эти вопросы следует оставить на усмотрение каждого Договаривающегося государства.<sup>159</sup> (Следует отметить, что данные вопросы рассматриваются и отчасти регулируются в Конвенции по фонограммам, принятой десять лет спустя в 1971 году).

## СТАТЬЯ 11

*[Формальности]*

Если национальное законодательство Договаривающегося государства в качестве условия предоставления охраны прав изготовителей фонограмм или исполнителей, или их обоих требует соблюдения определенных формальностей, эти формальности считаются выполненными, если все находящиеся в продаже экземпляры опубликованной фонограммы или их упаковка имеют уведомление, состоящее из знака **©** в кружке, с указанием года первой публикации, размещенное таким образом, чтобы обеспечить ясное уведомление о том, что фонограмма охраняется; и, если экземпляры или их упаковка не определяют изготовителя фонограммы или обладателя лицензии (путем указания его имени, товарного знака или другого соответствующего обозначения), то уведомление должно также включать имя лица, обладающего правами изготовителя фонограммы; и, кроме того, если экземпляры или их упаковка не определяют основных исполнителей, то уведомление должно также включать имя лица, обладающего правами таких исполнителей в стране, где осуществлена запись.

PK-11.1. Данное положение является достаточно детальным и не требует пояснений; едва ли требуются какие-либо специфические комментарии. Как указано в отчете Дипломатической конференции, соблюдение формальностей не требуется как условие охраны. Отчет также отражает понимание того, что в странах, в которых не требуется выполнение каких-либо формальностей в качестве условия охраны, охрана должна предоставляться даже в тех случаях, когда фонограмма не несет уведомления, предусмотренного Конвенцией.<sup>160</sup> В то же самое время из данного положения очевидно, что соблюдение формальностей в качестве условий охраны не запрещается в Договаривающихся государствах; однако эти формальности должны рассматриваться выполненными путем использования уведомления, описанного в статье 11. Практическое значение статьи 11 уменьшилось, поскольку статья 62.1 Соглашения ТРИПС и статья 20 ДИФ не допускают каких-либо формальностей вообще.

## СТАТЬЯ 12

*[Повторное использование фонограмм]*

Если фонограмма, опубликованная в коммерческих целях, или воспроизведение такой фонограммы используется непосредственно для передачи в эфир или для сообщения любым способом для всеобщего сведения, пользователь выплачивает разовое справедливое вознаграждение исполнителям или изготовителям фонограмм, либо им обоим. При отсутствии соглашения между этими сторонами условия распределения этого вознаграждения могут определяться внутренним законодательством.

152

PK-12.1. В отчете Дипломатической конференции говорится, что вопрос о том, «что именно Конвенция должна предусматривать в связи с так называемым повторным использованием, без сомнения является наиболее трудной проблемой, стоящей перед конференцией.» В нем также указывается, что понятие «повторное использование» применяется в качестве обобщенного выражения, не включенного в Конвенцию, для обозначения использования фонограмм в целях передачи в эфир и доведения до сведения публики.<sup>161</sup> Однако следует подчеркнуть, что больше не представляется оправданным характеризовать подобные использования как «повторные». С приходом все возрастающего числа эфирных программ все более высокого качества, при записи которых могут использоваться совершенные цифровые технологии, а также использования систем абонентной подписки практически по заказу, эти использования стали основными, то есть, первичными способами использования фонограмм и исполнений, реализованных в них.

PK-12.2. В результате длительных дебатов было принято решение о комплексном регулировании, которое предоставляет большую гибкость и ряд различных опций для Договаривающихся стран, которые благодаря статье 16.1(a) идут настолько далеко, что допускают полный отказ от применения положений статьи 12.

PK-12.3. Прежде всего Договаривающееся государство имеет выбор из трех возможностей: (a) предоставление права на справедливое вознаграждение только для исполнителей; (b) предоставление такого права только производителям фонограмм; (c) предоставление такого права как исполнителям, так и производителям фонограмм. Если выбирается третья опция, то для случаев, когда между бенефициарами права не достигается согласия, вопрос о том, как распределить вознаграждение, может регулироваться национальным законодательством. Модельный закон, принятый в 1974 году Межправительственным комитетом по вопросам Римской конвенции, предлагает применять третью опцию таким образом, чтобы единое справедливое вознаграждение выплачивалось производителям, которые затем, если между ними и исполнителями не будет достигнуто иного, будут обязаны выплатить половину полученной суммы исполнителям.<sup>162</sup>

PK-12.4. Право на единое справедливое вознаграждение применимо только в тех случаях, когда фонограммы, публикуемые для коммерческих целей, используются именно для этих целей. На Дипломатической конференции было также указано, что для соответствия положению статьи 12, использование фонограмм для целей передачи в эфир должно рассматриваться непосредственным использованием, а такое же использование для целей ретрансляции не будет считаться прямым использованием. Далее отмечается, что простой перенос вещательной организацией коммерческого диска на ленту и передача в эфир с этой ленты, не превращает такое использование в косвенное.<sup>163</sup>

PK-12.5. Гибкость указанного регулирования относительно подобных использований не заканчивается на уровне выбора среди выше названных опций. Как указывалось выше, статья 12 должна читаться совместно со статьей 16, содержащей положение относительно различных возможных оговорок относительно статьи 12.

## **СТАТЬЯ 13**

*[Минимальный уровень охраны вещательных программ]*

**Вещательные организации имеют право разрешать или запрещать:**

- (a) ретрансляцию своих передач в эфир;
- (b) запись своих передач в эфир;
- (c) воспроизведение:
  - (i) записей своих передач в эфир, осуществленных без их согласия;
  - (ii) записей своих передач в эфир, осуществленных в соответствии с положениями Статьи 15, если воспроизведение было осуществлено в иных целях, чем те, которые указаны в этих положениях;

(d) сообщение для всеобщего сведения своих телевизионных передач, если такое сообщение осуществляется в местах, доступных для публики за входную плату; определение условий, на которых оно может осуществляться, регулируется внутренним законодательством государства, в котором испрашивается охрана этого права.

PK-13.1. Вещательным организациям предоставляется право разрешать или запрещать три вида действий: ретрансляцию их передач в эфир, запись их передач в эфир и воспроизведение записей их передач. Более того, они могут пользоваться аналогичным правом относительно сообщения для всеобщего сведения своих передач в эфир в отдельных ситуациях, но это право по причинам, рассматриваемым ниже, должно рассматриваться в качестве факультативного.

PK-13.2. Что касается концепции ретрансляции, следует отметить, что согласно статье 3(f) и (g), она охватывает ретрансляцию средствами беспроводной связи. Это означает, что минимальные права вещательных организаций согласно данной Конвенции не распространяются на кабельные ретрансляции их передач в эфир, в то время как это стало одной из важнейших форм использования программ эфирного вещания; поэтому отсутствие такой охраны является одним из примеров несоответствия Конвенции современному уровню.

PK-13.3. В связи с правом разрешать или запрещать запись передач в эфир следует отметить, что на Дипломатической конференции были сделаны ряд предложений, направленных на то, чтобы право на запрет записи телевизионных программ включало бы право предотвращать изготовление неподвижных снимков. Хотя Конференция согласилась, что запрет записи программы вещания распространяется на запись частей этой программы, она отказалась определить свою позицию по вопросу того, должна ли неподвижная картинка (кадр) телевизионной передачи рассматриваться как часть передачи, и было принято решение оставить этот вопрос на усмотрение национальных законодательств Договаривающихся государств.<sup>164</sup>

PK-13.4. Что касается воспроизведения записей передач в эфир, действия, упомянутые в пунктах (c)(i) и (ii) имеют ту же природу, что и действия по статье 7.1 (i) и (iii) в случае прав исполнителей.

PK-13.5. Право разрешать или запрещать «сообщение для всеобщего сведения своих телевизионных передач, если такое сообщение осуществляется в местах, доступных для публики за входную плату» согласно пункту (d) является более слабым и по существу только факультативным правом вещательных организаций по следующим причинам. Во-первых, вторая часть указанного пункта предусматривает, что «определение условий, на которых оно может осуществляться, регулируется внутренним законодательством государства, в котором испрашивается охрана этого права», и в самом отчете Дипломатической конференции говорится в связи с другим вопросом, что выражение «определение условий», в соответствии с которыми некоторое право может осуществляться, является эвфемизмом для понятия принудительных лицензий.<sup>165</sup> Во-вторых, статья 16.1(b) предоставляет возможность для Договаривающихся государств делать оговорку относительно статьи 13(d), чтобы не применять ее.

## **СТАТЬЯ 14**

*[Минимальный срок охраны]*

Срок охраны, предоставляемой в соответствии с настоящей Конвенцией, длится, по меньшей мере, до конца двадцатилетнего периода, исчисляемого с конца года, в котором:

- (a) была осуществлена запись - для фонограмм и включенных в них исполнений;
- (b) имело место исполнение - для исполнений, не включенных в фонограммы;
- (c) имела место передача в эфир – для передач в эфир.

PK-14.1. Положения статьи 14 очевидны и не требуют каких-либо пояснений, они также едва ли требуют каких-либо комментариев.

PK-14.2. Представляется интересным рассмотреть то, что предлагалось в проекте Конвенции и обсуждалось на Дипломатической конференции и что в конечном итоге не было включено в текст статьи 14. В проекте Конвенции, помимо установления минимальных сроков, данная статья предусматривала, что срок охраны должен определяться законом страны, где испрашивается охрана, а также содержала положение по «сравнению сроков», согласно которому ни от одной страны не требовалось предоставлять охрану на больший срок, чем это было установлено страной происхождения. Однако Конференция сочла, что эти два положения являются излишними, и поэтому не включила их в Конвенцию.<sup>166</sup>

PK-14.3. Данное решение Дипломатической конференции, что касается определения длительности охраны, исходя из закона страны, в которой испрашивается охрана, представляется оправданным, поскольку это вытекает из принципа национального режима. Относительно вопроса «сравнения сроков» отчет содержит следующее объяснение: «Что касается сравнения сроков, Конференция пришла к выводу, что это может иметь реальное значение только в случае вторичного использования прав. Однако следует заметить, что указанная ситуация адекватно учитывается статьей 16 в параграфе 1(a)(iv), который в явном виде допускает применение принципа материально-правовой взаимности в отношении длительности. Сравнение сроков не рассматривается существенным по отношению к праву воспроизведения записей главным образом потому, что в большинстве стран несанкционированное воспроизведение считается актом недобросовестной конкуренции без строго определяемых временных границ».<sup>167</sup>

PK-14.4. Представляется справедливым, что, за исключением так называемых «вторичных использований» и права на воспроизведение, временной фактор вряд ли имеет значение в отношении действий, подпадающих под данные права или «возможность предотвращения» согласно Конвенции, что касается случаев «вторичных использований», статья 16(1)(a)(iv) обеспечивает тот же самый результат, что и отдельное положение относительно «сравнения сроков». Однако данный аргумент не представляется убедительным в отношении права на воспроизведение. Если аргумент со ссылкой на положения о недобросовестной конкуренции был бы действенным, то это неизбежно привело бы к вопросу о том, зачем вообще необходимо указание срока охраны или даже зачем необходима специальная охрана *sui generis*, как это предусматривается данной Конвенцией. Фактически, тогда тот же самый вопрос следовало бы задать и в отношении авторского права. С учетом этого не представляется необходимым углубляться далее, почему следует рассматривать это как поверхностный и нерелевантный аргумент. Представляется, что отсутствие принципа «сравнения сроков» в качестве основы для исключения обязательства по предоставлению национального режима является нелогичным пробелом в регулировании согласно Римской конвенции.

## СТАТЬЯ 15

[Возможные исключения]

1. Любое Договаривающееся государство может предусматривать в своем внутреннем законодательстве и иными нормативными правовыми актами исключения из гарантируемой настоящей Конвенцией охраны в отношении:
  - (a) использования в личных целях;
  - (b) использования кратких отрывков с целью сообщения о текущих событиях;
  - (c) кратковременной записи, осуществляемой вещательной организацией на своем оборудовании и для своих собственных передач;
  - (d) использования исключительно в учебных или научно-исследовательских целях.
2. Независимо от пункта 1 настоящей Статьи, любое Договаривающееся государство может предусматривать в своем внутреннем законодательстве и иных нормативных правовых актах такие же ограничения охраны прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, какие предусмотрены в его внутреннем законодательстве и иных нормативных правовых актах в отношении охраны авторского права на литературные и художественные

**произведения. Однако принудительные лицензии могут предусматриваться только в объеме, соответствующем настоящей Конвенции.**

PK-15.1. Стало традицией ссылаться на исключения, перечисленные в параграфе 1, как на специфические исключения, а на исключения, включенные в параграфе 2, как на исключения, разрешенные в соответствии с авторским правом. Однако верно и то, что во время принятия Конвенции все исключения, упомянутые в статье 15 или на которые делается ссылка, могут рассматриваться как более или менее некая адаптация тех исключений, которые уже разрешены в соответствии с авторским правом. Различие состоит в том, что эти исключения упоминаются в явном виде в параграфе 1, а в параграфе 2 на них делается ссылка в виде общего положения.

PK-15.2. Представляется очевидным, что пункты (b) и (c) параграфа 1 соответствуют исключениям, предусмотренным соответственно статьями 10bis(2) и 11bis(3) Бернской конвенции, хотя они изложены в более общем виде и не содержат тех же самых гарантий, что в положениях Бернской конвенции. Характер пунктов (a) и (d) параграфа 1 представляется даже еще более общим, и нельзя сказать, что точно такие же исключения могут быть найдены в тексте Бернской конвенции. Однако следует иметь в виду, что исключения подобного вида присутствуют в национальных законах об авторском праве, а также то, что Римская конвенция была принята до Стокгольмской конференции по пересмотру Бернской конвенции в 1967 году. Например, проекты положений, представленные на ту Конференцию, все еще содержали специальное исключение относительно частного копирования. И только в окончательной версии статьи 9 Бернской конвенции оно исчезло как специальное исключение и стало объектом «трехэтапного теста», предусмотренного параграфом (2) этой статьи.

PK-15.3. Следует отметить, что первое предложение параграфа 2 не обязательно допускает применение исключений, которые разрешены международными нормами авторского права и в особенности Бернской конвенцией, но только тех исключений, которые предусмотрены в национальном законодательстве соответствующего Договаривающегося государства в связи с охраной авторских прав на литературные и художественные произведения. Ограничения, содержащееся во втором предложении параграфа 2, в соответствии с которым «принудительные лицензии могут предусматриваться только в объеме, соответствующем настоящей Конвенции» представляются особенно уместными в отношении возможности предоставления таких лицензий согласно статьям 11bis(2) и 13 Бернской конвенции относительно права передачи в эфир и ретрансляции произведений, а также права на звуковую запись музыкальных произведений. Эти принудительные лицензии не могут быть распространены, например, на ретрансляцию эфирных передач и воспроизведение фонограмм, в которых воплощена запись музыкальных произведений.

## **СТАТЬЯ 16**

*[Оговорки]*

1. Любое государство, становясь участником настоящей Конвенции, берет на себя все вытекающие из нее обязательства и пользуется всеми вытекающими из нее преимуществами. Однако в любое время путем уведомления, сдаваемого на хранение Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций, оно может заявить, что:

(a) в отношении Статьи 12 оно:

- (i) не будет применять положения этой Статьи;
- (ii) не будет применять положения этой Статьи в отношении определенных видов использования;
- (iii) не будет применять эту Статью в отношении фонограмм, изготовитель которых не является гражданином или юридическим лицом другого Договаривающегося государства;
- (iv) ограничит охрану, предоставляемую в соответствии с этой Статьей, в отношении фонограмм, изготовитель которых является гражданином или юридическим лицом другого Договаривающегося государства, тем

объемом и условиями охраны, которую это государство предоставляет фонограммам, впервые записанным гражданином или юридическим лицом государства, делающего соответствующее заявление; однако тот факт, что Договаривающееся государство, гражданином или юридическим лицом которого является изготовитель фонограмм, не предоставляет охрану тому же бенефициарию или бенефициариям, что и государство, делающее заявление, не рассматривается в качестве фактора, влияющего на объем охраны;

(b) в отношении Статьи 13, оно не будет применять пункт (d) этой Статьи; если Договаривающееся государство делает такое заявление, то другие Договаривающиеся государства не обязаны предоставлять право, предусмотренное в пункте (d) Статьи 13, вещательным организациям, штаб-квартира которых находится в этом государстве.

2. Если уведомление, упомянутое в пункте 1 настоящей Статьи, делается после даты сдачи на хранение документа о ратификации, принятии или присоединении, то заявление вступает в силу через шесть месяцев после его сдачи на хранение.

РК-16.1. Пункт (а) параграфа 1 допускает оговорки относительно права на справедливое вознаграждение, предусмотренное в статье 12. Как резюмируется и объясняется в отчете Дипломатической конференции в отношении данной статьи, любое Договаривающееся государство имеет право сделать следующие оговорки:

– Оно может заявить, что оно не будет применять положения статьи 12. Это является полной оговоркой, которая означает, что данное государство не будет применять данную статью вообще.

– Оно может заявить, что оно не будет применять положения статьи 12 в отношении некоторых использований. Это интерпретировалось Конференцией таким образом, что страна может решить не предоставлять право на вознаграждение в случае передачи в эфир, в случае сообщения для всеобщего сведения или в случае некоторых видов вещания или сообщения для всеобщего сведения.

– Оно может заявить, что оно не будет применять положения статьи 12 в тех случаях, когда производитель фонограммы не является гражданином другого Договаривающегося государства. Это означает, что в применении статьи 12 может быть отказано даже тогда, когда фонограмма была записана или впервые опубликована в Договаривающемся государстве, но если она не была впервые записана производителем, который является гражданином данного Договаривающегося государства.

– Оно может ограничить охрану, предусмотренную статьей 12, в соответствии с своим внутренним законодательством даже в тех случаях, когда фонограмма была записана производителем, который является гражданином другого Договаривающегося государства, до объема, аналогичного тому, который соответствует охране, предоставляемой этим другим государством. Эта оговорка устанавливает исключение в отношении обязательства предоставлять национальный режим охраны. Однако применение такого исключения к национальному режиму не может основываться на сравнении того, кто является бенефициарием данных прав; как подчеркивается в отчете, «Государство, которое предоставляет охрану как исполнителю, так и производителю не может урезать права в отношении государства, которое охраняет только исполнителя или производителя. Отсюда, государство, которое предоставляет охрану только производителю, не может отказать в охране государству, которое предоставляет охрану только исполнителю, и наоборот.»<sup>168</sup>

РК-16.2. Другая оговорка, разрешенная согласно статье 16, относится к праву вещательных организаций, предоставленному в соответствии со статьей 13(d) Конвенции. Это также является полной оговоркой, исключающей применение статьи 13(d). Оно соответствует возможности других Договаривающихся государств отказывать в предоставлении национального режима в этом отношении: если некоторое Договаривающееся государство делает такую оговорку, то другие договаривающиеся государства не обязаны предоставлять право, изложенное в статье 13(d), вещательным организациям, чьи штаб-квартиры находятся в этом государстве.

## **СТАТЬЯ 17**

---

*[Страны, применяющие исключительно критерий записи]*

Любое государство, которое по состоянию на 26 октября 1961 г. предоставляет охрану прав изготовителей фонограмм исключительно на основе критерия записи, может в момент ратификации, принятия или присоединения в уведомлении, сдаваемом на хранение Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций, заявить, что для целей Статьи 5 оно будет применять только критерий записи, а для целей пункта 1 (а)(iii) и (iv) Статьи 16 - критерий записи вместо критерия национальной принадлежности.

PK-17.1 Сложный компромисс, достигнутый на Дипломатической конференции относительно пунктов, касающихся изъятий в отношении охраны прав производителей фонограмм, описан и рассмотрен в комментариях к статье 5 выше; положение статьи 17, принятие которой явилось также частью этого компромисса, описывается также там. По этой причине здесь нет необходимости в дальнейших комментариях.

## **СТАТЬЯ 18**

---

*[Изменения в отношении оговорок]*

Любое государство, которое сдало на хранение уведомление в соответствии с пунктом 3 Статьи 5, пунктом 2 Статьи 6, пунктом 1 Статьи 16 или Статьей 17, может ограничить его объем или отозвать его путем последующего уведомления, сдаваемого на хранение Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций.

PK-18.1 Данная статья содержит рутинные положения относительно возможности изъятия или уменьшения объема оговорок или аналогичных заявлений. Она ясна по содержанию и не требует дальнейших разъяснений и комментариев.

## **СТАТЬЯ 19**

---

*[Исполнители и видеозаписи]*

Несмотря на какие-либо положения настоящей Конвенции, Статья 7 в дальнейшем не применяется, если исполнитель дал согласие на включение своего исполнения в видеозапись или аудиовизуальную запись.

PK-19.1 Данное положение было принято на основе предложения США и охватывает все видеозаписи или аудиовизуальные записи. Как только исполнитель дал согласие на включение своего исполнения в такую запись, статья 7 Конвенции, предусматривающая возможность для исполнителей препятствовать осуществлению некоторых действий, больше не применима.

PK-19.2. Очевидно, что данное ограничение прав исполнителей делается в интересах кинопромышленности и отражает то обстоятельство, когда вклад актеров сливается с большим числом других творческих и технических вкладов, с учетом чего возникает новое качество – аудиовизуальное произведение. На Дипломатической конференции было сделано несколько попыток уменьшить объем действия данного ограничения. Австрия и Чехословакия предложили, чтобы исполнители лишались полностью действия статьи 7 только в случае, если их исполнения включаются в аудиовизуальные исполнения, и чтобы устанавливался более льготный режим для них в случае аудиовизуальных произведений, предназначенных для телевидения<sup>169</sup> (разумеется, на основе признания того, что это имеет место в случае настоящего аудиовизуального произведения, когда исполнение необходимым образом включается так, что оно становится одним из многих прочих вкладов, реализованных в данном произведении, в то время как может существовать ряд телевизионных программ, которые могут характеризоваться не более, чем простые аудиовизуальные записи исполнений, когда работа исполнителей является только соответствующим элементом.) Однако большинство делегаций высказали мнение, что такое различие было бы непрактичным, и эти предложения были отклонены.

PK-19.3. Во время дискуссий стало ясно, что статья 19 не будет ограничивать свободы исполнителей в заключении контрактов в связи с подготовкой как видеозаписей, так и аудиовизуальных записей, а также не будет иметь последствий для их прав в отношении национального режима даже в связи с такими записями.<sup>170</sup>

## СТАТЬЯ 20

---

*[Отсутствие действия в отношении ретроспективной охраны]*

1. Настоящая Конвенция не наносит ущерба правам, приобретенным в любом Договаривающемся государстве до даты вступления настоящей Конвенции в силу в отношении этого государства.
2. Ни одно Договаривающееся государство не обязано применять положения настоящей Конвенции к исполнениям или передачам в эфир, которые имели место, или фонограммам, которые были записаны до вступления настоящей Конвенции в силу в отношении этого государства.

PK-20.1 В отчете Дипломатической конференции короткое описание данной статьи озаглавлено «Отсутствие действия Конвенции в отношении ретроохраны». В самом деле параграф 1 содержит положение, которое исключает ретроспективное применение Конвенции в отношении прав, приобретенных до вступления Конвенции в силу. Содержание параграфа 2 вообще не может быть охарактеризовано как имеющим какое-либо отношение ретроспективной охране. Он отвечает на вопрос, касающийся того, в отношении каких объектов охраны – исполнителей, фонограмм и эфирных передач – Конвенция применима с момента ее вступления в силу; а именно для всех объектов, в отношении которых срок охраны, предусмотренный в Конвенции, еще не истек или только в отношении тех объектов, которые имели место/были записаны после вступления Конвенции в силу. Римская конвенция основана на выборе последней опции (в то время как Бернская конвенция, соглашение ТРИПС, ДАП и ДИФ базируются на первой опции, как это предусмотрено в статье 18 Бернской конвенции, положения которой должны применяться *mutates mutandis* (взаимобразно) также в соответствии с тремя последними названными соглашениями).

## СТАТЬЯ 21

---

*[Другие источники охраны]*

**Охрана, предоставляемая настоящей Конвенцией, не наносит ущерба любой другой охране, предоставленной исполнителям, изготовителям фонограмм и вещательным организациям.**

PK-21.1. Назначение и точное значение данного положения – основанного на совместном предложении скандинавских стран – не совсем ясное. Без сомнения, оно относится к тому виду охраны прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, который выходит за пределы охраны смежных прав, предоставляемых им согласно Конвенции соответственно в отношении их исполнений, фонограмм и эфирных передач. Однако поскольку такая охрана не охватывается данной Конвенцией, данное положение, как кажется, утверждает то, что является очевидным.

## СТАТЬЯ 22

---

*[Специальные соглашения]*

**Договаривающиеся государства сохраняют за собой право заключать между собой специальные соглашения, если такие соглашения предусматривают предоставление исполнителям, изготовителям фонограмм или вещательным организациям более широкие права, чем предоставляемые настоящей Конвенцией, или содержат другие положения, не противоречащие настоящей Конвенции.**

PK-22.1. Данное положение взаимным образом (*mutates mutandis*) является аналогичным положению в статье 20 Бернской конвенции, что касается возможных специальных соглашений, которые страны Бернского союза могут заключать между собой. Поэтому комментарий, сделанный в отношении указанного положения, применимы также здесь взаимным образом.

Ниже приводятся административные положения и заключительные условия данной Конвенции, которые, как было сказано в Введении, воспроизводятся по соображениям полноты и их легкого нахождения, но которые в данном Руководстве, поскольку оно посвящено только материальным нормам, не анализируются.

## **СТАТЬЯ 23**

---

*[Подписание Конвенции и сдача на хранение]*

Настоящая Конвенция сдается на хранение Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций. Она открыта для подписания до 30 июня 1962 г. любым государством, приглашенным для участия в Дипломатической конференции по международной охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, которое является участником Всемирной конвенции об авторском праве или членом Международного союза по охране литературных и художественных произведений.

## **СТАТЬЯ 24**

---

*[Присоединение]*

1. Настоящая Конвенция подлежит ратификации или принятию подписавшими ее государствами.
2. Настоящая Конвенция открыта для присоединения любого государства, приглашенного для участия в Конференции, упомянутой в Статье 23, и любого государства - члена Организации Объединенных Наций при условии, что в обоих случаях такое государство является участником Всемирной конвенции об авторском праве или членом Международного союза по охране литературных и художественных произведений.
3. Ратификация, принятие или присоединение осуществляются путем сдачи на хранение соответствующего документа Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций.

## **СТАТЬЯ 25**

---

*[Вступление в силу]*

1. Настоящая Конвенция вступает в силу через три месяца после даты сдачи на хранение шестого документа о ратификации, принятии или присоединении.
2. В дальнейшем настоящая Конвенция вступает в силу в отношении каждого государства через три месяца после даты сдачи на хранение его документа о ратификации, принятии или присоединении.

## **СТАТЬЯ 26**

---

*[Применение Конвенции]*

1. Каждое Договаривающееся государство обязуется принять в соответствии со своей Конституцией необходимые меры для обеспечения применения настоящей Конвенции.
2. Каждое государство во время сдачи на хранение своего документа о ратификации, принятии или присоединении должно быть в состоянии в соответствии со своим внутренним законодательством обеспечить действие положений настоящей Конвенции.

## **СТАТЬЯ 27**

---

*[Территории]*

1. Любое государство во время ратификации, принятия или присоединения, или в любое другое время после этого в уведомлении, направленном Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций, может заявить, что настоящая Конвенция применяется ко всем или любой из территорий, за международные дела которой оно несет ответственность, при условии, что на эту территорию или территории распространяется действие Всемирной

конвенции об авторском праве или Международной конвенции об охране литературных и художественных произведений. Это уведомление вступает в силу через три месяца после даты его получения.

2. Уведомления, упомянутые в пункте 3 Статьи 5, пункте 2 Статьи 6, пункте 1 Статьи 16 и в Статьях 17 и 18, могут быть распространены на все или одну из территорий, упомянутых в пункте 1 настоящей Статьи.

## **СТАТЬЯ 28**

*[Прекращение действия Конвенции]*

1. Любое Договаривающееся государство может денонсировать настоящую Конвенцию от своего имени либо от имени всех или любой из территорий, упомянутых в Статье 27.
2. Денонсация осуществляется путем уведомления, направленного Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций, и вступает в силу через двенадцать месяцев после даты получения этого уведомления.
3. Право на денонсацию не осуществляется Договаривающимся государством до истечения пятилетнего периода с даты вступления настоящей Конвенции в силу в отношении этого государства.
4. Договаривающееся государство перестает быть участником настоящей Конвенции с того времени, когда оно перестанет быть участником Всемирной конвенции об авторском праве и членом Международного союза по охране литературных и художественных произведений.
5. Настоящая Конвенция перестает применяться к любой из упомянутых в Статье 27 территорий со времени прекращения применения к этой территории Всемирной конвенции об авторском праве и Международной конвенции об охране литературных и художественных произведений.

## **СТАТЬЯ 29**

*[Пересмотр]*

1. Через пять лет после вступления настоящей Конвенции в силу любое Договаривающееся государство путем уведомления, направленного Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций, может просить созвать конференцию в целях пересмотра Конвенции. Генеральный Секретарь уведомляет о такой просьбе все Договаривающиеся государства. Если в течение шести месяцев после даты уведомления Генеральным Секретарем Организации Объединенных Наций не менее половины Договаривающихся государств сообщат ему о своей поддержке этой просьбы, Генеральный Секретарь информирует об этом Генерального директора Международного бюро труда, Генерального директора Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры и Директора Бюро Международного союза по охране литературных и художественных произведений, которые созывают конференцию по пересмотру настоящей Конвенции в сотрудничестве с Межправительственным комитетом, предусмотренным в Статье 32.
2. Принятие любого пересмотра настоящей Конвенции требует большинства в две трети голосов «за» государств, принимающих участие в конференции по пересмотру, при условии, что указанное большинство включает две трети государств, которые во время конференции по пересмотру являются участниками Конвенции.
3. В случае принятия Конвенции, которая полностью или частично изменяет настоящую Конвенцию, и если в пересмотренной Конвенции не будет предусмотрено иного:
  - (а) настоящая Конвенция перестает быть открытой для ратификации, принятия или присоединения с даты вступления в силу пересмотренной Конвенции;

- (b) настоящая Конвенция остается в силе применительно к отношениям между или с Договаривающимися государствами, которые не стали участниками пересмотренной Конвенции.

## **СТАТЬЯ 30**

*[Урегулирование споров]*

Любой спор, который может возникнуть между двумя или несколькими Договаривающимися государствами, касающийся толкования или применения настоящей Конвенции, и который не урегулирован путем переговоров, по требованию любой из сторон спора передается в Международный суд для его решения, если только они не договорятся о другом порядке урегулирования спора.

## **СТАТЬЯ 31**

*[Оговорки]*

Без ущерба положениям пункта 3 Статьи 5, пункта 2 Статьи 6, пункта 1 Статьи 16 и Статьи 17 никакие оговорки к настоящей Конвенции не допускаются.

## **СТАТЬЯ 32**

*[Межправительственный комитет]*

1. Учреждается Межправительственный комитет со следующими обязанностями:
  - (a) изучать вопросы, касающиеся применения и действия настоящей Конвенции; и
  - (b) собирать предложения и подготавливать документацию для возможного пересмотра настоящей Конвенции.
2. Комитет состоит из представителей Договаривающихся государств, выбранных с должным учетом справедливого географического распределения. Комитет состоит из шести членов, если число Договаривающихся государств составляет двенадцать или меньше, из девяти членов, если число Договаривающихся государств составляет от тринадцати до восемнадцати, и из двенадцати членов, если число Договаривающихся государств превышает восемнадцать.
3. Комитет учреждается по истечении двенадцати месяцев со дня вступления Конвенции в силу путем проведения выборов, организованных между Договаривающимися государствами, каждое из которых имеет один голос, Генеральным директором Международного бюро труда, Генеральным директором Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры и Директором Бюро Международного союза по охране литературных и художественных произведений в соответствии с правилами, предварительно одобренными большинством Договаривающихся государств.
4. Комитет избирает председателя и должностных лиц. Он принимает свои собственные правила процедуры. Эти правила определяют, в частности, будущую работу Комитета и порядок выборов его членов в будущем для обеспечения ротации среди различных Договаривающихся государств.
5. Секретариат Комитета должен состоять из сотрудников Международного бюро труда, Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры и Бюро Международного союза по охране литературных и художественных произведений, назначаемых, соответственно, двумя Генеральными директорами и Директором упомянутых организаций.
6. Заседания Комитета, которые созываются всякий раз, когда большинство его членов сочтет это необходимым,

поочередно проводятся в штаб-квартирах Международного бюро труда, Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры и Бюро Международного союза по охране литературных и художественных произведений.

7. Расходы членов Комитета несут соответствующие правительства.

## **СТАТЬЯ 33**

*[Языки, используемые для Конвенции]*

1. Настоящая Конвенция составлена на английском, французском и испанском языках, причем все три текста полностью аутентичны.
2. Кроме того, официальные тексты настоящей Конвенции составляются также на немецком, итальянском и португальском языках.

## **СТАТЬЯ 34**

*[Уведомления]*

1. Генеральный Секретарь Организации Объединенных Наций уведомляет государства, приглашенные для участия в Конференции, упомянутой в Статье 23, а также каждое государство - член Организации Объединенных Наций, Генерального директора Международного бюро труда, Генерального директора Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры и Директора Бюро Международного союза по охране литературных и художественных произведений:
  - (a) о сдаче на хранение каждого документа о ратификации, принятии или присоединении;
  - (b) о дате вступления в силу настоящей Конвенции;
  - (c) о всех уведомлениях, заявлениях или сообщениях, предусмотренных настоящей Конвенцией;
  - (d) о возникновении ситуаций, упомянутых в пунктах 4 и 5 Статьи 28.
2. Генеральный Секретарь Организации Объединенных Наций также уведомляет Генерального директора Международного бюро труда, Генерального директора Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры и Директора Бюро Международного союза по охране литературных и художественных произведений о просьбах, сообщенных ему в соответствии со Статьей 29, а также о любых других сообщениях, полученных от Договаривающихся государств в отношении пересмотра Конвенции.

В УДОСТОВЕРЕНИЕ ЧЕГО нижеподписавшиеся, должным образом уполномоченные, подписали настоящую Конвенцию.

СОВЕРШЕНО В РИМЕ, двадцать шестого октября 1961 года в одном экземпляре на английском, французском и испанском языках. Заверенные подлинные копии передаются Генеральным Секретарем Организации Объединенных Наций всем государствам, приглашенным для участия в Конференции, упомянутой в Статье 23, и каждому государству - члену Организации Объединенных Наций, а также Генеральному директору Международного бюро труда, Генеральному директору Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры и Директору Бюро Международного союза по охране литературных и художественных произведений.

- 108 Текст Конвенции в том виде, как она была принята и подписана, не содержит заголовков. В настоящем Руководстве такие заголовки включены перед преамбулой и каждой статьей с тем, чтобы обеспечить их идентификацию в том виде, как они появляются в «Протоколах Дипломатической конференции Международной конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, Рим, 10-26 октября 1961 г.» Публикация ВОИС № 326(E) (Далее: Протоколы Римской конвенции 1961 года)
- 109 Первый параграф преамбулы Бернской конвенции гласит: «Страны Союза, воодушевленные единым стремлением обеспечить охрану прав авторов на их литературные и художественные произведения наиболее эффективными и единообразными способами». Данный параграф является единственным «существенным» параграфом Преамбулы в том смысле, что он по существу относится к цели Конвенции, в то время как три других последующих параграфа имеют чисто описательный характер.
- 110 Какое-то время в правовой литературе использовались оба выражения, однако в тексты международных норм включался не любой из этих терминов. Соглашение ТРИПС изменило ситуацию в этом отношении, поскольку заголовок 1 части II Соглашения гласит: «Авторское право и смежные права» (и далее ясно, что «смежные права» означают права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций). Поскольку таким образом мировое сообщество сделало выбор в отношении «официального» общего наименования этих прав, то выражение «смежные права» используется чаще всего. Например, название компетентного комитета ВОИС гласит «Постоянный комитет по авторскому праву и смежным правам», хотя в документах и публикациях ВОИС ранее использовался термин «родственные права».
- 111 Римская конвенция сама содержит ссылку на это «нечто еще». В статье 9 она предусматривает, что «любое Договаривающееся государство может в соответствии со своими национальными законами и предписаниями распространить охрану, предусматриваемую в данной конвенции, на артистов, которые не исполняют литературные и художественные произведения». ДИФ также идентифицирует важную категорию исполнений, которые не относятся к литературным и художественным произведениям, а именно к исполнениям выражений фольклора (см. статью 2(а) ДИФ, в которой путем ссылки на термин «исполнители» косвенно определяется также понятие «исполнение»).
- 112 Фонограммы часто воплощают исполнения нечего иного, чем литературные и художественные произведения (в особенности, исполнения выражений фольклора). Аналогично существуют фонограммы, воплощающие звуки, иные, чем те, что в исполнениях; например, песни птиц.
- 113 Программы вещания часто включают элементы иные, чем литературные и художественные произведения, например, отчеты о спортивных событиях и других текущих событиях, которые согласно законодательству об авторском праве многих стран не соответствуют тесту на оригинальность и таким образом не охраняются как литературные и художественные произведения.
- 114 См. Директиву Совета 92/100/С от 19 ноября 1992 г. о праве сдачи в прокат и аренду, а также о некоторых правах, относящихся к авторскому праву в области интеллектуальной собственности, статья 7.
- 115 См. Директиву 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета от 11 марта 1996 года о правовой охране баз данных, статья 7.
- 116 См. Директиву Совета 93/98/ЕЕС от 29 октября 1993 г., направленную о гармонизации срока охраны авторского права и некоторых смежных прав, статья 6.
- 117 Протокол Римской конференции 1961 года, стр. 38.
- 118 Там же.
- 119 Там же стр. 205.
- 120 Там же стр. 38.
- 121 Там же.
- 122 Протокол Римской конференции 1961 года, стр. 39.
- 123 Типовой закон относительно охраны прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций вместе с комментариями к нему». Публикация МОТ, ЮНЕСКО, ВОИС, 1982 г. (ниже: Типовой закон МОТ-Юнеско-ВОИС), стр.7.
- 124 Там же стр. 39-40.
- 125 Относительно обсуждения вопроса, касающегося статуса выражений фольклора с точки зрения охраны авторского права, см. комментарии к статье 15(4) Бернской конвенции.
- 126 Протокол Римской конвенции 1961 года, стр. 46.
- 127 Там же.
- 128 Глагол «представлять» имеет различные значения, но в данном случае значение «представлять» подходит по тексту. Это подтверждается французской версией Конвенции, в которой используется глагол «reciter».
- 129 Протокол Римской конвенции 1961 года, стр. 40.
- 130 там же.
- 131 там же.
- 132 Протокол Римская конвенции от 1961 года, стр.40.
- 133 Там же.
- 134 Там же.
- 135 Это косвенно подтверждается следующими заявлениями в отчете Дипломатической Конференции: «Использованные в определении слова «передача для приема публикой» ясно устанавливают, что передачи, предназначенные для приема одним лицом или четко определенной группой лиц, таких как , например, корабль в море, самолет в воздухе или такси, циркулирующее в городе, и т.д. не должны рассматриваться как передачи» (там же стр. 40). Фраза «предназначенные для приема...», выделенная курсивом в процитированном тексте, показывает, что фактически охватывается понятием «прием» либо публикой, либо определенными лицами, которые в отдельности не соответствуют понятию «публика». Следует отметить однако, что несмотря на то, что примеры, приведенные в выше процитированных заявлениях, могли бы считаться пригодными для разграничения понятий «широкого вещания» и «узкого вещания», они не соответствуют понятиям «публичный» и «частный», где под «публичным» понимается то, что выходит за рамки семьи и ее тесных социальных связей.
- 136 Там же, стр.41
- 137 Там же, стр. 209.
- 138 Там же стр.211.
- 139 Там же стр. 41.
- 140 Там же, стр. 214.
- 141 Там же стр. 43.
- 142 Там же стр. 217.
- 143 Там же стр. 43.
- 144 В отношении описания изменений в законодательстве Великобритании по данному вопросу, см.L. Bently, W. Cornish: United Kindom», in PE. Geller MB Nimmer (eds): «Международное авторское право и практика», Нью Йорк, Мэтью Бендер, 2000, том 2, параграфы с UK-129 по UK-132.
- 145 Законодательный акт об авторском праве, образцах и патентах, раздел 182.
- 146 Там же стр. 43.
- 147 Там же стр.43-44.
- 148 Там же стр. 44.

- 149 Там же.  
150 Там же стр.44.  
151 Там же стр. 45.  
152 Там же.  
153 Модельный закон МОТ-ЮНЕСКО-ВОИС, стр. 8 и 10.  
154 Протокол Римской конференции, стр. 45.  
155 Там же.  
156 Там же.  
157 Там же.  
158 Там же стр. 47.  
159 Там же.  
160 Там же.  
161 Там же.  
162 Модельный закон МОТ-ЮНЕСКО-ВОИС, стр. 18 и 20.  
163 Там же стр. 49.  
164 Там же стр. 50.  
166 См. параграф R-8.3 выше.  
167 Там же.  
168 Там же стр. 52  
169 Там же стр. 232.  
170 Там же стр. 53.

# РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ КОНВЕНЦИИ ОБ ОХРАНЕ ИНТЕРЕСОВ ПРОИЗВОДИТЕЛЕЙ ФОНОГРАММ ОТ НЕЗАКОННОГО ВОСПРОИЗВОДСТВА ИХ ФОНОГРАММ (ФОНОГРАММНАЯ КОНВЕНЦИЯ, 1971 ГОД)

---

## [ПРЕАМБУЛА]<sup>171</sup>

*Государства - участники,*

*озабоченные все возрастающим распространением незаконного воспроизводства фонограмм и наносимым в результате этого ущербом интересам авторов, артистов - исполнителей и производителей фонограмм;*

*убежденные в том, что охрана интересов производителей фонограмм от подобных актов будет отвечать также интересам артистов - исполнителей и авторов, исполнение и произведения которых записаны на указанные фонограммы;*

*признавая высокую ценность работы, проделанной в этой области Организацией Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры и Всемирной организацией интеллектуальной собственности;*

*стремясь не наносить никакого ущерба действующим международным конвенциям и, в частности, не препятствовать каким бы то ни было образом более широкому принятию Римской Конвенции от 26 октября 1961 г., обеспечивающей охрану интересов артистов - исполнителей и органов радиовещания, равно как и производителей фонограмм,*

*согласились о нижеследующем:*

КФ- Преамбула 1. Обычно конвенцию об охране фонограмм характеризуют как «антипиратская конвенция», и это верно отражает причины, по которым данная Конвенция была подготовлена и принята. Однако в тексте Конвенции, включая ее преамбулу (являющейся обычно тем местом, где излагаются цели соглашения), слово «пиратство» не используется. Вместо этого используется более общее выражение «все возрастающее распространение незаконного воспроизводства фонограмм». В отчете Женевской дипломатической конференции 1971 года указываются причины такого подхода: «Признавая, что ее целью является предотвращение пиратства в отношении фонограмм, конференция считает, что включение слова «пиратство» в качестве описания действий, от которых производители фонограмм должны быть защищены, было бы не совсем подходящим в рамках международной конвенции. Предпочтительно использовать выражение, содержащее в заголовке конвенции, то есть, незаконное воспроизводство.»<sup>172</sup>

КФ- Преамбула 2. «Незаконное воспроизводство» или «незаконное репродуцирование», что может рассматриваться как более или менее его синоним, является на самом деле более широким явлением, чем «пиратство». В то же самое время статья 2 Конвенции, в которой идентифицируются все действия, от которых предоставляется охрана, не охватывает всех случаев «незаконного воспроизводства»; она определяет более узкий объем этого понятия: «производство копий фонограмм без согласия производителя и ... ввоз таких копий всякий раз, когда упомянутые производство или ввоз осуществляются с целью их распространения среди публики, а также ... распространение этих копий среди публики.» Изготовление незаконных копий, а также ввоз таких копий для целей распространения среди публики, а также распространение таких копий среди публики обычно справедливо характеризуется и называется пиратством.

КФ- Преамбула 3. Следует отметить, что мнение международного сообщества, по-видимому, изменилось относительно вопроса о том, уместно или нет использовать слово «пиратство» в международных соглашениях. В Соглашении ТРИПС используется это слово и делается ссылка на него в статье 61 как на одну из форм нарушения, которое является достаточно серьезным для применения уголовных процедур и санкций. В Соглашении также содержится определение производного от него выражения «пиратские товары, нарушающие авторское право», что представляется несколько шире, чем действия, охватываемые статьей 2 Конвенции по охране фонограмм.<sup>173</sup>

КФ- Преамбула 4. Второй параграф преамбулы также заслуживает отдельного упоминания. Он отражает важное признание взаимосвязи различных категорий бенефициариев охраны. Он привлекает внимание к тому факту, что охрана интересов производителей фонограмм от пиратства также выгодна для исполнителей, чьи исполнения записаны на фонограммах, а также авторов, чьи произведения исполняются.

## СТАТЬЯ 1

---

[Определения]

Для целей настоящей Конвенции следует понимать:

- (a) под "фонограммой" любую исключительно звуковую запись исполнения или других звуков;
- (b) под "производителем фонограмм" физическое или юридическое лицо, которое первым сделало запись звуков на фонограмме;
- (c) под "копией" носитель, который содержит звуки, записанные непосредственно или косвенно с фонограммы, и который включает все или значительную часть звуков, записанных на этой фонограмме;
- (d) под "распространением среди публики" любой акт, посредством которого копии непосредственно или косвенно предлагаются публике вообще или любой ее части.

*Пункты (a) и (b): фонограмма и производитель фонограммы*

КФ-1.1. Определение «фонограммы» и «производителя фонограммы» в пунктах (a) и (b) статьи 1 Конвенции по охране фонограмм совпадают с определениями в пунктах (b) и (c) в статье 3 Римской конвенции. Поэтому в целом представляется достаточным сослаться на комментарии к выше названным положениям.

КФ-1.2. Тем не менее следует отметить, что на Дипломатической конференции возникла дискуссия относительно интерпретации ссылки, приведенной в определении «фонограммы», на понятие исключительно звуковой записи. Были рассмотрены две различные интерпретации с точки зрения Конвенции относительно записей, сделанных с звуковых дорожек кинематографических произведений или иных аудиовизуальных произведений для случаев, когда звуковая дорожка записывается одновременно с видеозаписью.

КФ-1.3. Как указывается в отчете, согласно одному из взглядов, высказанных на Конференции, звуковая дорожка представляет собой сырье, исходный материал для записи, и в тех случаях, когда производится исключительно звуковая запись данной дорожки, результирующей записью является фонограмма в понимании данной конвенции. В отчете указывается, что данный взгляд подкрепляется тем фактом, что звуковая дорожка почти всегда редактируется или иным образом изменяется в процессе изготовления записи, так что создается новая исключительно звуковая версия.<sup>174</sup>

КФ-1.4. В соответствии с другим взглядом, отраженным в отчете Конференции, звуки, воплощенные в записи, изготавливаемой со звуковой дорожки, при их первичной записи в форме аудиовизуального произведения, не имеют какого-либо отдельного характера в качестве исключительно звуковой записи, и отсюда не могут квалифицироваться в качестве фонограммы согласно Конвенции, но скорее всего являются частью оригинального аудиовизуального произведения. Было указано, что даже в случае второго подхода Конвенция обеспечивает только минимальный уровень охраны и поэтому в компетенции каждого Договаривающегося государства обеспечивать охрану записей, произведенных с звуковых дорожек, рассматриваемых в качестве фонограмм согласно его национального законодательства, если оно того желает.<sup>175</sup>

КФ-1.5. Подводя итог этой дискуссии, в отчете говорится, что «в любом случае Конференция выразила взгляд, что лицо, подлежащее охране, является лицом, которое первым сделало запись фонограммы как таковой».<sup>176</sup> И в этом, как кажется, состоит поистине существо дела. Согласно пункту (a) «фонограмма» означает любую исключительно звуковую запись исполнения или других звуков». Таким образом, если исключительно звуковая, а не аудиовизуальная запись производится, то это является «фонограммой».

### *Пункт (с): копия*

КФ-1.6. В отношении определения «копия» по пункту (с) Дипломатическая конференция отметила, что «существенной чертой копии является тот факт, что соответствующий продукт содержит звуки, взятые непосредственно или косвенно с фонограммы.» В отчете указывается, что включение в определение слова «косвенно» означает «копирование записей с помощью машины или иного подходящего устройства даже в тех случаях, когда копирование имеет место с эфирной передачи фонограммы или с копии фонограммы» и более того, что «новые записи, имитирующие или моделирующие звуки оригинальной записи, не охватываются положениями данной Конвенции».<sup>177</sup>

КФ-1.7. На основе текста данного определения и приведенного разъяснения представляется, что «копия» может рассматриваться в качестве синонима «воспроизведение» или «экземпляр», а во время принятия Конвенции между этими понятиями не выявлялось каких-либо реальных различий по существу. Однако с развитием техники появилось настоящее расхождение между понятием «копия», как оно определено в пункте (с), с одной стороны, и понятиями «воспроизведение» и «экземпляр», с другой стороны. Определение «экземпляр» сводится к тому, что он существует в форме «изделий», то есть, осязаемых объектов, в то время как понятия «воспроизведение» и «копия», как видно из комментариев к статье 1(4) ДАП, могут существовать в настоящее время также в форме электронной записи соответствующих произведений и записей в электронной памяти, что навряд ли может рассматриваться в качестве соответствия понятию «изделие».

КФ-1.8. Дипломатическая конференция высказала также мнение, что прилагательное «значительный», которое появляется в определении «копии» фонограммы, выражает «не только количественную, но также и качественную оценку», указывающую на то, что в этом отношении самая малая часть может быть значительной.<sup>178</sup>

### *Пункт (d): распространение среди публики*

КФ-1.9. Дипломатическая конференция решила добавить в статью 1 Конвенции определение понятия «распространение среди публики». Как указано в отчете, в данном определении не делается никакой специфической ссылки на коммерческие цели с тем, чтобы не ограничивать не нужным образом область применения Конвенции, так как «считается, что коммерческие цели будут поняты из определения, приводимого в ней». Конференция рассмотрела также несколько примеров «актов», посредством которых копии фонограммы предлагаются непосредственно или косвенно публике, и пришла к выводу, что такие акты должны включать, например, поставку копий оптовому торговцу для целей продажи публике непосредственно или косвенно.<sup>179</sup>

## **СТАТЬЯ 2**

*[Обязательства Договаривающихся государств; кого они должны охранять и от чего]*

Каждое государство - участник обязуется охранять интересы производителей фонограмм, являющихся гражданами других государств - участников, от производства копий фонограмм без согласия производителя и от ввоза таких копий всякий раз, когда упомянутые производство или ввоз осуществляются с целью их распространения среди публики, а также от распространения этих копий среди публики.

КФ-2.1. Статья 2 содержит наиболее существенное положение Конвенции. Можно считать, что остальная часть Конвенции просто дополняет или служит приложением к данной центральной норме (определяя понятия, делая ссылки на орудия изготовления, устанавливая срок охраны и т.д.).

КФ-2.2. Охрана должна предоставляться производителям фонограмм, которые являются гражданами других Договаривающихся сторон. Значение «граждане» является достаточно ясным в случае физического лица, но в связи с тем, что согласно определению в статье 1(б) юридические лица, а на самом деле это наиболее частый случай, понятие «гражданство» в отношении производителей фонограмм требует определенных пояснений. Наиболее логичным «пунктом их прикрепления», которое может служить в качестве основы для идентификации «гражданства» в отношении юридических лиц, является место нахождения их штаб-квартиры или место, где они имеют действительное и реальное промышленное или коммерческое учреждение.

КФ-2.3. Как упоминалось выше в комментариях к преамбуле, охрана должна представляться от трех видов пиратской деятельности: (i) от изготовления копий без согласия производителя при условии, что это делается для целей распространения среди публики; (ii) от ввоза таких копий при условии, что это делается в целях распространения среди публики; и (iii) от распространения таких копий среди публики.

## **СТАТЬЯ 3**

*[Юридические меры реализации Конвенции Договаривающимися государствами]*

**За национальным законодательством каждого государства-участника сохраняется право определения юридических мер, посредством которых настоящая Конвенция будет применяться и которые будут включать одну или более мер из числа следующих: охрана посредством предоставления авторского права или другого особого права; охрана посредством законодательства, относящегося к недобросовестной конкуренции; охрана посредством уголовных санкций.**

КФ-3.1. Из антипиратской направленности Конвенции следует, что в ней специально не сосредотачивается внимание на правовых средствах, с помощью которых может предоставляться охрана от пиратских действий. Конвенция ориентированна на достижение результата и эффективности; она оставляет на усмотрение Договаривающихся государств, что выбирать из имеющихся юридических средств защиты и какие новые средства вводить с тем, чтобы обеспечить эффективную охрану от актов, перечисленных в статье 2.

КФ-3.2. Статья 3 выделяет четыре возможных опции, которые могут быть выбраны либо каждая в отдельности, либо в сочетании, а именно: (i) охрана посредством предоставления авторского права (обычно в странах, имеющих правовые традиции, основанные на общем праве); (ii) охрана путем предоставления другого особого права (обычно означающего «смежные права», что типично имеет место в странах с правовыми традициями, основанными на гражданском праве); (iii) охрана посредством законодательства, относящегося к недобросовестной конкуренции (данная опция обычно обеспечивает менее эффективную охрану по сравнению с охраной, основанной на авторском праве или смежных правах); (iv) охрана посредством уголовных санкций. (Как указано в параграфе RC-7.1 выше, Римская конвенция также допускает для охраны прав исполнителей, чтобы охрана предоставлялась исключительно на основе уголовного законодательства. Другой вопрос, что предшествующие опции охраны должны обычно сочетаться с уголовными санкциями для повышения их эффективности).

## **СТАТЬЯ 4**

*[Срок охраны]*

**За национальным законодательством каждого государства - участника сохраняется право определения срока действия предоставляемой охраны. Однако если национальное законодательство предусматривает определенный срок охраны, то этот срок не должен быть менее двадцати лет, начиная либо с конца года, в котором первая запись фонограммы была сделана, либо с конца года, когда она была впервые опубликована.**

КФ-4.1. Данное положение полностью устарело. Его неопределенный характер объясняется тем фактом, что в статье 3 предусмотрена наряду с другими очень слабая опция предоставления охраны с помощью мер законодательства, относящегося к недобросовестной конкуренции. Возможность, упомянутая в данной статье, по обеспечению срока охраны, отсчитываемого с момента публикации нежеле с момента записи фонограммы, является более предпочтительней, чем правило согласно статье 14(a) Римской конвенции, которое предусматривает единственную возможность отсчета с момента записи (поскольку публикация обычно происходит позже, а отсюда срок охраны, исчисляемый с момента публикации истекает позже) Однако это только одна из двух имеющихся опций. Минимальный срок, предусмотренный в данной статье, превращает ее в полностью устаревшую (с учетом того, что как Соглашение ТРИПС, так и ДИФ предписывает 50-летний срок охраны).

## СТАТЬЯ 5

[Формальности]

В тех случаях, когда одно из государств - участников в соответствии со своим национальным законодательством требует выполнения формальностей в качестве условий, при которых обеспечивается охрана интересов производителей фонограмм, эти формальности считаются выполненными, если все разрешенные копии фонограмм распространяемые среди публики, или их упаковка имеют специальную надпись в виде символа Р (в круге) с указанием года первого издания, проставленную так, чтобы было отчетливо видно, что данная фонограмма находится под охраной; если копии или их упаковка не устанавливают производителя фонограмм, его правопреемника или обладателя лицензии путем упоминания его фамилии, марки или другого соответствующего обозначения, то надпись должна также включать фамилию производителя, его правопреемника или обладателя исключительной лицензии.

КФ-5.1. Данная статья содержит практически такое же положение, что и статья 11 Римской конвенции. Таким образом, комментарии, сделанные к последней, также применимы в данном случае.

## СТАТЬЯ 6

[Ограничения в отношении охраны]

Каждое государство - участник, которое обеспечивает охрану путем предоставления авторского права или другого особого права или путем применения уголовных санкций, может предусмотреть в своем национальном законодательстве ограничения, касающиеся охраны интересов производителей фонограмм, того же характера, что и те, которые допускаются в отношении охраны интересов авторов литературных и художественных произведений. Однако принудительные лицензии могут быть предусмотрены только в том случае, если удовлетворены все следующие условия:

- (a) воспроизведение предназначается для использования исключительно в целях обучения или научных исследований;
- (b) лицензия действительна только для воспроизведения на территории государства - участника, чьи компетентные органы предоставили лицензию, и не будет распространена на экспорт копий;
- (c) воспроизведение, осуществленное в силу лицензии, влечет за собой право на справедливое вознаграждение, определяемое упомянутыми органами с учетом, наряду с прочим, числа копий, которые будут произведены.

КФ-6.1. В проекте Конвенции данная статья имела цель разрешить любому Договаривающемуся государству, которое предоставляло охрану производителям фонограмм на основе авторского права или иного специального права, возможность применения тех же самых ограничений в отношении охраны прав производителей фонограмм, что имеют место в случае охраны прав авторов литературных и художественных произведений. Было необходимо разъяснить, что не применимы никакие принудительные лицензии за исключением случаев, касающихся копирования для последующего использования исключительно для целей обучения или научных исследований.

КФ-6.2. На Дипломатической конференции некоторые делегации попросили вычеркнуть положение, запрещающее предоставление принудительных лицензий, высказав мнение, что такое положение может привести к предоставлению более широкой охраны для производителей фонограмм, чем для авторов. Некоторые другие делегации высказали мнение, что положения статьи 15 Римской конвенции должны быть введены, *mutatis mutandis*, в новую Конвенцию. Однако большинство делегаций высказались в пользу сохранения запрета, устанавливающего пределы предоставления лицензий. В особенности, они заявили, что статья 15 Римской конвенции не может быть перенесена в новую конвенцию с учетом того факта, что новое международное соглашение должно быть открытым для всех государств независимо от того, являются ли они участниками конвенции по авторскому праву или нет, в то время как это было не так в случае с Римской конвенцией, участниками которой могли стать только страны, участвующие во Всемирной конвенции по авторскому праву или в Бернской конвенции.<sup>180</sup>

КФ-6.3. Конференция согласилась, что новый договор не допускает установления общей системы принудительных лицензий, за исключением случаев, указанных в статье 6 и что он не предоставляет охраны от того, что именуется как «вторичное использование» фонограмм, то есть, передача в эфир и сообщение для сведения публики.<sup>181</sup>

## **СТАТЬЯ 7**

*[[Гарантии. 1. Гарантии авторского права и смежных прав; 2. Охрана интересов производителей; 3. Отсутствие ретроспективного действия; 4. Замена критерия записи]]*

1. Настоящая Конвенция ни в коем случае не может быть истолкована как ограничивающая или наносящая ущерб охране интересов авторов, артистов - исполнителей, производителей фонограмм или органов радиовещания, которая предоставляется национальным законодательством или международными конвенциями.
2. Национальное законодательство каждого государства - участника определяет в случае необходимости сферу действия охраны интересов артистов - исполнителей, выступления которых записаны на фонограмму, а также условия, при которых они могут пользоваться такой охраной.
3. Ни одно государство - участник не обязано выполнять положения настоящей Конвенции в отношении фонограмм, записанных до вступления в силу настоящей Конвенции на территории данного государства.
4. Каждое государство-участник, национальное законодательство которого на 29 октября 1971 г. предоставляет производителям фонограмм охрану их интересов только на основе места первой записи, может путем уведомления, депонированного у Генерального директора Всемирной организации интеллектуальной собственности, заявить, что оно будет применять этот критерий вместо критерия гражданства производителя.

КФ-7.1 Оговорка, предусматривающая гарантии в параграфе (1), понятна и не требует дополнительных разъяснений и комментариев.

КФ-7.2. В отношении параграфа (2) следует упомянуть, что Дипломатическая конференция не приняла предложения Нидерландов, направленные на обеспечение обязательств по охране прав исполнителей с тем, чтобы избежать ситуаций, когда в случае, если производитель фонограмм не предпринимает действий против нарушителя прав, исполнители, чьи исполнения записаны на фонограмме, остаются без средств защиты. Конференция сочла, что обязательство со стороны производителя принимать меры против нарушителя в тех случаях, когда исполнитель участвует в получении доходов, обычно вытекает из контракта между производителем и исполнителем; однако принимая такое решение, конференция согласилась, что в случае отсутствия действий со стороны производителя в осуществлении своих прав, которые вытекают из данной конвенции, было бы желательно, чтобы контракт составлялся таким образом, чтобы он позволял исполнителям принимать меры непосредственно против нарушителя.

КФ-7.3. В отношении времени применения Конвенции в параграфе (3) было принято аналогичное положение, что в статье 20.2 Римской конвенции. Отсюда комментарии, сделанные в отношении этой статьи, применимы также в данном случае.

КФ-7.4. Возможность, предоставляемая в параграфе (4) аналогична той, что предусмотрена в статье 17 Римской конвенции, однако, разумеется, дата, появляющаяся в ней, отличается и в качестве депозитария указан Генеральный директор ВОИС, а не Генеральный секретарь ООН.

Ниже приводятся административные положения и заключительные условия данной Конвенции, которые, как было сказано во Введении, воспроизводятся по соображениям полноты и их легкого нахождения, но которые в данном Руководстве, поскольку оно посвящено только материальным нормам, не анализируются.

## **СТАТЬЯ 8**

---

*(Секретариат)*

1. Международное бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности собирает и публикует информацию, касающуюся охраны фонограмм. Каждое государство - участник безотлагательно сообщает Международному бюро все новые законы и официальные тексты по этому вопросу.
2. Международное бюро предоставляет любому государству - участнику по его просьбе информацию по вопросам, касающимся настоящей Конвенции, а также проводит исследования и обеспечивает обслуживание в целях облегчения осуществления охраны, предусмотренной настоящей Конвенцией.
3. Международное бюро выполняет функции, изложенные в предыдущих пунктах 1 и 2, в сотрудничестве с Организацией Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры и Международной организацией труда в отношении вопросов, касающихся их соответствующей компетенции.

## **СТАТЬЯ 9**

---

*[Присоединение к Конвенции: 1. Подписание и депонирование; 2. и 3. Ратификация и присоединение; 4. Обязательства государств в отношении их внутренних законов]*

1. Настоящая Конвенция депонируется у Генерального секретаря Организации Объединенных Наций. Она остается открытой для подписания до 30 апреля 1972 г. любым государством, являющимся членом Организации Объединенных Наций, одного из специализированных учреждений, связанных с Организацией Объединенных Наций, или Международного агентства по атомной энергии или стороной Статута Международного Суда.
2. Настоящая Конвенция подлежит ратификации или принятию подписавшими ее странами. Она открыта для присоединения к ней любого государства, упомянутого в пункте 1 настоящей статьи.
3. Акты ратификации, принятия или присоединения депонируются у Генерального секретаря Организации Объединенных Наций.
4. Имеется в виду, что на момент, когда Государство становится связанным обязательствами данной Конвенции, оно будет в состоянии в соответствии со своим внутренним законодательством применять положения данной конвенции.

## **СТАТЬЯ 10**

---

*[Оговорки]*

Никакие оговорки не допустимы по отношению к данной Конвенции.

## **СТАТЬЯ 11**

---

*[Вступление в силу и применение: 1 и 2. Вступление в силу Конвенции; 3 и 4. Применение Конвенции в отношении некоторых территорий.]*

1. Настоящая Конвенция вступит в силу спустя три месяца после депонирования пятой ратификационной грамоты, акта о принятии или о присоединении.
2. Настоящая Конвенция вступит в силу для каждого государства, которое ратифицирует или примет настоящую Конвенцию или присоединится к ней после депонирования пятой ратификационной грамоты, акта о принятии или о присоединении, спустя три месяца после даты, когда Генеральный директор Всемирной организации интеллектуальной

собственности информирует Договаривающиеся государства в соответствии со статьей 13, параграф (4) о депонировании его грамоты или акта.

3. Любое государство имеет право на дату ратификации, принятия или присоединения к Конвенции или на иную позднюю дату заявить в нотификации, направленной к Генеральному секретарю ООН, что данная Конвенция будет применяться ко всем или одной из любых территорий, за международные дела которых оно несет ответственность. Данная нотификация вступает в силу через три месяца после даты ее получения.
4. Однако предшествующий параграф не может быть никоим образом истолкован как предполагающий признание или принятие по умолчанию Договаривающимся государством фактической ситуации относительно территории, в отношении которой данная Конвенция применяется другим Договаривающимся государством в силу выше названного параграфа.

## **СТАТЬЯ 12**

*[Денонсирование Конвенции]*

1. Каждое Договаривающееся государство может денонсировать настоящую Конвенцию от своего имени или от имени любой из своих территорий, упомянутых в статье 11, параграф (3) путем письменной нотификации на имя Генерального секретаря Организации Объединенных Наций.
2. месяцев после получения нотификации Генеральным секретарем ООН, упоминаемой в пункте 1 настоящей статьи.

## **СТАТЬЯ 13**

*[Языки и нотификации]*

1. Настоящая Конвенция подписывается в единственном экземпляре на русском, английском, испанском и французском языках; все четыре текста имеют одинаковую силу.
2. После консультации с заинтересованными правительствами Генеральным директором Всемирной Организации интеллектуальной собственности будут выработаны официальные тексты на арабском, голландском, итальянском, немецком и португальском языках.
3. Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций сообщает Генеральному директору Всемирной организации интеллектуальной собственности, Генеральному директору Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры, Генеральному директору Международной организации труда:
  - (a) о подписании настоящей Конвенции;
  - (b) о депонировании ратификационных грамот, актов о принятии или о присоединении;
  - (c) о дате вступления в силу настоящей Конвенции в соответствии с пунктом 1 статьи 10;
  - (d) о нотификации любой декларации согласно статье 11, параграф (3);
  - (e) о получении нотификаций о денонсации.
4. Генеральный директор Всемирной организации интеллектуальной собственности уведомляет государства, указанные в параграфе (1) статьи 9 о всех нотификациях, полученных согласно предшествующему параграфу, и о любых декларациях,

сделанных согласно параграфу (4) статьи 7. Он также уведомляет об этих декларациях Генерального директора Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры, Генерального директора Международной организации труда.

- 171 Заглавия преамбулы и статей, приводимые в квадратных скобках, не являются частью Конвенции. Однако эти заглавия появляются в публикациях ВОИС, содержащих текст данной конвенции (см. например, публикацию ВОИС №617(E), что позволяет идентифицировать содержание статей. Аналогичным образом они используются в данном Руководстве.
- 172 Протокол Международной конференции государств по охране фонограмм, Женева, 18-29 октября 1971 г., публикация ЮНЕСКО-ВОИС, 1975 г. (далее: Протокол Женевской конференции), стр. 38, параграф 31.
- 173 Данное определение включено в примечание к статье 51 данного Соглашения, где оно используется в связи со специальными требованиями, относящимися к пограничным мерам. Оно гласит следующим образом: «пиратские товары, нарушающие авторское право, означают любые товары, изготовленные без согласия правообладателя или лица, должным образом уполномоченным этим правообладателем в стране производства и которые были изготовлены прямо или косвенно с изделия, при чем изготовление такой копии составляло бы нарушение авторского права или смежных прав согласно законодательства страны ввоза».
- 174 Протокол Женевской дипломатической конференции 1971 года, стр.38, параграф 36.
- 175 Там же параграф 37.
- 176 Там же параграф 38.
- 177 Там же , параграф 40.
- 178 Там же параграф 41.
- 179 Там же стр. 38-39, параграф 43.
- 180 Протокол Женевской конвенции 1971 года, стр.40, параграф 57.
- 181 Там же, параграф 58.

# РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ КОНВЕНЦИИ О РАСПРОСТРАНЕНИИ НЕСУЩИХ ПРОГРАММЫ СИГНАЛОВ, ПЕРЕДАВАЕМЫХ ЧЕРЕЗ СПУТНИКИ (СПУТНИКОВАЯ КОНВЕНЦИЯ, 1974 г.)

---

## [ПРЕАМБУЛА]<sup>182</sup>

*Договаривающиеся государства,*

сознавая, что использование спутников для распространения несущих программы сигналов быстро развивается как по своим масштабам, так и по географическому охвату;

озабоченные отсутствием всемирной системы предотвращения распространения распространяющими органами несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, которые не предназначались для этих распространяющих органов, и что это отсутствие, видимо, будет препятствовать использованию связи с помощью спутников;

признавая в этой связи важность интересов авторов, артистов - исполнителей, производителей фонограмм и организаций вещания;

убежденные в том, что должна быть создана международная система, в соответствии с которой будут обеспечены меры предотвращения распространения распространяющими органами несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, которые не предназначались для этих распространяющих органов;

сознавая необходимость в том, чтобы никоим образом не нанести ущерба тем международным соглашениям, которые уже вступили в силу, включая Международную конвенцию электросвязи и прилагаемые к этой Конвенции Регламенты радиосвязи и, в частности, никоим образом не помешать более широкому принятию Римской Конвенции от 26 октября 1961 года, которая предусматривает защиту артистов - исполнителей, производителей фонограмм и организаций вещания;

договорились о нижеследующем:

КС-Преамбула 1. Первые два параграфа преамбулы описывают причины, по которым данная Конвенция стала необходимой, а также цели, достигаемые ей. Третий параграф содержит ссылку на интересы тех, кому Конвенция предположительно должна служить (даже если, как видно ниже из рассматриваемых комментариев к статье 2, Конвенция не предоставляет особых прав интеллектуальной собственности). Наконец, четвертый параграф содержит отсылку на две другие конвенции, которые имеют также непосредственную или косвенную роль в регулировании и охране деятельности, связанной с передачей сигналов, несущих программы: Международной конвенции электросвязи и Регламенты радиосвязи, являющиеся Приложением к данной Конвенции, в которых определяются и регулируются различные формы телекоммуникации, с одной стороны, и, с другой стороны, Римской конвенции, предоставляющей охрану трем категориям бенефициариев, и в особенности организациям вещания, для которых предотвращение «пиратства в части сигналов» является наиболее важным.

КС-Преамбула 2. Может возникнуть вопрос относительно того, является или нет данная Конвенция «специальным соглашением» согласно статье 22 Римской конвенции, которая, как было проанализировано выше, гласит следующим образом: «Договаривающиеся государства сохраняют за собой право заключать между собой специальные соглашения, если такие соглашения предусматривают предоставление исполнителям, изготовителям фонограмм или организациям вещания более широкие права, чем предоставляемые настоящей Конвенцией, или содержат другие положения, не противоречащие настоящей Конвенции.» Представляется, что на данный вопрос можно дать утвердительный ответ. Хотя, как будет показано ниже, Конвенция по спутниковым сигналам не предоставляет новых специфических прав бенефициариям Римской конвенции и таким образом условие в первой части статьи 22 Римской конвенции не выполняется, она соответствует второму альтернативному условию, поскольку она содержит «другие положения, не противоречащие Римской конвенции», положения, которые несмотря на тот факт, что их природа иная, чем предоставление специфических прав, служат интересам (и, по крайней мере, косвенно также охране этих прав) бенефициариев Римской конвенции, а в особенности организаций вещания. Положения Конвенции по спутниковым сигналам, без всякого сомнения, не противоречат Римской конвенции (фактически также и Бернской конвенции, и таким образом, если рассматривать ее косвенную значимость для авторского права, то она также удовлетворяет условиям статьи 20 этой конвенции в отношении «специальных соглашений»).

## СТАТЬЯ 1

---

### [Определения]

Для целей настоящей Конвенции:

- (i) "сигнал" - создаваемая с помощью электронных средств несущая частота, способная передавать программы;
- (ii) "программа" - совокупность материалов, получаемых непосредственно или в записи, состоящих из изображений, звуков или изображений и звуков, передаваемая посредством сигналов с целью последующего распространения;
- (iii) "спутник" - любое устройство, находящееся во внеземном пространстве, способное передавать сигналы;
- (iv) "излучаемый сигнал", или "сигнал, излучаемый" является любым несущим программы сигналом, который идет на спутник или через него;
- (v) "вторичный сигнал" - сигнал, получаемый путем преобразования технических характеристик излучаемого сигнала с промежуточными записями или без них;
- (vi) "орган - источник" - физическое или юридическое лицо, определяющее, какие программы будут нести излучаемые сигналы;
- (vii) "распространяющий орган" - физическое или юридическое лицо, решающее, должна ли иметь место передача вторичных сигналов широкой публике или любой ее части;
- (viii) "распространение" - действие, посредством которого распространяющий орган передает вторичные сигналы широкой публике или любой ее части.

КС-1.1. Учитывая тот факт, что данная Конвенция содержит лишь небольшое число действующих норм, число определений является значительным. Это было вызвано весьма специфическими техническими аспектами вопросов, охватываемых Конвенцией. Брюссельская конференция 1974 года, на которой присутствующие делегации включили ведущих экспертов в области телекоммуникации, попыталась выработать определения и обеспечить использование терминологии в техническом плане максимально точно, и в некоторых случаях формулировки были взяты из Регламентов радиосвязи Международного Союза Электросвязи. Тем не менее, было высказано общее мнение относительно принципа редакционной подготовки текста с учетом того, что цель данной Конвенции является сугубо правовой, используемые термины и их определения должны формулироваться таким образом, чтобы служить правовым задачам, нежели соответствовать стандартным дефинициям, выработанным для технических целей.

*Пункт (i): сигнал*

КС-1.2. Термин «сигнал» предназначен для обозначения электронного вектора или «носителя», способного передавать программу из одного пункта в другой. В той мере, в какой сигнал обладает потенциальной способностью нести программу, не имеет значения, какие электронные средства или их комбинация используются для его генерации.<sup>183</sup>

*Пункт (ii): программа*

КС-1.3. В отчете Дипломатической конференции роль программ характеризуется следующим образом: «брюссельская конвенция имеет дело с сигналами, а не с сообщениями, которые несут эти сигналы»; как было неоднократно сказано, объектом договора

является оболочка, а не содержание. В то же время сфера действия Конвенции ограничена теми сигналами, которые несут «программы», и как дано в определении, данная позиция относится к совокупности материалов, объединенных для передачи через спутник для сообщения среди публики».<sup>184</sup> Определение указывает на то, что программа может быть либо непосредственной («живой»), либо в записи, либо комбинацией того и другого.

КС-1.4. На Дипломатической конференции состоялась дискуссия по вопросу о том, должна ли Конвенция ограничиваться телевизионными сигналами («изображениями или комбинацией звуков и изображений») или она должна охватывать также звуковые передачи, а также («изображения, звуки или то и другое»). С самого начала подготовительной работы основной заявленной целью Конвенции была борьба против пиратства в области телевизионных передач через спутники. Поскольку спутниковые передачи радио программ были редки и не имели реальной экономической основы, и поскольку Конвенция Международного Союза электросвязи представлялась достаточной для решения этих вопросов, было высказано мнение, что программы, состоящие только из звуков, не должны включаться в определение. Однако большинство делегаций высказало противоположное мнение, и конференция приняла решение в пользу более широкого определения.<sup>185</sup>

#### *Пункт (iii): спутник*

КС-1.5. После проведения Дипломатической конференции в Брюсселе в 1974 году роль и значение спутников в области телекоммуникации и вещания стали настолько очевидными, что в настоящее время данное определение не представляется более необходимым. В отчете упоминается, что слово «внеземной» в данном определении означает, что спутник должен находиться или, по крайней мере, часть его орбиты вне земли и ее атмосферы. Далее упоминается, что определение не предназначено для исключения из него спутников, имеющих эллиптическую орбиту, проходящих через земную атмосферу при прохождении части своего пути.<sup>186</sup>

#### *Пункты (iv) и (v): излучаемый сигнал и вторичный сигнал*

КС-1.6. Во время подготовительной работы над Конвенцией в качестве общего принципа было принято то, что пока сохраняется возможность извлекать сообщение из сигнала, он остается одним и тем же сигналом, не важно сколько раз он усиливался, модулировался, изменялся по частоте, записывался, перезаписывался или иным образом менялся по своим физическим характеристикам. Тем не менее, конференция сочла желательным сделать различие между тремя различными стадиями в «жизни» сигнала: (i) когда он излучается; (ii) когда он преобразуется во вторичный сигнал; (iii) когда он распространяется. Первые два этапа отражены в терминах, представленных в отдельных пунктах (iv) и (v) статьи 1, в то время как значение третьего этапа «распространяемый сигнал» отражено в определении термина «распространение».

КС-1.7. Текст проекта Конвенции,<sup>187</sup> подготовленный в Найроби, содержал термин «излучаемый сигнал», который означал сигнал, передаваемый на спутник, или сигнал, который прошел через спутник. Данное понятие было затем доработано и объединено с достаточно сложной формулировкой, которая делала различие между (i) излучаемыми сигналами, (ii) сигналами, полученными путем преобразования из излучаемых сигналов, (iii) сигналами, полученными из записей излучаемых сигналов и (iv) сигналами, полученными из сигналов, которые в свою очередь получены из записи излучаемых сигналов. Не удивительно, что при рассмотрении данного перечня Дипломатическая конференция сделала следующее замечание по поводу такого деления: «Никто не может быть уверен в том, что это означает, и еще в меньшей степени, охватывает ли это все возможности».<sup>188</sup> Поэтому понятным образом возникло желание упростить данный текст и сделать его более ясным.

КС-1.8. Новое понятие было найдено с тем расчетом, чтобы охватить несколько из ранее идентифицированных категорий, именно: «вторичный сигнал», который означает любой сигнал, физические характеристики которого были изменены (модифицированы) некоторым образом, исходя из технических требований, при этом не имеет значения, сколько раз эти изменения происходили или каким образом промежуточные записи или копирование этих записей осуществлялись.

КС-1.9. В соответствии с окончательно принятыми определениями понятие «излучаемый сигнал» охватывает любой сигнал, который идет к спутнику («восходящий») и любой сигнал, который проходит через спутник и отражается назад к земле («нисходящий»). Как

только сигнал проходит через спутник, он считается «вторичным сигналом», поскольку технически необходимо изменить физические характеристики сигнала с тем, чтобы передать его обратно на землю без прерывания. Таким образом, фактически на этапе нисходящего сигнала и после этого сигнал квалифицируется одновременно как «излученный» и «вторичный». Все это отражало уровень развития техники на момент подготовки и принятия Конвенции.

*Пункт (vi): орган-источник*

КС-1.10. Определение «органа-источника» как «физического или юридического лица, определяющего, какие программы будут нести излучаемые сигналы» является ясным и не требующим пояснений. Оно предназначается для того, чтобы исключить телекоммуникационные и предающие организации, которые не осуществляют контроль над тем, какие программы переносятся сигналами. В то же самое время, как указано в отчете Дипломатической конференции, определение понятия «орган-источник» предназначено также для того, чтобы исключить создателей и продюсеров программ, как таковых, поскольку они контролируют содержание программ, а не сигналов.<sup>189</sup>

*Пункт (vii) (viii): распространяющий орган и распространение*

КС-1.11. Очевидно, что понятие «распространение» является наиболее важным в Конвенции, поскольку оно представляет собой акт, который Договаривающие государства обязуются предотвращать при определенных обстоятельствах. Основным элементом в понятии «распространение» является то, что должна присутствовать передача сигналов, несущих программу «широкой публике или любой ее части». «Распространяющим органом» является физическое или юридическое лицо, имеющее полномочия по принятию окончательного решения в процессе распространения.

КС-1.12. Как подчеркивается в отчете Дипломатической конференции, передача представляет собой «распространение» в рамках значения, определенного в Конвенции, независимо от того, осуществляется ли она одновременно с исходным излучением на спутник или с записи. Данное определение рассматривается достаточно широким, охватывающим любой из существующих или будущих телекоммуникационных способов передачи сигналов, включая не только традиционные формы вещания, но также передачи по кабелю или иные фиксированные коммуникационные каналы, передачи с использованием лазера и передачи, осуществляемые спутниками прямого вещания.<sup>190</sup> В отчете также поясняется, что статья 3, которая исключает из сферы действия Конвенции сигналы вторичной передачи, принимаемые со спутников прямого вещания, не затрагивает обязательств Договаривающихся государств по предотвращению распространения сигналов, полученных с «обычного» спутника (то есть, «из точки в точку» или для целей «распространения») средствами спутников прямого вещания (СПВ) непреднамеренно распространяющими органами. Другими словами, если сигналы приходят с СПВ, их распространение не подпадает под действие Конвенции в силу статьи 3, но если сигналы получены с другого типа спутника, то запрещается осуществлять их вторичную передачу для непреднамеренно действующих органов распространения, даже если они используют для этих целей спутник типа СПВ.

КС-1.13. Следует отметить, что понятие «распространение» согласно Конвенции о спутниковом вещании отличается от понятия «распространение», принятого в области авторского права и смежных прав. В последнем случае оно означает предоставление копий произведения или объектов смежных прав среди публики.

## **СТАТЬЯ 2**

*[Сфера действия Конвенции]*

1. Каждое Договаривающееся государство берет на себя обязательство принимать соответствующие меры по предотвращению распространения на своей или со своей территории любого несущего программы сигнала любым распространяющим органом, для которого сигнал, переданный на спутник или проходящий через него, не предназначается. Это обязательство применяется в том случае, когда орган - источник подпадает под юрисдикцию другого Договаривающегося государства и когда распространяемый сигнал является вторичным сигналом.

2. В любом Договариваемом государстве, в котором применение мер, упомянутых в пункте 1 этой статьи, ограничено во времени, продолжительность такого периода устанавливается законодательством этого государства. Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций должен быть письменно извещен относительно продолжительности этого периода в момент ратификации, принятия или присоединения, или же, в случае последующего вступления в силу национального закона или его изменения, в течение шести месяцев после вступления в силу такого закона или его изменения.
3. Обязательства, предусмотренные в статье 2, пункт 1, не применяются к распространению вторичных сигналов, полученных от сигналов, которые уже были распространены распространяющим органом, для которого эти сигналы предназначались.

*Paragraph (1): subject matter and obligation*

КС-2.1. Параграф (1) статьи 2 является наиболее важным положением Конвенции. Он включает содержание, отражающее «Найробский компромисс». Суть компромисса состояла в том, что вместо предоставления органам вещания исключительного права давать разрешение на распространение сигналов, передаваемых через спутник, Конвенция налагает на Договариваемые государства обязательство «принимать адекватные меры по предотвращению распространения на своей или со своей территории любого несущего программы сигнала любым распространяющим органом, для которого сигнал, переданный на спутник или проходящий через него, не предназначается.»

КС-2.2. В отчете Дипломатической конференции говорится о достигнутом понимании того, что Договариваемые государства совершенно свободны применять данное основное требование наиболее подходящим для них образом: «хотя данное обязательство, предусмотренной Конвенцией, может быть удовлетворительно выполняться в рамках правовых норм законодательства в области интеллектуальной собственности, обеспечивающих охрану сигналов согласно теорий авторского права и смежных прав, Договариваемые государства могут также в законодательном порядке принимать административные меры, уголовные санкции или законодательные нормы и акты в области телекоммуникации по данному вопросу.»<sup>191</sup>

КС-2.3. Решающим фактором для определения того, необходимо или нет предотвращать распространение, является тот факт, предназначен ли или нет данный сигнал для распространяющей организации. В связи с этим в отчете подчеркивалось, что «хотя справедливо, что часто организация-источник бывает тем органом, который принимает решение относительно распространяющих организаций, для которых предназначены сигналы, это не предполагает возникновения имущественных прав согласно данной Конвенции.»<sup>192</sup>

КС-2.4. Выражение «на своей или с своей территории» означает, что на Договариваемое государство налагается обязательство по предотвращению пиратских передач, осуществляемых с передающей станции, расположенной на его территории, даже в тех случаях, когда представители публики, для которой предназначена передача, находятся полностью вне его территории.

КС-2.5. Во время дискуссий было отмечено, что фразу «переданный на спутник или проходящий через него» можно было бы вычеркнуть как относящуюся к техническому фактору, но конференция решила, что поскольку параграф (1) статьи 2 является основным положением Конвенции, необходимо однозначно заявить, что она имеет дело с сигналами, передаваемыми на спутник или проходящими через него, нежели полагаться на определения, которые отражают этот факт. Было дважды подчеркнуто, что Конвенция применима не только к браконьерству в конце («нисходящего») пути передачи или после этого, но в любой точке пути («восходящего» или «нисходящего») или с накопительного устройства памяти самого спутника.

*Paragraph (2): продолжительность мер*

КС-2.6. С самого начала подготовительной работы обнаружилось расхождение во мнениях относительно того, нужно ли привязывать минимальный срок к длительности периода, необходимого Договариваемому государству для принятия мер. На

совещании в Найроби в связи с фундаментальным изменением в философском подходе к Конвенции, появились дополнительные вопросы относительно того, сохраняется ли необходимость в положении, устанавливающим минимальный срок, поскольку данный договор больше не основывался на частном праве.

КС-2.7. В ходе дебатов те, кто выступал за сохранение минимального срока, утверждали, что без него Конвенцию можно толковать таким образом, что она налагает постоянное обязательство в отношении сигналов, которые были записаны, или что возникает прямо противоположная опасность, а именно, государства могут рассматривать свои обязательства выполненными в отношении «соответствующих мер» сразу после передачи со спутника. Ряд делегаций настаивали на полном исключении данной статьи на том основании, что положение, устанавливающее минимальный срок, является несовместимым с договором, который не содержит обязательств по защите прав частной собственности и который оставляет свободу государствам решать самим относительно принятия наиболее эффективных мер по предотвращению распространения сигналов через спутник передающими организациями, действующими непреднамеренно. Было также подчеркнуто, что хотя оговоренный минимальный срок может иметь значение тогда, когда речь идет о содержании программы, передаваемым сигналом, возникают трудности в его применении с логической точки зрения, когда речь идет о сигнале как таковом.

КС-2.8. После длительных дискуссий, в ходе которых были рассмотрены несколько предложений и контрпредложений, а также в ходе которых делегации разделились более или менее поровну в своих мнениях по данному вопросу, наконец, был принят параграф (2) в качестве компромиссного текста совместно с официально согласованным заявлением, включенным в отчет Конференции, который гласит следующим образом: «В отношении длительности периода времени для принятия мер, упомянутых в статье 2(1), было в целом достигнуто мнение, что период в двадцать лет мог бы составлять разумный период времени.»<sup>193</sup>

*Параграф (3): сигналы, которые уже были распространены распространяющим органом, для которого эти сигналы предназначались.*

КС-2.9. Основное соображение, лежащее в обосновании статьи 2(3), состоит в том, что данная Конвенция предназначена в основном для регулирования вопросов, касающихся космической коммуникации, и она не должна затрагивать ситуаций, которые по своей сути касаются околосемных коммуникаций. Поэтому если распространяющая организация, действующая непреднамеренно, получив сигналы от другой некосмической распространяющей организации, распространяет их в конце цепочки околосемных распространений, и если, по крайней мере, одна из распространяющих организаций дальше по цепочке должна получить эти сигналы, то тот факт, что эти сигналы были переданы через спутник, не дает основания для применения данной Конвенции. Подобный акт ретрансляции полностью охватывается Римской конвенцией, и, по мнению большинства, не следует пытаться регулировать такую ситуацию с помощью новой конвенции. Однако, если ни одна из распространяющих организаций в такой цепочке не предназначалась для приема сигналов, передаваемых на спутник или через него, то ситуация будет иной, и к ней должна быть применена данная Конвенция.

## СТАТЬЯ 3

*[Распространение сигналов со спутников прямого вещания]*

**Настоящая Конвенция не применяется, когда передаваемые сигналы идут от органа - источника или по его поручению и излучаются через спутники для непосредственного приема широкой публикой.**

КС-3.1. На Дипломатической конференции делегация Алжира предложила исключить из сферы действия Конвенции распространение сигналов, получаемых со спутников прямого вещания (СПВ). Как объяснялось в ходе дискуссий, система, основанная на СПВ, может быть описана как служба, в которой вещательная организация вместо использования антенны, расположенной на поверхности земли, использует антенну, расположенную на спутнике в космическом пространстве, вместе с очень мощным передающим устройством, способным посылать изображения непосредственно на индивидуальные принимающие устройства на земле. Таким образом, в контексте данного договора организация-источник и распределяющая организация совпадают, поскольку нет необходимости в дальнейшем распространении сигналов, принимаемых со спутников и дальнейшей их передаче.

КС-3.2. Эта идея была поддержана другими делегациями, и отсюда статья 3 в явном виде исключает из сферы действия Конвенции сигналы, которые «передаются органом-источником или по его поручению» и которые «предназначены для непосредственного приема со спутника широкой публикой». Ссылка на орган-источник необходима, чтобы подчеркнуть тот факт, что данное исключение не предназначено для оправдания деятельности «пиратских» распространяющих организаций, использующих систему СПВ для своих передач на основе традиционных сигналов спутника.

## **СТАТЬЯ 4**

*[Исключения]*

Ни одно Договаривающееся государство не обязано принимать меры, предусмотренные в статье 2(1), если сигнал, распространяемый на его территории распространяющим органом, для которого сигнал не предназначался:

- (i) несет короткие выдержки из передаваемой с помощью сигналов программы, содержащие сообщения о текущих событиях, но только в том объеме, который оправдан информационными целями таких выдержек, или
- (ii) несет в качестве цитат короткие выдержки из передаваемых сигналами программы при условии, что такие цитаты соответствуют честной практике и оправданы информационными целями таких цитат, или
- (iii) несет передаваемую сигналами программу, учитывая, что распространение ведется исключительно в целях просвещения, в том числе для образования взрослых, или в целях научных исследований там, где упомянутая территория является Договаривающимся государством, рассматриваемым в качестве развивающейся страны в соответствии с установившейся практикой Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций.

КС-4.1. Как результат основательной подготовительной работы, статья 4 была принята с небольшими дискуссиями и без существенных изменений. Дискуссия относительно положений статьи касалась в основном заявлений, одобряющих содержание проекта статьи, а также достигнутого баланса в ней.

КС-4.2. Конференция приняла следующие заявления разъяснительного характера, которые были включены в отчет конференции: «Согласно параграфу (i) короткие выдержки состязаний или спектакля могут распространяться при условии, что их настоящей целью является отчет о событии, заслуживающем внимание, но лишь в чрезвычайно коротком объеме, «оправданном в информационных целях». Для обеспечения гарантии использования короткой выдержки согласно данному положению программа должна быть включена как часть отчета об общих событиях дня и поэтому, как правило, должна передаваться на основе записи. Возможности распространения всех или любой части спортивного события согласно параграфу (iii) представляются еще более ограниченными, поскольку единственной целью распространения должно быть обучение.»<sup>194</sup>

КС-4.3. Было также дано разъяснение значения выражения «в целях просвещения, в том числе для образования взрослых», использованного в пункте (iii) статьи 4. Делегация США предложила, чтобы конференция понимала данный термин в общем смысле, чтобы охватить любой вид «систематической деятельности, направленной на образование». В отчете содержатся следующие заявления по данному вопросу: «Указанная фраза, которая также появляется в текстах как Бернской конвенции, так и Всемирной конвенции по авторскому праву в редакции 1971 года, включает все традиционные формы обучения на любом уровне образовательного и учебного телевидения в отличие от общих программ, имеющих культурный или информационный характер. На заключительной пленарной сессии было достигнуто согласие, что конференция в целом должна принять данное толкование указанной фразы.»<sup>195</sup>

КС-4.4. В отношении статьи 4 на конференции в ходе дебатов был подчеркнут несколько раз еще один важный пункт, а именно, что все исключения, разрешаемые в данной конвенции, применимы только в отношении мер, которые Договаривающееся государство должно применить само согласно Конвенции. Если это государство имеет обязательства по другому договору, как, например, конвенции в области авторского права, Римской конвенции или Конвенции МСЭ, они не заменяются исключениями по статье 4.<sup>196</sup>

## **СТАТЬЯ 5**

*[Отсутствие ретроспективного действия]*

Ни одно Договаривающееся государство не обязано применять настоящую Конвенцию в отношении любого сигнала, переданного до того, как эта Конвенция вступит в силу в отношении этого государства.

КС-5.1. Данная статья сформулирована по образцу статьи 7(3) Конвенции по охране фонограмм. Как указано в отчете Дипломатической конференции «она означает, что если Договаривающееся государство не сочтет необходимым выбрать иное, вступление в силу данной Конвенции в данном государстве не меняет правового статуса сигналов, передача которых на спутник уже произошла.»<sup>197</sup>

## **СТАТЬЯ 6**

*[Гарантии интересов лиц и организаций, содействующих созданию программ]*

Настоящая Конвенция ни в коем случае не может толковаться как ограничивающая или наносящая ущерб охране, предоставляемой авторам, артистам - исполнителям, производителям фонограмм или органам вещания в силу национального законодательства или международных соглашений.

КС-6.1. То, что было принято в качестве статьи 6, рассматривается в качестве составной части «Найробского компромисса». Цель этой статьи – дать четкое понимание того, что в соответствии с новой Конвенцией ни одна из «соответствующих мер», принимаемая Договаривающимся государством, не имеет право посягать каким-либо образом на существующие или будущие права авторов, исполнителей, производителей фонограмм или организаций вещания независимо от того, проистекает ли такая охрана этих прав из внутреннего законодательства, из конвенций об авторском праве или из Римской конвенции.

КС-6.2. По просьбе делегаций Австрии и Германии в отчет Дипломатической конференции было включено следующее заявление: «Среди правительственных экспертов, встречавшихся в Париже (1972 г.) и Найроби (1973 г.) существовало неоспоримое мнение, что в тех случаях, когда для распространения несущих программы сигналов, генерируемых непосредственно на самом спутнике, используется спутник, то орган-источник, что очевидно даже без включения соответствующего положения в Конвенцию, является ответственным за распространение по отношению к авторам, исполнителям, производителям фонограмм и организаций вещания, и он не может ссылаться на свою непричастность на том основании, что распространение осуществлялось в космосе и поэтому не подпадает под действие какого-либо национального закона.»<sup>198</sup>

КС-6.3. Конференция рассмотрела также предложение делегаций Дании и Мексики в отношении того, чтобы возложить на организации вещания обязательство по уведомлению авторов, исполнителей и других лиц, содействовавших созданию программы, заблаговременно до начала спутникового вещания, использующего их творческие вклады, относительно распространяющих организациях, для которых предназначены сигналы, несущие программу. Данное обязательство возникало бы только в тех случаях, когда указанные творческие вклады охранялись бы в случае отсутствия разрешения на вещание в данном Договаривающемся государстве, которому принадлежит соответствующая организация вещания; было также предложено, чтобы это обязательство применялось только тогда, когда стороны не могли бы договориться иным образом. Главная комиссия, которая обсудила данное предложение, высказала единодушное одобрение духу, положенному в основу этой идеи. Предложение было поддержано также несколькими делегациями, при этом имела место также широкая поддержка общего принципа, заложенного в данном предложении; а именно, в тех случаях, когда законодательство страны организации вещания признает в правах о вещании право

на вклад в создание программы, передаваемой через спутник, лицо или организация, сделавшие такой вклад, или их представитель должны иметь возможность знать заранее, куда предназначены сигналы, несущие программу, по крайней мере, в тех случаях, если лицо, сделавшее вклад, не передало или не отказалось от своих прав. Однако данное специфическое предложение встретило возражение по ряду причин: (i) оно создало бы непреодолимые практические трудности в некоторых странах из-за сложившейся правовой инфраструктуры или имеющей место деловой или трудовой практики; (ii) данное предложение, даже не будучи непосредственно противоречивым по отношению к компромиссу, достигнутому в Найроби, может нарушить баланс интересов, найденный согласно этому компромиссу и (iii) данное предложение, ограничиваясь обязательством по предоставлению предупредительного уведомления, может иметь отрицательные последствия для исключительных прав по осуществлению контроля за вещанием, которыми уже обладают лица, внесшие вклад, согласно другим международным конвенциям. Поэтому данное предложение было отозвано при договоренности о том, что принцип, положенный в его основу, и полезное обсуждение, состоявшееся по его поводу, должно быть отражено в отчете.<sup>199</sup>

## **СТАТЬЯ 7**

*[Злоупотребления монополией]*

Настоящая Конвенция ни в коем случае не может толковаться как ограничивающая право любого Договаривающегося государства применять его национальное законодательство для предотвращения злоупотреблений монополией.

КС-7.1. Во время подготовительной работы и на самой Дипломатической конференции мнения по данному положению разделились. Хотя некоторые делегации настаивали на необходимости данного положения, часть других делегаций возражала против него, подчеркивая, что эта статья неуместна и не имеет никакого значения для данной Конвенции.

КС-7.2. Наконец статья 7 была принята, но по просьбе некоторых делегаций следующее согласованное заявление было включено в отчет: «Статья 7 предназначена для сохранения полного права применять внутреннее законодательство в борьбе против злоупотреблений со стороны монополий. Для целей данной Конвенции применение таких законодательств означает, что если возникшие условия требуют применения на практике существующего законодательства, распространяющая организация, не уполномоченная органом-источником, может получить разрешение от национальных компетентных органов на распространение сигналов, несущих программу. Однако такая мера не может быть применена, если орган-источник не обладает правами на распространение сигналов на территории данного государства. Мера согласно статье 7 также будет не оправданной в том случае, когда орган-источник, который просит передать сигнал, считает цену за это слишком высокой, если только не будет установлено, что такая цена не оправдана производственными и транспортными затратами... Короче говоря, Конференция приняла статью 7 с четким пониманием того, что Договаривающиеся государства будут применять ее добросовестно и только в тех случаях, когда ее применение представляется им полностью законным.»<sup>200</sup>

## **СТАТЬЯ 8**

*[Оговорки]*

1. За исключением положений пунктов 2 и 3 этой статьи, никакие оговорки к настоящей Конвенции не допускаются.
2. Любое Договаривающееся государство может на основании своего национального законодательства на 21 мая 1974 года посредством письменной нотификации, депонированной у Генерального секретаря Организации Объединенных Наций, заявить, что для ее целей слова "когда орган - источник подпадает под юрисдикцию другого Договаривающегося государства" в статье 2 (1) следует рассматривать как ситуацию, "когда передаваемый сигнал передается с территории другого Договаривающегося государства".
3. (a) Любое Договаривающееся государство, которое на 21 мая 1974 года ограничивает или отрицает охрану в отношении распространения несущих программы сигналов посредством проводов, кабелей и других подобных каналов связи среди широкой публики, может посредством письменной нотификации, депонированной у

Генерального секретаря Организации Объединенных Наций, заявить, что в том объеме и в той продолжительности, в какой национальное законодательство ограничивает и отрицает охранные меры, оно не будет применять настоящую Конвенцию для такого распространения;

- (b) Любое Договаривающееся государство, которое депонировало нотификацию в соответствии с подпунктом "а", должно письменно известить Генерального секретаря Организации Объединенных Наций о любых изменениях в национальном законодательстве, в течение шести месяцев после вступления их в силу, в результате которых положение, содержащееся в данном подпункте, становится либо неприменимым, либо более ограниченным по своему объему.

КС-8.1. Хотя Дипломатическая конференция приняла данный общий принцип, отраженный в параграфе (1), она сочла необходимым разрешить оговорки к нему в следующих двух случаях.

КС-8.2. Необходимость в параграфе (2) вызвана тем, что согласно статье 2(1) для применимости данной Конвенции единственным критерием является гражданство органа-источника. Оговорка по данному пункту стало необходимой для регулирования ситуации, при которой существующее законодательство небольшого числа стран все еще основывается на критерии места, из которого предаются сигналы.

КС-8. 3. Параграф (3) предназначен для разрешения проблемы примирения данной Конвенции с национальными законодательствами небольшого числа стран, в соответствии с которыми ретрансляция эфирных передач для абонентов проволочной и кабельной связи считается не подпадающей под контроль владельцев авторского права. Было признано, что положение, разрешающее делать оговорки по данному пункту необходимо для обеспечения большего числа ратификаций данной Конвенции, но были предприняты усилия, чтобы максимально сузить объем такой оговорки. В этой связи в отчете Дипломатической конференции было включено следующее согласованное заявление: «Имея в виду положения Конвенции МСЭ и цели настоящего договора недопустимо, чтобы кабельная система связи, исходя из оговорки согласно статье 8(3), принимала и распространяла сигналы со спутника до того, как эти сигналы распространены на поверхности земли в районе, в котором данная кабельная система может принимать наземные передачи.»<sup>201</sup>

Ниже приводятся административные положения и заключительные условия данной Конвенции, которые, как было сказано во Введении, воспроизводятся по соображениям полноты и их легкого нахождения, но которые в данном Руководстве, поскольку оно посвящено только материальным нормам, не анализируются.

## **СТАТЬЯ 9**

*[Применение конвенции]*

1. Настоящая Конвенция депонируется у Генерального секретаря Организации Объединенных Наций. Она остается открытой для подписания до 31 марта 1975 года любым государством, являющимся членом Организации Объединенных Наций, одной из ее специализированных организаций, Международного агентства по атомной энергии или участником Статута Международного Суда.
2. Настоящая Конвенция подлежит ратификации или принятию подписавшими государствами. Она будет открыта для присоединения государств, упомянутых в пункте 1 настоящей статьи.
3. Ратификационные грамоты, акты о принятии или о присоединении будут депонированы у Генерального секретаря Организации Объединенных Наций.

4. При этом имеется в виду, что в момент, когда государство становится связанным настоящей Конвенцией, оно должно быть в состоянии, в соответствии со своим национальным законодательством, претворять в жизнь положения настоящей Конвенции.

## **СТАТЬЯ 10**

*[Вступление в силу]*

1. Настоящая Конвенция вступит в силу спустя три месяца после депонирования пятой ратификационной грамоты, акта о принятии или о присоединении.
2. Настоящая Конвенция вступит в силу для каждого государства, которое ратифицирует или примет настоящую Конвенцию или присоединится к ней после депонирования пятой ратификационной грамоты, акта о принятии или о присоединении, спустя три месяца после депонирования его грамоты или акта.

## **СТАТЬЯ 11**

*[Денонсация]*

1. Каждое Договаривающееся государство может денонсировать настоящую Конвенцию путем письменной нотификации на имя Генерального секретаря Организации Объединенных Наций.
2. Денонсация вступает в силу спустя двенадцать месяцев после получения нотификации, упоминаемой в пункте 1 настоящей статьи.

## **СТАТЬЯ 12**

*[Нотификации]*

1. Настоящая Конвенция подписывается в единственном экземпляре на русском, английском, испанском и французском языках; все четыре текста имеют одинаковую силу.
2. После консультации с заинтересованными правительствами Генеральным директором Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры и Генеральным директором Всемирной организации интеллектуальной собственности будут выработаны официальные тексты на арабском, голландском, итальянском, немецком и португальском языках.
3. Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций сообщает государствам, указанным в пункте 1 статьи 9, а также Генеральному директору Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры, Генеральному директору Всемирной организации интеллектуальной собственности, Генеральному директору Международной организации труда и Генеральному секретарю Международного союза электросвязи:
  - (i) о подписании настоящей Конвенции;

- (ii) о депонировании ратификационных грамот, актов о принятии или о присоединении;
- (iii) о дате вступления в силу настоящей Конвенции в соответствии с пунктом 1 статьи 10;
- (iv) о депонировании любых нотификаций, указанных в пункте 2 статьи 2 или в пунктах 2 и 3 статьи 8, вместе с их текстами;
- (v) о получении нотификаций о денонсации.

4. Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций направит по две заверенные копии настоящей Конвенции всем государствам, указанным в пункте 1 статьи 9.

182. Текст Конвенции в том виде, как он принят и подписан, не содержит заголовков. В настоящем Руководстве к Конвенции такие заголовки включены в преамбулу и в каждую статью с тем, чтобы содействовать их нахождению. Данные заголовки появляются в «Протоколе Международной конференции государств по распределению несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, Брюссель, 6-21 мая 1974 года» Публикация ЮНЕСКО-ВОИС, 1977 год (далее: Протокол Брюссельской конференции 1974 года) В официальной английской версии Конвенции слово «программа» имеет написание 'programme', в комментариях в данном руководстве на английском языке используется написание 'program', как это принято с нормами ВОИС. Для текста на русском языке оба написания совпадают.
- 183 Протокол Брюссельской конференции 1974 года, стр.50, параграф 63.
- 184 Там же параграф 64.
- 185 Там же параграф 65.
- 186 Там же, стр. 50-51, параграф 66.
- 187 Компромиссный текст, принятый на совещании в Найроби, проходившем с 2 по 11 июля 1973 г., на котором было достигнуто согласие изменить правовую основу проекта конвенции путем отнесения ее не к международному частному праву, а к международному публичному праву.
- 188 Протокол Брюссельской конференции, стр.51, параграф 68.
- 189 Там же, стр. 52, параграф 72.
- 190 Там же параграф 76.
- 191 Протокол Брюссельской конвенции, стр. 54, параграф 79.
- 192 Там же параграф 80.
- 193 Протокол Брюссельской конференции 1974 года, стр. 60, параграф 98.
- 194 Протокол Брюссельской конференции 1974 года, стр. 62, параграф 109.
- 195 Там же, параграф 110.
- 196 Там же стр. 62- 63, параграф 111.
- 197 Там же, стр. 63, параграф 112.
- 198 Протокол Брюссельской конференции 1974 года, стр. 64, параграф 115.
- 199 Там же параграф 117.
- 200 Протокол Брюссельской конвенции 1974 года, стр.65-66, параграф 122.
- 201 Протокол Брюссельской конференции 1974 года, стр. 67, параграф 128.

# РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ ДОГОВОРА ВОИС ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ (ДАП, 1996 г.)

---

## ПРЕАМБУЛА

### *Договаривающиеся Стороны,*

*Желая наиболее эффективно и единообразно совершенствовать и поддерживать охрану прав авторов на их литературные и художественные произведения,*

*Признавая необходимость введения новых международных правил и более четкого толкования некоторых существующих правил в целях обеспечения адекватных решений вопросов, возникающих в связи с экономическим, социальным, культурным и техническим развитием,*

*Признавая глубокое влияние развития и сближения информационных и коммуникационных технологий на создание и использование литературных и художественных произведений,*

*Подчеркивая огромную важность авторско-правовой охраны как стимула для литературного и художественного творчества,*

*Признавая необходимость сохранения баланса прав авторов и интересов широкой публики, в частности, в области образования, научных исследований и доступа к информации, как это отражено в Бернской конвенции,*

### *Договорились о нижеследующем:*

ДАП-Прембула 1. Данная преамбула была принята после одобрения существенных положений Договора. Это говорит о том, что было бы неверно предполагать, что преамбула отражает некоторые цели и принципы, согласованные делегациями на ранней стадии дебатов и переговоров во время Дипломатической конференции, а затем эти принципы и цели послужили бы в качестве руководства для выработки положений Договора. Скорее всего преамбула является некоторой обобщенной декларацией того, что уже было обсуждено, обговорено и согласовано на Дипломатической конференции в 1996 году.

### *Первый параграф*

ДАП-Прембула 2. Первый параграф преамбулы подтверждает то, что Договаривающиеся стороны имеют намерение следовать тем же целям, что сформулированы в преамбуле Бернской конвенции. Последняя гласит следующим образом: «Страны Союза, побуждаемые в равной степени желанием обеспечить наиболее эффективную и единообразную охрану прав авторов на их литературные и художественные произведения,...». Соответствующий параграф ДАП содержит те же самые основные элементы: «наиболее эффективно и единообразно совершенствовать и поддерживать охрану прав авторов на их литературные и художественные произведения» и только добавляет намерение Договаривающихся сторон ДАП «совершенствовать и поддерживать» такую охрану. (Что касается ключевых слов «эффективно» и «единообразно», то поскольку они совпадают с соответствующими словами в Бернской конвенции, то соответствующая часть комментариев, сделанных в отношении Бернской конвенции, применима также и в данном случае.)

### *Второй параграф*

ДАП-Прембула 3. В ходе подготовительной работы над Договором в центре внимания было влияние новых технологий, в особенности цифровых технологий и Интернет. Интересно отметить, что в свете этого во втором параграфе преамбулы упоминается прилагательное «технический» в конце фразы «вопросов, возникающих в связи с экономическим, социальным, культурным и техническим развитием», (в отношении которых данный договор должен «обеспечить адекватные решения»). Это, по-видимому, отражает признание того, что основное внимание должно быть уделено не новым технологиям, а скорее их влиянию на экономическое, социальное и культурное развитие. Более того, это также относится к принципу, который был принят и последовательно применялся во время подготовительной работы; а именно, что новые положения не должны быть специфическим с технической точки зрения, а должны быть направлены на экономические, социальные и культурные вопросы, поднимаемые этими технологиями, в более абстрактном виде.

ДАП-Прембула 4. Второй параграф преамбулы также содержит указание на две основные формы обеспечения решения в отношении новых технических тенденций; а именно «введения новых международных правил и более четкого толкования

некоторых существующих правил». На самом деле, в ходе подготовительной работы, во-первых, всегда предпринималась попытка найти решение проблемы через подходящее толкование существующих норм или, в крайнем случае, через адаптацию существующих норм к новым требованиям. Подготовка и принятие новых норм рассматривалось только как возможное последнее средство, к которому при выборе альтернатив прибегали относительно редко.

### *Третий параграф*

ДАП-Преамбула 5. В третьем параграфе Преамбулы указывается специфическая причина, почему данный Договор стал необходимым: «влияние развития и сближения информационных и коммуникационных технологий». Наиболее впечатляющим результатом этого развития и сближения стало создание Интернет. Интернет не упоминается в тексте Договора, однако не случайно и ДАП, и ДИФ были впоследствии «окрещены» как «Интернет-договоры». Фундаментальной причиной признания их важности является как раз то, что они дают соответствующий ответ на вызовы, брошенные развитием глобальной информационной сети.

### *Четвертый параграф*

ДАП-Преамбула 6. В четвертом параграфе подчеркивается, почему поддержание и совершенствование максимально «эффективной» охраны авторского права необходимо; а именно, потому, что такая охрана имеет огромное значение в качестве стимула для создания литературных и художественных произведений. Данный параграф является полезным руководством при интерпретации положений ДАП, поскольку очевидно, что ни одно толкование, которое могло бы нанести ущерб эффективности данного стимула или ослабить его каким-либо существенным образом, не будет приемлемым.

### *Пятый параграф*

ДАП-Преамбула 7. Пятый параграф, подобно первому параграфу, содержит ссылку на Бернскую конвенцию. Он подтверждает, что согласно Бернской конвенции существует «баланс между правами авторов и интересами широкой публики», а также что необходимо поддерживать это баланс, «как это отражено в Бернской конвенции».

ДАП-Преамбула 8. В данном параграфе сделана ссылка на «права авторов и интересы широкой публики». Однако совершенно ясно, что предполагается, чтобы определенные интересы были сбалансированы с некоторыми другими интересами. Поэтому «баланс», о котором идет речь в данном абзаце, на самом деле, предполагается достичь между интересами авторов, с одной стороны, при этом подчеркивается интерес широкой публики в предоставлении «охраны прав авторов на их литературные и художественные произведения максимально эффективным способом», тем самым «стимулируя литературное и художественное творчество», и «интересами широкой публики», с другой стороны, то есть, всеми прочими интересами широкой публики.

ДАП-Преамбула 9. В данном параграфе четко указывается на то, что требуется для этого, - это лишь поддержание упомянутого баланса, поскольку он уже предусмотрен Бернской конвенцией. Поэтому требование о соблюдении баланса не должно рассматриваться новым принципом; скорее всего он был просто «вычленен» из существующего баланса интересов, как он был сформулирован в существующих нормах Бернской конвенции. В этом контексте важно отметить, что соблюдение интересов согласно указанной конвенции предполагается подпадающим под действие основной цели данной конвенции; а именно, охрана авторского права «наиболее эффективным образом». Принцип соблюдения «баланса интересов» должен быть также преобладающим в ДАП.

ДАП-Преамбула 10. Некоторые аспекты публичных интересов, а именно: «образование, научные исследования и доступ к информации» также упоминаются в пятом параграфе. Именно в отношении этих интересов Бернская конвенция предусматривает определенные специфические ограничения и исключения. Сам текст данного параграфа подчеркивает это, поясняя, что баланс интересов понимается так, как это «отражено в Бернской конвенции». (Следует отметить, что согласованное заявление относительно статьи 10 (2) ДАП подтверждает принцип «неизменности баланса», поскольку он гласит следующим образом: «Имеется в виду, статья 10(2) ни сокращает, ни расширяет сферу применимости ограничений и исключений, разрешенных Бернской конвенцией.»).

## СТАТЬЯ 1

*[Отношение к Бернской конвенции]*

- (1) Настоящий Договор является специальным соглашением в смысле Статьи 20 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в отношении Договаривающихся Сторон, которые являются странами Союза, учрежденного этой Конвенцией. Настоящий Договор никак не связан с другими договорами, кроме Бернской конвенции, и не ущемляет какие-либо права и обязательства по любым другим договорам.
- (2) Ничто в настоящем Договоре не умаляет существующие обязательства, которые Договаривающиеся Стороны имеют в отношении друг друга по Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений.
- (3) Далее "Бернская конвенция" означает Парижский акт от 24 июля 1971 г. Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений.
- (4) Договаривающиеся Стороны соблюдают Статьи 1 - 21 и Дополнительный раздел Бернской конвенции.

Согласованное заявление относительно статьи 1(4): Право на воспроизведение, как оно определено в Статье 9 Бернской конвенции, и допускаемые этой статьёй исключения полностью применяются в цифровой среде и, в частности, в отношении использования произведений в цифровой форме. Понимается, что хранение охраняемого произведения в цифровой форме в электронном средстве является воспроизведением в смысле Статьи 9 Бернской конвенции.

*Параграф (1): статус специального соглашения*

ДАП-1.1. Статья 20 Бернской конвенции в первом своем предложении гласит: «Правительства стран Союза сохраняют за собой право заключать между собой специальные соглашения постольку, поскольку такие соглашения предоставляют авторам более широкие права, чем те, которые предоставляются данной Конвенцией или содержат иные положения, не противоречащие данной Конвенции.» Сам по себе статус ДАП как специального соглашения предположительно имеет позитивное влияние на толкование его положений, поскольку в нем указывается, что любое толкование, которое приводит в результате к уменьшению уровня охраны по сравнению с Бернской конвенцией, будет неприемлемым. Если существуют два возможных варианта толкования данного Договора: один из них в соответствии со статьей 20 Бернской конвенции и другой, приводящий к меньшим правам, чем это предусмотрено Бернской конвенцией, или иным образом противоречащий этой Конвенции, то, очевидно, должно быть принято первое толкование.

ДАП-1.2. Данный договор открыт для ратификации или присоединения для любого государства-члена ВОИС а также некоторых межправительственных организаций.<sup>202</sup> Может возникнуть вопрос, применима ли также статья 20 Бернской конвенции в том случае, когда «специальное соглашение» заключается не между стран Бернского союза, а с участием других третьих сторон. Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть утвердительным, поскольку в тексте статьи 20 Бернской конвенции не имеется что-либо, что создавало бы препятствия в этом отношении.

*Параграф (1): «отсутствие связи с другими договорами»*

ДАП-1.3. Первая часть второго предложения параграфа (1) представляется излишней, поскольку если договор не содержит какого-либо положения, устанавливающего связь с другим договором, то, очевидно, что он не имеет связи с этим другим договором. Поэтому не требуется какого-либо подтверждения об отсутствии связи в форме отдельного положения в договоре. Однако из протокола Дипломатической конференции следует, что данное отрицательное заявление, включенное во второе предложение параграфа (1), было предназначено для подтверждения отсутствия связи между данным договором и Соглашением ТРИПС.<sup>203</sup>

ДАП-1.4. Следует отметить, что как уже указывалось выше при обсуждении Введения,<sup>204</sup> во время подготовительной работы проявилась некоторая фактическая взаимосвязь между ДАП и Соглашением ТРИПС. Соответствующие нормы в Соглашении ТРИПС

стали важными отправными точками для подготовки и принятия некоторых положений ДАП, а взаимосвязь между ДАП и ТРИПС получила также разъяснение в некоторых согласованных заявлениях.<sup>205</sup> Разумеется, это не ведет к установлению того типа институциональной взаимосвязи, которой стремились избежать некоторые делегации, но вряд ли можно отрицать тем самым, что некоторая имплицитная связь была установлена между двумя актами.

ДАП-1.5. Хотя ДАП не имеет такой специальной взаимосвязи с Соглашением ТРИПС, какую он имеет с Бернской конвенцией (в том смысле, что существенные нормы этой Конвенции были включены в данное соглашение путем ссылки с тем последствиями, что обязательства по их применению согласно данному соглашению, а также механизм урегулирования споров в части ДАП был расширен до соответствующих норм), такая взаимосвязь может быть установлена позже (либо в результате нового раунда переговоров по ДАП, либо на основе применения статьи 71.2 Соглашения ТРИПС<sup>206</sup> (однако в отношении последнего требуется консенсус стран-членов ВТО).

#### *Параграф (2): оговорка о гарантии*

ДАП-1.6. Параграф (2) содержит оговорку о гарантии, обеспечивающую, чтобы даже в тех случаях, когда возникает противоречие между ДАП и Бернской конвенцией, применялась бы Бернская конвенция теми Договаривающимися сторонами, которые являются членами Бернского союза. Однако, на самом деле, как представляется, такое противоречие не появится.

ДАП-1.7. Следует отметить, что параграф (2) имеет значение не только в отношении существенных норм Бернской конвенции (то есть, для статей с 1 по 21 Конвенции), но также в отношении административных и заключительных положений Конвенции (статьи 22-38), которые содержат положения по таким вопросам, как: Ассамблея и Исполнительный комитет Бернского союза, ограниченная возможность оговорок, разрешение споров (через Международный Суд).

ДАП-1.8. Статья 2.2 Соглашения ТРИПС содержит аналогичное положение, которое с точки зрения Бернской конвенции гласит следующим образом: «Ничто в части I по IV данного Соглашения не отменяет существующие обязательства, которые члены могут иметь по отношению друг к другу согласно... Бернской конвенции». Следует подчеркнуть, что в этом имеется только определенное сходство, поскольку существуют два существенных различия. Во-первых, статья 9.1. Соглашения ТРИПС не включает статью *bis* путем ссылки, а также некоторые связанные с этим положения Бернской конвенции относительно неимущественных прав; так, статья 2.1 Соглашения представляет собой важную гарантию, чтобы эти положения должным образом применялись, по крайней мере, между теми членами ВТО, которые также являются членами Бернского Союза. Во-вторых, статья 2.2 в принципе, как представляется, не обеспечивает полной гарантии в отношении Бернской конвенции; она в неявном виде ссылается на возможность для стран Бернского союза игнорировать в определенных ситуациях свои обязательства согласно Бернской конвенции. Это именно так, поскольку речь идет только о частях с I по IV Соглашения, в отношении которых сказано, что ничто в них не препятствует соблюдению обязательств согласно Бернской конвенции. Часть V, касающаяся предотвращения и урегулирования споров, не упоминается. Важно отметить это, поскольку согласно статье 64.1 Соглашения, которая находится в разделе V, механизм урегулирования споров ВТО также применим в отношении Соглашения ТРИПС, и между прочим, он включает возможность встречного

применения репрессивных мер.<sup>207</sup> Бесспорно, что благодаря этому механизму охрана авторского права становится более эффективной (поскольку он компенсирует отсутствие «зубов» в отношении конвенций, находящихся под административным управлением ВОИС, включая Бернскую конвенцию), и можно надеяться, что его применение станет типичным явлением. Однако в принципе применение встречных репрессивных мер также возможно в случае нарушения обязательств ВТО, выходящих за рамки авторского права или даже за рамки области интеллектуальной собственности в целом – через временную отмену охраны авторским правом произведений, происходящих из соответствующей страны-члена ВТО (законодательство которого и его практическая реализация в иных отношениях может быть в полном соответствии с соглашением ТРИПС (и Бернской конвенции)).

Параграф (3): ссылка на Бернскую конвенцию означает ее редакцию, принятую Парижским актом 1971 г.

ДАП-1.9. Параграф (3) является ясным и не требует каких-либо разъяснений и комментариев.

Параграф (4): обязательство по выполнению существенных норм Бернской конвенции: общие замечания

ДАП-1.10. Параграф (4) налагает на Договаривающиеся стороны обязательства выполнять статьи с 1 по 21, а также условия, сформулированные в Приложении к Бернской конвенции. Если бы текст указанных статей был просто воспроизведен в Договоре, без ссылки на Конвенцию, то возможно возникла иная правовая ситуация; но с учетом использованного технико-правового приема (включение ссылки) представляется, что статьи с 1 по 21, за исключением тех положений, в которых Договор в явном виде предусматривает иное, должны толковаться аналогичным образом, что в их оригинальном контексте в рамках Бернской конвенции.

ДАП-1.11. Интерпретация этих положений так же, как это делается в исходном тексте Бернской конвенции, означает среди прочего, что ДАП унаследовал не только соответствующий текст, но также предысторию переговоров в отношении этих положений, включенных в нее путем ссылки, что нашло соответствующее отражение в Протоколах различных дипломатических конференций, принимавших и пересматривающих данную Конвенцию. Это является богатым источником для толкований, которые приведены в статьях 31 и 32 Венской конвенции по Законодательству о договорах, на которые делается ссылка во Введении выше.<sup>208</sup>

Параграф (4): статьи с 1 по 21 Бернской конвенции в свете их применения в рамках ДАП

ДАП-1.12. Статьи с 1 по 21 Бернской конвенции были проанализированы выше. В последующих параграфах кратко обсуждается лишь то, каким образом эти положения должны применяться в контексте ДАП: случаи, когда их применение следует правилу *mutates mutandis*; случаи, когда указанные положения должны применяться несколько иным образом; и случаи, когда определенно положение, несмотря на то, что оно формально указано в статье 1(4), фактически не должно применяться.

ДАП-1.13. Статья 1: учитывая контекст включения данной статьи в ДАП, Дипломатическая конференция, видимо, не имела в виду предписывать соответствие со статьей 1 Конвенции настолько, чтобы Договаривающиеся стороны создавали бы какой-либо соответствующий союз и меньше всего предполагалось, что такой союз должен быть аналогичным Бернскому союзу. В согласованном заявлении к статье 3 ДАП это подтверждается, поскольку в нем говорится, что там, где появляется слово «Союз» в статьях с 2 по 6 ДАП, должна пониматься вся совокупность Договаривающихся сторон.

ДАП-1.14. В то время как во всех других положениях, в которых слово «Союз» используется в общем, в рамках выражения «страна Союза», оно используется на основе принципа *mutatis mutandis*, как это разъясняется в согласованном заявлении к статье 3 ДАП, это не представляется таковым в случае статьи 1 Бернской конвенции. Это объясняется следующими причинами: поскольку Договаривающиеся стороны не имели намерения образовывать специальный союз, слово «Союз» может только означать всю совокупность Договаривающихся сторон. Однако было бы анахронизмом заявлять, что Договаривающиеся стороны образуют совокупность Договаривающихся государств. Отсюда представляется, что единственное разумное толкование, которое можно дать факту включения статьи 1 в данный Договор – это рассмотрение ее в качестве способа обеспечения преемственности или встроеного элемента Преамбулы.

ДАП-1.15. Статьи 2 и 2bis: В отношении применения указанных статей, по видимому, не требуются никакие специальные комментарии. Они должны применяться в рамках ДАП аналогично тому, как они применяются в Бернской конвенции. Как будет видно из обсуждения ниже, с этой точки зрения статья 2 (относительно объема охраны, обеспечиваемого авторским правом), статья 4 (относительно компьютерных программ) и статья 5 (относительно баз данных) данного Договора содержат некоторые пояснения, но они не расширяют или не сокращают объема применения этих статей Конвенции.

ДАП-1.16. Статья 3 ДАП предусматривает взаимное применение статей 2 и 2bis Конвенции. Это отдельное положение в свете статьи 1(1) Договора представляется избыточным.

ДАП-1.17. Статьи 3 и 4: В рамках Бернской конвенции указанные статьи фиксируют условия охраны («точки приложения»). Статья 3 ДАП (см. ниже) предусматривает, что указанные условия охраны должны применяться взаимно (*mutatis mutandis*) в отношении охраны, обеспечиваемой согласно данному Договору, и с тем, чтобы избежать неоднозначности – согласованное заявление разъясняет то, как должны толковаться некоторые термины в этих статьях в контексте ДАП с учетом принципа *mutatis mutandis*.

ДАП-1.18. Проект Договора, ставший затем ДАП, содержал положения, направленные на адаптацию определения термина «опубликованные произведения» (статья 3(3) Бернской конвенции) к условиям цифровой среды. Согласно предложенным положениям предоставление копий в интерактивном режиме с помощью проводных и беспроводных средств таким образом, «чтобы копии были в наличии», квалифицировалось как акт публикации и в этом случае место, «где необходимые приготовления и меры были приняты для предоставления этих произведений представителям публики», рассматривалось бы (в форме некоторой правовой фикции) в качестве места публикации.<sup>210</sup> Данное предложение в неявном виде признавало тот факт, что посредством интерактивных передач копии произведений могут распространяться среди публики. Однако правовая характеристика интерактивных передач стала источником серьезных разногласий во время подготовительной работы, (которые в конечном итоге привели к «зонтному решению»). Вследствие этого, а также с учетом не совсем ясных правовых последствий предлагаемые положения не были приняты. Поэтому понятие «опубликованные произведения» согласно ДАП осталось тем же самым, что и согласно статье (3) Конвенции.

ДАП-1.19. Статья 5: Данная статья Бернской конвенции включает некоторые основные принципы охраны в соответствии с авторским правом, как например, национальный режим, предоставление охраны без требования формальностей и независимость охраны, как это сформулировано в параграфах (1) и (2). Согласованное заявление, принятое в отношении статьи 3 ДАП (см. ниже) описывает, каким образом отдельные термины в этих положениях должны применяться с учетом принципа *mutatis mutandis*.

ДАП-1.20. Согласованное заявление, упомянутое в предыдущем параграфе, содержит между прочим следующее указание по применению положений Бернской конвенции для учета принципа *mutatis mutandis*: «Статьи 2(8), 2bis(2), 3, 4 и 5 Бернской конвенции должны читаться таким образом, как если в отношении их была сделана ссылка на Бернскую конвенцию и данный Договор.» Если подобное преобразование применить в отношении статьи 5(1) Бернской конвенции, то адаптированный текст читался бы, вероятно, следующим образом: «Авторы в отношении произведений, имеющих охрану в соответствии с Бернской конвенцией и данным Договором, пользуются в Договаривающихся странах данного Договора, иных, чем страна происхождения, такими же правами, которые предоставляют соответствующие законы этих стран своим гражданам в настоящее время или в будущем, а также правами, специально предоставляемыми Бернской конвенцией и данным Договором.» В данном адаптированном тексте первая объединенная ссылка на конвенцию и сам договор могли бы привести к некоторым проблемам в толковании, поскольку они, по видимому, предполагали бы, что авторы будут пользоваться национальным режимом в рамках Договора «в отношении произведений, которым предоставляется охрана в соответствии с Бернской конвенцией и данным Договором в Договаривающихся государствах данного Договора иных, чем страна происхождения». Следует подчеркнуть слово «и», поскольку данный текст может быть понят так, что только те произведения будут пользоваться национальным режимом, которые охраняются в Договаривающемся государстве, являющимся таковым в результате своего участия как в Бернской конвенции, так и в данном Договоре. Значение такого текста могло бы создать странную ситуацию для случаев, когда Договаривающаяся сторона является только участником Договора, но не Бернской конвенции, поскольку в таких государствах условия для выполнения обязательства по предоставлению национального режима не были бы выполнены.

ДАП-1.21. Следует отметить, что никто не стремился к подобному результату при осуществлении преобразования, предписанного в выше названном согласованном заявлении. Между прочим, это следует из сравнения статьи 1(4) и статьи 17 ДАП. Первая включает через ссылку существенные положения Бернской конвенции в текст данного Договора, в то время как вторая статья формулирует единственное условие для членства стран в данном Договоре, а именно, такая страна должна быть государством-членом ВОИС (то есть, отсутствует условие, чтобы данная страна была бы членом Бернской конвенции). Это отражает тот факт, что хотя Дипломатическая конференция и включила через ссылку существенные положения Бернской конвенции, она не захотела устанавливать какую-либо институциональную связь между двумя данными актами.

ДАП-1.22. Статья 6: Применение этой статьи Бернской конвенции – с ограничениями так называемой охраны «с черного входа» (то есть, охраны, предоставляемой исключительно на основе страны публикации в качестве «отправного пункта») в контексте ДАП не требует каких-либо особых комментариев. Это последняя статья, в отношении которой в явном виде предусмотрено применение принципа *mutatis mutandis* в статье 3 данного Договора.

ДАП-1.23. Статья 6bis: В ДАП отсутствует какое-либо положение, которое касается применения данного положения Бернской конвенции, относящегося к неимущественным правам. Оно должно применяться в контексте данного Договора аналогично тому, как оно применяется согласно Конвенции.

ДАП-1.24. Статьи 7 и 7bis: Соответствующие положения Бернской конвенции относительно длительности охраны авторских прав должны применяться в целом аналогично тому, как в Бернской конвенции, с одним очевидным исключением, которое следует из статьи 9 Договора. Оно предусматривает, что «в отношении фотографических работ Договаривающиеся стороны не должны применять положения статьи 7(4) Бернской конвенции.» Согласно статье 7(4) конвенции минимальный срок охраны фотографических произведений составляет 25 лет с момента изготовления такого произведения. Неприменение этого положения означает, что должны применяться общие правила относительно срока охраны, содержащиеся в параграфах (1) и (3) статьи 7 конвенции; то есть, за исключением анонимных произведений и произведений, подписанных псевдонимом (параграф (3)), срок охраны составляет 50 лет после смерти автора.

ДАП-1.25. Статья 8: В ДАП отсутствует какое-либо положение, которое касается применения данной статьи Бернской конвенции относительно права на перевод. В контексте Договора оно должно применяться аналогично тому, как в Бернской конвенции.

ДАП-1.26. Статья 9: Данная статья Бернской конвенции содержит положение о праве на воспроизведение. Применение этого права в цифровой среде было одним из ключевых вопросов, обсуждаемых в ходе подготовительной работы над ДАП (а также ДИФ). В конце концов только Дипломатическая конференция смогла принять согласованное заявление по этому важному вопросу, который привязан к статье 1(4) Договора. С учетом важности данного вопроса он обсуждается ниже отдельно.

ДАП-1.27. Статьи 10 и 10bis: Указанные статьи предусматривают разрешенные исключения. В ДАП статья 10 содержит общие положения относительно исключений и ограничений наряду с согласованным заявлением касательно их применения в цифровой среде. Вопросы, касающиеся применения исключений, разрешенных согласно статье 10 и статье 10bis Конвенции, охватываются указанной статьей ДАП, и рассматриваются ниже в комментариях к ней.

ДАП-1.28. Статьи 11, 11bis и 11ter: В силу статей 11(1)(i) и 11ter(1)(i) Бернской конвенции публичное исполнение и публичная декламация являются актами, осуществляемыми в присутствии публики, или, по крайней мере, в месте, открытом для публики. «Публичное сообщение с помощью громкоговорителя или иного аналогичного устройства» в случае передачи произведения в эфир согласно статье 11bis(1)(iii) имеет аналогичную природу. Эти акты не имеют прямого отношения с точки зрения того, что было одним из ключевых вопросов в «цифровой повестке» подготовительных совещаний данного Договора, а именно, вопрос о том, какое или какие права должны применяться для интерактивных передач через глобальную сеть. Однако остальная часть положений этих статей имеет очевидное отношение с данной точки зрения, поскольку они охватывают акты сообщения для сведения публики как беспроводными средствами (статья 11bis(1)(i)), так и средствами проводной связи (=кабельной связи; статьи 11(1)(ii) и 11ter(1)(iii)), а также путем сочетания указанных двух способов коммуникационной технологии (статья 11bis(1)(ii)). С учетом этого права, предусмотренные данными статьями, и их роль в интерактивных актах передачи обсуждаются в комментариях к статье 8 Договора «О праве на сообщение для всеобщего сведения», в которой рассмотрен вопрос интерактивных передач.

ДАП-1.29. Статьи 11bis(2) и (3) Бернской конвенции предусматривают разрешенные исключения и ограничения в отношении прав, предоставляемых согласно статье 11bis(1). Более того, в отношении прав, предусмотренных тремя выше названными статьями конвенции, могут применяться также некоторые «небольшие исключения». Они также охватываются принципиальными соображениями, лежащими в основе статьи 10, и обсуждаемыми в комментариях к этой статье.

ДАП-1.30. Статья 12: В ДАП отсутствует соответствующее положение, касающееся применения этой статьи Бернской конвенции (касательно права на адаптацию, аранжировку или иные изменения). В контексте ДАП оно должно применяться аналогично тому, как в Бернской конвенции.

ДАП-1.31. Статья 13: Ограничения (принудительная лицензия), разрешаемые согласно данной статье, по-видимому, не имеют значения с точки зрения вопросов, специально включенных в ДАП. Хотя проект ДАП предусматривал упразднение таких принудительных лицензий, однако положение на этот счет не было принято. Отсюда указанная статья предположительно должна применяться аналогично тому, как в Бернской конвенции.

ДАП-1.32. Статьи 14 и 14 bis: С точки зрения вопроса права или прав, применимых в отношении интерактивных передач, представляют интерес названные положения Бернской конвенции, касающиеся кинематографических произведений, права на распространение и права на сообщение для сведения публики с помощью проводных (кабельных) средств, как это предусмотрено в статьях 14(1) и 14bis(1), отсюда на них делается ссылка в комментариях к статье 8 ДАП, приводимых ниже. Остальная часть этих статей не касается каких-либо положений ДАП или согласованного заявления; поэтому они должны применяться аналогично тому, как в Бернской конвенции.

ДАП-1.33. Статьи 15 и 16: Данные статьи, касающиеся некоторых презумпций, содействующих правоприменительной практике и соответственно аресту контрафактных копий, относятся к числу тех немногочисленных положений Бернской конвенции, которые могут способствовать защите прав. Они полностью применимы в контексте ДАП. Однако следует отметить, что статья 14 ДАП, по-видимому, вводит несколько более строгие требования по защите прав. Это рассматривается ниже в комментариях к этой статье.

ДАП-1.34. Статья 17: Данное положение Бернской конвенции, касающееся возможности контроля за оборотом, представлением и демонстрацией произведений, не было отражено ни в одном из положений ДАП, и поэтому оно должно применяться аналогично тому, как в Бернской конвенции.

ДАП-1.35. Статья 18: Данная статья Бернской конвенции регулирует охрану тех произведений, которые существовали на момент вступления Конвенции в силу в данной стране. Она не может быть применена непосредственно в контексте ДАП. Однако статья 13 Договора предусматривает применение указанной статьи на основе принципа *mutatis mutandis* для охраны произведений, существовавших на момент вступления в силу данного Договора в данной стране. Поэтому применение указанной статьи в том виде, как она включена с помощью ссылки в ДАП, рассматривается ниже в комментариях к этой статье ДАП.

ДАП-1.36. Статья 19: В рамках ДАП отсутствует какое-либо положение, которое касалось бы применения данной статьи Бернской конвенции (подтверждающей принцип минимальной охраны путем указания на возможность предоставления охраны, большей, чем вытекает из Конвенции). Положение этой статьи должно применяться аналогично тому, как в Бернской конвенции.

ДАП-1.37. Статья 20: Она обсуждается в комментариях к параграфу (1) статьи 1 ДАП, в частности, как может толковаться статья 20 Бернской конвенции, касающаяся специальных соглашений, и что она означает с учетом того факта, что ДАП является специальным соглашением в рамках толкования этой статьи. Однако, по-видимому, требуются дальнейшие комментарии с тем, чтобы ответить на вопрос о том, что она означает согласно статье 1(4) Договора, в свете которой Договаривающиеся стороны, между прочим, должны соблюдать статью 20 Бернской конвенции.

ДАП-1.38. По-видимому, существует два возможных ответа на данный вопрос. Первый состоит в простом подтверждении того, что при интерпретации положений ДАП Договаривающиеся стороны обязаны принимать во внимание эту статью Бернской конвенции (что означает, что любая интерпретация Договора должна быть в соответствии с требованием о том, что если будет сравниваться любое отклонение в объеме охраны, предоставляемой согласно Бернской конвенции, то единственным результатом сравнения может быть вывод о «большем объеме охраны».) Второй возможный ответ состоит в том, что такое положение дел может быть руководством к действию в случае любого возможного пересмотра Договора; подобный пересмотр должен учитывать условия, сформулированные в статье 20 Конвенции, в то время как единственным результатом такого пересмотра будет предоставление объема охраны, «более широкого», чем согласно Конвенции или в любом случае «не противоречащего Конвенции».

ДАП-1.39. Статья 21 и Приложение: Большинство соответствующих положений, касающихся обязательного перевода и предоставления лицензии на перепечатку, (возможность, которая на практике не используется) практически не имеют значения в условиях цифровой среды и сетевого окружения. Однако в той степени, в которой они все-таки могут иметь значение, они учитываются в статье 10 ДАП.

*Параграф (4) и согласованное заявление к нему: применение статьи 9 Бернской конвенции относительно права на воспроизведение.*

ДАП-1.40. Как уже было рассмотрено выше, в силу параграфа (1) статьи 9 Бернской конвенции включение права на воспроизведение было расширено до воспроизведения «любым способом и в любой форме». Данная формулировка едва ли может интерпретироваться в случае добросовестного толкования иначе, чем то, что если исключения или ограничения и будут разрешены согласно параграфу (2) той же самой статьи, право на воспроизведение будет применяться к любому виду воспроизведения. Иными словами, если актом является воспроизведение, то он будет покрываться правом на воспроизведение, и этот акт может быть исключен из сферы действия права на воспроизведение, только через применение соответствующих исключений и ограничений в отношении этого права. Объем этого права не может быть «сверх расширен» или «расширен» больше; просто для такого «сверх расширения» или дальнейшего расширения нет места, поскольку в отсутствие разрешенных исключений или ограничений, право на воспроизведение применимо в случаях любого мыслимого (и даже в настоящее время немыслимого) способа и формы воспроизведения.

ДАП-1.41. Представляется, что первое предложение согласованного заявления является излишним, поскольку в нем декларируется нечто очевидное: «Права на воспроизведение, как оно определено в правиле 9 Бернской конвенции, а также исключения, допускаемые этой статьей, полностью применимы в цифровой среде, в частности, в отношении использования произведения в цифровой форме.» Причина, по которой данное предложение представляется излишним, поскольку оно утверждает нечто очевидное, состоит в том, что нет оснований сомневаться относительно того, что выражение «любым способом и в любой форме» не включает также цифровую форму. Если произведение преобразуется из аналоговой формы в цифровую и если при этом не производятся какие-либо существенные изменения во время этого преобразования, то имеет место воспроизведение (в случае существенных изменений может возникнуть вопрос о применимости право на адаптацию). Само произведение – текст, картина, музыкальное произведение – остается тем же самым, меняется только формат, в котором реализованы изменения. Если имеет место новая запись произведения в цифровой форме, то это не может квалифицироваться иным образом, как создание новой копии, репродукции, воспроизведения.

ДАП-1.42. Начиная с 1970 годов, а с 1980 годов тем более (после рассмотрения этого вопроса специальным комитетом ВОИС/ЮНЕСКО), признается, что хранение произведений в электронной памяти является воспроизведением.<sup>211</sup> Хранение в этой форме полностью соответствует понятию «воспроизведение» согласно Бернской конвенции: оно предусматривает любое косвенное сообщение для сведения публики или воспроизведение (изготовление новой записи) соответствующего произведения. Тот факт, что копия произведения, хранимая в электронной памяти, не может быть непосредственно воспринятой, а лишь с использованием соответствующего оборудования, не имеет значения; она по-прежнему удовлетворяет всем критериям копии. Отсюда, не признавать такое хранение в качестве воспроизведения было бы противоречием с Бернской конвенцией (и, следовательно, также с соглашением ТРИПС). Это означает, что второе предложение согласованного заявления также отражает нечто, что представляется лишь соответствующей интерпретацией статьи 9 Бернской конвенции. Поэтому когда выше было сказано, что первое предложение согласованного заявления представляется излишним, поскольку оно утверждает очевидное, то в отношении второго предложения можно сказать более или менее то же самое, поскольку то, что оно отражает, ясно следует из статьи 9 Конвенции.

ДАП-1.43. Хотя второе предложение согласованного заявления, относящегося к статье 1(4) ДАП относительно права на воспроизведение, не было принято единогласно, а только большинством голосов, при чем это большинство согласно Procedural rules of the Diplomatic Conference было достаточным для принятия этого положения договора (и тем самым также согласованного заявления относительно его). С его принятием были выполнены условия статьи 31.2(a) Венской конвенции

относительно Закона о договорах, согласно которой «любое соглашение, относящееся к договору, которое было заключено между всеми сторонами, связанными данным договором» является релевантным источником для интерпретации. Упомянутое заявление относится к данному Договору и оно было принято в связи с его заключением. Единственное условие, которое, возможно, заслуживает комментария, относится к положению о том, что соответствующее соглашение должно быть заключено «между всеми сторонами». Выражение «между всеми сторонами» не означает обязательно наличие консенсуса. Согласно статье 9(2) Венской конвенции заключаемый договор может быть принят двумя третями голосов, а это является необходимым большинством, которое также предписано в Правиле 34(2) (iii) Процедурных правил Женевской дипломатической конвенции 1996 года. Было бы абсурдным толковать Венскую конвенцию таким образом, что некоторое положение может быть принято необходимым большинством, а для согласованного заявления, относящегося к нему, требуется консенсус. Поэтому в случае согласованного заявления представляется также достаточным, что оно принимается «между всеми сторонами» (то есть, вначале на сессии компетентного комитета, а затем на пленарной сессии), нежели на отдельном форуме, в котором принимают участие не все стороны. Не требуется, чтобы участвующие стороны принимали его консенсусом; оно должно быть принято просто на основе большинства голосов, предписанного Процедурными правилами Дипломатической конференции, (составленными в соответствии с Венской конвенцией).

ДАП-1.44. Делегации, которые на Дипломатической конференции возражали против принятия второго предложения согласованного заявления относительно хранения произведений в электронной памяти, выдвинули несколько аргументов, которые не относятся к хранению в целом, но лишь к некоторым видам временной памяти, таким, которые являются неизбежными в технологическом отношении, но с точки зрения использования соответствующих произведений и законных интересов владельцев соответствующих прав являются формами, не имеющими никакого значения, используемыми для временного воспроизведения, осуществляемого во время передачи в интерактивных цифровых сетях или возникающими случайно при санкционированном использовании произведений. Их мысль состояла в том, что «слишком временные», «слишком промежуточные» воспроизведения не должны признаваться в качестве воспроизведения. Однако это было бы в противоречии со статьей 9 Бернской конвенции, согласно которой продолжительность записи (включая хранение в электронной памяти), независимо от того, является ли оно временным или постоянным, не имеет значения (если на основе новой записи данное произведение может быть воспринято, воспроизведено или передано).

ДАП-1.45. Разумеется, другое дело, что исключения, предусмотренные согласно параграфу (2) Бернской конвенции на основе «трехэтапного теста» могут быть применимы в отношении некоторых временных воспроизведений. В тех случаях, когда в соответствии с результатами «трехэтапного теста» оправдано исключение в отношении права на воспроизведение, правильным подходом является такой, который осуществляется в соответствии с Бернской конвенцией; а именно разрешение в части таких исключений, нежели попытка применить подход правовой фикции (например, на основе утверждений, что в подобных случаях воспроизведение должно рассматриваться, как если бы оно не состоялось). Это представляется верным в отношении некоторых особых случаев временного воспроизведения, которые являются неизбежными при выполнении некоторых санкционированных актов, но которые не имеют значения с точки зрения использования произведений и законных интересов владельцев авторского права.

## **СТАТЬЯ 2**

*[Сфера авторско-правовой охраны]*

**Авторско-правовая охрана распространяется на форму выражения, а не на идеи, процессы, методы функционирования или математические концепции как таковые.**

ДАП-2.1. Принцип, сформулированный в данной статье, всегда признавался и применялся и никогда не подвергался сомнению в соответствии с Бернской конвенцией, будучи неотъемлемой частью понятия «произведения», не требующего какого-либо отдельного заявления в тексте Конвенции. Отсюда статья 2 ДАП содержит некоторый элемент избыточности.

ДАП-2.2. Включение статьи 2 в ДАП было результатом влияния Соглашения ТРИПС на ход подготовительной работы и на выработку текста ДАП. Было принято решение, что те самые разъяснительные положения, которые содержатся в статье 10 Соглашения ТРИПС,

должны быть включены в данный Договор, что касается охраны авторских прав на компьютерные программы и базы данных (это произошло через принятие положений статей 4 и 5 ДАП), но поскольку в Соглашении ТРИПС принятие статьи 9.2 было тесно связано с принятием статьи 10 и в некотором роде было условием ее принятия, то те делегаты, которые хотели быть абсолютно уверенными, что ДАП не будет интерпретироваться как вносящий какие-либо существенные изменения в этом отношении, настояли на том, чтобы положение статьи 9.2 Соглашения ТРИПС было бы воспроизведено слово в слово также в ДАП. Это было сделано посредством принятия статьи 2.

## СТАТЬЯ 3

[Применение Статей 2-6 Бернской конвенции]

Договаривающиеся Стороны, с учетом соответствующих изменений, применяют положения Статей 2-6 Бернской конвенции в отношении охраны, предусмотренной настоящим Договором.

Согласованное заявление относительно статьи 3: Понимается, что при применении Статьи 3 настоящего Договора выражение "страна Союза" в Статьях 2-6 Бернской конвенции будет толковаться так, как будто это Договаривающаяся Сторона настоящего Договора при применении этих Бернских статей в отношении охраны, предоставляемой настоящим Договором. Также понимается, что выражение "страна, не входящая в Союз" в этих статьях Бернской конвенции при тех же обстоятельствах будет толковаться как будто это страна, которая не является Договаривающейся Стороной настоящего Договора, и что "настоящая Конвенция" в Статьях 2(8), 2bis(2), 3, 4 и 5 Бернской конвенции будет толковаться, как будто это Бернская конвенция и настоящий Договор. Наконец, понимается, что указание в Статьях 3-6 Бернской конвенции на "гражданина одной из стран Союза" при применении этих статей к настоящему Договору будет означать в отношении межправительственной организации, являющейся Договаривающейся Стороной настоящего Договора, гражданина одной из стран-членов этой организации.

ДАП-3.1. В тексте статьи 3 содержится указание на то, каким образом должны применяться соответствующие положения Бернской конвенции с учетом принципа *mutatis mutandis*, что представляется полезным разъяснением для разрешения неоднозначности в отношении их применения в контексте ДАП.

ДАП-3.2 Аналогично в согласованном заявлении к статье 3 содержатся указания на то, каким образом должны применяться отдельные конкретные термины, появляющиеся в статьях 2-6, при их использовании в рамках ДАП. Согласованное заявление представляется ясным и в целом не требующим специальных комментариев. Достаточно отметить, что упомянутые разъяснения потребовались по двум основным причинам: (i) чтобы подчеркнуть, что ссылка на Бернскую конвенцию и страны Бернского союза должны пониматься как ссылка на данный Договор и Договаривающиеся стороны данного Договора; (ii) идентифицировать те изменения, которые стали необходимыми вследствие того факта, что не только «страны», но также некоторые межправительственные организации могут стать участниками данного Договора (ссылка на Договаривающиеся стороны в целом также служит для этой цели, однако в отношении термина «гражданин одного из стран Союза» в этом отношении было необходимо дальнейшее разъяснение).

ДАП-3.3. Выражение «охрана, предусмотренная данным Договором», использованное в статье 3, должно толковаться не только в смысле новых прав и аспектов охраны, выходящих за уровень охраны, предписываемый статьями с 1 по 21 Конвенции, но также в смысле охраны, требуемой данными статьями Конвенции, которые должны применяться там, где необходимо с учетом принципа *mutatis mutandis* и с учетом изменений, вытекающих из отдельных положений ДАП для Договаривающихся сторон ДАП в соответствии с их обязательствами согласно статье 1(4) данного Договора (поскольку вследствие этого они представляют важную часть «охраны, предусмотренной данным Договором»).

## СТАТЬЯ 4

*[Компьютерные программы]*

Компьютерные программы охраняются как литературные произведения в смысле Статьи 2 Бернской конвенции. Такая охрана распространяется на компьютерные программы независимо от способа или формы их выражения.

Согласованное заявление относительно статьи 4: Объем охраны компьютерных программ по Статье 4 настоящего Договора при прочтении совместно со Статьей 2 соответствует Статье 2 Бернской конвенции равно как и соответствующим положениям Соглашения ТРИПС.

*The concept of "computer programs"*

ДАП-4.1. ДАП не содержит определения «компьютерная программа». В ходе подготовительной работы над Договором было достигнуто согласие о том, что определение «компьютерной программы», принятое в рамках Типовых положений ВОИС по охране компьютерных программ<sup>212</sup>, является все еще действительным. Это определение гласит следующим образом: « «компьютерная программа» означает набор команд или инструкций, способных при их включении в машинно-читаемую среду заставить машину, обладающую информационно-счетными способностями представлять, выполнять или достигать выполнения определенной функции, задания или результата».

ДАП-4.2 Определения «компьютерных программ», включенные в национальные законы, в целом, соответствуют основным существенным элементам в выше приведенном определении Типовых положений.<sup>213</sup>

ДАП-4.3. Однако иногда используется более широкое определение «компьютерной программы», которое также включает подготовительный материал для создания программы. Например, статья 1.1 Директивы Европейского сообщества относительно компьютерных программ<sup>214</sup> предусматривает, что «для целей данной Директивы термин «компьютерные программы» должен включать подготовительный материал, необходимый для их составления». В одной из декларативных частей Директивы указывается на то, что имеется под понятием подготовительного материала; она гласит следующим образом: «При этом для целей данной Директивы термин «компьютерная программа» должен включать программы в любой форме, включая такие, которые инкорпорируются в аппаратную часть; при этом данный термин включает также подготовительную проектную работу, приводящую к разработке компьютерной программы при условии, что характер этой подготовительной работы таков, что на последующем этапе она может привести в результате к компьютерной программе.» Следует подчеркнуть, что подготовительный материал в том виде, как он, например, понимается в Директиве о компьютерных программах, не соответствует понятию собственно «компьютерной программы». Это объясняется тем, что такой подготовительный материал еще не может рассматриваться в качестве набора инструкций, цель которых заставить компьютер исполнить определенное задание или функцию; он служит лишь основой для создания такого набора инструкций на последующем этапе. Это означает, что хотя национальные законы и могут расширять определение «компьютерной программы» до включения в него подготовительного материала, согласно статье 4 ДАП (а также согласно статье 10.1 Соглашения ТРИПС, в которой говорится исключительно о компьютерных программах), это не является обязательным условием. Другое дело, что такой подготовительный материал, как таковой, может также, и это, как правило, так и бывает, заслуживать охраны на основе авторского права в соответствии с общими положениями о литературных и художественных произведениях.

ДАП-4.4. Другой вопрос относительно понятия «компьютерные программы» касается того, могут ли или должны ли изображения, порождаемые на экране в результате работы программы (например, в случае видеоигр), рассматриваться в качестве частей «компьютерной программы». Существуют определенные взгляды, в соответствии с которыми на данный вопрос следует дать утвердительный ответ, и эти взгляды были даже приняты в исключительном порядке на уровне национального законодательства, однако доминирующим мнением, а также доминирующей позицией согласно национальному законодательству, является то, что изображения, генерируемые компьютерной программой в виде вывода на экран, выходят за рамки собственно понятия «компьютерных программ».<sup>215</sup> Понятие «компьютерной программы» согласно статье 4 ДАП также не распространяется на изображения, генерируемые компьютерными программами на экране.

ДАП-4.5. Выводы на экран, содержащие движущиеся изображения, могут, а если они соответствуют требованию оригинальности, пользоваться охраной авторского права в качестве аудиовизуальных произведений, (а неподвижные изображения могут часто охраняться в качестве графических или фотографических произведений). Важно также отметить, что статус различных категорий произведений в соответствии с авторским правом не обязательно будет одним и тем же (см. специальные положения относительно кинематографических произведений в статьях 14 и 14bis Бернской конвенции, специальные положения относительно компьютерных программ, упоминаемых ниже). Поэтому дифференциация правового статуса компьютерных программ, а также статуса изображений на экране, генерируемых ими, представляется особенно оправданной.

*Исторический путь к признанию компьютерных программ в качестве произведений, охраняемых авторским правом.*

ДАП-4.6. ВОИС приступила к рассмотрению вопроса об охране компьютерных программ в 1970 годы, в начале как идеи о выработке специальной (*sui generis*) системы охраны.<sup>216</sup> Однако типовые положения, которые предусматривали создание такой системы, не были восприняты национальными законодателями, и преобладание получила идея о том, что не система *sui generis*, инспирированная авторским правом, а авторское право само должно применяться для охраны компьютерных программ. В феврале 1985 года ВОИС и ЮНЕСКО создали в Женеве совместную группу экспертов по аспектам авторского права для охраны компьютерных программ. На этом совещании на основе тщательного анализа<sup>217</sup> и оживленной дискуссии был сделан прорыв в сторону признания компьютерных программ.<sup>218</sup>

ДАП-4.7. Национальные законодательства, которые в то время уже включали положения об охране компьютерных программ на основе авторского права в целом, предоставляли им ту же самую охрану, что и для других категорий произведений. Другое дело, что они также включали некоторые «ориентированные на жанр» положения, как например, специальные исключения для изготовления резервных (страховых) копий или «декомпиляции» программ с тем, чтобы разработать другие совместимые с ними программы. Однако были еще некоторые страны, которые хотя и были готовы сохранить компьютерные программы в рамках общей парадигмы авторского права, хотели бы применять такой правовой режим, который был бы аналогичным охране смежной категории произведений прикладного искусства или промышленных образцов (с более коротким сроком охраны и с возможностью применения принципа взаимности по существу). В то время существовали две тенденции развития, которые завершились на уровне обязательных региональных и международных норм, выработанных на форумах ВОИС в виде модели «мягкого закона»: сперва в июле 1991 года была опубликована Директива Европейского сообщества относительно компьютерных программ, а затем в апреле 1994 года было принято соглашение ТРИПС, в обоих указанных актах давалось разъяснение, что компьютерные программы должны охраняться как литературные произведения согласно Бернской конвенции.

*Статья 4 ДАП: адаптированная версия выше названного разъяснения, включенного в статью 10.1 Соглашения ТРИПС*

ДАП-4.8. Статья 10.1 Соглашения ТРИПС предусматривает следующее: «Компьютерные программы, независимо от того, представлены ли они в исходных или объектных кодах, должны охраняться в качестве литературных произведений согласно Бернской конвенции (1971)».<sup>219</sup> Может возникнуть вопрос: почему в этом положении говорится о формах компьютерных программ - исходном и объектном кодах в то время, как согласно статье 2(1) Бернской конвенции литературное или художественное произведение охраняется «независимо от формы и способа его выражения». Причина, по видимому, кроется в том, что было необходимо отвергнуть некоторые необоснованные взгляды относительно того, что компьютерные программы могут охраняться авторским правом в качестве литературных произведений только тогда, когда они представлены в исходном коде, а программы, представленные в объектном коде, из-за утилитарного назначения программ в таком коде, не должны охраняться (данная позиция является неправильной не только потому, что Бернская конвенция не допускает исключения произведений из охраны на основе авторского права лишь на том основании, что они служат утилитарной цели, а также потому, что эта позиция игнорирует тот факт, что программы могут быть декомпилированы из объектного кода в исходный код).

ДАП-4.9. В Бернской конвенции имеется лишь одно положение, в котором появляется термин «литературные произведения», нежели термин «литературные и художественные произведения», а именно в статье 11ter Конвенции, касающейся публичной

декламации литературных произведений (а также сообщения декламации таких произведений для сведения публики). Однако следует признать, что это положение не имеет значения в отношении компьютерных программ, так как они едва ли пригодны для декламации. Почему же дается ссылка на литературные произведения в соответствующем положении ТРИПС? По-видимому, это объясняется намерением отбросить любую возможность уподобления компьютерных программ произведениям прикладного искусства, (этот прием использовался в некоторых национальных законодательствах, исходя из понимания того, что такие программы являются также произведениями, применимыми для утилитарных целей). (Следует напомнить, что согласно статьям 2(7) и 7(4) Бернской конвенции минимальный срок охраны произведений прикладного искусства короче, чем общий срок охраны, и охрана таких произведений может быть обусловлена действием принципа взаимности.)

ДАП-4.10. Разъяснение, приводимое в статье 4 ДАП, в соответствии с которым компьютерные программы «охраняются в качестве литературных произведений в смысле статьи 2 Бернской конвенции», было заимствовано в целом из статьи 10.1 Соглашения ТРИПС. Однако в указанном положении не просто декларируется, что компьютерные программы охраняются в качестве таких произведений, но предусматривается, что они должны охраняться в качестве литературных произведений. С точки зрения обязательств Договаривающихся сторон ДАП и соответственно членов ВТО это различие в формулировке, по-видимому, не представляет какого-либо существенного значения. Однако на основе статьи 4 ДАП становится несколько яснее, что по сравнению с существующими положениями Бернской конвенции не возникает никаких новых обязательств; компьютерные программы соответствуют понятию литературных (и художественных) произведений согласно статье 2 Бернской конвенции и должны пользоваться охраной как таковые.

ДАП-4.11. Значение охраны компьютерных программ в качестве «литературных произведений» обсуждалось выше, исходя из использования этого термина в статье 10.1 Соглашения ТРИПС. Поскольку соответствующий элемент в статье 4 ДАП был заимствован из выше названного положения, то очевидно, что его значение осталось тем же самым и в этой статье. Однако может возникнуть вопрос, является ли национальное законодательство совместимым с ДАП (а также с Соглашением ТРИПС) только тогда, если оно относит компьютерные программы к подкатегории «литературных произведений». Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Важным является то, что уровень охраны компьютерных программ должен быть не ниже, чем уровень, предписываемый Бернской конвенцией в отношении охраны литературных и художественных произведений в целом («в целом» означает, что не допускается никакого уподобления компьютерных программ специальным категориям произведений, в частности тогда, когда Бернская конвенция разрешает ограничение обще предписанного уровня охраны, как например, в отношении произведений прикладного искусства). Тем не менее, целесообразнее всего отнести компьютерные программы в подкатегорию литературных произведений. (Это не означает, что национальные законы не имеют права включать специальные положения относительно компьютерных программ. Как упоминалось выше, имеются несколько примеров таких специфических норм, которые несмотря на свою специфичность должны, конечно, соответствовать общим положениям Бернской конвенции.)

ДАП-4.12. Согласованное заявление относительно статьи 4 было принято по просьбе некоторых делегаций, в основном, из развивающихся стран, которые хотели иметь гарантии, что объем охраны компьютерных программ согласно статье 4 не будет меняться и, в частности, не будет расширен по сравнению с тем, что предусмотрено в статье 10.1 Соглашения ТРИПС. Необходимость в этом была выявлена в связи с тем фактом, что текст статьи 10.1 Соглашения ТРИПС и текст статьи 4 ДАП не являются идентичными. В первой говорится о «компьютерных программах независимо от того, представлены ли они в исходном или объектном кодах», в то время как во второй статье говорится о «компьютерных программах, независимо от их способа и формы выражения». Последний текст представляется более подходящим, поскольку именно он соответствует положениям статьи 2(1) Бернской конвенции (откуда было дословно заимствовано выражение «независимо от способа и формы выражения»). Он представляется также наиболее подходящим с учетом того, что в будущем характеристика по исходному /объектному коду, возможно, отомрет.

ДАП-4.13. С учетом выше указанной возможности (а именно, что если появятся новые формы компьютерных программ, которые нельзя будет характеризовать на основе дихотомии: исходный/объектный код), может возникнуть вопрос, можно ли считать согласованное заявление по прежнему корректным в отношении того, что статья 4 ДАП «равносильна» статье 10.1 Соглашения ТРИПС. Однако даже при таком развитии событий представляется, что согласованное заявление по прежнему справедливо, говоря о ситуации «равносильности». Это верно по следующим причинам: ссылка на способ и форму выражения компьютерных программ

является излишней и практически ненужной с учетом положений статьи 2(1) Бернской конвенции, согласно которой способ и форма выражения произведения не имеют значения. Во время принятия Соглашения ТРИПС две категории, упомянутые в статье 10.1 Соглашения – исходный и объектный коды – охватывали (и представляется, что до сих пор охватывают) компьютерные программы, представленные в любой форме и любым способом. Если бы были обнаружены некоторые новые виды продукции или новые аспекты, подпадающие по-прежнему под понятие «компьютерных программ» и выходящие за рамки двух указанных форматов, статья 10.1 была бы по-прежнему применима к ним, во-первых, благодаря намерению, высказанному в ней, относительно охвата всех видов компьютерных программ и, во-вторых, благодаря требованию Бернской конвенции, (которая не только инкорпорируется в данное Соглашение согласно статье 9.1, но также имеет ссылку на нее в статье 10.2) о том, что охрана авторским правом должна распространяться на произведения «независимо от их способа и формы выражения».

ДАП-4.14. В согласованном заявлении содержится также ссылка на статью 2 ДАП. Причины для такой ссылки обсуждаются в комментариях к этой статье.

## **СТАТЬЯ 5**

*[Компиляции данных (базы данных)]*

Компиляции данных или другой информации в любой форме, которые по подбору и расположению содержания представляют собой результат интеллектуального творчества, охраняются как таковые. Такая охрана не распространяется на сами данные или информацию и не затрагивает какое-либо авторское право, относящееся к самим данным или информации, содержащимся в компиляции.

Согласованное заявление относительно статьи 5: Объем охраны компиляций данных (баз данных) по Статье 5 настоящего Договора при прочтении совместно со Статьей 2 соответствует Статье 2 Бернской конвенции равно как и соответствующим положениям Соглашения ТРИПС.

*Подготовительная работа и влияние Соглашения ТРИПС*

ДАП-5.1. В комитете экспертов, который работал над тем, что стало ДАП, было общее согласие относительно того, что простые данные или другая неохраямая информация должны охраняться авторским правом точно также, как коллекции литературных и художественных произведений при условии, что имеет место оригинальность в подборе или организации этих данных или иной информации. Было сделано также заключение, что компиляции произведений уже охраняются в качестве коллекций согласно статье 2(5) Бернской конвенции, в то время как соответствующие компиляции данных или иной неохраямой информации, которые благодаря их подбору или расположению являются оригинальными, должны охраняться в качестве литературных и художественных произведений согласно статье 2(1) (которая включает открытый список охраняемых произведений, среди которых должны охраняться оригинальные работы в области литературы и искусства).

ДАП-5.2. Соглашение ТРИПС было принято в апреле 1994 года и оказало влияние на ход обсуждения вопроса об охране баз данных в рамках комитета экспертов. Рабочий документ, подготовленный для обсуждения на первой сессии Комитета после принятия Соглашения ТРИПС, содержал ссылку на соответствующее положение статьи 10.2 Соглашения и был в полном соответствии с ней, документ содержал также предложение включить аналогичное положение в проект Договора.

ДАП-5.3. Статья 10.2 Соглашения ТРИПС предусматривает следующее: «Компиляции данных или иной информации независимо от того, представлены ли они в машиночитаемой или иной форме, которые по причине отбора или расположения своего содержания представляют собой результат интеллектуального труда, должны охраняться как таковые. Такая охрана, которая не должна распространяться на данные или информацию как таковую, не должна наносить ущерб авторским правам, существующим относительно самих данных или информации». Следует также отметить, что данное положение охватывает как коллекции произведений, упомянутых в статье 2(5) Бернской конвенции, так и компиляции данных и иной неохраямой информации, которые «по причине отбора и расположения их содержания представляют результат интеллектуального творчества», то есть,

которые являются в силу данной причины оригинальными (и тем самым, хотя и не охватываются параграфом (5) статьи 2 Конвенции, предположительно, должны пользоваться охраной согласно общим положениям параграфа (1) той же самой статьи). Поскольку статья 2(5) Бернской конвенции уже включена в Соглашение ТРИПС посредством статьи 9.1 этого соглашения (в том смысле, что она обязательна для применения), было бы достаточно только включить положение разъясняющего характера относительно охраны баз данных на основе авторского права в более узком смысле, чем это было приведено выше. Тот факт, что это не было сделано указанным образом, не вызывает никаких серьезных проблем; это привело только к некоторой избыточности.

ДАП-5.4. Формулировки статьи 2(5) Бернской конвенции и статьи 10.2 Соглашения ТРИПС слегка различаются. В первой говорится об «отборе и расположении» содержания, на основе чего коллекция может представлять собой результат творческого труда, в то время как вторая с учетом этого содержит ссылку на «отбор или расположение» содержания. Однако как было сказано выше относительно статьи 2(5) Бернской конвенции, это в своей сущности не означает каких-либо различий; в формулировке Бернской конвенции используемое слово «и» означает разновидность «и/или».

ДАП-5.5. Охрана «компиляций» согласно статье 10.2 Соглашения ТРИПС (также охрана «коллекций» согласно статье 2(5) Бернской конвенции) распространяется только на те компиляции/коллекции, которые в силу отбора или расположения их содержания являются оригинальными, (а отсюда они представляют собой «результаты интеллектуального труда»). Это означает, что согласно этим положениям не существует обязательств по учету того типа специальных (*sui generis*) систем, обеспечивающих охрану неоригинальных баз данных, которые предусмотрены в Директиве Европейского сообщества относительно баз данных.<sup>220</sup> Помимо проекта ДАП и проекта ДИФ на Женевскую дипломатическую конференцию был представлен также проект третьего договора – относительно специальной (*sui generis*) охраны.<sup>221</sup> Однако оно по существу не было рассмотрено, была принята рекомендация относительно рассмотрения возможности подготовки такого договора.<sup>222</sup> Тем не менее, до сих пор подготовительная работа в рамках Постоянного комитета ВОИС по авторскому праву и смежным правам не привела ни к каким конкретным результатам.

ДАП-5.6. Во второе предложение статьи 10.2 Соглашения ТРИПС включены два важных разъяснения. Во-первых, разъясняется, что охрана компиляций осуществляется без ущерба для авторских прав, существующих относительно каждого элемента, включенного в их содержание (то есть, указанные элементы продолжают пользоваться охраной на основе авторских прав независимо от охраны, предоставляемой компиляциям.) Это соответствует положениям статьи 2(5) Бернской конвенции, которая также предусматривает, что охрана коллекций осуществляется «без ущерба для авторских прав в отношении каждого из произведений, образующих часть таких подборок». Во-вторых, второе предложение в явном виде утверждает, что охрана, предоставляемая в отношении компиляций, не распространяется на данные или информацию, содержащиеся в них. То есть, если они не охраняются авторским правом, то они не получают сами по себе охраны на основе авторского права лишь потому, что они включены в компиляции, охраняемые авторским правом.

#### *Статья 5 ДАП: адаптированная версия разъяснения, содержащегося в статье 10.2 Соглашения ТРИПС*

ДАП-5.7. Хотя во время подготовительной работы над ДАП обсуждались также некоторые другие варианты, Дипломатическая конференция в конце концов приняла за основу текст из ТРИПС. Причины были те же самые, что в случае разъяснения, касающегося охраны компьютерных программ на основе авторского права: это был полностью согласованный текст, и некоторые делегации особенно следили за тем, чтобы соответствующие положения ДАП не приводили к иной правовой ситуации.

ДАП-5.8. Тем не менее, текст статьи 5 не совсем такой же, что текст статьи 10.2 Соглашения ТРИПС. Одно из различий состоит в том, что в первом тексте говорится о компиляциях «в машиночитаемой и иной форме», а во втором используется более общий термин «в любой форме». Однако по сути это представляется одним и тем же с точки зрения охвата компиляций. На самом деле, «машиночитаемая и иная форма» означает машиночитаемую форму плюс любую иную форму, что не может в совокупности означать ничего другого, как «в любой форме». (Следует отметить, что фактически ссылка, сделанная в явном виде на машиночитаемую форму, является полезным разъяснением в варианте ТРИПС, которое, к счастью, не было потеряно в контексте ДАП. Благодаря ясно выраженному и подтвержденному посредством согласованного заявления намерению Дипломатической конференции применять статью 5 ДАП с тем же самым охватом, что и охват статьи 10.2 Соглашения ТРИПС, данное разъяснение также имеет определенное значение для применения ДАП.)

ДАП-5.9. Второе различие между двумя указанными положениями состоит в том, что в статье 5 ДАП просто декларируется, что коллекции, упоминаемые в ней, охраняются, в то время как статья 10.2 Соглашения ТРИПС также, как в случае статьи 10.1 относительно компьютерных программ использует слово «должен». То же самое можно сказать относительно данного различия, исходя из того, что было обсуждено в отношении компьютерных программ: различие в формулировках относительно обязательств Договаривающихся сторон ДАП и членов ВТО не означает расхождений по существу. Однако на основе статьи 5 ДАП становится яснее, что в сравнении с существующими положениями Бернской конвенции не возникает никаких новых обязательств.

## **СТАТЬЯ 6**

*[Право на распространение]*

- (1) Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать доведение до всеобщего сведения оригинала и экземпляров своих произведений посредством продажи или иной передачи права собственности.
- (2) Ничто в настоящем Договоре не влияет на свободу Договаривающихся Сторон определять или не определять условия, на которых исчерпание права, упомянутого в пункте (1), применяется после первой продажи или иной передачи права собственности на оригинал или экземпляр произведения с разрешения автора.

Согласованное заявление относительно статей 6 и 7: Выражения "экземпляры" и "оригинал и экземпляры", в смысле настоящих статей, будучи предметом права на распространение и права на прокат по указанным статьям, относятся исключительно к зафиксированным экземплярам, которые могут быть выпущены в обращение в виде материальных предметов.

ДАП-6.1. Как следует из комментариев к статье 8 ниже, право на распространение возникло в качестве одного из «прав-кандидатов» на применение в отношении интерактивных передач. Поскольку в ДАП согласно статье 8 (относительно права на сообщение публике), в которой регулируется вопрос таких прав, то возможное применение права на распространение в отношении таких передач, исходя из «зонтного решения» (также описываемого здесь) будет рассмотрено в комментариях к указанной статье.

ДАП-6.2. В комментариях к статье 14 Бернской конвенции, приведенных выше, указывается, что вид права на первое распространение (исчерпание которого происходит с первой продажей копий), предусмотренного статьей 6 ДАП, может также быть выведен из права на воспроизведение, и это представляется оправданной позицией, так как согласно Бернской конвенции это право признается не только в отношении кинематографических произведений (относительно которых четкие положения содержатся в статье 14 и 14bis), но в неявном виде также в отношении других категорий произведений. Тем не менее, теория «неявного признания» не получила единогласного одобрения во время подготовительной работы, в связи с чем представляется полезным, что ДАП признает также в явном виде это право (первого) распространения.

ДАП-6.3. Поистине трудным вопросом в отношении права на распространение является вопрос его исчерпания с момента первой продажи копий, и, в частности, территориальные последствия такого исчерпания. Во время подготовительных работ над ДАП были сделаны попытки найти пути признания национальных/региональных последствий исчерпания с вытекающим отсюда выводом признания права ввоза, а через это упрочения статуса права на воспроизведение. Однако эти попытки закончились неудачей, и вопрос исчерпания, включая его территориальное действие, как это предусмотрено в параграфе (2) статьи 6 было полностью оставлено на усмотрение национального законодательства.

ДАП-6.4. Согласованное заявление, дополняющее статью 6 (и статью 7) требует соответствующего пояснения. Во-первых, не следует считать, что оно распространяется на право воспроизведения. Оно не может быть распространено на это право, поскольку согласно ДАП (а также согласно Соглашению ТРИПС и Бернской конвенции) существует также обязательство о признании факта изготовления нематериальных экземпляров (копий), в частности, в электронной памяти как актов воспроизведения. Во-вторых, согласованное заявление только указывает на минимальный уровень охраны. Минимальное

обязательство состоит в расширении этого права на распространение в отношении актов предоставления материальных копий. Это вытекает из природы минимальных обязательств, исходя из которых в соответствии с ДАП не существует препятствий для распространения применимости какого-либо права за пределы, превосходящие объем и уровень, предписанные Договором. Это означает, что существует возможность расширить право на распространение в отношении актов, осуществляемых в целях распространения посредством воспроизведения и передачи, а также применять это более широкое право распространения в соответствии с «зонтичным решением», рассматриваемым ниже в комментариях к статье 8 ДАП.

## СТАТЬЯ 7

*[Право на прокат]*

### (1) Авторы

- (i) компьютерных программ;
- (ii) кинематографических произведений и,
- (iii) произведений, воплощенных в фонограммах, как определено в национальном законодательстве Договаривающихся Сторон,

пользуются исключительным правом разрешать коммерческий прокат для публики оригиналов или экземпляров своих произведений.

### (2) Пункт (1) не применяется:

- (i) в отношении компьютерных программ, если сама программа не является основным объектом проката; и
- (ii) в отношении кинематографических произведений, если только такой коммерческий прокат не приводит к широкому копированию таких произведений, наносящему существенный ущерб исключительному праву на воспроизведение.

(3) (2) Несмотря на положения пункта (1), Договаривающаяся Сторона, в которой на 15 апреля 1994 г. действовала и продолжает действовать система справедливого вознаграждения авторов за прокат экземпляров их произведений, воплощенных в фонограммах, может сохранить эту систему при условии, что коммерческий прокат произведений, воплощенных в фонограммах, не наносит существенного ущерба исключительному праву авторов на воспроизведение.

Согласованное заявление относительно статей 6 и 7: Выражения "экземпляры" и "оригинал и экземпляры", в смысле настоящих статей, будучи предметом права на распространение и права на прокат по указанным статьям, относятся исключительно к зафиксированным экземплярам, которые могут быть выпущены в обращение в виде материальных предметов.

Согласованное заявление относительно статьи 7: Понимается, что обязательство по Статье 7(1) не требует, чтобы Договаривающаяся Сторона предусматривала исключительное право на коммерческий прокат в отношении авторов, которым по законодательству этой Договаривающейся Стороны не предоставляются права в отношении фонограмм. Понимается, что это обязательство соответствует Статье 14(4) Соглашения ТРИПС.

Статья 7 ДАП относительно права на прокат: адаптированная версия соответствующих положений Соглашения ТРИПС

СДАП-7.1. Бернская конвенция не содержит положений относительно права на прокат. Отсюда обязательство согласно статье 7 ДАП, касающейся этого права, превышает минимальный уровень охраны, предписываемый данной Конвенцией. Она относится к числу тех положений, которые были перенесены из Соглашения ТРИПС.

ДАП-7.2. Объем и условия охраны прав на прокат были согласованы во время Уругвайского раунда переговоров, и в результате в Соглашение ТРИПС было включено достаточно сложное положение. Как уже обсуждалось выше во Введении, во время подготовительной работы в качестве руководящего принципа для разработки проектов ДАП и ДИФ был принят подход, согласно которому ни одно из положений, в отношении которых было достигнуто согласие во время Уругвайского раунда переговоров, не должно быть изменено.<sup>223</sup> Поэтому хотя на Дипломатической конференции были сделаны отдельные попытки найти пути признания общего права на прокат, относящегося ко всем категориям произведений, эти попытки в конечном итоге закончились неудачей, и во время неформальных консультаций было достигнуто согласие, что объем и условия охраны права на прокат согласно двум новым договорам должны быть теми же самыми, что в соответствующих положениях Соглашения ТРИПС.

ДАП-7.3. В соответствии с достигнутым согласием объем произведений, охватываемых правом на прокат в качестве минимального обязательства, покрывается теми же самыми категориями, что и в Соглашении ТРИПС: (i) компьютерные программы (ср. первое предложение статьи 11 в Соглашении ТРИПС – статья 7(1)(i) в ДАП);

(ii) кинематографические произведения (ср. первое предложение статьи 11 в Соглашении ТРИПС - статья 7(1)(ii) в ДАП) и (iii) «произведения, воплощенные в фонограммах, как это определено в национальном законодательстве...» (ср. первое предложение статьи 14.4 в Соглашении ТРИПС – статья 7(1)(iii)).

СТ-7.4. В отношении трех выше названных категорий ДАП содержит те же самые положения относительно ограничений и условий, что предусмотрены в Соглашении ТРИПС. Что касается компьютерных программ, то обязательство предоставлять право на прокат не применяется в тех случаях, когда программа не является основным или существенным объектом проката (см. третье предложение статьи 11 Соглашения ТРИПС и статью 7(2)(i)). Компьютерные программы включаются в автомобили, самолеты и другие машины, которые часто предоставляются в прокат. В этих случаях, очевидно, компьютерная программа не является основным объектом проката, и было бы анахронизмом настаивать на том, чтобы, помимо заключения договора на прокат машины, пользователь испрашивал отдельное разрешение у владельца авторского права на использование встроенных программ на основе указанного права на прокат. (Однако следует отметить, что данное исключение не применяется к прокату компьютеров, в которые загружаются компьютерные программы. В этом случае компьютер представляет собой не просто элемент сложной машины; с учетом того факта, что функциональное назначение программы состоит в обеспечении функционирования компьютера, нельзя сказать, что программа является не основным объектом проката.)

ДАП-7.5. Право на прокат кинематографических произведений еще более ограничено, поскольку в этом случае право на прокат применяется только тогда, когда коммерческий прокат не ведет к широкому копированию таких произведений, наносящему существенный экономический ущерб исключительному праву на воспроизведение (см. второе предложение статьи 11 в Соглашении ТРИПС – статью 7(2)(ii) в ДАП). Однако имеются, по крайней мере, две важные причины, почему в отношении целесообразности применения данного исключения могут существовать сомнения. Во-первых, хотя широко распространенное воспроизведение в форме «домашнего (частного) копирования» может быть побочным результатом проката этих произведений, «домашнее копирование» может быть более адекватно учтено через применение права на вознаграждение, основанного на «налоге», взимаемом с воспроизводящего оборудования и соответствующих материалов, то есть, права, которое уже существует в некоторых странах. Есть все основания полагать, что «домашнее копирование» становится настолько распространенным, что существенным образом затрагивает интересы владельцев авторского права, в соответствии с обязательствами согласно статье 9(2) Бернской конвенции необходимо, по крайней мере, уменьшить ущерб до разумного уровня на основе применения соответствующих правовых средств, одним из таких средств является система вознаграждения. Решение данной проблемы на основе права на прокат не представляется достаточным (тем более, что для целей «домашнего копирования» могут быть использованы различные источники, среди них копирование с эфира является одним из важных). Представляется более целесообразным ввести гарантии в отношении поддержания значения права на воспроизведение на должном уровне для тех случаев, когда существует реальная угроза. Во-вторых, следует также принимать во внимание, что прокат может быть отдельной

важной формой использования таких произведений, и что отсутствие права на прокат вне зависимости от права на воспроизведение может подорвать ценность некоторых традиционных прав, таких как, например, право на воспроизведение и право на распространение (а также косвенно право на публичное исполнение и право на сообщение для сведения публики), при этом не будет иметь место широкомасштабное копирование. Это объясняется тем, что те, кто берет на прокат копию фильма и смотрят его, обычно не покупают копию этого фильма и не идут в кинотеатр для его просмотра (и навряд ли делают копию на основе взятого на прокат экземпляра, чтобы еще раз посмотреть этот фильм; обычные домашние видеопроигрыватели обычно не оснащены устройством копирования). Поэтому признание права на прокат кинематографических и аудиовизуальных произведений, независимо от «теста на причинение ущерба» представляется по настоящему адекватным решением.

ДАП-7.6. Ограничение права на прокат для фонограмм регулируется еще более сложным образом. Оно изложено в параграфе (3) статьи 7 ДАП. Во втором предложении статьи 14 Соглашения ТРИПС содержится, по сути, аналогичное положение: «Если 15 апреля 1994 года страна-член имела действующую систему справедливого вознаграждения владельцев права в отношении проката фонограмм, то оно может сохранить эту систему при условии, что коммерческий прокат фонограмм не приводит к причинению серьезного ущерба для исключительных прав правообладателей на воспроизведение». Данное положение было включено в Соглашение ТРИПС по просьбе Японии, которая имела такую систему, и оно наряду с другими элементами соответствующих норм Соглашения ТРИПС, было также перенесено без каких-либо существенных изменений. Совпадение двух текстов по существу настолько значительно, что в тексте ДАП содержится та же самая дата, что и в положении ТРИПС, хотя это была датой принятия Соглашения ТРИПС. Данное положение содержит также требование «теста на причинение ущерба». В данном случае наличие теста представляется более оправданным, поскольку он не привязан к копированию фонограмм, сдаваемых на прокат, а к нарушению права на воспроизведение в целом; это является важным отличием, поскольку, как было сказано выше, прокат может ущемлять (подорвать ценность и применимость) других прав, включая право на воспроизведение, если даже во время проката не имеет место копирование.

ДАП-7.7. Ни в соглашении ТРИПС, ни в ДАП (или в ДИФ) не дается какого-либо определения понятию «прокат» или «коммерческий прокат». Однако статья 2(f) проекта ДИФ содержала определение понятия «прокат», которое гласило: ««прокат» фонограммы означает любую передачу владения копии фонограммы на ограниченный период времени.» Это представляется обще принятым понятием «прокат». В примечаниях к проекту данного положения содержалось также разъяснение, что оно не распространяется на «публичную аренду» (акт, который не охватывается ни ТРИПС, ни двумя названными договорами, который в соответствии с примечаниями означает «передачу во владение объекта на ограниченный период времени бесплатно для использования на бесприбыльной основе»). Однако на Дипломатической конференции была принята слегка измененная версия соответствующих положений Соглашения ТРИПС, в которой прилагательное «коммерческий» было использовано перед словом «прокат», и на этой основе было признано достаточно понятным, что означает «прокат» даже в отсутствие отдельного определения (при этом отпала необходимость разграничивать понятие «прокат» от понятия «аренда»).

ДАП-7.8. Согласованное заявление относительно статей 6 и 7, касающееся понятия «экземпляров» (или «копий») применительно прав на распространение и прокат было рассмотрено выше в комментариях к статье 6 (в параграфе СТ-6.4)

*Значение «произведения, воплощенные в фонограммах, как это определено в национальных законах Договаривающихся сторон»*

ДАП-7.9. Как упоминалось выше, в соответствии с намерениями Дипломатической конференции, предполагается, что обязательства согласно статье 7 ДАП должны быть теми же самыми, что обязательства согласно соответствующим положениям Соглашения ТРИПС. Однако в отношении применения этого принципа появилась одна довольно заковыристая проблема. Она возникла по двум причинам. В то время как положения Соглашения ТРИПС являются четкими в отношении права на прокат для компьютерных программ и кинематографических произведений, значение положений статьи 14.4 данного Соглашения относительно права на прокат для фонограмм вызвало определенные проблемы в его толковании. Данное положение толковалось двумя совершенно различными способами. Источником проблем явилось то обстоятельство, что в этом положении, наряду с четким указанием на производителей фонограмм, относительно других возможных бенефициариев используется только общий термин «и прочие

правообладатели фонограмм, определяемые законодательством страны-участницы». Отсюда включение положений о праве на прокат в отношении авторов и исполнителей в части их произведений и исполнений, воплощенных в фонограммах, неизбежно потребовало соответствующей интерпретации указанных положений Соглашения ТРИПС. Дипломатическая конференция попыталась перенести данную несколько неоднозначную формулировку статьи 14.4 Соглашения ТРИПС в текст ДАП в максимально неизменной форме (а также в ДИФ), и в то же самое время она приняла согласованное заявление, которое основывается на одном из противоречивых толкований статьи 14.4, и, следовательно, также в отношении новых положений ДАП и ДИФ.

ДАП-7.10. Первые две возможные интерпретации статьи 14.4 Соглашения ТРИПС были представлены, например, в анализе ВОИС о «Последствиях Соглашения ТРИПС для договоров, находящихся под административным управлением ВОИС» в следующем виде: «Как указывалось выше, согласно статье 11 в отношении компьютерных программ страны-члены обязаны предоставлять авторам и их правопреемникам право разрешать или запрещать коммерческий прокат для публики оригиналов или копий их произведений, охраняемых авторским правом. Данное обязательство применимо взаимно образно (*mutatis mutandis*) в отношении фонограмм в интересах производителей фонограмм. Что касается других возможных правообладателей фонограмм, как, например, исполнителей, а также авторов исполняемых произведений, чьи исполнения и произведения соответственно записаны на фонограммах, то выражение «любые иные правообладатели фонограмм, как это определяется законом страны-участницы» указывает на то, что страны свободны расширять или не расширять это право на других правообладателей».<sup>24</sup> Неоднозначность формулировки, основанная на фразе «как это определяется в законе страны-участницы» сделала возможной интерпретировать данное положение таким образом, что оно могло восприниматься как синоним фразы «этот вопрос оставляется на усмотрение национального законодательства».

ДАП-7.11. Другая возможная интерпретация была основана на том аргументе, что авторы имеют исключительное право (хотя в случае музыкальных произведений, оно может быть ограничено принудительной лицензией) разрешать включение своих произведений в фонограммы (также исполнители могут иметь аналогичные права) и что такие права превращают авторов (а также исполнителей) в соответствующих правообладателей фонограмм. Проблема с этой аргументацией (помимо выше указанного неоднозначного термина «определенного в законе страны-участницы») состоит в том, что в данном положении речь идет о правах на фонограмму, а не правах, воплощенных в фонограммах, например, на охраняемых произведения и/или исполнения или иной материал, воплощенный в фонограмме. Сторонники первой интерпретации, приведенной выше, обычно указывали на то, что владельцы прав на собственно фонограммы являются производителями фонограмм, а объектами прав других правообладателей являются не фонограммы, а произведения и исполнения, которые в них воплощены.

ДАП-7.12. Как упоминалось выше, в соответствии с принципом, принятом на Дипломатической конференции, согласно которому ничто не следует менять в принятых положениях Соглашения ТРИПС, Конференция приняла решение перенести данный неоднозначный текст статьи 14.4 из данного соглашения в текст статьи 7 ДАП в максимально неизменном виде. В результате в статье 7(1) (iii) Договора было использовано следующее выражение: «произведения, воплощенные в фонограммах, как это определено в национальном законе Договаривающихся сторон». Однако в новом контексте (раздельном от прав на фонограммы) данное положение, как кажется, стало еще более неоднозначным.

ДАП-7.13. Поскольку намерением конференции было сохранить то же самое значение положения, что в Соглашении ТРИПС, то это, в принципе, могло бы также привести с собой возможность различных толкований. Однако во время неформальных консультаций несколько делегаций сослались на выше процитированный анализ ВОИС и настояли на том, чтобы в контексте ДАП и ДИФ было принято ограничительное толкование, содержащееся в этом анализе. Это было осуществлено путем принятия второго согласованного заявления относительно статьи 7, приведенного выше. Согласно данному заявлению «обязательство согласно статье 7(1) не требует от Договаривающейся стороны предоставлять исключительное право коммерческого проката авторам, которые согласно законодательству Договаривающейся стороны не получали прав в отношении фонограмм». Это означало практически то же самое, что вытекало из выше приведенного текста анализа ВОИС: «Договаривающиеся стороны свободны расширять или не расширять» право проката в отношении фонограмм для правообладателей иных, чем производители фонограмм (например, авторов).

ДАП-7.14. В согласованном заявлении также говорится, что предлагаемая в нем интерпретация «соответствует статье 14.4 Соглашения ТРИПС». Как указывалось выше во Введении,<sup>225</sup> это может восприниматься как косвенная интерпретация Соглашения ТРИПС, что может вызвать особые вопросы к интерпретации статьи 14.4 со стороны органов ВТО. Эти органы, по-видимому, не обязаны принимать интерпретацию, одобренную Дипломатической конференцией ВОИС, но в то же самое время они вряд ли могут игнорировать ее, принимая во внимание большое число членов ВТО, принимавших участие в ее единогласном принятии, хотя это и было на форуме за рамками ВТО.

## **СТАТЬЯ 8**

*[Право на сообщение для всеобщего сведения]*

Без ущерба положениям Статей 11(I)(ii), 11(bis)(1)(i) и (ii), 11ter(1)(ii), 14(I)(ii) и 14bis(I) Бернской конвенции авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать любое сообщение своих произведений для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи, включая доведение своих произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору.

Согласованное заявление относительно статьи 8: Понимается, что простое предоставление физических средств, позволяющих сделать или осуществляющих сообщение, само по себе не является сообщением в смысле настоящего Договора или Бернской конвенции. Далее понимается, что ничто в Статье 8 не препятствует Договаривающейся стороне применять Статью 11bis(2).

*Debate about the right or rights applicable for interactive transmissions; the emergence of the "umbrella solution"*

ДАП-8.1. В ходе подготовительной работы над ДАП и ДИФ было достигнуто согласие о том, что включение произведений и объектов смежных прав, а также их передача через Интернет или подобные возможные сети в будущем должно быть обусловлено исключительным правом предоставления разрешения авторами. При этом имело место также общее стремление попытаться применить существующие нормы к этому новому феномену, (поскольку на основе существующих норм, сформировалась устоявшаяся практика, создавались долгосрочные контрактные отношения и т.д.).

ДАП-8.2. При рассмотрении существующих прав с точки зрения их применения в отношении интерактивных передач пришлось признать, что цифровые интерактивные передачи несколько размыли границу между двумя традиционными и четко различаемыми группами прав: правами, связанными с получением копии или экземпляра, и правами, не имеющими отношения к копии.<sup>226</sup>

ДАП-8.3. Цифровые интерактивные передачи размыли границу между двумя этими группами прав в двух отношениях. Во-первых, коммерческое распространение охраняемого материала в интерактивных сетях может и происходит с применением технических мер, которые разрешают доступ и использование только в тех случаях, когда выполнены некоторые условия со стороны представителей публики. Так, действительная степень использования необязательно определяется в момент предоставления произведения или объекта смежных прав и именно лицом или организацией, которые осуществляют акт предоставления доступа. Именно сам представитель публики, путем виртуальных переговоров с системой получает доступ и возможность использования охраняемого материала и именно он сам через систему выбирает, будет ли использование «отложенным» (на основе получения больше, чем промежуточной копии) или непосредственным (как, например, через изучение базы данных в режиме он-лайн, наблюдения движущихся изображений, прослушивания музыки в режиме он-лайн). Во-вторых, с приходом цифровых передач появились некоторые гибридные формы предоставления произведений и объектов смежных прав, в которых не соблюдается заранее оговоренная граница между правами, связанными с получением копии, и правами, не имеющими отношения к копии (так, получение копии происходит также через передачу электронных импульсов, а использование охраняемого материала в режиме он-лайн, или даже в «реальном времени» происходит с изготовлением, по крайней мере, временных копий).

ДАП-8.4. С учетом указанной природы интерактивных передач едва ли будет удивительным, когда различные страны при возникновении вопроса о том, какие из существующих прав должны применяться для отражения подобных передач оказываются по разную сторону границы деления прав: на права, связанные и несвязанные с копией. Проявились две основные тенденции: одна, в основе которой лежит попытка обосновать решение на праве распространения; и другая, отдающая предпочтение более общему праву сообщения для сведения публики. То или иное решение, выбираемое страной, не только зависело от теоретической платформы. Выбираемая позиция во многом зависела от существующих национальных законов (какие права, кому и в какой степени предоставляются), от установившейся практики, позиции, выработанной на основе соответствующих законов и, как следствие, от связанных с этим национальных интересов.

ДАП-8.5. Когда стало ясно, что международное сообщество в области авторского права оказалось перед лицом выбора двух основных альтернатив: применения права распространения или применения права на сообщение для сведения публики, и, разумеется, также с возможностью какого-то сочетания этих двух опций, вскоре было признано, что принятие одной из двух указанных опций является далеко не таким легким делом, которое потребует лишь простого решения, а все остальное автоматически образуется.

ДАП-8.6. Во-первых, не представлялось возможным применить традиционные понятия распространения и сообщения для всеобщего сведения непосредственно без какого-либо разъяснения. Что касается распространения, то во многих странах это понятие было тесно связано с передачей собственности и/или владением материальных копий (экземпляров). Таким образом, если исходить из необходимости в применении права на распространение, то предстояло бы принять и объяснить тот факт, что распространение посредством воспроизведения, осуществляемого через передачу, то есть, предоставление копий путем изготовления таких копий посредством передачи электронных сигналов в принимающих компьютерах и/или их терминалах, также входит в понятие распространения. Аналогичные разъяснения потребовались бы в отношении понятия «сообщения для публики (или для всеобщего сведения)». Было бы необходимо принять и объяснить то, что указанное понятие распространяется не только на акты и действия, которые выполняются самими «сообщающими» (то есть, на акты, в результате которых произведение или объект смежного права фактически предоставляется публике, а представителям публики не придется ничего делать кроме, как, например, включить оборудование, необходимое для приема), но также на те акты, которые состоят только в обеспечении доступа публики к произведению, а после этого представителям публики еще придется заставить систему выполнить действия по реальному предоставлению им копий. Необходимо было также дать дальнейшие разъяснения в отношении понятия «публика», более точно в отношении того, что необходимо рассматривать в качестве «предоставить (обеспечить доступ) публике». Необходимо было объяснить, что передача информации по запросу также входит сюда.

ДАП-8.7. Во-вторых, что касается международных норм, указанных разъяснений было бы недостаточно, поскольку Бернская конвенция не предусматривала права на распространение для всех категорий произведений (см. статьи 14(1)(i) и 14bis(1)), и хотя объем понятия права на сообщение публике (см. статьи 11(1)(ii), 11bis(1), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) и 14bis(1)) шире, но он все таки не охватывает всех категорий произведений во всех формах. Для того, чтобы любое из выше приведенных решений смогло бы заработать, было бы необходимо устранить проблемы в международных нормах; необходимо было бы дополнить объем соответствующих прав.

ДАП-8.8. В-третьих, и это представлялось длительное время наиболее трудной проблемой, было обнаружено, что для различных стран было бы весьма трудно выбрать только одно из двух основных «прав-кандидатов», не произведя альтернативного выбора на национальном уровне.

ДАП-8.9. С учетом приведенных проблем было выработано следующее компромиссное решение, которое содержало следующие элементы: (i) акт интерактивной передачи должен описываться нейтральным образом, без использования специальной правовой характеристики (например, как предоставление доступа к произведению для публики средствами проводочной или беспроводной связи); (ii) такое описание не должно быть специфическим с технической точки зрения и в то же самое время оно должно выражать интерактивный характер цифровой передачи в том смысле, что оно должно сопровождаться объяснением того, что произведение или объект смежных прав считается предоставленным «публике» также в тех случаях, когда представители

публики могут иметь к нему доступ в момент времени и в месте, свободно выбранными ими; (iii) в отношении правовой характеристики исключительного права, то есть, в отношении действительного выбора применимого права или применимых прав, то необходимо обеспечить достаточную свободу для национального законодательства; и (iv) необходимо устранить пробелы в Бернской конвенции в охвате соответствующих прав – права на сообщение для сведения публике и права на распространение. Такое решение было названо «зонтичным решением», и было принято Дипломатической конференцией в качестве основы для положений, касающихся интерактивных передач.

#### *Применение «зонтичного решения» в статье 8 ДАП*

ДАП-8.10. В статье 8 ДАП «зонтичное решение» применяется специфическим способом. Поскольку число стран, которые высказали предпочтение в отношении права на сообщение публике в качестве общей опции, представлялось наиболее многочисленным, данный Договор, во-первых, расширил применимость данного права на сообщение публике на все категории произведений и затем дал пояснение, что это право также охватывает передачи в интерактивных системах, описанных не строго правовым языком: «включая доведение своих произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору». Однако в качестве второго шага, когда данное положение обсуждалось в Главном комитете 1, было заявлено, и ни одна делегация не возражала против этого заявления, что Договаривающиеся стороны свободны применять обязательство по предоставлению исключительного права на разрешение подобного «предоставления для сведения публики» также посредством применения права иного, чем право на сообщение для всеобщего сведения или посредством комбинации различных прав, если акты подобного «предоставления для сведения публики» полностью охватываются некоторым исключительным правом (с соответствующими исключениями).<sup>227</sup> Под «иным» правом, разумеется, в первую очередь, имелось в виду право на распространение, но общее право предоставления для сведения публики могло также считаться в качестве «иного» права.

ДАП-8.11. Выше приведенное заявление относительно возможных альтернативных способов реализации статьи 8 представлялось обоснованным не только потому, что оно не встретило возражения со стороны ни одной делегации, участвующей в Дипломатической конференции, но также потому, что оно соответствовало старой практике, которой следовали *страны-члены* Бернского союза в применении различных прав, предоставляемых Конвенцией (практика, в отношении которой никогда не возникало вопросов), а именно, что правовая характеристика некоторого права согласно Бернской конвенции могла часто не совпадать с ее характеристикой согласно национальному законодательству. Например, в некоторых странах право на публичное исполнение охватывает не только те акты, которые в положениях Бернской конвенции называются как публичное исполнение произведения, но также право на передачу в эфир и право сообщения для сведения публики, которые согласно Бернской конвенции являются отдельными правами. В других странах право на сообщение для сведения публики является общим правом, охватывающим все три категории упомянутых прав. Тем временем в других странах право на передачу в эфир охватывает также право сообщения для сведения публики с помощью средств проволочной связи. С принятием «зонтичного решения» различные правовые характеристики могут повлечь за собой стирание грани между правами, связанными с предоставлением копии, и правами, не связанными с предоставлением копии, но это как раз является следствием того, что с появлением цифровых интерактивных передач впервые появились смешанные (гибридные) акты.

ДАП-8.12. Однако важно подчеркнуть, что приемлемость различных правовых характеристик актов зависит от того, соблюдаются ли или нет должным образом обязательства по предоставлению минимального уровня охраны в отношении соответствующих актов. Если, например, право на передачу в эфир расширяется на акты, которые согласно Бернской конвенции квалифицируются как сообщение для сведения публики средствами проволочной связи («кабельные программы»), и принудительная лицензия также применима к последнему названному акту, со ссылкой на тот факт, что статья 11bis(2) Бернской конвенции допускает подобные лицензии в отношении передач в эфир, то это окажется в очевидном противоречии с Бернской конвенцией, которая не допускает подобные лицензии в отношении «кабельных программ».

ДАП-8.13. ДАП также устранил пробелы, имеющиеся в Бернской конвенции, относительно права на распространение. Статья 6(1) ДАП предусматривает исключительное право разрешать предоставление публике оригиналов и экземпляров (копий)

произведений путем продажи или иной передачи в собственность, то есть, исключительное право на распространение. Согласованное заявление, добавленное к статьям 6 и 7 (относительно прав на распространение и прокат), согласно которому выражения «оригиналы» и «оригиналы и экземпляры», использованные в данных статьях, будучи объектами права на распространение и права на прокат согласно указанным статьям, относятся исключительно к фиксированным (записанным) экземплярам, которые можно пустить в оборот в качестве материальных объектов», не противоречат применению права на распространение в отношении цифровых интерактивных передач в рамках «зонтичного решения». Как указывалось выше, в согласованном заявлении содержится указание только на минимальный уровень охраны, а именно, что минимальным обязательством является предоставление права на распространение в отношении предоставления материальных экземпляров; однако не имеется никаких препятствий согласно ДАП распространить применение такого права за пределы минимального уровня охраны, предписанного в нем (в данном случае также расширить право на распространение на акты распространения через воспроизведение, осуществляемое посредством передачи, и применить это более широкое право на основе «зонтичного решения»).

*Последствия признания общего права на сообщение для всеобщего сведения при его расширении для охвата интерактивных передач; второе предложение согласованного заявления*

ДАП-8.14. Статья 8 до пояснения, касающегося интерактивных передач («включая...» и т.д.), содержит два элемента. Первый элемент является просто страховочной ссылкой на те положения Бернской конвенции, которые предусматривают различные формы сообщения для сведения публики (с помощью средств проводочной или беспроводной связи), то есть, на статьи 11(1)(ii), 11bis(1), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) и 14bis(1). Она поясняет, что эти статьи по-прежнему применимы. Следует отметить, что все эти положения охватывают традиционные, неинтерактивные акты сообщения для сведения публики. В отношении интерактивных передач эти положения Бернской конвенции применимы не на основе ссылки, а скорее через статью 8 ДАП. Статья 11bis относительно права на передачу в эфир и связанные с этим акты распространяется на все категории произведений, но другие положения в этих статьях Конвенции только предоставляют право сообщения публике средствами проводной связи для некоторых категорий в некоторых формах: статья 11(1)(ii) относится только к драматическим, музыкально-драматическим и музыкальным произведениям в форме исполнений; статья 11ter(1)(ii) – только к литературным произведениям в форме их декламации; а статьи 14(1)(ii) и 14bis(1) – только к произведениям в их кинематографической адаптации и к самим кинематографическим (и другим аудиовизуальным) произведениям.

ДАП-8.15. Второй элемент в тексте статьи до пояснения, включенного в нее, относительно интерактивных передач представляет собой положение касательно общего права на сообщение для сведения публики независимо от того, осуществляется ли оно средствами проводочной или беспроводной связи (или путем сочетания этих двух способов коммуникации), которое распространяется на все категории произведений. Благодаря такому расширению на основе статьи 8 ДАП право на сообщение для сведения публики становится обще применимым как в отношении «традиционных», так и интерактивных передач, а также в отношении тех категорий произведений, которые охватываются статьями 11(1)(ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) и 14bis(1)(i) Бернской конвенции (таких, как: музыкальных произведений в форме нотных листов; литературных произведений в любой иной форме, чем декламация, включая компьютерные программы; графические произведения; фотографические произведения и т.д.).

ДАП-8.16. Согласно первой части статьи 8 в неявном виде признается, что передача в эфир является специальной формой сообщения для сведения публики (а не просто «излучаемая передача»). Таким образом, новое положение, как кажется, подтверждает, что из всех различных «теорий», упомянутых выше в связи с прямым спутниковым вещанием (в комментариях к статье 11bis Бернской конвенции), наиболее подходящей является теория на основе «сообщения».

ДАП-8.17. Второе предложение согласованного заявления относительно статьи 8 (которое фактически является отдельным заявлением, поскольку его тематика отличается от тематики первого предложения в согласованном заявлении) разъясняет, что ничто в статье 8 не мешает Договаривающейся стороне применять статью 11bis(2) Бернской конвенции. Как указывалось в отношении материально-правовых норм этой конвенции, статья 11bis(2) толкуется как разрешение в части применения принудительных лицензий. Однако в тексте содержится одно важное условие: «но эти условия должны применяться только в

странах, в которых предписано их применение». В случае спутникового вещания, когда программа часто передается (иногда направленным образом) для публики в других странах, применение любых из «условий» имело бы последствие в этих других странах, и тем самым применение принудительной лицензии оказалось бы «экспортированным». Поэтому в таких случаях применение принудительной лицензии оказалось бы в противоречии с выше названным положением и тем самым с Бернской конвенцией (а также с Соглашением ТРИПС (в связи с его статьей 9.1), а также с ДАП (в связи со статьями 1(4) и 8)).

ДАП-8.18. Интерактивные передачи не могут квалифицироваться как эфирное вещание (поскольку понятие последнего предполагает наличие активного предающего и пассивных принимающих), и отсюда статья 11bis не применима к ним. Однако если в результате развития новых технологий, например, благодаря использованию некоторых модификаций «сетевого вещания (вебкастинга)», «одновременного вещания нескольких программ», «стриминга» или любой другой существующей или будущей технологии, происходит любой вид неинтерактивного сообщения публике через глобальную цифровую сеть, которое могло бы рассматриваться как подпадающее в сферу действия статьи 11bis, то оговорка относительно «неэкспорта» вследствие глобальных последствий такого способа коммуникации, без сомнения, не позволила бы применять в этом случае принудительные лицензии.

*Первое предложение согласованного заявления относительно простого предоставления физических средств*

ДАП-8.19. Как видно выше, первое предложение согласованного заявления относительно статьи 8 гласит следующим образом: «Понимается, что простое предоставление физических средств, позволяющих сделать или осуществляющих сообщение, само по себе не является сообщением в смысле настоящего Договора или Бернской конвенции.» Данное согласованное заявление утверждает нечто очевидное, поскольку всегда было ясно, что если кто-либо осуществляет акт, иной, чем акт, непосредственно охватываемый правом, предусмотренным в Конвенции (а также в соответствующих национальных законах), то он не несет прямой ответственности за такой акт, не охватываемый этим правом. Другое дело, что в зависимости от обстоятельств он может все-таки нести ответственность на основе других форм ответственности, как например, ответственности за содействие или в силу действия по уполномочию. Однако вопросы ответственности являются очень сложными; требуется знание большого свода законодательства и прецедентного права каждой страны, чтобы принять решение по данному случаю. Поэтому международные договоры по правам интеллектуальной собственности понятным и справедливым образом не касаются таких вопросов ответственности. Этому принципу следует ДАП (а также ДИФ).

ДАП-8.20. Вполне очевидно, что на основе того, что произошло во время неформальных переговоров на Женевской Дипломатической конференции в 1996 г., первое предложение согласованного заявления было включено как результат активной лоббистской кампании неправительственных организаций - провайдеров услуг Интернета и телекоммуникационных компаний. Они хотели включить в текст этих двух договоров или, по крайней мере, в текст некоторых согласованных заявлений, определенные гарантии, касающиеся ограничения их ответственности за нарушения, совершаемые теми, кто пользуется их услугами. Это им не удалось, и фактически выше процитированное заявление не касается вопроса ответственности, в особенности, тех форм ответственности как за содействие и/или в силу действия по уполномочию, в отношении которых они в основном старались ввести определенные ограничения.

ДАП-8.21. Поскольку договор в целом и выше процитированное заявление, в частности, не касаются вопросов ответственности, эти вопросы не рассматриваются также и здесь. Однако регулирование таких вопросов, в частности, степень и условия ограничения ответственности провайдеров услуг в определенных случаях может оказаться важным с точки зрения реализации обязательств согласно статье 14 Договора. Поэтому в комментариях к этой статье, приводимых ниже, делаются ссылки на некоторые принципы, затрагивающие эти вопросы.

## СТАТЬЯ 9

---

*[Продолжительность охраны фотографических произведений]*

**В отношении фотографических произведений Договаривающиеся Стороны не применяют положения Статьи 7(4) Бернской конвенции.**

ДАП-9.1. Статья 7(4) Бернской конвенции предусматривает минимальный срок охраны для фотографических произведений – «по крайней мере, до конца периода 25 лет с момента изготовления такого произведения», что короче, чем обще принятый минимальный срок для литературных и художественных произведений. Поскольку применение статьи 7(4) исключается, Договаривающиеся государства обязаны применять общие нормы в отношении сроков охраны. Это означает применение статьи 7(1) для случаев индивидуального автора (по крайней мере, в течение его жизни плюс пятьдесят лет после его смерти); или применение статьи 7(3) для случаев анонимных фотографических произведений или произведений, подписанных псевдонимом, (по крайней мере, пятьдесят лет с момента изготовления произведения, за исключением случаев, когда пятидесятилетний срок предусмотрен в этом параграфе). (В принципе, применение статьи 7bis Конвенции также возможно, однако это довольно невероятный или, по крайней мере, очень редкий случай, когда фотографическое произведение создается соавторами.)

ДАП-9.2. Следует отметить, что только в отношении фотографических работ статья 9 ДАП исключает применение статьи 7(4) Бернской конвенции. Статья 7(4) предусматривает тот же самый более короткий срок охраны произведений прикладного искусства, как и в случае фотографических произведений. В отношении этих произведений возможно применение более короткого срока также согласно ДАП. Причина для сохранения специального режима в отношении произведений прикладного искусства является утилитарное назначение таких произведений. Именно поэтому согласно статье 2(7) Конвенции с учетом положений статьи 7(4) предоставляется на усмотрение законов стран Бернского союза «определять степень применимости их законов в отношении произведений прикладного искусства и промышленных образцов и моделей, а также условий, при которых такие произведения, образцы и модели должны охраняться» (из данного положения следует, что допускается охранять такие произведения только как образцы и модели).

ДАП-9.3. Статья 9 содержит одно из весьма немногих положений ДАП, которое не имеет связи с так называемой «цифровой повесткой» в рамках подготовительной работы. Было оправдано воспользоваться возможностью обновления международных норм по авторскому праву, чтобы завершить длительный период сближения фотографических произведений с другими категориями произведений.<sup>228</sup>

## СТАТЬЯ 10

---

*[Ограничения и исключения]*

- (1) Договаривающиеся Стороны могут предусмотреть в своем национальном законодательстве ограничения или исключения из прав, предоставляемых авторам литературных и художественных произведений по настоящему Договору, в определенных специальных случаях, которые не наносят ущерба нормальному использованию произведения и необоснованно не ущемляют законные интересы автора.
- (2) При применении Бернской конвенции Договаривающиеся Стороны устанавливают какие-либо ограничения или исключения из предусмотренных в ней прав в определенных особых случаях, которые не наносят ущерба нормальному использованию произведения и необоснованным образом не ущемляют законные интересы автора.

Согласованное заявление относительно статьи 10 ДАП: Понимается, что положения Статьи 10 позволяют Договаривающимся Сторонам переносить и соответствующим образом распространять на цифровую среду ограничения и исключения в своих национальных законах, которые считаются приемлемыми по Бернской конвенции. Аналогичным образом эти положения должны пониматься как позволяющие Договаривающимся Сторонам определять новые исключения и ограничения, которые пригодны в среде цифровых компьютерных сетей.

Также понимается, что Статья 10(2) не ограничивает и не расширяет сферу применения ограничений и исключений, допускаемых Бернской конвенцией.

*Статья 10 ДАП: расширенное применение «трехэтапного теста», первоначально предусмотренного в статье 9(2) Бернской конвенции.*

ДАП-10.1. Впервые «трехэтапный тест» был включен в статью 9(2) Стокгольмского акта Бернской конвенции в 1967 г. (затем перенесен безо всяких изменений в Парижский акт 1971 г.). Хотя он воспроизводится как часть текста существенных положений Бернской конвенции выше, представляется целесообразным повторить его здесь для того, чтобы указать структуру «этапов»: «Странам Бернского союза разрешается в соответствии с их законодательством воспроизводить (литературные и художественные) произведения [первый этап] в некоторых специальных случаях, [второй этап:] при условии, что такое воспроизведение не будет противоречить нормальному использованию произведения и [третий этап:] не будет необоснованным образом ущемлять законные интересы автора.»

ДАП-10.2. В комментариях к статье 9(2) Бернской конвенции детально анализируется, каким образом должны интерпретироваться и применяться указанные три этапа. Наиболее существенные элементы этого анализа можно резюмировать следующим образом:

– Первый этап: исключение или ограничение должно быть специальным случаем. Это означает, что его соответствующее использование должно быть специфичным - точно и узко определенным, и что никакие широко определенные случаи не являются приемлемыми; а также, что касается его цели, она должна быть «специальной» в том смысле, что она должна иметь обоснование в виде некоторых ясных соображений в части публичной политики.

– Второй этап (который наступает лишь тогда, когда предложенное исключение или ограничение «прошло» на первом этапе; то есть, оно является специальным случаем): исключение или ограничение не должно противоречить нормальному использованию произведений. Это означает, что все формы использования произведения (то есть, извлечение ценности из исключительного права на воспроизведение произведения путем его реализации), которое имеет или, возможно, будет иметь большое экономическое или практическое значение, должны быть сохранены за владельцем этого права; а также исключения или ограничения не должны вступать в сферу экономической конкуренции при осуществлении права на воспроизведение правообладателем (в том смысле, что они никоим образом не должны подрывать рынок для данного произведения).

– Третий этап (который может наступить только тогда, когда данное исключение или ограничение прошло первые два этапа; то есть, было признано, что оно является специальным случаем, и что оно не противоречит нормальному использованию произведения): исключение или ограничение не должно необоснованным образом причинять ущерб законным интересам владельцам авторского права. Законные интересы означает «правовые интересы» в том смысле, что в интересах правообладателя использование или осуществление права на воспроизведение должно быть максимально полными. Исключение или ограничение – «по определению» ущемляет все виды законных интересов, но такое ущемление допускается лишь в некоторых специальных случаях, не противоречащих нормальному использованию произведения; однако оно должно быть разумным в том смысле, что оно не выходит за пределы некоторого уровня ущерба, который может быть оправдан с учетом особых и хорошо обоснованных соображений общественной политики.

*Статья 10 ДАП: сходства и расхождения в сравнении со статьей 13 Соглашения ТРИПС*

ДАП-10.3. Трехэтапный тест был перенесен в статью 13 ТРИПС, и сфера его применения в части исключений и ограничений, касающихся права на воспроизведение, была расширена на любое право в области авторских прав. Статья гласит следующим образом: «Страны-члены ВТО должны ограничивать исключения и ограничения, накладываемые в отношении исключительных прав, некоторыми специальными случаями, которые не противоречат нормальному использованию произведения и которые не наносят ущерба законным интересам правообладателя.» [Выделены те части положения, которые были сформулированы отличающимся образом по сравнению с соответствующими частями статьи 9(2) Бернской конвенции]. Очевидно, что эти различия

не касаются существа с точки зрения критериев, принятых в «трехэтапном тесте». Поистине новым элементом в статье 13 Соглашения ТРИПС является его общая применимость ко всем правам авторского права. Это означает как те права, которые предусмотрены согласно тех статей Бернской конвенции, которые были инкорпорированы в Соглашение посредством статьи 9.1, а также любое новое право, предусмотренное самим Соглашением ТРИПС, (что на практике означает только право на прокат). Существует единое мнение относительно того, какое влияние статья 13 может иметь на применение исключений и ограничений, предусмотренных в Бернской конвенции и включенных в Соглашение путем ссылки. Статья 13 рассматривается как разъясняющее средство, которое не расширяет или не ограничивает применимость этих положений, но которое гарантирует их соответствующую интерпретацию, исключая противоречие с нормальным использованием произведений и причинение необоснованного ущерба законным интересам владельцев авторского права.

ДАП-10.4. Объем статьи 10 ДАП аналогичен объему статьи 13 Соглашения ТРИПС в том смысле, что он также в расширительном плане касается всех прав, представляемых согласно авторскому праву. Однако в то время как статья 13 состоит из одного единственного положения, которое применяется как к правам, включенным в нее из Бернской конвенции, так и к новому праву – праву на прокат, статья 10 состоит из двух параграфов, которые, как представляется, имеют различный охват.

ДАП-10.5. В действительности, имеется определенное пересечение между двумя параграфами статьи 10. Параграф (1) охватывает «права, предоставляемые авторам литературных и художественных произведений согласно данному Договору», то есть, как те права, которые предусмотрены Бернской конвенцией и включены в Договор на основе отсылки, так и те права, которые являются новыми по сравнению с минимумом обязательств согласно Бернской конвенции. Это так, поскольку права, предусмотренные в положениях, включенных в Договор путем ссылки, предоставляются также согласно данному Договору. По этой причине, на самом деле, параграф (2) соответствующей статьи, который повторяет «трехэтапный тест» исключительно в отношении прав, основанных на

положениях Бернской конвенции, и включенных в Договор, представляется излишним.<sup>229</sup> Это пересечение при наличии избыточности, созданной вследствие этого, однако не приводит к существенным проблемам, поскольку результат совместного применения двух положений статьи 10 аналогичен результату применения Соглашения ТРИПС: «трехэтапный тест» при наличии тех же самых условий, что в соответствии со статьей 9(2), применяется расширительно ко всем правам согласно авторскому праву.

ДАП-10.6. Формулировки указанных двух параграфов различаются в одном отношении. Согласно параграфу (1) Договаривающиеся стороны «имеют право... предусматривать» ограничения и исключения в некоторых специальных случаях, в то время как согласно параграфу (2) они «должны ограничивать» исключения и ограничения некоторыми специальными случаями, что соответствует терминологии «ограничения», принятой в статье 13 Соглашения ТРИПС. Следует добавить, что формулировка обоих параграфов отличается от изложения статьи 9(2) Бернской конвенции, поскольку последняя позволяет странам Бернского союза «разрешать... воспроизведение в некоторых специальных случаях».

ДАП-10.7. Является ли указанное различие в формулировках существенным? Представляется, что ответ на данный вопрос должен быть отрицательным, и что различие возникло просто вследствие расхождений при их редакционной подготовке. Различия по существу отсутствуют по следующим причинам: (i) согласно статье 9(2) Бернской конвенции, разрешение осуществлять воспроизведение только в тех случаях, которые удовлетворяют требованиям трехэтапного теста, означает также, что страны Бернского союза могут предусматривать исключения и ограничения в отношении права на воспроизведение исключительно в этих случаях; (ii) поскольку исключения и ограничения могут быть предусмотрены только в таких случаях и, следовательно, ни в каком ином случае, это означает, что также согласно статье 9(2) Бернской конвенции и статье 10(1) ДАП страны Бернского союза и соответственно Договаривающиеся стороны ДАП должны ограничивать вводимые исключения и ограничения только такими случаями.<sup>230</sup>

*Влияние статьи 10(2) ДАП на применение положений Бернской конвенции относительно исключений и ограничений, включенных с помощью ссылки в ДАП.*

ДАП-10.8. Выше упоминалось, что совместный эффект от двух параграфов статьи 10 аналогичен последствиям, вытекающим из одного единственного параграфа статьи 13 ТРИПС. Отсюда следует, что их влияние, в особенности, влияние параграфа (2), который касается непосредственно данного вопроса, на применимость положения Бернской конвенции относительно исключений и ограничений, как это предусмотрено в Договоре согласно его статье 1(4), будет аналогичным. То есть, статья 10 и, в частности, ее параграф (2) следует рассматривать только как средство разъяснения и интерпретации.

ДАП-10.9. В случае статьи 13 Соглашения ТРИПС вывод о том, что в отношении соответствующих норм Бернской конвенции она не имеет ни расширительного, ни ограничивающего влияния на объем допустимых исключений, и что она является ни более, чем средством интерпретации, основан на возможном толковании указанного положения Соглашения ТРИПС. Что касается ДАП, то Дипломатическая конференция разъяснила путем принятия согласованного заявления относительно статьи 10(2) Договора, что данная интерпретация является не только одной из возможных, но единственно подходящей. Как цитировалось выше: «Также понимается, что Статья 10(2) не ограничивает и не расширяет сферу применения ограничений и исключений, допускаемых Бернской конвенцией.»

#### *Применение исключений и ограничений в среде цифровой сети*

ДАП-10.10. Сам текст статьи 10 ДАП не содержит никаких специальных положений относительно применения исключений и ограничений в цифровой и сетевой среде. Это верно не только в том смысле, что он не содержит никаких ссылок на цифровые и/или сетевые технологии – этого не делает ни одно положение ДАП и ДИФ, и в них используется язык, нейтральный с точки зрения технологии, также в тех случаях, когда очевидно, что соответствующие положения предназначены, чтобы дать ответ на вызовы новых технологий, но также в том смысле, что этот текст не был специально адаптирован для их учета. Подобная адаптация текста Договора и не требовалась, поскольку «трехэтапный тест» является достаточно общим и гибким, и тем самым он может применяться последовательно в новых условиях развития среды.

ДАП-10.11. Тем не менее, Дипломатическая конференция приняла согласованное заявление, в котором специально рассматривается данный вопрос. Оно, как это приведено выше, содержит два предложения. Первое предложение относится к применению существующих исключений и ограничений и в нем утверждается следующее: «Понимается, что положения Статьи 10 позволяют Договаривающимся Сторонам переносить и соответствующим образом распространять на цифровую среду ограничения и исключения в своих национальных законах, которые считаются приемлемыми по Бернской конвенции.» Во втором предложении рассматривается вопрос возможных новых исключений и ограничений следующим образом: «Аналогичным образом эти положения должны пониматься как позволяющие Договаривающимся Сторонам определять новые исключения и ограничения, которые пригодны в среде цифровых компьютерных сетей.»

ДАП-10.12. Важно подчеркнуть, что согласованное заявление должно толковаться в свете обязательства применять «трехэтапный тест», предусмотренный в статье 10. Существующие исключения и ограничения могут быть перенесены в новую среду, но когда это произойдет, должны быть гарантии, что они все еще соответствуют условиям «трехэтапного теста» в новых условиях. Это необходимо, учитывая, что цифровая технология и глобальная информационная сеть драматически изменяют как способы нормального использования произведений, так и последствия применения отдельных возможных исключений с точки зрения законных интересов владельцев авторского права. Результатом новой проверки существующих исключений и ограничений на основе «трехэтапного теста» до их переноса на последующий период времени может оказаться то, что они больше не применимы в новой среде или что хотя они и могут быть перенесены на последующий период, однако

степень и условия их применения должны быть адаптированы к новой среде.<sup>231</sup> В то же самое время некоторые исключения, разумеется, могут быть перенесены в будущее без каких-либо значительных изменений, а также, как разъясняется в согласованном заявлении, введение некоторых новых исключений или ограничений должно быть оправдано особо с учетом новой среды.<sup>232</sup>

## СТАТЬЯ 11

*[Обязательства в отношении технических мер]*

Договаривающиеся Стороны предусматривают соответствующую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих технических средств, используемых авторами в связи с осуществлением их прав по настоящему Договору или по Бернской конвенции и ограничивающих действия в отношении их произведений, которые не разрешены авторами или не допускаются законом.

*Применение технических мер защиты: ключевое условие охраны, осуществление и защита авторского права в цифровой и сетевой среде.*

ДАП-11.1. В то время как другие положения Договора представляют собой в основном интерпретацию и некоторую адаптацию существующих международных норм авторского права, статья 11 наряду со статьей 12 включает поистине новые положения. Было признано во время подготовительной работы над ДАП и ДИФ, что фундаментальным условием для охраны, осуществления и защиты авторских прав в цифровой и сетевой среде является наличие соответствующего правового механизма, необходимого для практической реализации общепризнанного тезиса, который гласит: «ответ машине возможен с помощью машины». «Ответ» на проблемы, поднятые «машиной» - в данном случае компьютером и связанными элементами информационной и телекоммуникационной технологии, как это обсуждалось выше во Введении<sup>233</sup>, кроется в использовании технических мер защиты (как, например, шифрование охраняемого материала) и электронной информации относительно управления правами (например, электронные идентификаторы), включаемой в «машину».

ДАП-11.2. На самом раннем этапе подготовительной работы было также принято в качестве ведущего принципа определение того, что следует оставлять на усмотрение заинтересованных правообладателей, будут ли они использовать такие защитные меры и/или информацию, а если да, то какие из них. Было признано, что применение таких мер и такой информации должно быть оставлено на усмотрение владельцев прав, и что новые договора должны предоставлять адекватную охрану для них при их применении.

*Значение выражения «эффективные технические меры»*

ДАП-11.3. По-видимому, не стоит пытаться дать в данных комментариях точное описание таких технических мер защиты, которые могут быть и действительно уже применяются правообладателями. Такие меры для предотвращения несанкционированного доступа к произведениям, охраняемым авторским правом, или их использования постоянно совершенствуются в результате технических достижений и необходимости введения их новых модификаций в ответ на постоянные попытки взломать их. Те меры, которые используются в настоящее время, хорошо известны, например, засекречивание («скремблинг») сигналов кабельного телевидения с тем, чтобы ограничить доступ только для оплаченных абонентов; шифрование произведений или включение их в «программный пакет», защищенный от вскрытия при их передаче по глобальной информационной сети; или включение электронных маркеров (водяных знаков) в цифровой материал с тем, чтобы содействовать в предотвращении его несанкционированного копирования (и в то же самое время отследить воспроизведенные копии, такая функция может быть охарактеризована как одно из средств электронного управления правами.)

ДАП-11.4. Однако необходимо дать разъяснение, при каких условиях техническая мера для целей ее защиты считается эффективной. Представляется очевидным, что нельзя считать ее таковой, то есть, эффективной, если существует возможность обойти такую меру. В противном случае ситуация была бы абсурдной, поскольку цель данного положения непосредственно гарантировать защиту от таких актов обхода, которые «по определению» возможны даже в случае эффективных технических мер, (поскольку если это было бы невозможно, то никакой защиты не было бы нужно). Для признания технической меры в качестве эффективной, представляется достаточным, что в ходе ее обычного использования было бы необходимо наличие некоторой особой информации, процедуры или режима обращения для получения доступа к произведению, охраняемому этой мерой, и/или выполнение некоторого акта, подпадающего под охрану авторским правом, и что такая информация, процедура или режим обращения могли бы только получены с разрешения владельца авторского права.

ДАП-11.5. Нет необходимости формулировать законодательное определение «технических мер», поскольку данный термин является достаточно широким и его значение может рассматриваться как достаточно ясное. Представляется важным, что если и давать определение, то оно должно иметь функциональный характер (нежели «специфически технический») с тем, чтобы избежать (возможно очень скорого) устаревания.

*Значение выражения - технические меры, «используемые авторами в связи с осуществлением своих прав в соответствии с данным Договором или Бернской конвенцией»*

ДАП-11.6. Эта часть текста статьи привлекает внимание к тому факту, что Договор оставляет на усмотрение авторов, где под «авторами», разумеется, понимаются и другие владельцы авторского права, применять или не применять технические меры, а если да, то какие из них. Обязательство предоставить «адекватную правовую охрану, а также эффективные правовые средства защиты» должно существовать, как только имеет место применения этих мер.

ДАП-11.7. Обязательство согласно статье 11 распространяется на технические меры независимо от того, по отношению к какому праву охраны они оказываются использованными. Форма осуществления прав, например, на индивидуальной основе или посредством коллективного управления, также не имеет значения.

*Значение выражения - технические меры, «ограничивающие действия в отношении их произведений»*

ДАП-11.8. Существуют две основные формы ограничения (установления зависимости) действий: во-первых, ограничение доступа к произведениям; и, во-вторых, ограничение при осуществлении некоторых действий в отношении произведений. Обязательства согласно статье 11 охватывают обе из указанных основных форм.

ДАП-11.9. Следует отметить, что хотя статья 11 была принята на основе так называемой «цифровой повестки» подготовительной работы над ДАП и ДИФ и с учетом того, что ее формулировка является нейтральной в техническом отношении, и она применима не только в отношении действий, касающихся использования в цифровом формате как в режиме он-лайн, так и в режиме офф-лайн, но также, в принципе, к действиям, осуществляемым в «традиционной» аналоговой среде (тем самым, согласно этой статье накладывается обязательство «обеспечивать адекватную правовую охрану и эффективные правовые средства защита от обхода» кодов, использованных в случае кодированных программ эфирного вещания). Однако предусматривается, что она будет применяться в основном в цифровой и сетевой среде.

*Значение термина «обход»*

ДАП-11.10. Имеется много примеров действий, связанных с обходом технических мер защиты – уничтожение, взлом, нейтрализация и т.д., а именно: дешифровка зашифрованного произведения (так называемый «хаккинг»); де-скремблирование закодированного произведения; «взлом» программной оболочки; манипуляции с цифровыми водяными знаками и т.д. В целом, «обход» означает действия, когда соответствующая мера защиты избегается, обходится, устраняется, деактивируется или ухудшается.

ДАП-11.12. На вопрос, нужно ли включать специальное определение термина «обход», можно ответить так же, как в случае аналогичного вопроса относительно дефиниции «технические меры», поскольку его значение можно также считать достаточно ясным без определения. Что представляется важным в этом отношении, так это то, что если бы все-таки такое определение создавалось, оно должно было бы иметь функциональный характер (нежели «специфический в техническом отношении») с тем, чтобы избежать его устаревания в обозримом будущем.

*Значение выражения: действия, «которые не разрешены соответствующими авторами или не допускаются законом»*

ДАП-11.13. Представляется очевидным, что означает выше приведенная фраза «которые на разрешены соответствующими авторами». Сама цель применения технических мер «соответствующими авторами» состоит в том, что выполняться могут только

такие действия, которые разрешены авторами. Однако данная фраза требует пояснения в другой ее части - «которые ... не допускаются законом». Во-первых, следует отметить, что закон Договаривающейся стороны может разрешать любое действие только тогда, когда такое разрешение в форме исключений или ограничений допускается согласно Договору (согласно соответствующих положений Бернской конвенции, включенных на основе ссылки в Договор, а также согласно статье 10 Договора). Во-вторых, эта фраза содержит указание на то, что не существует обязательств согласно статье 11 Договора обеспечивать «адекватную правовую охрану и эффективные средства защиты» против действий по обходу, которые касаются действий, разрешенных законом в только что приведенном смысле.

*Требование об обеспечении «адекватной правовой охраны и эффективных правовых средств защиты» против обхода*

ДАП-11.14. Можно предсказать, что в целом действия по обходу технических мер будут осуществляться в частных домах или офисах, где обеспечение защиты прав бывает очень трудным. Помимо технических трудностей контроля подобных ситуаций, возможны также возражения, основанные на соображениях неприкосновенности частной жизни. Поэтому если законодательство будет направлено только на сами акты обхода, оно не сможет обеспечить адекватную правовую охрану и эффективные средства защиты против таких актов, которые несмотря на обязательства согласно Договору, будут оставаться вне контроля.

ДАП-11.15. Тем не менее, имеется возможность обеспечить такую охрану и средства защиты. В этих целях необходимо принимать во внимание, учитывая сложность используемой технологии, что в большинстве случаев акты обхода могут быть совершены лишь после того, как приобретается устройство или услуга, необходимые для обхода. Обычно их приобретение происходит вне личной сферы на специальных рынках подобных устройств или услуг. Таким образом, возможным путем обеспечения охраны и средств защиты, как это требуется в соответствии с Договором, является пресечение несанкционированных действий обхода на основе ликвидации линий поставки незаконных устройств и услуг по обходу путем запрета производства, ввоза и распространения таких устройств и предложения к продаже таких услуг (так называемой «подготовительной деятельности»).

ДАП-11.16. С учетом этих обстоятельств Договаривающиеся стороны могут быть уверенными, что они смогут выполнить свои обязательства согласно статье 11 Договора только тогда, когда они предоставят требуемую охрану и средства защиты: (i) как от несанкционированных актов обхода, так и от так называемой «подготовительной деятельности», делающей возможной подобные акты (то есть, производство, ввоз и распространение средств обхода, а также предложение услуг по обходу); (ii) от всех подобных актов в отношении как технических мер, используемых для «контроля за доступом», так и мер, используемых для контроля осуществления прав, как, например, устройств «контроля за копированием» (с этой точки зрения следует отметить, что контроль за доступом может иметь двойной эффект, включающий также контроль за копированием); (iii) не только от продажи таких устройств, единственное назначение которых является осуществление обхода, но также от таких устройств, которые в основном проектируются и производятся для аналогичных целей, и которые имеют ограниченное или иное коммерческое назначение или использование, кроме обхода или в отношении которых очевидно, что они предназначены для обхода, поскольку они сбываются (рекламируются и т.п.) как таковые; (iv) не только от устройства обхода в его цельном виде, как это было указано выше, но также от индивидуальных компонентов или встроенных функциональных узлов, которые соответствуют критериям, приведенным в отношении цельного устройства.

ДАП-11.17. То, как Договаривающиеся стороны могут гарантировать «эффективные правовые меры» от актов обхода и подготовительных действий, зависит во многом от особых традиций и принципов правовых систем этих сторон. Однако представляется очевидным, что в целом необходимы меры гражданско-правовой защиты (предоставляемые таким образом, что любая пострадавшая сторона может к ним прибегнуть). Более того, необходимы также уголовные меры наказания, поскольку производство, ввоз и распространение нелегальных устройств для обхода является разновидностью пиратской деятельности. С учетом такой природы так называемой «подготовительной деятельности» представляется оправданным также распространить в отношении ее те виды временных мер и пограничных мер, которые предусмотрены в статьях с 50 по 60 Соглашения ТРИПС.

*Исключения в отношении запрета по обходу; сосуществование технических мер охраны наряду с исключениями и ограничениями*

ДАП-11.18. При применении технических мер по контролю за доступом и использованием произведений возникает вопрос, каким образом эти меры влияют на применимость исключений и ограничений, разрешенных международными договорами и национальными законами. Исходя из этого, исключения и ограничения были классифицированы по категориям, и было подчеркнуто, что в случае некоторых из них необходимо, а в отношении других желательно, чтобы они были бы сохранены с учетом возможности использования этих технических мер в целях контроля за доступом и копированием. (Определенные категории рассматривались в качестве исключений, основанных на признании основных свобод и прав человека; другие исключения и ограничения – в их соответствии некоторым общественным интересам и, наконец, исключения и ограничения, направленные на предотвращение антиконкурентного поведения, нарушения законов рынка и т.д.).

ДАП-11.19. Из данного анализа родились некоторые предложения относительно исключений из запрета технических мер обхода для того, чтобы гарантировать применимость некоторых исключений к авторским правам. (Они могут быть названы «материально-правовыми исключениями» с учетом того, что их основная цель обеспечить доступ к произведениям как таковым с тем, чтобы их можно было просматривать, прослушивать, использовать для развлечения и т.д.). Однако предложения по введению исключений из запрета на обход были сделаны также по иным причинам, нежели гарантия доступа или возможности использования охраняемых произведений в случаях, предусмотренных международными договорами и национальными законами в части исключений, касающихся авторского права; в частности для таких целей как поддержание общественной безопасности, защита детей от некоторой информации, возможность проведения исследований в области шифрования и т.д. (Последние исключения можно назвать как «несущественные исключения», поскольку их основное назначение состоит не в предоставлении произведений как таковых, а в их использовании в специфических целях).

ДАП-11.20. Применение эффективных технических мер является необходимым условием для охраны, осуществления прав и их защиты в цифровой и сетевой среде. Поэтому исключения и ограничения в части обязательств, которые обеспечивают адекватную правовую охрану, и эффективные правовые средства защиты от актов обхода должны быть тщательно продуманы. В тех случаях, когда они разрешены, они должны быть узко направленными с тем, чтобы сохранить эффективность запрета относительно обхода. Например, «исключение», разрешающее коммерческое распространение и торговлю устройствами обхода или услугами с целью «честного использования», поглотило бы все, так как почти любое такое устройство теоретически смогло бы использоваться для этой цели и будучи выставленным на рынок с указанной целью, стал бы доступным для безнаказанного использования всеми. Система декларирования, включенная в закон, согласно которой разрешается ввоз и распространение устройств обхода при условии, что импортер или дистрибьютор соответственно заявляет, что устройства предназначены для «разрешенных целей», будет явно далека от обеспечения достаточных гарантий, поскольку как только устройство для обхода попадет в продажу, навряд ли возможным свести его использование только для «разрешенных целей».

ДАП-11.21. Исключения из запрета на обход технических мер, в оправдание которых существует, по-видимому, меньше сомнений (в основном, это меры по контролю за доступом), относятся к числу «исключений, не связанных с авторским правом», например, исключения для целей правоприменительной практики и разведки, охраны несовершеннолетних, охраны неприкосновенности частной жизни, исследований в области шифрования, контроль в целях безопасности и подобное. Однако поскольку оправдание и последствия от таких «исключений, не относящихся к материально-правовым нормам», совершенно отличны по сравнению с «исключениями в отношении материальных норм», то необходимы также гарантии, чтобы исключить возможность использования некоторых «исключений из норм нематериального характера» в качестве предлога, имея в действительности намерение получения доступа к произведениям с целью их нормального использования, подпадающего в сферу авторского права, (например, это возможно, когда под предлогом, что проводится криптографическое исследование или проверка в целях безопасности, действительной целью и последствиями применения мер по обходу будет получение доступа и использование произведений, охраняемых техническими мерами).

ДАП-11.22. Что касается возможности введения «исключений к материально-правовым нормам», в тех странах, в которых обсуждалось применение обязательств согласно статье 11 (и согласно соответствующей статье 18 ДИФ) или они уже были введены

в новое законодательство, было признано, что необходимо учитывать два принципа. Во-первых, было бы более целесообразно оставлять на усмотрение правообладателей и пользователей вырабатывать пути и средства в отношении применения некоторых необходимых исключений, а вмешательство законодателей или правительства (для последнего это, вероятно, возможно посредством специальной административной процедуры, устанавливающей правила) необходимо лишь тогда, когда заинтересованные стороны не могут сами разрешить проблему. Во-вторых, даже в таких случаях вмешательство оправдано только тогда, когда имеют место фундаментальные общественные интересы (например, некоторые специальные использования для целей научного исследования и публичного обучения).

ДАП-11.23. Следует специально подчеркнуть, что вряд ли будет оправданным и, на самом деле это, видимо, придет в противоречие с ДАП, вмешательство посредством законодательных норм или административных правил с тем, чтобы гарантировать свободное копирование произведений в целом с использованием интерактивной сети. Это было бы неоправданным и несовместимым с ДАП, поскольку любое исключение к праву на воспроизведение разрешается только в соответствии со статьей 9(2) Бернской конвенции, (которую Договаривающиеся стороны должны соблюдать согласно статье 1(4) ДАП) и статьей 10 ДАП при условии, что требования «трехэтапного теста» для введения этих исключений будут выполнены. Разрешение на свободное копирование через интерактивную глобальную сеть, по-видимому, не удовлетворяет ни одному из условий «трехэтапного теста», (а противоречие только с одним из них делает предлагаемое исключение неприемлемым согласно Бернской конвенции и ДАП). Дело обстоит именно так по следующим причинам: (i) подобное широкомасштабное, фактически, глобальное копирование нанесет необоснованный и серьезный ущерб законным интересам правообладателей; (ii) распространение произведений через глобальную сеть для целей личного (частного) копирования стало одной из основных форм нормального использования произведений и поэтому подобное исключение оказалось бы в противоречии с ним; и (iii) подобное исключение нельзя было бы даже отнести к специальному случаю вследствие его общего характера. (Поэтому если и вводить гарантии для возможности изготовления копий для личных целей через Интернет путем законодательного или административного вмешательства, то они, подобно другим исключениям, будут приемлемыми только тогда, когда они будут служить специальным фундаментальным интересам общественности, как, например, получение необходимого материала для некоммерческих научных исследований на дому или для публичного дистанционного обучения.)

## СТАТЬЯ 12

*[Обязательства в отношении информации об управлении правами]*

- (1) Договаривающиеся Стороны предусматривают соответствующие и эффективные средства правовой защиты в отношении любого лица, намеренно осуществляющего любое из следующих действий, зная или, в связи с применением гражданско-правовых средств защиты, имея достаточные основания знать, что такое действие будет побуждать, позволять, способствовать или скрывать нарушение любого права, предусмотренного настоящим Договором или Бернской конвенцией:
  - (i) устранение или изменение любой электронной информации об управлении правами без разрешения;
  - (ii) распространение, импорт с целью распространения, передачу в эфир или сообщение для всеобщего сведения без разрешения произведений или экземпляров произведений, зная, что в них без разрешения была устранена или изменена электронная информация об управлении правами.
- (2) "Информация об управлении правами" в смысле настоящей статьи означает информацию, которая идентифицирует произведение, автора произведения, обладателя какого-либо права на произведение или информацию об условиях использования произведения и любые цифры или коды, в которых представлена такая информация, когда любой из этих элементов информации приложен к экземпляру произведения или появляется в связи с сообщением произведения для всеобщего сведения.

Согласованное заявление относительно статьи 12 ДАП: Понимается, что указание на "нарушение любого права, предусмотренного настоящим Договором или Бернской конвенцией", включает как исключительные права, так и права на

вознаграждение. Далее понимается, что Договаривающиеся стороны не будут основываться на этой Статье при определении или применении систем управления правами, в результате чего вводились бы формальности, не допускаемые по Бернской конвенции или настоящему Договору, запрещающие свободное движение товаров или препятствующие пользованию правами по настоящему Договору.

*Применение информации об управлении правами: ключевое условие для охраны авторских прав, их осуществления и защиты в цифровой и сетевой среде.*

ДАП-12.1. В отношении характера и значения положений данной статьи (а также тех положений, что включены в статью 11) см. комментарии выше к параграфам ДАП-11.1 и ДАП-11.2.

*Степень детальности существа положений статьи 12; интерпретация некоторых из элементов*

ДАП-12.2. Положения, включенные в статью 12, являются достаточно детальными и более или менее самодостаточными; поэтому только некоторые их позиций нуждаются в интерпретации.

ДАП-12.3. В то время как статья 11 фиксирует обязательство обеспечивать «адекватную правовую охрану и эффективные средства правовой защиты», в статье 12 говорится «только» об обеспечении «соответствующих и эффективных средств правовой защиты». По-видимому, несовпадение между двумя текстами является результатом простой невнимательности при редакционной подготовке, а характер обязательств Договаривающихся сторон практически совпадает согласно этим двум положениям: обеспечение адекватных норм, запрещающих действия, названные в них (предоставление охраны) и эффективных средств правовой защиты в случае нарушения такого запрета. Можно добавить, что в то время как в случае статьи 11 важным вопросом интерпретации является определение того, какая охрана от несанкционированного обхода технических мер является по настоящему «адекватной» (достаточно сослаться на вопрос о «подготовительной деятельности»), то полный и детальный характер положений статьи 12, которая включает также некоторое определение, упрощает вопрос ее реализации. Более того, представляется даже возможным воспроизвести в национальных законодательных актах то, что включено в статье 12, без каких-либо существенных изменений; и в этом случае единственной остающейся задачей будет просто сформулировать положения в соответствии с особенностями национальных законодательств относительно «адекватных и эффективных средств правовой защиты».

ДАП-12.4. Следует также отметить, что в статье 12 присутствует три уровня условий относительно осведомленности. Во-первых, данное лицо должен знать, что он совершает любое из действий, упомянутых в пунктах (i) и (ii) параграфа (1); то есть, здесь не включаются лишь непредумышленные действия. Во-вторых, оно должно знать, а в отношении гражданско-правовых средств защиты, по крайней мере, имеет достаточные основания знать, что действие, совершаемое им «будет побуждать, позволять, способствовать или скрывать нарушение любого права». В-третьих, в случае действий, перечисленных в пункте (ii), он также должен знать, что информация об управлении правами не может быть удалена или изменена без разрешения.

ДАП-12.5. Следует отметить, что положения статьи 12 охватывают только электронную информацию об управлении правами. Эта информация воплощена главным образом в «цифрах и кодах, которые представляют эту информацию», о чем имеется ссылка в определении, приводимом в параграфе (2).

ДАП-12.6. Определение «информации об управлении правами» ясно и не нуждается в пояснениях. Однако необходимо подчеркнуть, что оно только фиксирует минимальный объем информации, который подлежит включению в соответствующие национальные нормы, обеспечивающие «адекватные и эффективные средства правовой защиты» от действий, упомянутых в параграфе (1). Национальные законы могут содержать более широкое определение.

*Согласованное заявление: разъяснение объема положений и подтверждение запрета относительно формальностей*

ДАП-12.7. Согласованное заявление, принятое относительно статьи 12, а более точно – согласованные заявления, поскольку приводимые два предложения охватывают два разных вопроса, содержат ряд разъяснений. Первое из них поясняет то, что уже представляется достаточно ясным в тексте статьи 12(1); а именно, что под «любыми правами согласно данному Договору» имеются в виду как исключительные права, так и возможные права на вознаграждение. Второе предложение представляется по настоящему полезным, поскольку оно содержит указание на то, что регулирование и применение информации об управлении правами никоим образом не подрывает принцип охраны, не опирающийся на соблюдение формальностей и установленный в статье 5(2) Бернской конвенции (включенный в ДАП путем ссылки).

## **СТАТЬЯ 13**

*[Применение во времени]*

**Договаривающиеся Стороны применяют положения Статьи 18 Бернской конвенции ко всем видам охраны, предусмотренным настоящим Договором.**

*Корректность названия: термин «ретроспективность» избегается*

ДАП-13.1. Как указывалось выше при обсуждении материально-правовых положений Бернской конвенции в комментариях к статье 18(1) и (2), последствия применения данной статьи Конвенции часто характеризуются как «ретроактивная охрана». Было подчеркнуто, что данное выражение является вводящим в заблуждение, поскольку не требуется никакой ретроактивной охраны в том смысле, что некоторые действия, совершенные до вступления в силу Конвенции, которые на тот момент в отсутствие охраны были разрешены и свободными, не должны рассматриваться как нарушения в ретроактивном плане. Положения статьи 18 только означают, что обязательства согласно Конвенции должны соблюдаться сразу с момента вступления Конвенции в силу в данной стране, включая обязательство относительно того, что должны охраняться все произведения, срок охраны которых еще не истек (именно с этого момента для выполнения актов, подпадающих под действие исключительных прав, требуется разрешение, и с этого момента применяются права на вознаграждение). Не существует никаких ретроактивных обязательств или ответственности, связанных с этим, и поэтому применение статьи 18(1) и (2) не может вызывать конституциональных проблем. Такие проблемы могут появиться только в отношении «приобретенных прав». Однако статья 18(3) Конвенции содержит подходящее решение любой такой проблемы, позволяя прибегать к переходным мерам с тем, чтобы соблюсти «приобретенные права» тех, кто полагался на правовую ситуацию до вступления Конвенции в силу. По этой причине название статьи 13 было выбрано удачно, в ней не содержится никакой ссылки на любой вид ретроактивного действия.

*Статья 18 Бернской конвенции и ее применение mutatis mutandis*

ДАП-13.2. Нет оснований повторять здесь анализ статьи 18, включенный в комментариях выше. Однако представляется полезным воспроизвести текст этой статьи, которая должна применяться «для любой охраны, предусмотренной в данном Договоре».

«(1) Данная конвенция должна применяться ко всем произведениям, которые на момент ее вступления в силу еще не перешли в общественное достояние в стране происхождения вследствие истечения срока охраны.

(2) Если однако вследствие истечения срока охраны, которая была предоставлена ранее, произведение перешло в общественное достояние в стране, в которой она получила охрану, то данное произведение не должно охраняться вновь.

(3) Применение указанного принципа должно зависеть от положений, содержащихся в специальных конвенциях на момент их существования или заключения в будущем между странами Союза. В отсутствие таких положений соответствующие страны будут определять каждая, насколько это ее касается, условия применения данного принципа.

(4) Предшествующие положения будут применяться также в случае новых присоединений к Союзу и в тех случаях, когда охрана расширяется на основе применения статьи 7 или снятия оговорки».

ДАП-13.3. Когда в статье 13 Договора говорится, что «Договаривающиеся страны будут применять положения статьи 18 Бернской конвенции к любым видам охраны, предусмотренным в данном Договоре», очевидно, предполагается их взаимное применение (*mutatis mutandis*). Так, в параграфе (1) «данный Договор» должен пониматься как «данная Конвенция»; в параграфе (3) «страны Союза» должны пониматься как «Договаривающиеся стороны» и в параграфе (4) «Союз» означает просто «данный Договор». Во взаимном применении параграфа (4) ссылка на статью 7, разумеется, означает ссылку на статью 7 Бернской конвенции, но не только на нее; а также на статью 9 ДАП, которая исключает применение статьи 7(4) Бернской Конвенции в отношении фотографических произведений, и тем самым, она расширяет минимальный срок охраны таких произведений, приравнивая их в это отношении к литературным и художественным произведениям. (Конечно, то, что следует из выше приведенных комментариев к статье 18 Бернской конвенции, должно также пониматься взаимным образом (*mutatis mutandis*).

## **СТАТЬЯ 14**

*[Положения по обеспечению прав]*

- (1) Договаривающиеся Стороны обязуются принять в соответствии со своими правовыми системами меры, необходимые для обеспечения применения настоящего Договора.
- (2) Договаривающиеся Стороны обеспечат, чтобы в их законах были предусмотрены меры по обеспечению прав, позволяющие осуществлять эффективные действия против любого акта нарушения прав, предусмотренных настоящим Договором, включая срочные меры по предотвращению нарушений и меры, являющиеся сдерживающим средством от дальнейших нарушений.

*Меры, необходимые для обеспечения применения прав*

ДАП-14.1. С одним отличием параграф (1) статьи 14 представляет собой версию статьи 36(1) Бернской конвенции, которая гласит следующим образом: «Любая страна-член данной Конвенции обязуется принять в соответствии со своей конституцией меры, необходимые для применения данной Конвенции». Отличие, как это видно из сравнения двух текстов, состоит в следующем: Бернская конвенция содержит ссылку на соответствие с конституцией соответствующих стран, в то время как ДАП – на соответствие со своими правовыми системами.

ДАП-14.2. Конституция содержит наиболее фундаментальные элементы правовой системы – «макроаспекты». Представляется что, ссылка на правовые системы Договаривающихся сторон в целом предоставляет большую свободу. Как представляется, это обеспечивает для Договаривающихся сторон свободу выбора правовых средств для реализации их обязательств в соответствии с Договором; конечно, при условии, что эти средства действительно являются подходящими для этой цели.

ДАП-14.3. Следует отметить, что параграф (1) статьи 14 некоторым образом подтверждает принцип относительной свободы правовой характеристики того, что обсуждалось выше в комментариях к статье 8 Договора в связи с «зонтичным решением» относительно права, применяемого в отношении интерактивных передач по цифровым сетям.

*Обязательства по обеспечению защиты прав*

ДАП-14.4. Проект Договора, который затем стал ДАП, содержал две альтернативы относительно обеспечения защиты прав. Альтернатива А предусматривала включение технически адаптированной версии полного текста Части III - статьи с 41 по 61 Соглашения ТРИПС в приложение в качестве неотъемлемой части данного Договора. Альтернатива В была направлена на достижение более или менее того же самого результата, но немного отличающимся способом. Ее текст гласил: «Договаривающиеся

стороны обеспечат, чтобы процедуры по защите прав, предусмотренные в Части III, статьи с 41 по 61 Соглашения по торговым аспектам интеллектуальной собственности, включая торговлю контрафактными товарами, Приложение 1С Марракешского Соглашения, учреждающего Всемирную торговую организацию, заключенного 15 апреля 1994 года (Соглашение ТРИПС) были включены в их национальные законы с тем, чтобы обеспечить принятие эффективных действий против любого акта нарушения прав, предусмотренных в соответствии с данным Договором, включая срочные меры по предотвращению нарушений, а также средств, сдерживающих распространение нарушений. Для этой цели Договаривающиеся стороны должны применять взаимно на основе принципа *mutatis mutandis* положения статей с 41 по 61 Соглашения ТРИПС.

ДАП-14.5. Дипломатическая конференция не приняла ни одной из этих альтернатив. В ходе дискуссии взгляды по этому вопросу разделились, были обсуждены различные варианты. Тупик был, в конце концов, был устранен на основе предложения делегации Ямайка. Предложение состояло в отказе от обеих альтернатив и их замене на текст, который, хотя не совсем в его настоящем виде, но по сути тот же самый, появился в статье (1) проекта Приложения. Этот текст был одобрен и стал параграфом (2) статьи 14 данного Договора.

ДАП-14.6. Этот параграф (2) представляет собой слегка, только «технически» измененную версию первого предложения указанной первой статьи и статьи 14.1 Соглашения ТРИПС, который читался следующим образом (различия по сравнению с текстом параграфа (2) указываются с помощью курсива): «*Страны-члены* обеспечат, чтобы в их законах были предусмотрены *процедуры* по обеспечению прав, позволяющие осуществлять эффективные действия против любого акта нарушения прав, предусмотренных настоящим Договором, включая срочные меры по предотвращению нарушений и меры, являющиеся сдерживающим средством от дальнейших нарушений».

ДАП-14.7. Важным при толковании параграфа (2) статьи 14 ДАП является то, что он является взаимной версией соответствующего положения Соглашения ТРИПС, поскольку в нем указывается, что положения по защите прав, предусмотренные в Части III этого Соглашения, необходимы для достижения результата, упоминаемого в нем, а именно: «эффективные действия против любого акта нарушения прав», и что они требуют применения «срочных мер по предотвращению нарушений и мер, являющихся сдерживающим средством от дальнейших нарушений». Из данного контекста, а также происхождения текста параграфа (2) и обстоятельств его принятия, по-видимому, следует, что только те Договаривающиеся стороны могут выполнить свои обязательства согласно этому параграфу, которые применяют более или менее одинаковый механизм от нарушений в соответствии с данным Договором, как того требует Часть III Соглашения ТРИПС.

#### *Ответственность провайдеров услуг за нарушения*

ДАП-14.8. Как видно из комментариев к статье 8 ДАП, данный Договор не регулирует вопросы ответственности по причинам, приведенными в них, (то же самое касается ДИФ). Поэтому не представляется необходимым и оправданным предпринимать какой-либо анализ по существу относительно вопросов ответственности.

ДАП-14.9. Не существует также особых правил относительно ответственности провайдеров услуг интерактивных сетей в законодательстве всех Договаривающихся сторон. Тем не менее, по-видимому, наблюдается тенденция по принятию таких правил, и это определенно имеет некоторое значение с точки зрения применения ДАП, поскольку вопросы ответственности за нарушения касаются применения мер по обеспечению защиты, предусмотренных в статье 14(2) Договора.

ДАП-14.10. Представляется, что для того, чтобы требования статьи 14(2) ДАП были бы выполнены, соответствующее возможное регулирование ответственности провайдеров услуг, а более точно – пределов такой ответственности наряду с условиями в отношении этих пределов, должно удовлетворять следующим принципам: (i) определенный иммунитет, дающий освобождение от ответственности, должен быть установлен на уровне, который необходим для предоставления гарантий разумной безопасности для провайдеров услуг; предоставление полного иммунитета было в противоречии со статьей 14(2) Договора; (ii) возможные правила должны быть в соответствии с законом об авторском праве в том смысле, что они не должны представлять угрозу для выполнения целей и задач в соответствии с этим законом; то есть, они не должны подрывать стимулы по созданию,

производству и распространению произведений и не должны игнорировать ценности человеческого творчества; (iii) такие правила должны содействовать установлению сотрудничества между правообладателями и провайдерами услуг, по возможности, поощрять рыночные решения, направленные на обнаружение пиратства в области авторского права, применение технических мер защиты, оперативное изъятие контрафактного материала из сети, выявление и преследование нарушителей и т.д.; (iv) необходимо поддержание на должном уровне применения средств правовой защиты в виде судебных запретов и аналогичных решений судов.

Ниже приводятся положения административного характера и заключительные статьи Договора, которые, как было сказано во Введении, приводятся в целях полноты и обеспечения легкого доступа к ним, но которые не анализируются в данном Руководстве, поскольку в нем рассматриваются только материально-правовые нормы.

## **СТАТЬЯ 15**

*[Ассамблея]*

- (1) (a) Договаривающиеся Стороны учреждают Ассамблею.
  - (b) Каждая Договаривающаяся Сторона может быть представлена одним делегатом, который может иметь заместителей, советников и экспертов.
  - (c) Расходы каждой делегации несет назначившая ее Договаривающаяся Сторона. Ассамблея может просить Всемирную организацию интеллектуальной собственности (далее "ВОИС") оказать финансовую помощь, чтобы способствовать участию делегаций тех Договаривающихся Сторон, которые рассматриваются в качестве развивающихся стран в соответствии с установившейся практикой Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций или которые являются странами, находящимися в процессе перехода к рыночной экономике.
- (2) (a) Ассамблея рассматривает вопросы, относящиеся к сохранению, развитию, применению и функционированию настоящего Договора.
  - (b) Ассамблея осуществляет функцию, возложенную на нее по Статье 17(2) в отношении допуска некоторых межправительственных организаций к участию в настоящем Договоре.
  - (c) Ассамблея принимает решения о созыве любой дипломатической конференции для пересмотра настоящего Договора и дает необходимые указания Генеральному директору ВОИС по подготовке такой дипломатической конференции.
- (3) (a) Каждая Договаривающаяся Сторона, являющаяся государством, имеет один голос и голосует только от своего имени.
  - (b) Любая Договаривающаяся Сторона, являющаяся межправительственной организацией, может участвовать в голосовании вместо государств-членов такой организации с количеством голосов равным числу государств-членов такой организации, которые являются сторонами настоящего Договора. Любая такая межправительственная организация не участвует в голосовании, если любое из государств-членов такой организации использует свое право голоса, и наоборот.
- (4) Ассамблея собирается один раз в два года на очередную сессию, созываемую Генеральным директором ВОИС.

- (5) Ассамблея принимает свои правила процедуры, в том числе в отношении созыва внеочередных сессий, требований кворума и, с учетом положений настоящего Договора, в отношении большинства, требуемого для принятия различных решений.

## **СТАТЬЯ 16**

*[Международное бюро]*

Международное бюро ВОИС выполняет административные функции в связи с Договором.

## **СТАТЬЯ 17**

*[Право участия в Договоре]*

- (1) Любое государство-член ВОИС может стать участником настоящего Договора.
- (2) Ассамблея может принимать решения о допуске любой межправительственной организации к участию в настоящем Договоре, которая заявляет, что она имеет компетенцию и собственную, обязательную для всех государств-членов такой организации нормативную базу по вопросам, регулируемым настоящим Договором, и что она должным образом уполномочена в соответствии со своими внутренними процедурами стать участницей настоящего Договора.
- (3) Европейское сообщество, сделав заявление, упомянутое в предыдущем пункте, на Дипломатической конференции, принявшей настоящий Договор, может стать участником настоящего Договора.

## **СТАТЬЯ 18**

*[Права и обязательства по Договору]*

Если в настоящем Договоре не содержится каких-либо специальных положений об ином, каждая Договаривающаяся Сторона пользуется всеми правами и принимает на себя все обязательства по настоящему Договору.

## **СТАТЬЯ 19**

*[Подписание Договора]*

Настоящий Договор открыт для подписания до 31 декабря 1997 г. любым государством-членом ВОИС и Европейским сообществом.

## **СТАТЬЯ 20**

*[Вступление Договора в силу]*

Настоящий Договор вступает в силу через три месяца после сдачи 30 государствами документов о ратификации или присоединении на хранение Генеральному директору ВОИС.

## **СТАТЬЯ 21**

*[Дата начала участия в Договоре]*

Настоящий Договор становится обязательным для:

- (i) 30 государств, указанных в Статье 20, с даты вступления настоящего Договора в силу;
- (ii) каждого другого государства через три месяца с даты сдачи этим государством на хранение Генеральному директору ВОИС своего документа;

- (ш) Европейского сообщества через три месяца с даты сдачи на хранение документа о ратификации или присоединении, если такой документ был сдан после вступления настоящего Договора в силу в соответствии со Статьей 20, или через три месяца после вступления настоящего Договора в силу, если такой документ был сдан на хранение до вступления настоящего Договора в силу;
- (iv) любой другой межправительственной организации, которая допущена к участию в настоящем Договоре, через три месяца после сдачи на хранение ее документа о присоединении.

## **СТАТЬЯ 22**

*[Недопущение оговорок к Договору]*

---

Никакие оговорки к настоящему Договору не допускаются.

## **СТАТЬЯ 23**

*[Денонсация Договора]*

---

Любая Договаривающаяся Сторона может денонсировать настоящий Договор путем уведомления, направленного Генеральному директору ВОИС. Любая денонсация вступает в силу через год с даты получения уведомления Генеральным директором ВОИС.

## **СТАТЬЯ 24**

*[Языки Договора]*

---

- (1) Настоящий Договор подписывается в одном экземпляре на русском, английском, арабском, испанском, китайском и французском языках, причем все тексты на этих языках являются аутентичными.
- (2) Официальный текст на любом языке, кроме указанных в пункте (1), утверждается Генеральным директором ВОИС по просьбе заинтересованной стороны и после консультаций со всеми заинтересованными сторонами. Для целей настоящего пункта "заинтересованная сторона" означает любое государство-член ВОИС, официальный язык или один из официальных языков которого является предметом просьбы, а также Европейское сообщество и любую другую межправительственную организацию, которая может стать участницей настоящего Договора, если предметом просьбы является один из ее официальных языков.

## **СТАТЬЯ 25**

*[Депозитарий]*

---

Генеральный директор ВОИС является депозитарием настоящего Договора.

202. См. статью 17(2) и (3).
203. См. Протокол Дипломатической конференции по некоторым вопросам авторского права и смежных прав, Женева, 1996 г., Публикация ВОИС, Женева, 1998 г. (далее: Протокол Женевской конференции 1996 г.).
204. См. параграфы 25-31 Введения выше.
205. См. согласованные заявления относительно статей 4, 5 и 7 к ДАП.
206. Статья 71.2 Соглашения ТРИПС гласит: «Поправки, имеющие целью только повышение уровня охраны прав интеллектуальной собственности, достигнутого или действующего в других международных соглашениях и принятого согласно этим соглашениям всеми членами ВТО, могут быть представлены на Конференцию министров для рассмотрения в соответствии с параграфом 6 статьи X Соглашения ВТО на основе предложения о консенсусе, исходящего от Совета по ТРИПС.»
207. «Меморандум ВТО относительно правил и процедур, регулирующих разрешение споров» (1994 г.) касается «мер компенсации и временного приостановления уступок, которые могут применяться в качестве «временных мер» в том случае, когда рекомендации и решения, принятые Органом ВТО по урегулированию споров не реализуются в течение разумного периода времени (статья 22.1). Согласно статье 22.3 Меморандума «общим принципом является то, что сторона, подавшая жалобу, в начале должна попытаться приостановить уступки и другие обязательства в отношении того самого сектора деятельности, относительно которого Комиссия или Апелляционный орган обнаружил нарушение или иное прекращение или неполное выполнение обязательств... если эта сторона сочтет непрактичным или не эффективным приостановление уступок или выполнения иных обязательств в отношении того же самого сектора деятельности, она может попытаться приостановить предоставление уступок и выполнение обязательств в других секторах деятельности, охватываемых тем же самым соглашением...если эта сторона сочтет непрактичным и неэффективным приостанавливать предоставление уступок или выполнение других обязательств в отношении других секторов деятельности, охватываемых данным соглашением, и обстоятельства являются достаточно серьезными, то она может предпринять меры по приостановке предоставления уступок и выполнения обязательств, предусмотренных другим соглашением, в котором она участвует». В статье 22.3 также дается разъяснение, что «для целей данного параграфа «сектор» означает: ... в отношении прав, касающихся торговых аспектов интеллектуальной собственности, любую из категорий прав интеллектуальной собственности, предусмотренных разделом 1 или разделом 2, или разделом 3, или разделом 4, или разделом 5, или разделом 6, или разделом 7 в части II, или обязательств, предусмотренных в части III или в части IV Соглашения ТРИПС; ... для целей данного параграфа «соглашение» означает: (i) в отношении товаров – соглашения, перечисленные в Приложении 1А Соглашения ВТО, взятого в его совокупности, а также многосторонние торговые соглашения в той мере, в которой стороны спора являются участниками этих соглашений; (ii) в отношении услуг Соглашение GATS; (iii) в отношении прав интеллектуальной собственности – Соглашение ТРИПС.»
208. См. параграфы с 63 по 66 Введения.
209. См. Протокол Женевской конференции 1996 года, стр. 176-181.
210. См. описание этого «решения» в комментариях к статье 8 ниже.
211. В отношении отчета этой сессии см. ежемесячный ж-л ВОИС Copyright (Авторское право), выпуск сентябрь 1982 г., стр. 245-246.
212. В отношении подготовительной работы и текста Типовых положений, включая комментарии, см журнал Copyright, январь 1978, стр. 6-19.
213. Например, в разделе 101 Акта США об авторском праве «компьютерная программа» определяется как «набор заявлений и инструкций, используемых прямо или косвенно в компьютере для осуществления определенного результата». Статья 2(bis) Закона Японии об авторском праве содержит аналогичное, простое и общее определение, согласно которому «компьютерная программа означает выражение из сочетания инструкций, задаваемых компьютеру с тем, чтобы заставить его функционировать или получить определенный результат».
214. Директива Совета от 14 мая 1991 года о правовой охране компьютерных программ.
215. Например, понятие «компьютерных программ» согласно Директиве ЕС о компьютерных программах не распространяется на результаты работы компьютерных программ. То же самое можно сказать относительно законодательства США, исходя из ряда судебных решений. Поль Гольдштайн обобщает соответствующую правовую ситуацию следующим образом: «Видеоигры обычно состоят из двух различных элементов, каждый из которых независимо может охраняться в соответствии с авторским правом: компьютерная программа, характерным образом реализованная в полупроводниковом чипе, расположенном в консольном устройстве игры, мультипликационное, аудиовизуальное изображение на экране, которое проецируется компьютерной программой на экране при ее активации играющим лицом... Права на компьютерную программу могут быть нарушены без нарушения прав аудиовизуальное изображение... и права на аудиовизуальное изображение могут быть нарушены без нарушения прав на компьютерную программу. ... Хотя изображения на экране видеоигры могут появляться в нефиксированной последовательности, суды обычно считают, что они удовлетворяют требованию раздела 101 относительно «серии взаимосвязанных изображений» и тем самым представляют собой аудиовизуальные произведения. (П. Гольдштайн «Авторское право – принципы, законодательство и практика» издание Лилл Браун и Ко., Boston, Торонто, Лондон, 1989 г. Том 1, стр.168-169.)
216. В отношении подготовительной работы и текста Типовых положений относительно системы охраны *sui generis*, включая комментарии см журнал Copyright, январь 1978, стр. 6-19.
217. «Правовая охрана компьютерных программ: обзор и анализ национальных законов и прецедентного права», Микаэл С. Кэплингер (документ UNESCO/WIPO/GE/CCS/2).
218. На момент, когда был представлен указанный анализ, существовало только пять стран: в порядке хронологии – Филиппины, США, Венгрия, Австралия и Индия, которые обеспечивали в своем законодательстве охрану компьютерных программ на основе авторского права (хотя были также некоторые другие страны, в которых охрана с помощью авторского права представлялась на основе прецедентного права). После совещания в феврале 1985 года в течение менее, чем за два месяца – в мае, июне и июле этого года следующие четыре страны признали в своем законодательстве такую охрану (в порядке хронологии): Германия (23 мая), Япония (14 июня), Франция (3 июля) и Великобритания (16 июля). Это также является хорошим примером того, как «направляемое развитие», описанное во вступительной главе Руководства, способствовало гармонизации законодательства в области авторского права.
219. «Исходный код» является первоначальным кодом компьютерных программ, написанных на языках программирования, которые могут читаться и пониматься людьми, хотя только теми, кто специализируется в данной области. «Объектным кодом» является версия программы, которая непосредственно используется компьютером в двоичном представлении – как последовательности нулей и единиц, которые могут понимать процессоры компьютеров, но не людьми, если только они не будут «декомпилированы», то есть преобразованы в исходный код.
220. Директива 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета от 11 марта 1996 г. относительно правовой охраны баз данных.
221. См. Протокол Женевской конференции 1996 г., документ CRNR/DC/6 «Исходное предложение относительно существующих положений Договора по правам ИС в отношении баз данных для рассмотрения на Дипломатической конференции» стр. 332-274.
222. См. Протокол Женевской конференции 1996 г. стр. 97.
223. См. выше параграф 51 Введения.
224. «Последствия Соглашения ТРИПС для договоров, находящихся под административным управлением ВОИС» Публикация ВОИС №464(E), 1996 г., стр. 28, параграф 70.
225. См. выше параграф 57 Введения.
226. Права, связанные с получением копии, (такие, как право на распространение, право на прокат или право на публичную аренду (там, где оно признается) охватывают действия, посредством которых копии (экземпляры) предоставляются публике; типично для «отложенного» использования, поскольку акт предоставления и восприятия (изучение, просмотр, прослушивание) соответствующих знаков, изображений и звуков, которыми выражено произведение или звуковая запись (то есть действительное «использование») представителями публики различаются во времени. Права, не связанные с копией, (такие как: право на публичное исполнение, право на передачу в эфир, право на сообщение публике по проводам) с другой стороны, охватывают действия, посредством которых произведения или объекты смежных прав предоставляются для непосредственного, то есть «неотложенного» использования (восприятия, изучения, просмотра, прослушивания) представителями публики.

227. См. Протокол Женевской конференции 1996 г., стр. 675, параграф 301.
228. Короткое резюме этого процесса: (i) Хотя пункт 1 Заключительного протокола в отношении первоначального акта Конвенции от 1886 г. содержит ссылку на фотографические произведения, он предоставлял их охрану на усмотрение национальных законодательств и допускал применение принципа взаимности в отношении их охраны. (ii) Конференция по пересмотру Конвенции в Париже в 1896 году расширила базу охраны в отношении фотографических произведений и в то же самое время сделала ее более унифицированной. Национальный режим предоставлялся фотографиям (за исключением срока охраны в тех случаях, когда применялся принцип взаимности) независимо от того, приравнивались ли они к художественным произведениям или охранялись специальным законом. Было также принято мнение, в котором говорилось, что было бы желательно, чтобы во всех странах Союза закон охранял фотографические произведения и произведения, произведенные аналогичным процессом, и чтобы срок охраны был бы, по крайней мере, 15 лет. (iii) На конференции по пересмотру в Берлине в 1908 году было достигнуто согласие, что все страны Союза должны охранять фотографии. Однако в Берлинском акте фотографические произведения были отражены в отдельном положении – статье 3 Конвенции, а не включены в открытый перечень «художественных произведений» в рамках статьи 2. Следовательно, положения Конвенции относительно «литературных и художественных произведений» оказались не применимыми к фотографиям; имело значение законодательство каждой отдельной страны. На усмотрение национальных законодательств также отдавался вопрос свободного определения характера и длительности такой охраны. (iv) Римская конференция по пересмотру в 1928 году не изменила текст Бернской конвенции в отношении фотографических произведений. (v) На Брюссельской конференции по пересмотру в 1948 году фраза «фотографические произведения и произведения, полученные на основе процесса, аналогичного фотографии» была вставлена в открытый перечень литературных и художественных произведений в рамках статьи 2(1) Конвенции. (vi) Стокгольмская конференция по пересмотру в 1967 г. изменила формулировку соответствующей части статьи 2(1) Бернской конвенции; выражение «фотографические произведения и произведения, полученные на основе процесса, аналогичного фотографии» было заменено на выражение «фотографические произведения и произведения, выраженные с помощью процесса, аналогичного фотографии». Через это изменение подчеркивалось, что способ, которым выражено произведение, является решающим фактором в определении, нежели природа технического процесса. Наконец было достигнуто согласие в отношении срока охраны фотографических произведений. Статья 7(4) предусматривала следующее: «Срок охраны фотографических произведений определяется в соответствии с законодательством стран Союза... Однако этот срок должен иметь длительность, по крайней мере, до конца периода двадцати пяти лет с момента изготовления такого произведения». В то же самое время это было последним различием между статусом фотографических произведений и статусом литературных и художественных произведений в целом, которое, наконец, было устранено путем принятия статьи 9 ДАП.
229. Изложение данного параграфа не представляется удачным, поскольку в нем говорится о применении Бернской конвенции, в то время как очевидно, что Договаривающиеся стороны в рамках Договора фактически не применяют Бернскую конвенцию, а только Договор, из которого следует обязательство выполнять то, что предусмотрено в статьях с 1 по 21 Конвенции (и это обязательство также распространяется на те Договаривающиеся стороны, которые не являются участниками Конвенции).
230. Указанная интерпретация подтверждается примечаниями, добавленными к проекту статьи 10 (в оригинальной нумерации, статья 12) в рамках исходного предложения. ( Следует отметить, что проект текста был тем же самым, что и принятый в итоге за одним исключением, в параграфе (1) слово «только», которое появлялось перед словами «в некоторых специальных случаях», было вычеркнуто как излишнее, поскольку было ясно и так на основе остального текста, что ограничения и исключения могут быть только предоставлены в некоторых специальных случаях и только тогда, когда выполняются два других критерия «трехэтапного теста»). Относительно параграфа (1) в примечаниях говорится, что условия в нем «являются идентичными тем условиям, что в статье 9(2) Бернской конвенции», и когда делается ссылка на указанные три условия, то имеется в виду, что «любые ограничения должны быть ограничены некоторыми специальными случаями» [курсив добавлен, чтобы привлечь внимание на сходство формулировок параграфа (2) и статьи 13]. Затем в отношении параграфа (2) в примечаниях подчеркивается, что те же самые условия применяются также в нем. (См. протокол Женевской конференции 1996 года, стр. 212, параграф 12.04)
231. Например, назначение исключений для целей образования, по видимому, должно сохраниться, но для их применения в цифровой и сетевой среде, в частности, для случая «дистанционного обучения» необходимо предписание специальных требований, таких как, например, применение некоторых мер технической защиты и информации об управлении правами, что дает гарантии того, что охраняемая информация будет использоваться только для предназначенной цели и только теми, для кого она предназначена. В то же самое время, например, свободное воспроизведение охраняемых произведений для частного пользования через глобальную сеть не может быть разрешено в целом, поскольку оно будет серьезно противоречить нормальному использованию произведений, и можно сказать по другому: это уже является новой формой фундаментально важного использования.
232. Очевидным примером новых возможных исключений является исключение относительно некоторых специальных случаев промежуточных актов воспроизведения, происходящих во время интерактивной передачи по глобальной цифровой сети. Слова «некоторые специальные случаи» выделены курсивом, чтобы подчеркнуть, что промежуточные или временные воспроизведения, независимо от того, насколько они являются временными, не могут быть исключены из действия права на воспроизведение; а только те, которые полностью соответствуют требованиям «трехэтапного теста».
233. См. выше параграфы 31 и 32 Введения.

# РУКОВОДСТВО К МАТЕРИАЛЬНЫМ НОРМАМ ДОГОВОРА ВОИС ПО ИСПОЛНЕНИЯМ И ФОНОГРАММАМ (ДИФ, 1996)

---

## ПРЕАМБУЛА

*Договаривающиеся Стороны,*

*Желая наиболее эффективно и единообразно совершенствовать и поддерживать охрану прав исполнителей и производителей фонограмм,*

*Признавая необходимость введения новых международных правил в целях обеспечения адекватных решений вопросов, возникающих в связи с экономическим, социальным, культурным и техническим развитием,*

*Признавая глубокое влияние развития и сближения информационных и коммуникационных технологий на производство и использование исполнений и фонограмм,*

*Признавая необходимость сохранения баланса прав исполнителей и производителей фонограмм и интересов широкой публики, в частности, в области образования, научных исследований и доступа к информации,*

*Договорились о нижеследующем:*

### *Первый параграф*

ДИФ – Преамбула 1. Первый параграф Преамбулы совпадает с первым параграфом Преамбулы к ДАП с той лишь разницей, что, конечно, речь идет о правах исполнителей и производителей фонограмм, а не о правах авторов.

ДИФ – Преамбула 2. В то же время Преамбула к ДИФ отличается от Преамбулы к Римской конвенции. Последняя гораздо проще: «Договаривающиеся государства, побуждаемые желанием защитить права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций [...]». В ней нет упоминания о совершенствовании и поддержке охраны охватываемых категорий прав. Это вызвано тем, что в момент принятия Римская конвенция носила «пионерский» характер: она только открывала путь для создания адекватной охраны смежных прав; таким образом, было бы неуместным указывать в качестве целей совершенствование и поддержание такой охраны. К 1996 году охрана прав исполнителей и производителей фонограмм была введена в большом количестве государств, она также разрабатывалась на региональном и международном уровнях, так, как например, в директивах ЕЭС и в Соглашении ТРИПС. Таким образом, в Преамбуле к ДИФ упоминание о поддержании и (дальнейшем) совершенствовании охраны прав исполнителей и производителей фонограмм уже вполне оправдано.

ДИФ – Преамбула 3. Есть еще одно отличие Преамбулы к Римской конвенции от Преамбулы к ДАФ; в то время как в первой говорится только о желании охранять охватываемые ею права, в последней добавлено, что предполагается, что это будет делаться «наиболее эффективно и единообразно». Этот текст слово в слово взят из Бернской конвенции. Как было проанализировано в комментариях к Римской конвенции, см. выше, в момент принятия этой Конвенции из-за «ее пионерского характера» было бы необоснованным хвастовством говорить в Преамбуле об охране как о «наиболее эффективной и единообразной». Приведение в Преамбуле к ДИФ более амбициозных целей, таких, как в Преамбуле к Бернской конвенции, весьма показательны; это отражает тенденцию к своего рода сближению – при наличии еще существующих, но, тем не менее, уменьшающихся различий – уровней охраны авторских прав и смежных прав, и подтверждает намерение создателей ДАФ следовать этой тенденции (это ясно видно далее из Договора, из таких его аспектов, как, например, признание личных неимущественных прав исполнителей или регулирование – так же, как в ДАП – интерактивных передач («доведение до всеобщего сведения»), право на распространение, условия применения исключений и ограничений, обязательства в отношении технических средств защиты и информации об управлении правами, а также обеспечение прав).

### *Второй параграф*

ДИФ – Преамбула 4. Формулировка этого параграфа – с одним отличием – совпадает с формулировкой второго параграфа Преамбулы к ДАП, и к нему применимо то, что обсуждалось выше в отношении этой Преамбулы. Единственное отличие состоит в том, что второе предложение Преамбулы к ДАП относится не только к «необходимости введения новых международных правил», но также и к необходимости «более четкого толкования некоторых существующих правил». Это отличие может быть объяснено тем,

что ДИФ не содержит положений, которые сформулированы как простое толкование существующих норм, в противоположность статьям 4 и 5 ДАП, в которых просто заявлено, что компьютерные программы и базы данных охраняются в соответствии с Бернской конвенцией; в ДИФ везде используется выражение долженствования «shall». Это не означает, что Женевская Дипломатическая конференция 1996 года не пояснила применение некоторых существующих норм, касающихся прав, охватываемых ДИФ. Это было сделано посредством принятия согласованных заявлений, таких, как в отношении применения права на воспроизведение и в отношении исключений и ограничений в цифровой среде.

#### *Третий параграф*

ДИФ – Преамбула 5. Этот параграф относится к влиянию развития и сближения информационных и коммуникационных технологий, так же, как и третий параграф Преамбулы к ДАП, с единственным отличием, заключающимся в том, что речь идет о влиянии с точки зрения производства и использования исполнений и фонограмм. Поэтому *mutatis mutandis* к нему применимо то же, что обсуждалось выше в отношении этого параграфа Преамбулы к ДАП.

#### *Четвертый параграф*

ДИФ – Преамбула 6. Этот параграф отличается от соответствующего параграфа – пятого – Преамбулы к ДАП в двух отношениях. Во-первых, он, конечно, не отсылает к балансу «как это отражено в Бернской конвенции»; а во вторых, ему не предшествует, как в преамбуле к ДАП, параграф, сформулированный следующим образом: «Подчеркивая огромную важность авторско-правовой охраны как стимула для литературного и художественного творчества». В отношении первого отличия очевидно, что будет неуместным ссылаться на «баланс интересов», предлагаемый довольно устаревшей Римской конвенцией, что же касается второго отличия, представляется не оправданным считать его действительно важным, поскольку вряд ли можно отрицать, что охрана прав исполнителей и производителей фонограмм имеет огромную важность (фактически это то, без чего невозможно обойтись) как стимул для новых исполнений и производства фонограмм, независимо от того, сделано об этом ясное заявление или нет.

## **ГЛАВА 1: ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ**

### **СТАТЬЯ 1**

*[Отношение к другим конвенциям]*

- (1) Ничто в настоящем Договоре не умаляет существующие обязательства, которые Договаривающиеся Стороны имеют в отношении друг друга по Международной конвенции об охране интересов исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, заключенной в Риме 26 октября 1961 г. (далее "Римская конвенция").
- (2) Охрана, предоставляемая по настоящему Договору, не затрагивает и никоим образом не влияет на охрану авторского права на литературные и художественные произведения. Соответственно, ни одно из положений настоящего Договора не может толковаться как наносящее ущерб такой охране.
- (3) Настоящий Договор никоим образом не связан с какими-либо другими договорами и не ущемляет какие-либо права и обязательства по ним.

Согласованное заявление в отношении Статьи 1(2): Понимается, что Статья 1(2) уточняет взаимосвязь между правами на фонограммы по настоящему Договору и авторским правом на произведения, воплощенные в фонограммах. В случаях, когда разрешение требуется как от автора произведения, воплощенного в фонограмме, так и от исполнителя или производителя, владеющего правами на фонограмму, необходимость в разрешении автора не отпадает по причине того, что также требуется разрешение исполнителя или производителя, и наоборот.

Далее понимается, что ничто в Статье 1(2) не препятствует Договаривающейся Стороне предоставлять исключительные права исполнителю или производителю фонограмм в дополнение к правам, которые должны быть предоставлены по настоящему Договору.

*Название Статьи:*

ДИФ –1.1. Название Статьи 1 не вполне адекватно. Только пункты (1) и (3) Статьи 1 касаются вопросов взаимоотношений ДИФ с «другими конвенциями»; пункт (2) скорее поясняет взаимоотношения охраны, предоставляемой по Договору, с охраной авторского права на литературные и художественные произведения. К тому же хотя пункт (1) действительно рассматривает вопрос взаимоотношений с конвенцией – Римской конвенцией, пункт (3) относится к «другим договорам». Поскольку «договор» - более общий термин, по-видимому, лучше было бы использовать другое название, такое, как, например «Отношение к другим договорам и к охране авторского права».

*Никаких указаний на сущность Договора как на «специальное соглашение».*

ДИФ –1.2. В Статье 1.2 ДАП указано, что он «является специальным соглашением в смысле Статьи 20 Бернской конвенции». Ни в Статье 1, ни в какой-либо иной статье ДИФ нет никакого аналогичного указания, касающегося его сущности как «специального соглашения» «в смысле Статьи 22 Римской конвенции» Статья 22 на основе принципа *mutatis mutandis* предоставляет практически такие же возможности в отношении «специальных соглашений», что и Статья 20

Бернской конвенции.<sup>234</sup> Означает ли отсутствие какого-либо упоминания о статусе ДИФ как «специальном соглашении», что он не является специальным соглашением согласно Статье 22 Римской конвенции? Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Несомненно, решающей является сущность соглашения, а не наличие или отсутствие в нем заявления о том, что оно является специальным соглашением. Соглашение безусловно является специальным соглашением согласно Римской конвенции, если оно заключено между самими Договаривающимися государствами Римской конвенции – или между ними и другими странами – и если его предмет полностью или частично такой же, как и предмет Конвенции. В этом случае соглашение должно соответствовать условиям Статьи 22 Римской конвенции. Оно должно предоставлять более широкие права, чем предоставляемые Римской конвенцией, или оно может содержать другие положения, но в этом случае эти положения не должны противоречить Римской конвенции.

ДИФ-1.3. Следующий вопрос, естественно состоит в том, соответствует ли ДИФ условиям Статьи 22 Римской конвенции. Представляется, что соответствует. Хотя ДИФ охватывает права только двух из трех категорий бенефициариев Римской конвенции – исполнителей и производителей фонограмм, и, хотя в том, что касается прав исполнителей, его охват распространяется только на «акустических» исполнителей (и не распространяется на «аудиовизуальных»<sup>235</sup> исполнителей),<sup>236</sup> в той области, которую он охватывает, он, несомненно, предоставляет более широкие права, чем Римская конвенция.

ДИФ-1.4. Как обсуждается ниже, в пункте (1) Статьи 1 ДИФ содержит обеспечивающее защиту положение, исключаящее возможность какого-либо конфликта со Статьей 22 в том, что касается стран-участниц Римской конвенции. Это положение заботится о проблеме прав, не охватываемых ДИФ, поскольку между странами-участницами Римской конвенции, в случае, когда релевантной является только Статья 22 Римской конвенции, обязательство также распространить охрану на эти категории прав не прекратит существовать.

*Обеспечивающая защиту оговорка, касающаяся обязательств по Римской конвенции*

ДИФ-1.5. Пункт (1) Статьи 1 содержит такую обеспечивающую безопасность оговорку, как и Статья 1(2) ДАП. Однако роль этого положения, по уже упомянутым причинам, более важна, чем роль соответствующего положения ДАП. Кроме того, большая важность этой обеспечивающей защиту оговорки вытекает не только из более узкого охвата ДИФ, но также из того факта, что Договор – с незначительными исключениями, обсуждаемыми ниже, в комментариях к Статье 3 - не обязывает Договаривающиеся Стороны соблюдать материально-правовые нормы Римской конвенции (в противоположность ДАП, который делает это в

отношении положений Бернской конвенции). Хотя ДИФ включает в себя положения, которые кажутся соответствующими, по крайней мере, по существу, уровню охраны, предписанному Римской конвенцией для охватываемых категорий прав, текст и смысл этих положений не всегда являются такими же, как текст и смысл соответствующих положений Римской конвенции.

ДИФ-1.6. Обеспечивающая защиту оговорка в Статье 2.2 Соглашения ТРИПС аналогична оговорке в Статье 1(1), поскольку Соглашение ТРИПС также не обязывает членов ВТО соблюдать все материально-правовые нормы Римской конвенции, но только некоторые из них, и вместо такого рода общего обязательства оно также содержит положения, более или менее соответствующие релевантным материально-правовым нормам Римской конвенции.<sup>237</sup>

### *ДИФ и охрана авторского права*

ДИФ-1.7. Пункт (2) Статьи 1 соответствует Статье 1 Римской конвенции,<sup>238</sup> единственное отличие состоит в том, что Римский текст относится к Конвенции, а текст ДИФ – к Договору. Поэтому представляется достаточным обратиться к анализу этой Статьи Римской конвенции (выше).

ДИФ-1.8. Первое предложение согласованного заявления в отношении пункта (2) Статьи 1 подтверждает выводы вышеупомянутого анализа и упоминаемое там объяснение Римской Дипломатической Конференции 1961 г. Второе предложение также разъясняет, что предоставление исключительных прав исполнителям и производителям фонограмм – вне предоставляемых по Договору – не противоречит положениям этого пункта.

### *«Никакого отношения к другим договорам»*

ДИФ-1.9. Пункт (3) Статьи 1 аналогичен второму предложению Статьи 1(1) ДАП. Есть только одно отличие; положение ДАП также относится к особым взаимоотношениям с Бернской конвенцией, поскольку он гласит: «Настоящий Договор никак не связан с другими договорами, кроме Бернской конвенции, [...]». Однако представляется, что это не существенное отличие. Особая связь с Бернской конвенцией заключается в том, что ДАП считается «специальным соглашением» согласно Статье 20 Бернской конвенции, и в том, что, следовательно, ДАП включает обеспечивающую защиту оговорку для применения Бернской конвенции между теми Договаривающимися сторонами, которые являются участниками этой Конвенции. Как обсуждалось выше, независимо от того, указано это явно или нет, ДАП также должен считаться «специальным соглашением» согласно Статье 22 Римской конвенции, и в соответствии с этим Статья 1(1) ДИФ содержит такого же типа обеспечивающую защиту оговорку в отношении применения Римской конвенции между Договаривающимися Сторонами ДИФ, также являющимися участниками этой Конвенции, что и Статья 1(2) ДАП в отношении применения Бернской конвенции. Поэтому вряд ли можно отрицать, что ДИФ имеет некоторое отношение к Римской конвенции.

ДИФ-1.10. Поскольку Статья 1(3) ДИФ практически совпадает со вторым предложением Статьи 1(1) ДАП, все, что обсуждалось выше в отношении этого предложения ДАП – в том, что касается сомнений в его необходимости; причин ее включения (а именно некоторых опасений по поводу возможных взаимоотношений с Соглашением ТРИПС); фактических взаимоотношений Договора с Соглашением ТРИПС; взаимного влияния Договора и Соглашения ТРИПС друг на друга и возможных связей, которые могут быть установлены между двумя правовыми актами в будущем – применимо *mutatis mutandis* и к положению ДИФ.

## **СТАТЬЯ 2**

### *[Определения]*

Для целей настоящего Договора:

- (a) “исполнители” – это актеры, певцы, музыканты, танцоры и другие лица, которые играют роль, поют, читают, декламируют, играют на музыкальных инструментах, интерпретируют или иным образом исполняют литературные или художественные произведения, либо выражения фольклора;

- (b) «фонограмма» означает запись звуков исполнения или других звуков, либо отображения звуков, кроме звуков в форме записи, включенной в кинематографическое или иное аудиовизуальное произведение;

Согласованное заявление относительно Статьи 2(b): Понимается, что определение фонограммы, изложенное в Статье 2(b), не предполагает, что права в фонограммах влияют каким-либо образом на их включение в кинематографическую или в другую аудиовизуальную работу.

- (c) «запись» означает воплощение звуков либо их отображений, позволяющее осуществлять их восприятие, воспроизведение или сообщение с помощью соответствующего устройства;
- (d) «производитель фонограммы» означает физическое или юридическое лицо, которое берет на себя инициативу и несет ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков, либо отображений звуков;
- (e) «опубликование» записи исполнения или фонограммы означает предложение экземпляров записи исполнения или фонограммы публике с согласия правообладателя и при условии, что экземпляры предлагаются публике в разумном количестве;

Согласованное заявление относительно Статей 2(e), 8, 9, 12 и 13: Используемые в этих Статьях выражения «копии», а также «оригинал и копии», будучи объектом права на распространение и права на аренду согласно указанным Статьям, относятся исключительно к записанным копиям, которые могут быть выпущены в обращение как материальные предметы.

- (f) «эфирное вещание» означает передачу средствами беспроводной связи звуков или изображений и звуков, или их отображений для приема публикой; такая передача, осуществляемая через спутник, также является «эфирным вещанием»; передача кодированных сигналов является «эфирным вещанием», если средства декодирования предоставляются публике вещательной организацией или с ее согласия;
- (g) «сообщение для всеобщего сведения» исполнения или фонограммы означает передачу для публики любым средством, кроме эфирного вещания, звуков исполнения либо звуков или отображений звуков, записанных на фонограмму. Для целей Статьи 15 «сообщение для всеобщего сведения» включает доведение звуков или отображений звуков, записанных на фонограмму, до слухового восприятия публикой.

ДИФ-2.1. Предлагая в Статье 2 определения некоторых понятий, используемых в Договоре, ДИФ следует традиции Римской конвенции. Фактически определены более или менее те же термины – хотя не обязательно таким же образом – что и в Статье 3 Римской конвенции. Отличия заключаются в следующем: Статья 2 ДИФ содержит также и определения «запись» и «сообщение для всеобщего сведения», которые не включены в Статью 3 Римской конвенции, в то время как в последней есть два определения – «воспроизведение» и «ретрансляция» – которых нет в ДИФ.

#### *Подпункт (a): исполнители*

ДИФ-2.2. Определение термина «исполнители» основывается на определении этого термина в Статье 3(a) Римской конвенции. Как обсуждалось выше, последнее определение сведено к исполнителям литературных и художественных произведений (хотя Статья 9 Римской конвенции предусматривает, что Договаривающиеся государства могут распространить охрану на артистов, не исполняющих литературные и художественные произведения). Определение по подпункту (a) в общем следует формулировке определения в Римской конвенции. Однако по двум аспектам существуют отличия.

ДИФ-2.3. Первое отличие заключается в том, что определение также включает термин «интерпретируют». Представляется, что в намерения входило создание лучшей основы для признания статуса «исполнителя» за теми, чей вклад в исполнение заключается только в интерпретации исполняемых произведений. Только интерпретации, без фактического исполнения (например, публикации исследования о том, как следует интерпретировать симфонии Бетховена) не достаточно; для того, чтобы интерпретирующее лицо

могло считаться «исполнителем», оно должно быть способно добиться применения своей интерпретации посредством конкретного исполнения под своим руководством. Лучшим примером этого является дирижер оркестра, на которого отчет Римской Дипломатической конференции 1961 года ссылается как на «исполнителя», не устанавливая, однако, соответствующей основы для этого в тексте определения (об этом, а также о разграничении между «артистами интерпретаторами» и «артистами исполнителями» во французской версии этого определения см. выше, комментарии к Статье 3(а) Римской конвенции).

ДИФ-2.4. Второе отличие заключается в том, что определение распространено на исполнителей выражений фольклора. Таким образом снимается старое и неправомерное ограничение концепции «исполнителей» и «исполнений» на международном уровне и – путем предложения косвенной формы охраны интеллектуальной собственности – может быть внесен вклад в охрану законных интересов тех сообществ, которые создали эти выражения фольклора.

#### *Подпункт (b): фонограммы*

ДИФ-2.5. ДИФ в подпункте (b) Статьи 2 уточнил определение «фонограммы», содержащееся в Статье 3(b) Римской конвенции – просто указывающее, что «фонограмма означает любую исключительно звуковую запись звуков исполнения или других звуков» – в двух аспектах.

ДИФ-2.6. Первый аспект состоит в том, что определение расширено на те фонограммы, которые не являются записью звуков. Это также может рассматриваться как простое разъяснение, но оно представляется необходимым, поскольку в настоящее время фонограммы могут быть сделаны – путем применения цифровых технологий – также и посредством записи данных, способных генерировать звуки с помощью соответствующего электронного оборудования, даже если соответствующие звуки еще не существуют. Это та возможность, к которой запись «отображения звуков» обращается технологически нейтрально.

ДИФ-2.7. Второй аспект состоит в том, что выражение «исключительно звуковую» было заменено более длинным выражением «кроме звуков в форме записи, включенной в кинематографическое или иное аудиовизуальное произведение». В Основном предложении предлагалось другое выражение: «аудиовизуальная запись, отображение звуков и образов или звуковая часть того или другого не являются фонограммой».<sup>239</sup> Выражение, появившееся в подпункте (b), было согласовано во время неформальных консультаций и было принято как часть определения без какого-либо веского разъяснения причин и без обсуждения.<sup>240</sup>

ДИФ-2.8. Важное разъяснение представлено в согласованном заявлении, принятом в отношении подпункта (b). В нем указано, что права на фонограмму не затрагиваются в связи с их включением в кинематографическое или иное аудиовизуальное произведение. Это означает, что фонограммы могут быть использованы в таких работах только на основе соответствующих договорных соглашений, принимающих во внимание права производителей фонограмм, предусмотренные Договором. Если они снова используются независимо от аудиовизуального произведения, они считаются фонограммами (на самом деле под этим может подразумеваться довольно большой объем акустических записей, поскольку звуки музыки для аудиовизуальных произведений часто записываются отдельно – из-за чего запись должна признаваться «фонограммой» согласно данному определению – и включаются в аудиовизуальное произведение позже).

ДИФ-2.9. В процесс дискуссий в Главном Комитете I Дипломатической Конференции было также разъяснено, что «звуковые дорожки отдельно от фильмов, то есть когда они выпускаются как звукозапись, считаются фонограммами».<sup>241</sup>

#### *Подпункт (c): запись*

ДИФ-2.10. Определение «записи» в подпункте (c) требует только, чтобы «воплощение» звуков или их отображение были достаточно стабильными для обеспечения возможности их восприятия, воспроизведения или сообщения с помощью соответствующего устройства. В этом пункте не указано, какой «воплощение» может быть релевантным. При отсутствии ограничительного разъяснения представляется оправданным толкование этого термина как означающего любую материальную форму, на основе которой возможно восприятие, воспроизведение или сообщение. Это в числе прочего может означать хранение в электронной

памяти. Замечания, добавленные к этому пункту в Основном предложении, пояснили, что «определение не ставит никаких условий в отношении требуемой прочности и стабильности воплощения; в предлагаемом Договоре нет установленного требования».<sup>242</sup>

ДИФ-2.11. В Основном предложении в замечаниях также было отмечено, что не предложено никакого определения «воспроизведения» и было дано объяснение, что «это вызвано тем, что значение этого термина полностью изложено в Статьях 7 и 14».<sup>243</sup> Хотя эти Статьи не были приняты, основные признаки понятия «воспроизведение» достаточно ясны согласно Статье 9 Бернской конвенции вместе с «историей переговоров» по этому вопросу, в полной мере отраженной в записях разных конференций по пересмотру, как это обсуждалось выше, в комментариях к этой Статье. В Статьях 7 и 11 ДИФ о праве на воспроизведение в основном был принят язык Статьи 9 Бернской конвенции.

#### Подпункт (d): производитель фонограммы

ДИФ-2.12. Как обсуждалось выше в отношении Римской конвенции, в статье 3(c) этой Конвенции «производитель фонограммы» был определен как «физическое или юридическое лицо, которое первым записывает звуки исполнения или другие звуки». Только один признак был добавлен к этому определению в подпункте (d) Статьи 2 ДИФ: по причинам, обсуждавшимся выше в связи с определением «фонограммы», было включено упоминание об «отображении звуков».

ДИФ-2.13. В замечаниях по этому вопросу в Основном предложении отмечалось, что «производитель – это лицо, которое берет на себя инициативу, координацию и экономическую и иную ответственность за первую запись фонограммы независимо от используемой технологии. Стоит отметить, что оцифровывание или «обновление» существующих записей исполнений не является «первой записью», независимо от инвестиций в исправления, устранение шума и другие подобные изменения».<sup>244</sup>

#### Подпункт (e): опубликование

ДИФ-2.14. Римская конвенция в Статье 3(d) определяет «опубликование» как «предложение публике экземпляров фонограммы в разумном количестве». В подпункте (e) Статьи 2 ДИФ – в дополнение к тому, что представляется излишним усложнением формулировки<sup>245</sup> – к этому определению добавлен только один признак; а именно, разъяснено, что «предложение экземпляров»... «в разумном количестве» считается «опубликованием», только если оно имеет место с согласия обладателя прав. В этом отношении понятие опубликования в Договоре уподоблено определению «выпущенных в свет произведений» в Статье 3(3) Бернской конвенции.

ДИФ-2.15. Согласованное заявление, касающееся Статьи 2(e) (так же, как и Статей 8, 9, 12 и 13) в отношении понятия «экземпляры» является - на основе *mutatis mutandis* – таким же, как и согласованное заявление в отношении того же понятия, касающееся Статей 6 и 7 ДАП. Поэтому замечания, сделанные в отношении этого понятия в ДАП, применимы *mutatis mutandis* и здесь.

#### Подпункт (f): эфирное вещание

ДИФ-2.16. Первая часть определения «эфирного вещания» в подпункте (f) практически совпадает с определением этого термина в Статье 3(f) Римской конвенции, в соответствии с которым «эфирное вещание» означает передачу беспроводными средствами звуков или изображений и звуков для приема публикой». Единственное отличие заключается в том, что добавлено упоминание об отображении звуков, по причинам, изложенным выше в связи с определением «фонограммы». Поскольку в этом определении принят язык Статьи 3(f) Римской конвенции, оно «унаследовало» проблему формулировки; представляется, что выражение «прием публикой» предполагает, что прием имеет место там, где присутствует публика, или в таком месте, которое по крайней мере доступно публике. Как обсуждалось в замечаниях к Римской конвенции, очевидно, что для этого выражения не предполагалось такое значение. В записях Римской Дипломатической конференции нет указаний на то, что Конференция хотела принять термин, значение которого фундаментально отличалось бы от понятия эфирного вещания согласно Статье 11bis(1) Бернской конвенции (которое скорее является передачей беспроводными средствами, чем приемом в общественном месте).

ДИФ-2.17. Вторая часть определения подтверждает, что передача для приема публикой, осуществляемая через спутник, также является «эфирным вещанием», если в остальном она соответствует определению (т.е. если передача непосредственно принимается публикой).

ДИФ-2.18. Третья часть определения касается кодированного спутникового вещания. В ней признано, что если средства декодирования доступны публике, результат передачи соответствует результату традиционного эфирного вещания. Условие состоит в том, что средства декодирования предоставляются публике самой вещательной организацией или с ее согласия.

ДИФ-2.19. В Статье 2 нет определения «ретрансляции». В соответствии со Статьей 3(g) Римской конвенции «ретрансляция» означает одновременную передачу в эфир одной вещательной организацией передачи в эфир другой вещательной организации». В замечаниях в Основном предложении к Статье 2 проекта ДИФ указаны причины, по которым это определение было опущено: «Ретрансляция является эфирным вещанием. При ретрансляции соответствующие звуки или звуки и изображения уже были переданы. Переносить определение из Римской конвенции не представляется необходимым».<sup>266</sup>

*Подпункт (g): сообщение для всеобщего сведения*

ДИФ-2.20. Как обсуждалось выше в отношении Римской конвенции, понятие «сообщение для всеобщего сведения» согласно этой Конвенции отличается от используемого в Бернской конвенции. В то время как Римская конвенция не содержит никакого определения этого понятия – и оно может быть выведено из содержания соответствующих положений и из «истории переговоров» по Конвенции, отраженной в материалах Римской Дипломатической конференции – в ДИФ в Статье 2(g) определение предложено.

ДИФ-2.21. Первое предложение подпункта (g) определяет «сообщение для всеобщего сведения» как передачу для публики любым средством, кроме эфирного вещания. Определение таким образом исключает беспроводную передачу для приема публикой, но охватывает все повторные передачи любых других передач (включая передачи эфирного вещания) посредством проводов. В то же время следует отметить, что оно не охватывает «доведение до всеобщего сведения» исполнений (записанных на фонограммы) и фонограмм посредством проводов (или средствами беспроводной связи) так, как это описано в Статьях 10 и 14 ДИФ.

ДИФ-2.22. Второе предложение подпункта (g) – для целей Статьи 15 – также распространяет понятие «сообщения для всеобщего сведения» на «доведение звуков или отображений звуков, записанных на фонограмму, до слухового восприятия публикой». Такое действие осуществляется в присутствии публики или, по крайней мере, в месте, доступном публике, и это, в случае Бернской конвенции, квалифицируется как публичное исполнение (в соответствии со Статьями 11(1)(i) и 11ter(1)(i)) или публичное сообщение звуков переданного в эфир произведения.

### **СТАТЬЯ 3**

*[Лица, охраняемые по настоящему Договору]*

- (1) Договаривающиеся Стороны предоставляют охрану, предусмотренную настоящим Договором, исполнителям и производителям фонограмм, которые являются гражданами других Договаривающихся Сторон.
- (2) Под гражданами других Договаривающихся Сторон понимаются те исполнители или производители фонограмм, которые отвечают критериям предоставления охраны, предусмотренным в Римской конвенции, как если бы все Договаривающиеся Стороны настоящего Договора являлись Договаривающимися государствами этой Конвенции. В отношении указанных критериев Договаривающиеся Стороны применяют соответствующие определения, содержащиеся в Статье 2 настоящего Договора.
- (3) Любая Договаривающаяся Сторона, пользующаяся возможностями, предусмотренными в Статье 5(3) Римской конвенции или, для целей Статьи 5 упомянутой Конвенции, в Статье 17 этой Конвенции, направляет Генеральному директору Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) уведомление, как это предусмотрено в указанных положениях.

Согласованное заявление в отношении Статьи 3(2): Для целей применения Статьи 3(2) понимается, что запись означает завершение изготовления эталонной ленты ("master tape" или "bande-mère").

Согласованное заявление в отношении Статьи 3: Понимается, что указание в Статьях 5(a) и 16(a)(iv) Римской конвенции на "гражданина другого Договаривающегося государства" при применении к настоящему Договору будет означать в отношении межправительственной организации, являющейся Договаривающейся Стороной настоящего Договора, гражданина одной из стран-членов этой организации.

#### *Охрана, предоставляемая «гражданам» других Договаривающихся Сторон*

ДИФ-3.1. Пункт (1) Статьи 3 гласит, что охрана, предусмотренная настоящим Договором, предоставляется исполнителям и производителям фонограмм, которые являются гражданами других Договаривающихся сторон. Если кто-либо просто прочитает это положение, он может быть введен в заблуждение относительно критериев предоставления охраны. Как обсуждается ниже, гражданство является одним – но не единственным – из критериев для охраны прав производителей фонограмм и вообще не является решающим критерием в отношении охраны прав исполнителей.

ДИФ-3.2. Эта вводящая в заблуждение формулировка в пункте (1) существует благодаря тому, что решение Соглашения ТРИПС, касающееся критериев предоставления охраны, было применено к ДИФ. Соответствующее положение Соглашения ТРИПС – Статья 1.3 – гласит: «Страны-члены предоставляют режим, предусмотренный настоящим Соглашением, гражданам других стран-членов. В отношении соответствующего права интеллектуальной собственности под гражданами других стран-членов понимаются те физические или юридические лица, которые отвечали бы критериям предоставления охраны, предусмотренным Парижской конвенцией (1967 г.), Бернской конвенцией (1971 г.) и Договором об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем, если их участниками были бы все страны-члены ВТО. Любая страна-член, пользующаяся возможностями, предусмотренными в пункте 3 статьи 5 или пункте 2 статьи 6 Римской конвенции, уведомляет об этом, как предусмотрено в упомянутых положениях, Совет по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности («Совет по ТРИПС»).

ДИФ-3.3. Статья 3 следует структуре этого положения ТРИПС *mutatis mutandis*. Во-первых, пункт (1) гласит, что критерием предоставления охраны является гражданство; во-вторых, пункт (2) дает представление о том, что означает «гражданство» (на основе чего выясняется, что это может означать множество критериев, отличных от гражданства); и, в-третьих, пункт (3) адаптирует положения об уведомлении к условиям ДИФ (и ВОИС, под эгидой которой принят Договор). Нет сомнений в том, что отсылка к критериям предоставления охраны в соответствии с Римской конвенцией также будет правильной. Представляется, однако, что в данном Договоре – который распространяется только на права исполнителей и производителей фонограмм – было излишним следовать сложной структуре Статьи 1.3 Соглашения ТРИПС. Точно такой же результат мог бы быть достигнут, если бы вводящая в заблуждение формулировка пункта (1) была исключена, а существующий пункт (2) – обозначенный, как пункт (1) – начинался следующим образом: «Договаривающиеся стороны предоставляют охрану, предусмотренную настоящим Договором, тем исполнителям и производителям фонограмм, которые [...] [далее текст такой же, как сейчас в пункте (2)]». Вариант, выбранный для ДИФ, приводит к тому же результату, но чересчур сложным путем.

#### *Критерии, взятые из Римской конвенции*

ДИФ-3.4. Критерии предоставления охраны прав исполнителей и производителей фонограмм, предусмотренные Римской конвенцией – к которым относится пункт (2) – можно найти в статьях 4, 5 и 17 этой Конвенции, которые обсуждались выше.

ДИФ-3.5. Очевидно, что эти положения Римской конвенции для ДИФ должны применяться на основе *mutatis mutandis*. Два согласованных заявления – принятые в отношении Статьи 3 – для этой цели предлагают некоторое разъяснение в отношении терминов «запись» и «гражданин другого Договаривающегося государства». Более того, пункт (3) Статьи 3 указывает, каким образом Статьи 5(3) и 17 применяются для целей ДИФ,

ДИФ-3.6. В отношении остальных элементов упомянутых выше положений Римской конвенции вполне ясно, что означает их применение *mutatis mutandis*, за одним исключением, а именно за исключением критерия, упомянутого в Статье 4(с) Римской конвенции: «исполнение, не будучи записанным на фонограмму, распространяется путем передачи в эфир, охраняемой в соответствии со Статьей 6 настоящей Конвенции». Этот критерий требует толкования, поскольку ДИФ не распространяется на охрану эфирного вещания и в принципе для страны или межправительственной организации предоставление вещательным организациям охраны в отношении их передач в эфир не является условием. Не ясно, как этот критерий следует применять в контексте ДИФ.

ДИФ-3.7. Первое возможное толкование состоит в том, что этот критерий не применим для ДИФ, поскольку согласно этому Договору передачи в эфир не охраняются и он не содержит положений, аналогичных содержащимся в Статье 6 Римской конвенции.

ДИФ-3.8. Основой для второго возможного толкования может быть идея о том, что критерий согласно Статье 4(с) Римской конвенции все же может быть применен в отношении фонограмм, распространяемых посредством передачи в эфир в соответствии с критериями согласно Статье 6 Римской конвенции. Однако представляется, что использование такого толкования было бы достаточно сложным. Статья 6 Римской конвенции, как обсуждалось выше, гласит:

«1. Каждое Договаривающееся государство предоставляет вещательной организации национальный режим при соблюдении любого из следующих условий:

(а) штаб-квартира вещательной организации расположена в другом Договаривающемся государстве;

(b) передача в эфир была осуществлена с помощью передатчика, расположенного в другом Договаривающемся государстве.

2. Любое Договаривающееся государство путем уведомления, сдаваемого на хранение Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций, может заявить, что оно будет обеспечивать охрану передачи в эфир только в том случае, если штаб-квартира вещательной организации расположена в другом Договаривающемся государстве и эта была передача осуществлена с помощью передатчика, расположенного в том же Договаривающемся государстве. Такое уведомление может быть сдано на хранение во время ратификации, принятия или присоединения или в любое более позднее время; в последнем случае уведомление вступает в силу через шесть месяцев после даты его сдачи на хранение».

Если бы Статья 6 состояла только из того, что предусмотрено в ее пункте 1, то могло бы быть применимым вышеупомянутое второе толкование. Однако пункт 2 создает проблему, поскольку нельзя считать, что предусмотренная им система уведомления может применяться в условиях ДИФ. Статья 3(3) ДИФ охватывает только уведомления, упомянутые в Статьях 5.2 и 17 Римской конвенции; она не распространяется на то, что предусмотрено Статьей 6.2. Конвенции.

ДИФ-3.9. Возможно и третье толкование; оно состоит в том, что критерий в Статье 6.2 Римской конвенции может считаться применимым для ДИФ всякий раз, когда Договаривающееся государство предоставляет охрану вещательным организациям в отношении их передач в эфир. Однако с таким толкованием тоже возможны трудности. Требование уведомления согласно Статьям 5.3, 6.2 и 17 Римской конвенции означает, что критерии предоставления охраны, применяемые Договаривающейся Стороной, должны быть известны другим Договаривающимся Сторонам. При отсутствии соответствующей системы уведомления, которая могла бы взять это на себя, такое третье возможное толкование, естественно, не может выполнить этого требования.

ДИФ-3.10. При отсутствии каких-либо указаний со стороны Дипломатической конференции представляется трудным предположить, что минимальные обязательства Договаривающихся Сторон ДИФ в отношении вопроса применения Статьи 4(с) Римской конвенции выходят за рамки того, что следует из упомянутого выше первого толкования.

## *Критерии Римской конвенции и определения ДИФ*

ДИФ-3.11. В силу второго предложения Статьи 3(2) ДИФ, когда применяются вышеупомянутые критерии предоставления согласно Римской конвенции, скорее следует учитывать определения Статьи 2 Договора, а не определения Статьи 3 Римской конвенции. Принимая во внимание тексты соответствующих положений – Статей 4, 5 и 17 – Конвенции, имеются в виду определения в первых пяти подпунктах - подпунктах (a) – (e) - Статьи 2 ДИФ: «исполнители», «фонограмма», «запись», «производитель фонограмм» и «опубликование».

### **СТАТЬЯ 4**

*[Национальный режим]*

- (1) **Каждая Договаривающаяся Сторона предоставляет гражданам других Договаривающихся Сторон, как они определены в Статье 3(2), такой же режим, какой она предоставляет своим собственным гражданам в отношении исключительных прав, особо предоставляемых настоящим Договором, и права на вознаграждение, предусмотренного в Статье 15 настоящего Договора.**
- (2) **Обязательство, предусмотренное в пункте (1), не применяется в той степени, в какой другая Договаривающаяся Сторона использует оговорки, допускаемые в соответствии со Статьей 15(3) настоящего Договора.**

ДИФ-4.1. На Дипломатической конференции столкнулись две позиции: первая заключалась в стремлении гарантировать подлинный национальный режим, а другая заключалась в желании смягчить его настолько, чтобы он мало отличался от материальной взаимности. Был представлен ряд изменений к тексту проекта договора, а затем, из-за того, что вопросы регулирования национального режима затрагивают серьезные экономические интересы (очевидно, что и страны-импортеры, и те, кто предоставляют права, не признаваемые в других странах, заинтересованы в максимально возможном уменьшении сферы применения национального режима), этот вопрос был оставлен для неформальных переговоров во время трех недель Дипломатической конференции, и Главный Комитет I обратился к этому вопросу только утром последнего дня Конференции. Жаркая дискуссия показала, что делегаты не пришли к единому соглашению даже к тому времени.

ДИФ-4.2. На эту сессию Главного Комитета I делегация Швейцарии представила текст, который в конечном счете был принят в качестве Статьи 4 ДИФ. Делегация отметила, что изменение было «основано на тексте Соглашения ТРИПС и должно составить основу для компромисса, приемлемого для всех делегаций».<sup>247</sup>

ДИФ-4.3. Характеристика швейцарского предложения была правильной. Предложенное – и принятое – решение действительно соответствовало положению Соглашения ТРИПС (второе предложение Статьи 3.1), которое гласит: «Что касается исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, это обязательство [то есть обязательство каждой Страны-члена в соответствии с первым предложением того же параграфа «предоставлять гражданам других Стран-членов режим не менее благоприятный, чем тот, который она предоставляет свои собственным гражданам в отношении охраны интеллектуальной собственности»] применяется только в отношении прав, предусмотренных настоящим Соглашением».

ДИФ-4.4. Режим, который подразумевает только обязательство предоставления гражданам других Договаривающихся сторон прав, особо предусмотренных договором, не является подлинным национальным режимом; он ближе к применению материальной взаимности с соблюдением определенных минимальных обязательств в соответствии с договором.

ДИФ-4.5. В то время как Статья 4 ДИФ соответствует Статье 3.1 Соглашения ТРИПС, она существенно отличается от положений Статьи 2 Римской конвенции, которая, как обсуждалось выше в комментариях к Статье – несмотря на некоторые противоположные точки зрения<sup>248</sup> – предусматривает такой же тип национального режима, как и Бернская конвенция.

ДИФ-4.6. Статья 4 позволяет Договаривающимся Сторонам отказаться от национального режима в отношении исключительных прав, отличных от прав, «особо предоставляемых настоящим Договором», и прав на справедливое вознаграждение, отличных от

прав, предусмотренных Статьей 15 (также принимая во внимание исключение в отношении последних в пункте (2) этой Статьи). Предполагается, что «особо предоставляемые права» предоставляются каждым Договаривающимся государством и таким образом роль национального режима полностью проявится, когда какие-либо дополнительные права были предоставлены в дополнение к «особо предоставляемым правам», но как раз в отношении таких дополнительных прав отсутствует обязательство предоставлять национальный режим. Такая замена национального режима материальной взаимностью разрешена в соответствии с ДИФ, только если одна из Договаривающихся сторон не является также и участницей Римской конвенции. В ситуации, когда обе Договаривающиеся стороны являются также сторонами Римской конвенции, применима обеспечивающая защиту оговорка в Статье 1(1), и таким образом преобладает обязательство предоставления подлинного национального режима (конечно, с разрешенными Римской конвенцией исключениями).

ДИФ-4.7. Выражение «особо предоставляемые настоящим Договором» требует следующих комментариев. Права, особо предоставляемые настоящим Договором, должны рассматриваться вместе с исключениями и/или ограничениями этих прав, допустимыми согласно Статье 16 Договора. Поэтому, если исключительное право – например, исключительное право на воспроизведение, предусмотренное Статьями 7 и 11 Договора, – на основе указанной Статьи Договора ограничивается правом на вознаграждение (например, в случае «частного копирования»), это исключительное право остается правом, предусмотренным Договором, несмотря на то, что в данном случае оно ограничено. Вряд ли можно сказать, что за счет такого ограничения становится также возможным исключить право – не только из «национального режима» но и из минимальной охраны, предоставляемой гражданам других Договаривающихся Сторон.

ДИФ-4.8. Поэтому непредоставление таких прав на вознаграждение, когда эти права преобразуются из исключительного права, особо предусмотренного настоящим Договором, не представляется допустимым на основе Статьи 4 Договора (это могло бы быть возможным только на основе так называемой «теории возмездия», в соответствии с которой в тех случаях, когда, например, представляется обязательством – что касается ДИФ, то согласно Статье 16 – признать по крайней мере право на вознаграждение для уменьшения ущерба, нанесенного частным копированием владельцам прав, и когда другая Договаривающаяся Сторона еще не предоставляет такого права, Договаривающаяся Сторона, выполняющая свои обязательства, не обязана брать на себя одностороннее бремя, выплачивая вознаграждение указанной другой Договаривающейся стороне. Это, в известном смысле, было бы в соответствии с духом пункта (2) Статьи 4 ДИФ).

## ГЛАВА II: ПРАВА ИСПОЛНИТЕЛЕЙ

### СТАТЬЯ 5

*[Личные неимущественные права исполнителей]*

- (1) Независимо от имущественных прав исполнителя и даже после передачи этих прав, исполнитель в отношении своих незаписанных устных исполнений или исполнений, записанных на фонограммы, имеет право требовать быть признанным в качестве исполнителя своих исполнений, за исключением тех случаев, когда непредоставление такого права продиктовано характером использования исполнения, и возражать против всякого извращения, искажения или иного изменения своих исполнений, способного нанести ущерб его репутации.
- (2) Права, предоставленные исполнителю в соответствии с пунктом (1), сохраняются после его смерти по крайней мере до прекращения действия имущественных прав и осуществляются лицами или учреждениями, уполномоченными на это законодательством Договаривающейся Стороны, в которой испрашивается охрана. Однако те Договаривающиеся Стороны, законодательство которых на момент ратификации настоящего Договора или присоединения к нему не предусматривает после смерти исполнителя охрану всех прав, установленных в предшествующем пункте, могут предусмотреть, что некоторые из этих прав после смерти исполнителя прекращаются.
- (3) Средства защиты для обеспечения прав, предоставляемых настоящей статьёй, регламентируются законодательством Договаривающейся Стороны, в которой испрашивается охрана.

### Сходство со Статьей *bis* Бернской конвенции

ДИФ-5.1 Как указано в замечаниях к проекту Статьи 5 в Основном предложении, положения Статьи «разработаны по образцу Статьи *bis* Бернской конвенции»<sup>249</sup> (о личных неимущественных правах авторов). Общими элементами – отличающимися только в изменениях *mutatis mutandis* – являются следующие:

– Личные неимущественные права, предоставленные и авторам, и исполнителям, существуют «независимо от [...] имущественных прав и даже после передачи этих прав». (Это косвенно указывает на то, что имущественные права могут быть переданы, как в соответствии с Бернской конвенцией, так и в соответствии с ДИФ).

– Ни в Статье *bis* Бернской конвенции, ни в Статье 5 ДИФ нет положений в отношении вопроса неотчуждаемости (запрещения прижизненной передачи) личных неимущественных прав. По этому вопросу в примечаниях к Основному предложению – правомерность которых не подвергалась сомнению – предложено следующее толкование: «Исполнитель может осуществлять свои личные неимущественные права и у него есть право не осуществлять эти права; он может даже отказаться от них. Например, исполнитель может в договоре согласиться на неопределенное время воздержаться от идентификации себя в качестве исполнителя конкретного исполнения. Статус исполнителя как исполнителя данного исполнения, конечно, не может быть передан; в этом смысле никто не может занять его место».<sup>250</sup>

– Так называемое «право на уважение» и в статье *bis* Бернской конвенции, и в Статье 5 ДИФ включает в себя право «возражать против всякого извращения, искажения или иного изменения» произведения/исполнения, «способного нанести ущерб его [автора/исполнителя] репутации».

– Как указывалось в примечаниях к Основному предложению по Статье 5, «изменение или модификация как таковые не затрагивают личных неимущественных прав».<sup>251</sup> Что касается ДИФ, есть некое нанесение ущерба репутации исполнителя, и что касается Бернской конвенции, есть некое нанесение ущерба чести или репутации автора, в результате которых модификации могут вступить в конфликт с «правом на уважение».

– Пункты (2) и (3) содержат такие же положения с изменениями, сделанными строго на основе *mutatis mutandis*.

### Отличия Статьи *bis* от Бернской конвенции

ДИФ-5.2. Существуют отличия по существу в отношении личных неимущественных прав – «права на авторство» и «права на уважение», заключающиеся в следующем.

ДИФ-5.3. Что касается «права на авторство», отличие, хотя оно и по существу, не представляется действительно важным. Согласно статье *bis*(1) Бернской конвенции, автор имеет право «требовать признания [своего] авторства», тогда как согласно Статье 5(1) ДИФ, право исполнителя состоит в том, чтобы «требовать быть признанным в качестве исполнителя своих исполнений, за исключением тех случаев, когда непредоставление такого права продиктовано характером использования исполнения». Выражение «за исключением тех случаев, когда непредоставление такого права продиктовано характером использования исполнения» не меняет существенным образом объем и смысл этого личного неимущественного права. Тот факт, что такой оговорки нет в Статье *bis* Бернской конвенции, не означает, что имена авторов должны быть указаны всегда, даже если характер использования произведения делает это невозможным или, по меньшей мере, практически нецелесообразным. Что касается исполнителей, на Женевской Дипломатической конференции 1996 года в качестве примера была упомянута невозможность указания большого количества исполнителей в оркестре в случае включения исполнения в эфирное вещание.<sup>252</sup>

ДИФ-5.4. Более важным является отличие в отношении «права на уважение». Во-первых, это право в Статье *bis* Бернской конвенции также распространяется на «любое другое посягательство на произведение», а это не предусмотрено в Статье 5 ДИФ. Во-вторых, согласно Статье *bis* Бернской конвенции автор может противодействовать любому упомянутому в ней действию не

только, когда оно способно нанести ущерб его репутации, но и когда оно способно нанести ущерб его чести; последнее основание для противодействия отсутствует в Статье 5 ДИФ. Это отличие представляется более важным, а его обоснование – не достаточно ясным, поскольку действие, наносящее ущерб репутации исполнителя и не оказывающее при этом аналогичного воздействия на его честь, представляется достаточно редким. Тем не менее, во время неформальных переговоров сослались на пародии, и было подчеркнуто, что будет неуместным разрешить исполнителям противодействовать пародиям из-за возможного нанесения ущерба их чести.

ДИФ-5.5. Представляется, однако, что этот пример не является достаточно убедительным. Пародия относится в большей степени к репутации исполнителя, чем к его чести, поскольку она обращается к некоторым стилистическим и иным аналогичным элементам, которые являются характерными для исполнителя – по крайней мере, это предполагается в пародии. Представляется, что различия в формулировке были скорее предназначены для того, чтобы показать, что для исполнителей условия охраны «права на уважение» отличаются – и, возможно, предполагается, что уровень его охраны несколько ниже – от таковых для авторов.

## **СТАТЬЯ 6**

*[Имущественные права исполнителей на свои незаписанные исполнения]*

**Исполнители пользуются исключительным правом в отношении своих исполнений разрешать:**

- (i) эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения своих незаписанных исполнений, за исключением случаев, когда исполнение уже передавалось в эфир; и**
- (ii) запись своих незаписанных исполнений.**

*Сходство с Римской конвенцией*

ДИФ-6.1. Действия, охватываемые этой Статьей, являются практически теми же, что упомянуты в Статье 7.1(a) и (b) Римской конвенции, хотя в последней использована более сложная формулировка.<sup>253</sup> Единственно возможное существенное отличие может возникнуть, если, в случае Статьи 6(ii) ДИФ, из двух возможных толкований слова «запись», обсуждаемых ниже, принимается ограничительное – означающее только воплощение звуков – поскольку в Статье 7.1(b) Римской конвенции слово «запись» используется без каких-либо ограничений, распространяясь также на изготовление аудиовизуальной записи.

*Отличия от Римской конвенции*

ДИФ-6.2. В силу Статьи 7.1(a) и (b) Римской конвенции «охрана, предоставляемая исполнителям», должна включать только «возможность предотвращать», тогда как Статья 6 ДИФ предусматривает истинное исключительное право разрешения в отношении таких действий. Причины, послужившие основой предписания только «возможности предотвращения», обсуждались выше, в комментариях к вышеупомянутой Статье Римской конвенции.

*Значение «записи»*

ДИФ-6.3. Выражение «запись... незаписанных исполнений» в Статье 6(2) не может быть истолковано однозначно; существуют ограничительное и расширенное толкования.

ДИФ-6.4. Вопрос состоит в том, распространяется ли право разрешать запись незаписанных исполнений согласно Статье 6(2) на все записи, или только на записи фонограмм. Текст положения может предполагать более широкий охват; однако если принимается во внимание также и определение «записи» согласно Статье 2(c), представляется оправданным более узкое толкование. В соответствии с указанным определением «запись» означает только «воплощение звуков либо их отображений, позволяющее осуществлять их восприятие, воспроизведение или сообщение с помощью соответствующего устройства» (особое удаление добавлено). На основе этого определения Статья 6(ii) распространяется только на запись фонограмм.<sup>254</sup>

ДИФ-6.5. Такое толкование, однако, не является общепринятым. Например, в отчете первой сессии Комитета Экспертов ВОИС по Протоколу в отношении аудиовизуальных исполнений, проходившей в сентябре 1997 года, следующим образом отражена иная позиция делегации Японии: «В отношении Статьи 6 ДИФ делегация приняла точку зрения, что можно считать, что право исполнителей разрешать запись их незаписанных исполнений включает аудиовизуальные исполнения, поскольку на Дипломатической конференции было согласовано убрать слово «музыкальных» из выражения «музыкальных исполнений», содержащегося в проекте Статьи, для того, чтобы включить аудиовизуальные исполнения в объем охраны в отношении незаписанных исполнений».<sup>255</sup>

ДИФ-6.6. Однако причина, по которой было удалено прилагательное «музыкальных», сама требует объяснения. В материалах Дипломатической конференции не ничего, что бы указывало причину удаления прилагательного, которое уже было в скобках в «частично консолидированном» тексте проекта ДИФ.<sup>256</sup> В протоколе Главного Комитета I удаление этого прилагательного отражено следующим образом:

«863. Г-н Сильва Соарес (Бразилия) спросил, следует ли принять решение в отношении слова «музыкальных», заключенного в скобки.

864. Председатель дал слово по этому вопросу делегации Соединенных Штатов Америки.

865. Г-н Кушан (США) разъяснил, что его, и только его, делегация резервировала свою позицию в отношении удаления слова «музыкальных», заключенного в скобки в Статьях 9 и 11. Теперь его делегация готова снять резервирование, так что слово «музыкальных» должно быть удалено.

866. Председатель поблагодарил делегацию США за это разъяснение и за снятие резервирования. Следовательно, слово «музыкальных», до сих пор заключенное в скобки, должно быть удалено из Статей 9 и 11.»<sup>257</sup>

ДИФ-6.7. К этому следует добавить два замечания. Во-первых, на том этапе дискуссии обсуждались Статьи 9 и 11 – это было причиной, по которой заявление делегата США относилось только к этим Статьям, – а снятие резервирования позиции США фактически относилось ко всем Статьям, в которых прилагательное «музыкальных» было заключено в скобки. Во-вторых, представляется, что причиной снятия «резервирования» была не та причина, на которую ссылается делегация Японии в приведенном выше высказывании, а скорее тот аргумент, который был представлен и обсужден во время неформальных консультаций; он заключается в том, что с прилагательным «музыкальных» охват ДИФ будет более узким, чем охват Соглашения ТРИПС, которое в своей Статье 14.1 распространяется на запись исполнений на фонограммы вообще (поскольку исполнения – декламирования – литературных произведений, таких, как поэмы, также записываются на фонограммы).

ДИФ-6.8. Более существенным аргументом, выдвинутым во время вышеупомянутой дискуссии на первой сессии Комитета Экспертов по Протоколу в отношении аудиовизуальных исполнений, но не нашедшем отражения в отчете, является то, что Статья 6(ii) может быть истолкована более широко, поскольку слово «запись», использованное в ней, относится к действию – запись незаписанного исполнения, в то время, как слово «запись» в определении в Статье 2(с) Договора относится к результату действия – «воплощение» звуков. Хотя это действительно более весомый аргумент, представляется, что первое объяснение, упомянутое в пункте ДИФ-6.4, лучше показывает уровень минимальных обязательств. Если в одном и том же договоре ссылки на действие и на результат этого действия – или, в более общем виде, на глагол и на существительное, столь тесно связанные между собой, – должны отличаться друг от друга, это, очевидно, должно быть указано каким-либо образом в истории обсуждения договора. В случае с ДИФ такого указания нет.

ДИФ-6.9. Также возможным аргументом в пользу ограничительного толкования может быть принятие всеми делегациями – хотя некоторыми из них довольно неохотное – того, что в том, что касается записи, аудиовизуальные аспекты не охватываются Договором. Наконец, представляется, что подтверждением большей приемлемости вышеуказанного ограничительного толкования является общепринятое соглашение о том, что в отношении тех вопросов, которые обсуждались и были

урегулированы в контексте ТРИПС, два Договора ВОИС не должны налагать обязательства, выходящие за рамки Соглашения ТРИПС.<sup>258</sup> Следует, однако, вновь подчеркнуть, что это относится только к минимуму обязательств в соответствии с Договором (и Соглашением ТРИПС), поскольку очевидно, что охрана от «контрабанды» по меньшей мере также необходима в случае неразрешенной аудиовизуальной записи исполнений, как и в случае, охватываемом Статьей 6(ii) (если принять вышеупомянутое ограничительное толкование за основу).

## **СТАТЬЯ 7**

*[Право на воспроизведение]*

**Исполнители пользуются исключительным правом разрешать прямое или косвенное воспроизведение своих исполнений, записанных на фонограммы, любым образом и в любой форме.**

Согласованное заявление в отношении Статей 7, 11 и 16: Право на воспроизведение, как оно определено в Статьях 7 и 11, и исключения, допускаемые в отношении этого права через Статью 16, полностью применяются в цифровой среде и, в частности, в отношении использования исполнений и фонограмм в цифровой форме. Понимается, что хранение охраняемого исполнения или фонограммы в цифровой форме в электронном средстве является воспроизведением в смысле этих статей.

*Сравнение с Римской конвенцией, Соглашением ТРИПС, Бернской конвенцией и ДАП.*

ДИФ-7.1. Статья 7 ДИФ отличается от соответствующих положений Римской конвенции (Статья 7.1(c)) и Соглашения ТРИПС (Статья 14.1)<sup>259</sup> в трех отношениях. Во-первых, также, как в случае прав, касающихся незаписанных исполнений, она предусматривает исключительное право разрешения, а не простую «возможность предотвращения». Во-вторых, она включает такое же разъяснение, как Статья 10 Римской конвенции и Статья 14.2 Соглашения ТРИПС; а именно то, что охватываются и прямое, и косвенное воспроизведения. В-третьих, что наиболее важно, при указании, что право на воспроизведение охватывает воспроизведения «любым образом и в любой форме», применяется формулировка Статьи 9(1) Бернской конвенции.

ДИФ-7.2. Прямой и косвенный способы воспроизведения также в обязательном порядке охвачены термином воспроизведение «любым образом и в любой форме». По сравнению с последним всеохватывающим термином упоминание о воспроизведении прямыми и косвенными способами является излишним (своего рода наследие Статьи 10 Римской конвенции). Таким образом, можно утверждать, что право на воспроизведение, предоставленное исполнителям в отношении их исполнений, записанных на фонограммы, является таким же, как предоставленное авторам в Статье 9(1) Бернской конвенции. Это положение Бернской конвенции, в свою очередь, было включено в ДАП согласно его Статье 1(4).

*Применение комментариев к Статье 1(4) ДАП mutatis mutandis.*

ДИФ-7.3. Касаясь права исполнителей на воспроизведение, не только основное положение является по существу тем же, что и положение согласно ДАП в отношении прав авторов на воспроизведение, но также и положения о возможных исключениях и ограничениях этого права. Это так, поскольку Статья 16(1) ДИФ предусматривает, что те же виды ограничений и исключений могут применяться к правам, охватываемым этим Договором, что и в случае авторского права (в странах-участницах ДАП обязательно в соответствии с этим Договором), и поскольку и Статья 10 ДАП, и Статья 16(2) ДИФ применяют «трех-шаговый тест» (первоначально включенный в Статью 9(2) Бернской конвенции в отношении исключений и ограничений права на воспроизведение).

ДИФ-7.4. Кроме того, в отношении применения права на воспроизведение в цифровой среде и, в частности, признание электронного хранения в качестве воспроизведения, как было процитировано выше, *mutatis mutandis*, такое же согласованное заявление было принято в отношении Статьи 7 ДИФ, как и в отношении Статьи 1(4) ДАП (и включенной им Статьи 9 Бернской конвенции).

ДИФ-7.5. Поэтому комментарии, приведенные выше, при анализе Статьи 1(4) ДАП (со ссылкой на включенную ею Статью 9 Бернской конвенции) – в частности, в отношении концепции воспроизведения и в отношении применения права на воспроизведение в цифровой среде – применимы *mutatis mutandis* и в отношении Статьи 7 ДИФ.

## СТАТЬЯ 8

[Право на распространение]

- (1) Исполнители пользуются исключительным правом разрешать доведение до всеобщего сведения оригинала и экземпляров своих исполнений, записанных на фонограммы, посредством продажи или иной передачи права собственности.
- (2) Ничто в настоящем Договоре не влияет на свободу Договаривающихся Сторон определять или не определять условия, на которых исчерпание права, упомянутого в пункте (1), применяется после первой продажи или иной передачи права собственности на оригинал или экземпляр записанного исполнения с разрешения исполнителя.

Согласованное заявление в отношении Статей 2(e), 8, 9, 12 и 13: Выражения «экземпляр» и «оригинал и экземпляры» в смысле этих Статей, будучи предметом права на распространение и права на прокат по указанным Статьям, относятся исключительно к зафиксированным экземплярам, которые могут быть выпущены в обращение в виде материальных предметов.

ДИФ-8.1. Аналогичного положения в отношении права исполнителей на распространение нет ни в Римской конвенции, ни в Соглашении ТРИПС.

ДИФ-8.2. Текст Статьи 8 ДИФ и текст согласованного заявления в отношении этой Статьи на основе *mutatis mutandis* являются такими же, как тексты Статьи 6 ДАП и согласованного заявления в отношении этой Статьи. Таким образом, комментарии, сделанные выше при анализе этой Статьи, также *mutatis mutandis* применимы здесь.

## СТАТЬЯ 9

[Право на прокат]

- (1) Исполнители пользуются исключительным правом разрешать коммерческий прокат для публики оригинала и экземпляров своих исполнений, записанных на фонограммы, как это определено в национальном законодательстве Договаривающихся Сторон, даже после их распространения, осуществленного исполнителем или по его разрешению.
- (2) Несмотря на положения пункта (1), Договаривающаяся Сторона, в которой на 15 апреля 1994 г. действовала и продолжает действовать система справедливого вознаграждения исполнителей за прокат экземпляров их исполнений, записанных на фонограммы, может сохранить эту систему при условии, что коммерческий прокат фонограмм не наносит существенного ущерба исключительному праву исполнителей на воспроизведение.

Согласованное заявление в отношении Статей 2(e), 8, 9, 12 и 13: Выражения «экземпляр» и «оригинал и экземпляры» в смысле этих Статей, будучи предметом права на распространение и права на прокат по указанным Статьям, относятся исключительно к зафиксированным экземплярам, которые могут быть выпущены в обращение в виде материальных предметов.

ДИФ-9.1. Выше, в комментариях к Статье 7 ДАП, комментарии сделаны под названием «Статья 7 ДАП о праве на прокат: адаптированная версия соответствующих положений Соглашения ТРИПС». В этих комментариях обсуждается, как Статья 14.4 Соглашения ТРИПС, касающаяся права на прокат для «производителей фонограмм и любых других владельцев прав на фонограммы, как это определено в законодательстве государства-члена» была адаптирована к контексту новых Договоров. Эти

комментарии применимы *mutatis mutandis* - а в некоторых отношениях непосредственно, поскольку анализ распространяется также на права исполнителей – к Статье 9 ДИФ и к согласованному заявлению, добавленному к ней.

ДИФ-9.2. Комментарии, сделанные при вышеупомянутом анализе Статьи 7 ДАП и второго согласованного заявления в отношении ее, под заглавием «Смысл «произведений, воплощенных в фонограммах, как определено в национальном законодательстве Договаривающихся сторон» также применимы к Статье 9 ДИФ – для толкования термина «[права на] исполнения, записанные на фонограммы, как это определено в национальном законодательстве Договаривающихся сторон» - также частично непосредственно, поскольку в некоторых отношениях, анализ также охватывал права исполнителей, и частично *mutatis mutandis*.

ДИФ-9.3. Как обсуждалось в вышеупомянутом анализе Статьи 7 ДАП, Статья 9(1) ДИФ применяет, в отношении исполнений, воплощенных в фонограммах, точно такой же подход с точно такой же формулировкой к решению трудной проблемы адаптации не совсем ясного положения первого предложения Статьи 14.4 Соглашения ТРИПС, как и Статья 7(1)(iii) ДАП в отношении произведений.

ДИФ-9.4. Принимая все это во внимание, трудно представить и утверждать, что в отношении права на прокат Дипломатическая конференция намеревалась предоставить статус и уровень охраны в отношении прав исполнителей, отличные от статуса и уровня охраны в отношении прав владельцев авторских прав. Поэтому представляется очевидным, что второе согласованное заявление, принятое в отношении Статьи 7 ДАП по этому вопросу, даже если оно не было прямо распространено на Статью 9 ДИФ, также применимо на основе *mutatis mutandis* и в контексте этой статьи ДИФ. Если сделать изменения *mutatis mutandis*, ДИФ вариант этого согласованного заявления – адаптированный к Статье 9(1) ДИФ в отношении возможного права на прокат для исполнителей – звучит следующим образом: «Понимается, что обязательство по Статье 9(1) не требует, чтобы Договаривающаяся сторона предусматривала исключительное право на коммерческий прокат в отношении исполнителей, которым по законодательству этой Договаривающейся стороны не предоставляются права в отношении фонограмм. Понимается, что это обязательство соответствует статье 14(1) Соглашения ТРИПС».

## СТАТЬЯ 10

*[Право сделать записанные исполнения доступными]*

Исполнители пользуются исключительным правом разрешать доведение до всеобщего сведения своих исполнений, записанных на фонограммы, по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору.

*Полноценное применение «зонтичного решения»*

ДИФ-10.1. Выше, в комментариях к статье 8 ДАП, приведена информация о дискуссиях по «кандидатским правам» для интерактивных передач (право на распространение и право на сообщение для всеобщего сведения с их субправами) и о появлении «зонтичного решения». Эта информация уместна также и здесь.

ДИФ-10.2. Как обсуждалось в вышеупомянутом анализе Статьи 8 ДАП, основным элементом «зонтичного решения» является нейтральное, свободное от правовых квалификаций описание интерактивных передач (нейтральное в том смысле, что оно не относится ни к распространению произведений и объектов смежных прав, ни к их сообщению для всеобщего сведения). Дипломатическая конференции в отношении авторского права применила это решение особым образом: сначала она включила нейтральное описание интерактивных передач в Статью 8 ДАП об общем праве на сообщение для всеобщего сведения, но затем приняла разъяснение о том, что обязательство предоставлять исключительное право на такие интерактивные передачи может быть выполнено также и путем предоставления права, отличного от права на сообщение для всеобщего сведения ( в качестве возможного «отличного» права имелось в виду право на распространение), или комбинации прав. В противоположность этому Статья 10 – как и Статья 14 в отношении прав производителей фонограмм – ДИФ применяет «зонтичное решение» полноценным образом, непосредственно включая нейтральное описание интерактивных цифровых передач.

ДИФ-10.3. Гибкость правовой квалификации соответствующих прав, которая была проявлена при принятии «зонтичного решения», и способ его применения в ДАП применимы также и при осуществлении Статьи 10 ДИФ. Это означает, что обязательство в соответствии с этой Статьей может быть выполнено не только посредством предоставления описанного в ней отдельного исключительного права «сделать доступными для всеобщего сведения», но также и посредством применения права на распространение, права на сообщение для всеобщего сведения (как в случае со Статьей 8 ДАП) или посредством комбинации этих прав. Однако важно подчеркнуть, что такая свобода правовой квалификации является относительной; применяемое право или права должны полностью соответствовать сути и уровню требуемой охраны. Так, например, право на сообщение для всеобщего сведения может быть применено только в отношении действий, охватываемых Статьей 10, если это право разрешения, а не просто право на вознаграждение, как в соответствии со Статьей 15 ДИФ.

#### *Право «сделать доступными» и право на сообщение для всеобщего сведения*

ДИФ-10.4. В то время, как Статья 8 ДАП требует признания исключительного права на сообщение для всеобщего сведения (в более широком смысле, применяемом в ней), Статья 15 ДИФ предоставляет только право на вознаграждение за эфирное вещание и другие «традиционные» способы сообщения для всеобщего сведения (включая и по проводам). Это вызвано тем, что в отношении фонограмм и записанных на них исполнений большинство стран было не готово предоставлять исключительные права на такие действия. Поскольку для случая интерактивных передач признание исключительного права было обязательным, применение такого же решения, что и в Статье 8 ДАП, в контексте ДИФ было невозможным. Два права – на уровне минимума обязательств – должны были быть разделены в Статьях 10 и 14 с одной стороны, и в Статье 15 с другой стороны (ниже см. комментарии к последней и согласованные заявления).

### **ГЛАВА III: ПРАВА ПРОИЗВОДИТЕЛЕЙ ФОНОГРАММ**

#### **СТАТЬЯ 11**

*[Право на воспроизведение]*

Производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать прямое или косвенное воспроизведение своих фонограмм любым образом и в любой форме.

Согласованное заявление в отношении Статей 7, 11 и 16: Право на воспроизведение, как оно определено в Статьях 7 и 11, и исключения, допускаемые в отношении этого права через Статью 16, полностью применяются в цифровой среде и, в частности, в отношении использования исполнений и фонограмм в цифровой форме. Понимается, что хранение охраняемого исполнения или фонограммы в цифровой форме в электронном средстве является воспроизведением в смысле этих Статей.

ДИФ-11.1. Положение в Статье 11 ДИФ соответствует тому, что содержится в Статье 10 Римской конвенции и Статье 14.2 Соглашения ТРИПС.<sup>260</sup> Это именно так, даже хотя в этой Статье ДИФ использовано выражение «исключительное право разрешать», а не выражение «право разрешать или запрещать». Значение этих двух выражений одинаково. Владелец права, который может или разрешать, или запрещать действие, охватываемое правом, фактически имеет исключительное право разрешения; а исключительное право разрешения – именно на основе своей исключительности – также означает и возможность не разрешать и, таким образом, запрещать действие. В Статье 11 ДИФ было выбрано такое выражение, которое применяется также и в других положениях ДАП и ДИФ для этой категории прав. Использование одних и тех же терминов для одних и тех же прав имеет два очевидных преимущества: во-первых, может быть достигнута желательная гармония между различными положениями, а, во-вторых, может быть исключено любое возможное неправильное понимание или неверное толкование, основанное на принципе «от противного».

ДИФ-11.2. Статья 11 ДИФ также включает полезное разъяснение, которое отсутствует в вышеупомянутых положениях Римской конвенции и Соглашения ТРИПС (хотя посредством надлежащего анализа оно может быть из них выведено); а именно, она включает выражение – взятое из Статьи 9(1) Бернской конвенции – «любым образом и в любой форме».

ДИФ-11.3. Поскольку (i) и Статья 7, и Статья 11 ДИФ соответствуют, *mutatis mutandis*, Статье 9(1) Бернской конвенции, (ii) к возможным исключениям и ограничениям в отношении предоставляемых ими прав применимы те же условия (с «трехэтапным тестом»), что включены в Статью 9(2) этой Конвенции, (iii) в отношении них для применения права на воспроизведение в цифровой среде на основе *mutatis mutandis* было принято такое же согласованное заявление, что и в отношении Статьи 1(4) ДАП (которая предусматривает обязательство соблюдения *inter alia* Статьи 9 Бернской конвенции) и (iv) формулировка, объем и значение Статьи 11 ДИФ являются такими же, *mutatis mutandis*, что и для Статьи 7 о праве на воспроизведение для исполнителей – комментарии к последней (включая те, в которых указано на релевантность приведенных выше комментариев к праву на воспроизведение в отношении Статьи 1(4) ДАП) равно применимы и здесь, при необходимости *mutatis mutandis*.

## СТАТЬЯ 12

[Право на распространение]

- (1) Производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать доведение до всеобщего сведения оригинала и экземпляров своих фонограмм посредством продажи или иной передачи права собственности.
- (2) Ничто в настоящем Договоре не влияет на свободу Договаривающихся Сторон определять или не определять условия, на которых исчерпание права, упомянутого в пункте (1), применяется после первой продажи или иной передачи права собственности на оригинал или экземпляр фонограммы с разрешения производителя фонограммы.

Согласованное заявление в отношении Статей 2(e), 8, 9, 12 и 13: Выражения «экземпляры» и «оригинал и экземпляры» в смысле этих Статей, будучи предметом права на распространение и права на прокат по указанным Статьям, относятся исключительно к зафиксированным экземплярам, которые могут быть выпущены в обращение в виде материальных предметов.

ДИФ-12.1. Поскольку тексты этой Статьи и принятого в отношении нее согласованного заявления являются такими же, *mutatis mutandis*, что и тексты Статьи 8 и принятого в отношении нее согласованного заявления о праве на распространение для исполнителей, *mutatis mutandis* применимы те же комментарии, что были приведены выше, в отношении Статьи 8.

## СТАТЬЯ 13

[Право на прокат]

- (1) Производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать коммерческий прокат оригинала и экземпляров своих фонограмм для публики даже после их распространения, осуществленного производителем или по его разрешению.
- (2) Несмотря на положения пункта (1), Договаривающаяся Сторона, в которой на 15 апреля 1994 г. действовала и продолжает действовать система справедливого вознаграждения производителей фонограмм за прокат экземпляров их фонограмм, может сохранить эту систему при условии, что коммерческий прокат фонограмм не наносит существенного ущерба исключительным правам производителей фонограмм на воспроизведение.

Согласованное заявление в отношении Статей 2(e), 8, 9, 12 и 13: Выражения «экземпляры» и «оригинал и экземпляры» в смысле этих Статей, будучи предметом права на распространение и права на прокат по указанным Статьям, относятся исключительно к зафиксированным экземплярам, которые могут быть выпущены в обращение в виде материальных предметов.

ДИФ-13.1. В Римской конвенции нет положения о праве на прокат. Это право впервые было признано в Статье 14.4 Соглашения ТРИПС. Статья 13 ДИФ, хотя и с некоторыми отличиями в формулировке, по существу содержит те же положения, что и Соглашение ТРИПС.

ДИФ-13.2. Статья 13 ДИФ следует формулировке положений Статьи 14.1. ТРИПС и предоставляет ясно выраженное исключительное право на прокат производителям фонограмм. В данном случае нет таких проблем с толкованием, как в случае возможных прав на прокат для авторов в отношении их произведений и для исполнителей в отношении их исполнений, воплощенных в фонограммы.

ДИФ-13.3. Пункт (2) Статьи 13 и согласованное заявление в отношении нее являются таким же, *mutatis mutandis*, что и для Статьи 7 ДАП о праве авторов на прокат и Статьи 9 ДИФ о праве исполнителей на прокат. Поэтому комментарии, приведенные выше при анализе Статьи 7 ДИФ, также применимы и здесь, на основе *mutatis mutandis*.

## **СТАТЬЯ 14**

*[Право сделать фонограммы доступными]*

Производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать доведение до всеобщего сведения своих фонограмм по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору.

ДИФ-14.1. Комментарии, приведенные выше в отношении Статьи 10 о праве исполнителей «доводить до сведения» их исполнения, записанные на фонограммы, применимы в отношении этой Статьи или непосредственно (в тех пределах, в которых это в равной степени касается прав производителей), или *mutatis mutandis*.

## **ГЛАВА IV: ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ**

### **СТАТЬЯ 15**

*[Право на вознаграждение за эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения]*

- (1) Исполнители и производители фонограмм пользуются правом на единовременное справедливое вознаграждение за непосредственное или косвенное использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, для эфирного вещания или любого сообщения для всеобщего сведения.
- (2) Договаривающиеся Стороны в своем национальном законодательстве могут установить, что единовременное справедливое вознаграждение вправе требовать у пользователя исполнитель или производитель фонограммы, либо и исполнитель и производитель фонограммы. Договаривающиеся стороны могут принять национальное законодательство, которое при отсутствии соглашения между исполнителем и производителем фонограммы устанавливает условия, в соответствии с которыми единовременное справедливое вознаграждение распределяется между исполнителями и производителями фонограмм.
- (3) Любая Договаривающаяся Сторона в уведомлении, сданном на хранение Генеральному директору ВОИС, может заявить, что она будет применять положения пункта (1) только в отношении некоторых видов использования или что она ограничит их применение каким-либо иным образом, или что она вообще не будет применять эти положения.
- (4) Для целей настоящей Статьи фонограммы, ставшие доступными для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять к ним доступ из любого места и в любое время по их собственному выбору, рассматриваются как если бы они были опубликованы для коммерческих целей.

Согласованное заявление в отношении Статьи 15: Понимается, что Статья 15 не представляет собой окончательное решение вопроса об уровне прав на эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения, которым должны пользоваться исполнители и производители фонограмм в цифровую эру. Делегациям не удалось достичь консенсуса по различным предложениям в отношении аспектов исключительности, которая должна предоставляться в определенных обстоятельствах,

или в отношении прав, которые должны предоставляться без возможности оговорок, и поэтому этот вопрос был оставлен для дальнейшего решения.

Согласованное заявление в отношении Статьи 15: Понимается, что Статья 15 не препятствует предоставлению права, предусмотренного этой Статьей, исполнителям фольклора и производителям фонограмм, записывающим фольклор, если такие фонограммы не были опубликованы для коммерческой выгоды.

#### *Сравнение с Римской конвенцией и Соглашением ТРИПС*

ДИФ-15.1. Права, предусмотренные Статьей 15 ДИФ, имеют ту же природу - хотя, как обсуждается ниже, регулируются не совсем таким же образом - что и так называемые «права по Статье 12» согласно Римской конвенции. Соглашение ТРИПС не содержит положений такого типа (это, однако, не приводит к действительно более низкому минимальному уровню охраны, если принять во внимание, что существуют неограниченные возможности для оговорок согласно статье 16.1(a) Римской конвенции, на основе которых Договаривающиеся государства могут дойти до того, что полностью откажутся от применения Статьи 12).

ДИФ-15.2. Общим для Статьи 12 Римской конвенции и Статьи 15 ДИФ является то, что они применимы к фонограммам, опубликованным в коммерческих целях. Согласованное заявленное, приведенное выше - указывающее, что «Статья 15 не препятствует предоставлению права, предусмотренного этой Статьей, исполнителям фольклора и производителям фонограмм, записывающим фольклор, если такие фонограммы не были опубликованы для коммерческой выгоды» - не расширяет объем минимальных обязательств. Оно только разъясняет в отношении этого положения то, что действительно также и в отношении других положений Договора; а именно то, что предоставляется только минимальный уровень охраны и поэтому Договаривающиеся Стороны могут предоставлять исполнителям и производителям фонограмм более широкие права.

ДИФ-15.3. Однако есть действительно существенная разница в том, что согласно пункту (4), фонограммы, ставшие доступными для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществить к ним доступ из любого места и в любое время по их собственному выбору (то есть ставшие доступными для цифровой передачи в интерактивной системе) - «для целей настоящей Статьи» - рассматриваются как если бы они были опубликованы для коммерческих целей. Это означает, что в результате загрузки фонограммы на веб-сайт и обеспечения к ней доступа таким образом, что фонограмма должна считаться опубликованной (хотя согласно Статье 2(e) Договора такое действие не подходит под определение опубликования, рассматриваемое вместе с согласованным заявлением в отношении нее) и что публикация должна считаться сделанной в коммерческих целях, независимо от того, стоит ли за этим действием какая-либо коммерческая цель или вообще влияние. Фраза «для целей настоящей Статьи» была выделена, поскольку она показывает, что это положение не меняет определения «опубликования», предусмотренного в другой Статье - Статье 2 Договора.

ДИФ-15.4. Важно отметить, что факт «обеспечения доступа» к тем же объектам прав для интерактивной передачи подпадает под другие права; а именно под исключительное право на разрешение, предусмотренное Статьями 10 и 14. Статья 15 применима только тогда, когда фонограммы используются описанными в ней способами.

ДИФ-15.5. Язык, описывающий действия, подпадающие под право на вознаграждение, в Римской конвенции и в ДИФ имеет и общие, и отличающиеся друг от друга элементы. Представляется, что из-за разных контекстов в двух договорах общие элементы имеют разные значения, в то время как те элементы, формулировки которых различны, могут не приводить к действительно серьезным последствиям. Причины такого представления следующие.

ДИФ-15.6. Верно, что положения и Римской конвенции, и ДИФ говорят об эфирном вещании и сообщении для всеобщего сведения, но концепции эфирного вещания и сообщения для всеобщего сведения в двух документах не одинаковы. Римская конвенция определяет «эфирное вещание» и «ретрансляцию» отдельно (в Статье 3(f) и (g)), в то время как определение «эфирного вещания» согласно Статье 2(f) ДИФ - как обсуждалось выше, в комментариях к этому определению - охватывает также и ретрансляцию. Таким образом, слово «ретрансляция» имеет более широкое значение в Статье 15(1) ДИФ, чем в Статье 12 Римской конвенции.

Аналогичная разница существует и в отношении концепции «сообщения для всеобщего сведения», хотя, как обсуждалось выше, в комментариях к Статье 2 Римской конвенции, в Конвенции нет ясного определения этого действия.

ДИФ-15.7. Статья 12 Римской конвенции применима, только если использование для эфирного вещания или для какого-либо сообщения для всеобщего сведения осуществляется «непосредственно». В материалах Римской дипломатической конференции 1961 года указано, что такое наречие было использовано с целью разъяснить, что ретрансляция – и, очевидно, любая другая повторная передача – исключается из объема права.<sup>261</sup> Статья 15(1) ДИФ говорит о «непосредственном и косвенном» использовании фонограммы, опубликованной в коммерческих целях. Представляется, что в случае ДИФ непосредственное или косвенное использование фонограммы не относится к проблеме повторной передачи, поскольку, как уже упоминалось, она решена определениями «эфирного вещания» и «сообщения для всеобщего сведения». Ссылка на непосредственное и косвенное использования представляется касающейся другого аспекта, а именно того, только ли экземпляры («звукозаписи»), опубликованные производителями фонограмм, попадают под действие, или и их воспроизведения тоже. Статья 12 Римской конвенции ясно ссылается также и на воспроизведения, тогда как Статья 15(1) ДИФ – нет. Представляется, что в последнем положении ссылка на «непосредственное и косвенное использования» должна пониматься, как замена ссылки на опубликованные экземпляры и их воспроизведения.

ДИФ-15.8. Бенефициарии – исполнители и производители – согласно Статье 12 Римской конвенции и Статье 15(1) ДИФ одни и те же, но есть отличия в правилах о минимальном уровне прав, которыми они должны пользоваться. Наиболее важное отличие состоит в том, что в то время, как положение Римской конвенции сохраняет свободу в решении вопроса о том, предоставлять ли право на вознаграждение только исполнителям, только производителю, или и тем, и другим, Статья 15(1) ДИФ предусматривает, что и исполнители, и производители фонограмм должны быть бенефициариями единовременного справедливого вознаграждения. В отношении сбора и распределения вознаграждения Статья 15(2) ДИФ содержит более подробные правила, чем те, что содержатся во втором предложении Статьи 12 Римской конвенции.

ДИФ-15.9. Язык Статьи 15(3) гораздо более общий, чем язык Статьи 16.1(a) Римской конвенции. В этой связи следует отметить, что в Основном Предложении Статья 15(3) (в соответствии с первоначальной нумерацией, Статья 19(3)) содержала тот же текст, что и был позже принят, но к нему было добавлено второе предложение, которое не попало в окончательный текст и которое гласило: «При использовании такой возможности любая Договаривающаяся сторона может применять положения Статьи 16.1(a)(iv) Римской конвенции *mutatis mutandis*». В замечаниях к проекту Статьи 15(3) были приведены следующие комментарии: «Как отмечалось выше, право на вознаграждение согласно Римской конвенции может быть оговорено. Эта основная структура была воспроизведена в предлагаемом Договоре. Положение об оговорках в пункте (3) оставляет вопрос о степени оговорок открытым [...] Договаривающиеся стороны в отношении права на вознаграждение могут сделать незначительные или более широкие оговорки. Договаривающиеся стороны могут даже выставить взаимность (в отношении отдельных условий, таких, как срок охраны, или полную взаимность) в качестве условия для предоставления права на вознаграждение исполнителям и производителям фонограмм, выполняющим критерии приемлемости в отношении другой Договаривающейся стороны. Пункт (3) содержит явное положение, относящееся к оговоркам, связанным со взаимностью в Статье 16.1(a)(iv) Римской конвенции».<sup>262</sup>

ДИФ-15.10. В свете вышесказанного, а также принимая во внимание другие положения ДИФ, следует дать следующие комментарии в отношении вопроса взаимности. Поскольку второе предложение проекта упомянутого пункта было опущено, в пункте (3) нет упоминания о возможности применения Статьи 16.1(a)(iv) Римской конвенции *mutatis mutandis*. Это то положение, которое разрешает оговорки в отношении обязательства предоставлять национальный режим и применение принципа взаимности. Поэтому с его удалением комментарии в вышеприведенных замечаниях о возможности применения взаимности на основе пункта (3) потеряли силу. Общее обязательство предоставления национального режима подтверждено в Статье 4(1) ДИФ, которая в явном виде упоминает право на справедливое вознаграждение, предусмотренное Статьей 15, как подпадающее под обязательство предоставления национального режима. Статья 4(2) допускает исключение в отношении этого обязательства, только если другая Договаривающаяся сторона использует оговорки, допускаемые Статьей 15(3).

ДИФ-15.11. Представляется, что пункт (3) Статьи 15 ДИФ допускает оговорки, упомянутые в пунктах (i), (ii) и (iii) Статьи 16.1(a) Римской конвенции, поскольку формулировка в ней достаточно широкая для того, чтобы охватить их. Если использованы какие-либо

оговорки, другие Договаривающиеся стороны согласно Статье 4(2) Договора не обязаны предоставлять национальный режим в отношении того, о чем были сделаны оговорки.

#### *Передачи, основанные на подписке*

ДИФ-15.12. В Основном предложении проект Статьи 15 (согласно первоначальной нумерации Статьи 19) включал пункт - пункт (4), но касающийся вопроса, абсолютно отличного от того, который подпадает под положение, принятое в качестве пункта (4) – который гласил: « Положения пункта (3) не применимы ни к какому эфирному вещанию или сообщению по проводам или средствами беспроводной связи, которые могут быть приняты только на основе подписки и при условии уплаты пошлины». <sup>263</sup> Это положение, если бы оно было принято, гарантировало бы, что в случае таких подписных услуг по меньшей мере право на вознаграждение было бы гарантировано.

ДИФ-15.13. На Дипломатической конференции делегация США сделала следующие комментарии по предложенному – вышеприведенному – пункту (4): «Пункт (4) в отношении подписных услуг вызвал значительное беспокойство со стороны нашей страны, в связи с тем, что он был сверх охватывающим, поскольку не давал странам достаточной гибкости для предоставления надлежащих освобождений от права на вознаграждение в отношении некоторых видов подписных услуг, и в связи с тем, что в то же время он был недостаточно охватывающим, потому что не предоставлял адекватной охраны тем видам подписных услуг, которые, по сути своей программной структуры, гарантировали исключительные права». <sup>264</sup>

ДИФ-15.14. Затем делегация США представила изменения, которые гласили:

«Удалить пункт (4) и заменить его следующими тремя пунктами:

«(4) Несмотря на пункты (1)-(3) настоящей Статьи, производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать эфирное вещание или сообщение для всеобщего сведения своих фонограмм посредством цифровых средств путем подписки и при условии уплаты пошлины за прием эфирного вещания или сообщения.

(5) Договаривающиеся стороны могут ограничить право, установленное в пункте (4) правом на вознаграждение в отношении эфирного вещания и сообщений, если структура и последовательность программирования гарантирует, что такое эфирное вещание и сообщения не ущемляет права производителей на распространение согласно Статье 16 или их право сделать фонограммы общедоступными согласно Статье 18.

(6) Договаривающиеся стороны могут в особых случаях принять ограниченные исключения в отношении права, установленного в пункте (4), если такие исключения не наносят существенного вреда первичному экономическому использованию или стоимости фонограмм». <sup>265</sup>

ДИФ-15.15. Ни проект пункта (4), ни изменения, предложенные США, не нашли достаточной поддержки. Таким образом, на сессии Главного Комитета I после серии интенсивных неформальных консультаций делегация США согласилась, что положение по этому вопросу не будет принято при условии, однако, что будет согласованное заявление, разъясняющее, что принимаемый Договор не представляет собой окончательного решения вопроса об уровне прав на эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения, которым должны пользоваться исполнители и производители фонограмм в цифровую эру. <sup>266</sup>

ДИФ-15.16. Согласованное заявление, принятое на основе такого компромиссного соглашения, имеет более или менее ту же природу, что и рекомендации, принятые некоторыми предшествующими Дипломатическими конференциями в отношении пересмотра Бернской конференции. Как и эти рекомендации, так и данное согласованное заявление показывают, что важный вопрос не был решен, что желательно сохранить его в повестке дня и что международное сообщество, возможно, вернется к нему позднее.

## СТАТЬЯ 16

[Ограничения и исключения]

- (1) Договаривающиеся Стороны могут предусмотреть в своем национальном законодательстве те же виды ограничений или исключений в отношении охраны прав исполнителей и производителей фонограмм, которые они предусматривают в своем национальном законодательстве в отношении охраны авторского права на литературные и художественные произведения.
- (2) Договаривающиеся Стороны устанавливают какие-либо ограничения или исключения из предусмотренных настоящим Договором прав в определенных особых случаях, которые не наносят ущерба нормальному использованию исполнения или фонограммы и необоснованным образом не ущемляют законные интересы исполнителя или производителя фонограммы.

Согласованное заявление в отношении Статей 7, 11 и 16: Право на воспроизведение, как оно определено в Статьях 7 и 11, и исключения, допускаемые в отношении этого права через Статью 16, полностью применяются в цифровой среде и, в частности, в отношении использования исполнений и фонограмм в цифровой форме. Понимается, что хранение охраняемого исполнения или фонограммы в цифровой форме в электронном средстве является воспроизведением в смысле этих Статей.

Согласованное заявление в отношении Статьи 16 ДИФ: Согласованное заявление в отношении Статьи 10 (об ограничениях и исключениях) Договора ВОИС по авторскому праву применяется, *mutatis mutandis*, также к Статье 16 (об ограничениях и исключениях) Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам. [текст согласованного заявления в отношении Статьи 10 ДАП гласит: Понимается, что положения Статьи 10 позволяют Договаривающимся Сторонам переносить и соответствующим образом распространять на цифровую среду ограничения и исключения в своих национальных законах, которые считаются приемлемыми по Бернской конвенции. Аналогичным образом эти положения должны пониматься как позволяющие Договаривающимся Сторонам определять новые исключения и ограничения, которые пригодны в среде цифровых компьютерных сетей. Также понимается, что Статья 10(2) не ограничивает и не расширяет сферу применения ограничений и исключений, допускаемых Бернской конвенцией.]

ДИФ-16.1. Как обсуждалось выше в отношении Римской конвенции, Статья 15 этой Конвенции содержит два вида положений об исключениях и ограничениях. Во-первых, в ее пункте 1 идентифицированы четыре конкретных случая «исключений»; во-вторых, пункт 2 распространяет применимость всех видов «ограничений», допустимых в соответствии с авторским правом, на права, подпадающие под Конвенцию (за исключением принудительных лицензий).

ДИФ-16.2. Статья 13 Соглашения ТРИПС распространила применимость «трехэтапного теста» – изначально введенного в Статье 9(2) Бернской конвенции в отношении права на воспроизведение – на все права в соответствии с авторским правом, но не на смежные права. В отношении смежных прав Статья 14.6 предусматривает, что «в отношении прав, предоставляемых в соответствии с пунктами 1, 2 и 3 [права исполнителей, производителей фонограмм и организаций эфирного вещания], любой член может предусмотреть условия, ограничения, исключения и оговорки в объеме, допускаемом Римской конвенцией [...]». Это означает, что в соответствии с Соглашением ТРИПС объем исключений и ограничений в отношении смежных прав не изменился по сравнению с Римской конвенцией.

ДИФ-16.3. Статья 16 ДИФ внесла два изменения. Во-первых, она исключила ссылку на конкретные случаи, и с изменением некоторых слов оставила – в пункте (1) – ссылку на исключения и ограничения, которые Договаривающиеся стороны предусматривают в своем национальном законодательстве в области авторского права. В желательном – и, к счастью, типичном – случае, если Договаривающаяся сторона является также участницей ДАП, это означает тот же объем допустимых исключений, что и в соответствии с ДАП. (В соответствии с пунктом (1) ясно, однако, что Договаривающейся стороне разрешается использовать возможность применения исключения или ограничения, допускаемого ДАП, в отношении прав исполнителей и/или производителей фонограмм, только если их национальное законодательство предусматривает такое же исключение или ограничение в отношении авторского права).

ДИФ-16.4. Во-вторых, и это более значительное изменение, пункт (2) Статьи 16 подчинил все исключения или ограничения «трехэтапному тесту». Это особенно важно в отношении частного копирования, которое, таким образом также поставлено под контроль теста.

ДИФ-16.5. Поскольку по уже обсуждавшимся причинам объем и условия применимости исключений и ограничений в отношении прав исполнителей и производителей фонограмм в соответствии со Статьей 16 ДИФ те же, что и в соответствии со Статьей 10 ДАП – даже согласованные заявления в отношении этих Статей *mutatis mutandis* одинаковы – комментарии, приведенные при анализе последней Статьи, также *mutatis mutandis* применимы и в данном случае.

---

## СТАТЬЯ 17

[Срок охраны]

- (1) Срок охраны, предоставляемой исполнителям по настоящему Договору, продолжается, по крайней мере, до конца периода в 50 лет, считая с конца года, в котором исполнение было записано на фонограмму.
- (2) Срок охраны, предоставляемой производителям фонограмм по настоящему Договору, продолжается, по крайней мере, до конца периода в 50 лет, считая с конца года, в котором фонограмма была опубликована, или – при отсутствии такого опубликования в течение 50 лет с момента записи фонограммы – 50 лет с конца года, в котором была произведена запись.

ДИФ-17.1. В соответствии со Статьей 14(a) и (b) Римской конвенции минимальный срок охраны должен длиться по меньшей мере до конца 20-летнего периода, исчисляемого с конца года, в котором: (a) была осуществлена запись - для фонограмм и включенных в них исполнений; (b) имело место исполнение - для исполнений, не включенных в фонограммы. Соглашение ТРИПС существенно увеличило минимальный срок охраны. Согласно его Статье 14.5 «Срок охраны, предоставляемой по настоящему Соглашению исполнителям и производителям фонограмм, составляет, по меньшей мере, 50 лет после окончания календарного года, в котором была сделана запись или имело место исполнение».

ДИФ-17.2. Статья 17(1) ДИФ практически соответствует Статье 14.5 Соглашения ТРИПС в том, что касается срока охраны прав исполнителей в отношении их исполнений, записанных на фонограммы (которые являются единственными исполнениями, попадающими под этот договор). (Представляется, что срок охраны незаписанных исполнений является весьма теоретическим, поскольку без записи исполнение не может быть снова использовано).

ДИФ-17.3. Однако Статья 17(2) Договора изменила основу для вычисления срока охраны прав производителей фонограмм. Запись является лишь «запасной» основой; обычно 50-летний срок охраны должен исчисляться с конца года, в котором фонограмма была опубликована, и таким образом срок охраны длится в общем случае дольше. Срок охраны истекает через 50 лет, считая с конца года, в котором фонограмма была записана, только если в течение этих 50 лет не было публикации. Таким образом, в экстремальной ситуации, когда фонограмма опубликована в течение 50-го года после ее записи, срок охраны фонограммы может составить около 100 лет с момента ее записи.

---

## СТАТЬЯ 18

[Обязательства в отношении технических мер]

Договаривающиеся Стороны предусматривают соответствующую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих технических средств, используемых исполнителями или производителями фонограмм в связи с осуществлением своих прав по настоящему Договору и ограничивающих действия в отношении их исполнений или фонограмм, которые не разрешены исполнителями или производителями фонограмм, или не допускаются законом.

ДИФ-18.1. Применение технических средств защиты для охраны и обеспечения прав обсуждалось во время подготовительной работы над двумя договорами и на Дипломатической конференции как в отношении авторского права, с одной стороны, так и в отношении прав исполнителей и производителей фонограмм с другой стороны. Положения, касающиеся таких мер в Статье 11 ДАП и Статье 18 ДИФ *mutatis mutandis* одинаковы. Поэтому комментарии, приведенные выше при анализе Статьи 11 ДАП, применимы и для данной Статьи, при необходимости, *mutatis mutandis*.

## СТАТЬЯ 19

[Обязательства в отношении информации об управлении правами]

- (1) Договаривающиеся Стороны предусматривают соответствующие и эффективные средства правовой защиты в отношении любого лица, намеренно осуществляющего любое из следующих действий, зная или, в связи с применением гражданско-правовых средств защиты, имея достаточные основания знать, что такое действие будет побуждать, позволять, способствовать или скрывать нарушение любого права, предусмотренного настоящим Договором:
  - (i) устранение или изменение любой электронной информации об управлении правами без разрешения;
  - (ii) распространение, импорт с целью распространения, передачу в эфир, сообщение или доведение до всеобщего сведения без разрешения исполнителей, экземпляров записанных исполнений или фонограмм, зная что в них без разрешения была устранена или изменена электронная информация об управлении правами.
- (2) "Информация об управлении правами" в смысле настоящей статьи означает информацию, которая идентифицирует исполнителя, исполнение исполнителя, производителя фонограммы, фонограмму, обладателя какого-либо права на исполнение или фонограмму, или информацию об условиях использования исполнения или фонограммы и любые цифры или коды, в которых представлена такая информация, когда любой из этих элементов информации приложен к экземпляру записанного исполнения или фонограммы, либо появляется в связи с сообщением или доведением записанного исполнения или фонограммы до всеобщего сведения.

Согласованное заявление в отношении Статьи 19 ДИФ: Согласованное заявление в отношении Статьи 12 (об обязательствах в отношении информации об управлении правами) Договора ВОИС по авторскому праву применяется, *mutatis mutandis*, также к Статье 19 (об обязательствах в отношении информации об управлении правами) Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам. [Текст согласованного заявления в отношении Статьи 12 ДАП гласит: "Понимается, что указание на «нарушение любого права, предусмотренного настоящим Договором или Бернской конвенцией» включает как исключительные права, так и право на вознаграждение.

Далее понимается, что Договаривающиеся страны не будут основываться на этой Статье при определении или применении систем управления правами, в результате чего вводились бы формальности, не допускаемые по Бернской конвенции или настоящему Договору, запрещающие свободное движение товаров или препятствующие пользованию правами по настоящему Договору»].

ДИФ-19.1. Применение информации об управлении правами для осуществления и обеспечения прав обсуждалось во время подготовительной работы над двумя Интернет-договорами и на Дипломатической конференции как в отношении авторского права, с одной стороны, так и в отношении прав исполнителей и производителей фонограмм с другой стороны. Положения, касающиеся таких мер в Статье 12 ДАП и Статье 19 ДИФ – также, как и согласованные заявления в отношении них - *mutatis mutandis* одинаковы. Поэтому комментарии, приведенные выше, при анализе Статьи 12 ДАП, применимы и для данной Статьи, при необходимости, *mutatis mutandis*.

## СТАТЬЯ 20

---

[Формальности]

**Обладание правами и осуществление прав, предусмотренных настоящим Договором, не связаны с соблюдением каких-либо формальностей.**

ДИФ-20.1. Это положение понятно и не требует пояснений. Можно упомянуть, что этим положением ДИФ следует тому же принципу охраны, свободной от формальностей, как и положение в Статье 5(2) Бернской конвенции в отношении авторского права. (Следует отметить, что Римская конвенция и Конвенция о фонограммах допускают применение формальностей в отношении фонограмм, но они предусматривают – в Статье 11 и Статье 5 соответственно – что любые формальности считаются выполненными, если все находящиеся в продаже экземпляры фонограммы или их упаковка имеют краткое уведомление, описанное в этих положениях).

## СТАТЬЯ 21

---

[Оговорки]

**С учетом положений Статьи 15(3), никакие оговорки к настоящему Договору не допускаются**

ДИФ-21.1. Это положение также не требует пояснений. Оговорки, допустимые согласно Статье 15(3), обсуждались выше, при анализе Статьи 15.

## СТАТЬЯ 22

---

[Применение во времени]

- (1) Договаривающиеся Стороны *mutatis mutandis* применяют положения Статьи 18 Бернской конвенции к правам исполнителей и производителей фонограмм, предусмотренным в настоящем Договоре.
- (2) Несмотря на пункт (1), Договаривающаяся Сторона может ограничить применение Статьи 5 настоящего Договора исполнениями, которые имели место после вступления в силу настоящего Договора в отношении этой Стороны.

*Сравнение с Римской конвенцией, Соглашением ТРИПС, ДАП и Бернской конвенцией*

ДИФ-22.1. Как обсуждалось выше, Статья 20.2 Римской конвенции предусматривает следующее: «Ни одно Договаривающееся государство не обязано применять положения настоящей Конвенции к исполнениям или передачам в эфир, которые имели место до, или фонограммам, которые были записаны до вступления настоящей Конвенции в силу в отношении этого государства.» Соглашение ТРИПС в Статье 14.6 распространяет обязательство применения положений в отношении прав исполнителей и производителей фонограмм также и на фонограммы – и на исполнения, записанные на них, - существовавшие на момент вступления для члена ВТО Соглашения в силу, посредством применения *mutatis mutandis* Статьи 18 Бернской конвенции. Также согласно Статье 13 ДАП «Договаривающиеся стороны применяют положения Статьи 18 Бернской конвенции ко всем видам охраны, предусмотренным настоящим Договором».

ДИФ-22.2. Статья 22 ДИФ своим пунктом (2) *mutatis mutandis* распространила применение Статьи 18 Бернской конвенции на права исполнителей и производителей фонограмм, предусмотренным в этом Договоре. Вопросы, касающиеся толкования Статьи 18 Бернской конвенции обсуждались в комментариях к этой Статье.

*Особое положение о личных неимущественных правах*

ДИФ-22.3. Пункт (2) Статьи 22 определяет, что Договаривающаяся сторона может применять положения Статьи 5 о личных неимущественных правах только в отношении тех исполнений, которые имели место после вступления в силу Договора. Делегация

Канады – которая предложила включить это положение – разъяснила, что это может быть необходимым для того, чтобы разрешить «постепенное вступление в силу осуществления личных неимущественных прав так, чтобы существующие контракты между исполнителями и производителями не стали бы недействительными».<sup>267</sup>

## СТАТЬЯ 23

[Положения по обеспечению прав]

- (1) Договаривающиеся Стороны обязуются принять в соответствии со своими правовыми системами меры, необходимые для обеспечения применения настоящего Договора.
- (2) Договаривающиеся Стороны обеспечат, чтобы в их законах были предусмотрены меры по обеспечению прав, позволяющие осуществлять эффективные действия против любого акта нарушения прав, предусмотренных настоящим договором, включая срочные меры по предотвращению нарушений и меры, являющиеся сдерживающим средством от дальнейших нарушений.

ДИФ-23.1. Текст этой Статьи точно такой же, как и текст Статьи 14 ДАП. Выше, при анализе Статьи 14(1) ДАП, было отмечено, что это положение, с одним отличием, является *mutatis mutandis* версией Статьи 36(1) Бернской конвенции, которая гласит: «Каждая страна, являющаяся участницей настоящей Конвенции, обязуется принять, в соответствии со своей Конституцией, необходимые меры для обеспечения применения настоящей Конвенции». Как было подчеркнуто, очевидное отличие, которое можно заметить при сравнении двух текстов, состоит в том, что в то время как положение Бернской конвенции ссылается на соответствие конституциям стран, в положение ДИФ ссылка идет на соответствие правовым системам.

ДИФ-23.2. Статья 26.1 Римской конвенции содержит по существу такое же положение, как и Статья 36(1) Бернской конвенции. Она гласит: «Каждое Договаривающееся государство обязуется принять в соответствии со своей Конституцией необходимые меры для обеспечения применения настоящей Конвенции». Поэтому существует такое же отличие этого положения Римской конвенции от Статьи 23(1) ДИФ, как отличие Статьи Бернской конвенции от Статьи 14(1) ДАП, и таким образом, комментарии в отношении этого отличия, приведенные при анализе последней Статьи, *mutatis mutandis* применимы и здесь.

ДИФ-23.3. Происхождение пункта (2) одинаково и в Статье 14 ДАП, и в Статье 23 ДИФ; а именно, первое предложение Статьи 41(1) в Главе III Соглашения ТРИПС об обеспечении прав интеллектуальной собственности. Таким образом, комментарии, касающиеся этого пункта, приведенные выше, при анализе Статьи 14 ДАП, применимы *mutatis mutandis* к пункту (2) данной Статьи ДИФ. Наконец, также применимы здесь и комментарии, приведенные при анализе этой Статьи ДАП в отношении вопроса об ответственности провайдеров услуг за нарушения.

Далее следуют административные и заключительные положения Договора, которые, как обсуждалось во введении, приведены ради полноты и быстроты доступа, и в настоящем руководстве не анализируются – если только они не касаются материальных норм.

## ГЛАВА V: АДМИНИСТРАТИВНЫЕ И ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

### СТАТЬЯ 24

[Ассамблея]

- (1) (a) Договаривающиеся Стороны учреждают Ассамблею.  
(b) Каждая договаривающаяся Сторона может быть представлена одним делегатом, который может иметь заместителей, советников и экспертов.

- (c) Расходы каждой делегации несет назначившая ее Договаривающаяся Сторона. Ассамблея может просить ВОИС оказать финансовую помощь, чтобы способствовать участию делегаций тех Договаривающихся Сторон, которые рассматриваются в качестве развивающихся стран в соответствии с установившейся практикой Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций или которые являются странами, находящимися в процессе перехода к рыночной экономике.
- (2) (a) Ассамблея рассматривает вопросы, относящиеся к сохранению, развитию, применению и функционированию настоящего Договора.
- (b) Ассамблея осуществляет функцию, возложенную на нее по Статье 26(2) в отношении допуска некоторых межправительственных организаций к участию в настоящем Договоре.
- (c) Ассамблея принимает решения о созыве любой дипломатической конференции для пересмотра настоящего Договора и дает необходимые указания Генеральному директору ВОИС по подготовке такой дипломатической конференции.
- (3) (a) Каждая Договаривающаяся Сторона, являющаяся государством, имеет один голос и голосует только от своего имени.
- (b) Любая Договаривающаяся Сторона, являющаяся межправительственной организацией, может участвовать в голосовании вместо государств-членов такой организации с количеством голосов равным числу государств-членов такой организации, которые являются сторонами настоящего Договора. Любая такая межправительственная организация не участвует в голосовании, если любое из государств-членов такой организации использует свое право голоса, и наоборот.
- (4) Ассамблея собирается один раз в два года на очередную сессию, созываемую Генеральным директором ВОИС.
- (5) Ассамблея принимает свои правила процедуры, в том числе в отношении созыва внеочередных сессий, требований кворума и, с учетом положений настоящего Договора, в отношении большинства, требуемого для принятия различных решений.

## **СТАТЬЯ 25**

*[Международное бюро]*

Международное бюро ВОИС выполняет административные функции в связи с Договором.

## **СТАТЬЯ 26**

*[Право участия в Договоре]*

- (1) Любое государство-член ВОИС может стать участником настоящего Договора.
- (2) Ассамблея может принимать решения о допуске любой межправительственной организации к участию в настоящем Договоре, которая заявляет, что она имеет компетенцию и собственную, обязательную для всех государств-членов такой организации нормативную базу по вопросам, регулируемым настоящим договором, и что она должным образом уполномочена в соответствии со своими внутренними процедурами стать участницей настоящего Договора.
- (3) Европейское сообщество, сделав заявление, упомянутое в предыдущем пункте, на Дипломатической конференции, принявшей настоящий Договор, может стать участником настоящего Договора.

## **СТАТЬЯ 27**

---

*[Права и обязательства по Договору]*

Если в настоящем Договоре не содержится каких-либо специальных положений об ином, каждая Договаривающаяся Сторона пользуется всеми правами и принимает на себя все обязательства по настоящему Договору.

## **СТАТЬЯ 28**

---

*[Подписание Договора]*

Настоящий Договор открыт для подписания до 31 декабря 1997 г. любым государством-членом ВОИС и Европейским сообществом.

## **СТАТЬЯ 29**

---

*[Вступление Договора в силу]*

Настоящий Договор вступает в силу через три месяца после сдачи 30 государствами документов о ратификации или присоединении на хранение Генеральному директору ВОИС.

## **СТАТЬЯ 30**

---

*[Дата начала участия в Договоре]*

Настоящий Договор становится обязательным для:

- (i) 30 государств, указанных в Статье 29, с даты вступления настоящего Договора в силу;
- (ii) каждого другого государства через три месяца с даты сдачи этим государством на хранение Генеральному директору ВОИС своего документа;
- (iii) Европейского сообщества через три месяца с даты сдачи на хранение документа о ратификации или присоединении, если такой документ был сдан после вступления настоящего Договора в силу в соответствии со Статьей 29, или через три месяца после вступления настоящего Договора в силу, если такой документ был сдан на хранение до вступления настоящего Договора в силу;
- (iv) любой другой межправительственной организации, которая допущена к участию в настоящем Договоре, через три месяца после сдачи на хранение ее документа о присоединении.

## **СТАТЬЯ 31**

---

*[Денонсация Договора]*

Любая Договаривающаяся Сторона может денонсировать настоящий Договор путем уведомления, направленного Генеральному директору ВОИС. Любая денонсация вступает в силу через год с даты получения уведомления Генеральным директором ВОИС.

## **СТАТЬЯ 32**

---

*[Языки Договора]*

- (1) Настоящий Договор подписывается в одном экземпляре на русском, английском, арабском, испанском, китайском и французском языках, причем все тексты на этих языках являются аутентичными.

- (2) Официальный текст на любом языке, кроме указанных в пункте (1), утверждается Генеральным директором ВОИС по просьбе заинтересованной стороны и после консультаций со всеми заинтересованными сторонами. Для целей настоящего пункта "заинтересованная сторона" означает любое государство-член ВОИС, официальный язык или один из официальных языков которого является предметом просьбы, а также Европейское сообщество и любую другую межправительственную организацию, которая может стать участницей настоящего Договора, если предметом просьбы является один из ее официальных языков.

## **СТАТЬЯ 33**

---

*[Депозитарий]*

Генеральный директор ВОИС является депозитарием настоящего Договора.

234. Статья 22 Римской конвенции, обсуждавшаяся выше в руководстве к материальным нормам этой конвенции, гласит: «Договаривающиеся государства сохраняют за собой право заключать между собой специальные соглашения, если такие соглашения предусматривают предоставление исполнителям, изготовителям фонограммы или вещательным организациям более широкие права, чем предоставляемые настоящей конвенцией, или содержат другие положения, не противоречащие настоящей конвенции».
235. О понятиях «акустические исполнения/исполнители» и «аудиовизуальные исполнения/исполнители» - и о причинах, по которым эти выражения являются неопределенными, - см. ниже, соответствующие разделы в Глоссарии.
236. О причинах по которым представляется, что то же самое имеет место в случае незаписанных исполнений, см. ниже, пункты ДИФ-6.3 – ДИФ-6.9.
237. См. Статью 14 Соглашения.
238. Статья 1 Римской конвенции, обсуждавшаяся выше, в руководстве к этой Конвенции, гласит: «Охрана, предоставляемая настоящей Конвенцией, не затрагивает и не наносит никакого ущерба охране авторских прав на литературные и художественные произведения. Соответственно, ни одно из положений настоящей Конвенции не может быть истолковано как наносящее ущерб такой охране».
239. Записи Дипломатической конференции по некоторым вопросам авторского права и смежных прав, Женева 1996. Публикация ВОИС, Женева, 1999 (далее - записи Женевской конференции 1996 г.), стр.247.
240. Там же, стр. 759, пункты 835-836.
241. Там же, стр. 691, пункты 400 и 402.
242. Там же, стр. 246, пункт 2.09
243. Там же, пункт 210.
244. Там же, стр. 250-252, пункт 2.19.
245. Формулировка подпункта (е) представляется излишне усложненной, поскольку если следовать структуре Статьи 3(d) Римской конвенции, определение могло бы быть сформулировано следующим образом: «опубликование записанного исполнения или фонограммы означает предоставление экземпляров записанного исполнения или фонограммы публике с согласия правообладателя в разумном количестве».
246. Материалы Женевской конференции 1996 г., стр.252, пункт 223.
247. Материалы Женевской конференции 1996 г., стр. 771-772 и 775, пункты 947, 950 и 976.
248. Упоминание о такой точке зрения было в выступлении делегации Европейского Союза, которое отражено в материалах Дипломатической конференции следующим образом: «Делегация представила предложение по национальному режиму в отношении [проекта ДИФ], в котором был использован подход, выбранный Римской конвенцией, подход, который был подтвержден Соглашением ТРИПС несколько лет назад[...]. Как и в двух других тех Соглашениях, обязательство национального режима должно распространяться на те права, которые особо предоставлены и гарантированы в нем [проекте ДИФ]. Хотя делегация поддержала свое предложение, оставалась необходимость прийти к компромиссу, который бы устроил все делегации. Такой компромисс не должен отклоняться от основного подхода и структуры обязательства национального режима, содержащихся как в Римской конвенции, так и в Соглашении ТРИПС в отношении смежных прав [...]. Предложение делегации Швейцарии явилось подходом, разделяемым всеми Государствами-участниками Римской конвенции, и было поддержано всеми теми странами, которые присоединились к Соглашению ТРИПС» (выделение курсивом добавлено; см. материалы Женевской конференции 1996, стр.772, пункт 953).
249. Материалы Женевской конференции 1996 г., стр. 262, пункт 5.02
250. Там же, стр. 264, пункт 5.07
251. Там же, стр. 262, пункт 5.03
252. Там же, стр. 692, пункт 409.
253. Представляется полезным привести здесь текст Статьи 7.1(a) и (b) Римской конвенции, обсуждавшийся выше, в комментариях к материальным нормам этой Конвенции. Он гласит: «Охрана, предоставляемая исполнителям в соответствии с настоящей Конвенцией, включает возможность предотвращать: (a) передачу в эфир и сообщение для всеобщего сведения их исполнения, осуществляемое без их согласия, за исключением случаев, когда это исполнение, использованное при передаче в эфир или сообщении для всеобщего сведения, само по себе уже было передано в эфир или осуществлено с помощью записи; (b) запись без их согласия их незаписанного исполнения».
254. Такое толкование было представлено, например, Международным Бюро ВОИС в документе WIPO/CR/SYM/GUJZ/01/3/a, стр. 18-19, пункт 91.
255. Документ AP/CE/4, Приложение II, стр.3, пункт 5.
256. В отношении Статьи 6 см. Материалы Женевской конференции 1996 г., стр.522.
257. Материалы Женевской конференции 1996 г., стр.762.
258. См. выше, пункт 51 Введения.
259. Представляется полезным привести здесь также соответствующие положения Римской конвенции, обсуждавшиеся выше в отношении этой конвенции, а также положения Соглашения ТРИПС: *Статья 7.1(c) Римской конвенции* гласит: «1. Охрана, предоставляемая исполнителям в соответствии с настоящей Конвенцией, включает возможность предотвращать: [...] (c) воспроизведение без их согласия записи их исполнения: (i) если сама первоначальная запись была осуществлена без их согласия; (ii) если воспроизведение осуществляется в иных целях, чем те, на которые исполнители дали свое согласие; (iii) если первоначальная запись осуществлена в соответствии с положениями Статьи 15, а воспроизведение осуществляется в иных целях, чем те, которые указаны в этих положениях. *Статья 14.1 Соглашения ТРИПС* содержит следующее положение: «в отношении записи своих исполнений на фонограмме исполнители имеют возможность предотвращать следующие действия, предпринимаемые без их разрешения: [...] воспроизведение такой записи».
260. Как приведено выше, в отношении Римской конвенции, Статья 10 этой Конвенции гласит: «Изготовители фонограмм имеют право разрешать или запрещать прямое или косвенное воспроизведение своих фонограмм». Текст Статьи 14.2 Соглашения ТРИПС точно такой же, с незначительной разницей в написании слова «разрешить» (*на английском языке – "authorize" в Соглашении ТРИПС, и "authorise" – в Римской конвенции. Прим. переводчика.*
261. Материалы Римской конференции 1961 г., стр. 49
262. Материалы Женевской дипломатической конференции 1996 г., стр. 314, пункт 19.07.
263. Там же, стр. 313.
264. Там же, стр. 685, пункт 365.
265. Там же, стр. 429.
266. Там же, стр. 769-770.
267. Материалы Женевской конференции 1996 г., стр.729-730, пункт 611.

### *Провайдер доступа*

См. «провайдер услуг; ответственность»

### *Доступ (право на ~)*

1. В некоторых странах «право на доступ» к оригиналам произведений изобразительного искусства предоставляется авторам таких произведений. На основе этого права автор может при надлежащих условиях требовать, чтобы владелец оригинала произведения делал его временно доступным в случаях, когда автору необходимо осуществить некоторые права, такие, как право на воспроизведение или право на показ (в отношении последнего в общем случае только в исключительных случаях, если целью выставки является представление всего творческого пути или работ определенного периода творческой деятельности). Это вид остающегося права автора, а, с другой стороны, это ограничение права собственности владельца оригинала произведения.
2. Во втором значении выражение «право на доступ» используется до сих пор только в правовой литературе в отношении возможного исключительного права обладателя авторского права или смежных прав контролировать доступ к произведению или объекту смежных прав. Согласно некоторым теориям, если доступ к произведению защищается посредством технических средств защиты и если в соответствии с ДАП и ДИФ их обход запрещен, результатом может быть то, что пользователю потребуется лицензия от обладателя прав для доступа к произведению или объекту смежных прав, и таким образом можно сказать, что обладатели прав имеют исключительное право разрешать доступ. (Фактически едва ли можно сказать, что с применением технических средств защиты при наличии правовой охраны от их обхода возникает новое право; все это, скорее, средство для защиты, осуществления и обеспечения прав, предоставляемых обладателям авторского права и смежных прав.)
3. Существует и третье значение, в котором «право на доступ» - или «право доступа» - упоминается в связи с авторским правом и смежными правами. В соответствии с ним термин относится к праву общества иметь доступ к информации и к произведениям культуры. Такое право должно рассматриваться как одно из прав человека и, как таковое, оно находится вне сферы авторского права и смежных прав.

Это обязанность государств гарантировать, чтобы общество могло использовать и осуществлять такое право. Если для использования и осуществления этого права человека необходима доступность охраняемых произведений и объектов смежных прав («доступ» к ним) – а часто это именно так – предполагается, что государство получит необходимое разрешение на это у обладателей прав. Тем не менее в некоторых особых случаях международные нормы в отношении авторского права и смежных прав предусматривают возможность (а в национальных законодательствах применяются) исключений и ограничений в отношении авторского права и смежных прав для того, чтобы содействовать государствам в выполнении их обязательств, касающихся использования и осуществления этого права человека.

### *Доступ (к произведениям в случае инкриминирования плагиата)*

Решающий фактический элемент в правовом споре об инкриминировании нарушения авторского права в форме плагиата в случаях, когда нет прямых доказательств. Означает сведения из первоисточника (например, иметь экземпляр и посетить исполнение произведения) или соответствующую возможность приобрести сведения из первоисточника (например, в результате широкого распространения или доведения до сведения в стране, в которой живет ответчик) произведения. (Доказательства доступа не достаточно для того, чтобы сделать вывод о том, что имело место нарушение авторского права. Дополнительными условиями являются существенное сходство между оригиналом и инкриминируемым результатом плагиата, а также отсутствие разрешения).

### *Доступ (~ к произведениям/объектам смежных прав для представителей публики)*

Выражение «доступ» содержится в Статье 8 ДАП и Статьях 10 и 14 ДИФ в тексте: «доставление до всеобщего сведения своих произведений/исполнений, записанных на фонограммы/фонограмм таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору.» Под этим подразумеваются действия представителей публики для приобретения возможности воспринимать и использовать произведения или объекты смежных прав. И доступ, и использование произведений или объектов смежных прав

могут быть возможны при каких-либо условиях в том смысле, что применяются технические меры защиты и таким образом представители публики могут получить доступ к произведениям или объектам смежных прав и/ или могут пользоваться ими только определенным способом, если они выполняют определенные условия, диктуемые техническими мерами защиты (такие, как уплата вознаграждения).

### *Приобретение авторского права или смежных прав*

1. Возникновение авторского права и смежных прав у первоначального обладателя прав (автора или иного первоначального обладателя авторского права, исполнителя, производителя фонограмм, организации эфирного вещания и т.п.).
2. В принципе авторское право и смежные права приобретаются автоматически на основе закона вследствие создания произведения (хотя запись произведения может быть условием), факта исполнения, записи фонограммы или передачи в эфир соответственно. В силу Статьи 5(2) Бернской конвенции – и таким образом в силу Соглашения ТРИПС и ДИФ, согласно которым существует обязательство соблюдать это положение Бернской конвенции – авторское право приобретается автоматически; оно не должно ставиться в зависимость от выполнения каких-либо формальностей (таких, как регистрация или депонирование). Всемирная конвенция об авторском праве в отношении авторского права, также, как и Римская конвенция и Фонограммная конвенция в отношении прав производителей фонограмм допускают (а небольшое число национальных законодательств применяют) требование соблюдения определенных формальностей, таких, как указание специального уведомления об авторском праве.

### *Переделка; право на ~*

1. Действие по переработке ранее существовавшего произведения (охраняемого или находящегося во всеобщем достоянии) или выражения фольклора для целей, отличных от тех, которым оно первоначально служило, таким образом, что возникает новое произведение, в котором элементы ранее существовавшего произведения и новые элементы – добавленные в результате переработки – объединяются. Целью может быть создание произведения в новом жанре (например, роман в форме драматического произведения или в форме аудиовизуального произведения, или народная песня в симфоническом

произведении) или его приспособление к использованию в другом контексте (создание более короткого и/или простого варианта для учебных целей). Существуют специальные термины для переработки музыкального произведения для целей нового способа его исполнения и для выражения литературного произведения на другом языке: «аранжировка» и «перевод».

2. «Право на переделку» - это сокращенная ссылка на право, предусмотренное Статьей 12 Бернской конвенции, согласно которой авторы пользуются исключительным правом разрешать переделки, аранжировки и другие переработки своих произведений.
3. Результат действия по переделке упоминается как переделка. Переделки подпадают под общую категорию производных произведений и охраняются согласно Статье 2(3) Бернской конвенции «наравне с оригинальными произведениями без ущерба правам автора оригинального произведения». В то же время действие по переделке охватывается правом на переделку владельца авторского права на оригинальное произведение.

### *Согласованное заявление*

1. Важный источник толкования международных договоров. Венская конвенция о праве международных договоров в Статье 31.1 предусматривает, что «договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора» и далее в Статье 31.2(a): «Для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу, и приложения: а) любое соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора».
2. Женевская дипломатическая конференция 1996 года, которая приняла ДАП и ДИФ, также приняла большое количество согласованных заявлений, относящихся к обоим договорам (девять согласованных заявлений, относящихся к 13 Статьям, для ДАП и десять, относящихся к 13 Статьям, для ДИФ). Все согласованные заявления соответствуют требованиям процитированной выше Статьи 31.2(a) и таким образом должны считаться имеющими полную силу толкования.
3. То, что указано выше, в предшествующем пункте, о

действительности согласованных заявлений справедливо также и в отношении второго предложения согласованного заявления в отношении Статьи 1(4) ДАП, которая гласит: «Понимается, что хранение охраняемого произведения в цифровой форме в электронном средстве является воспроизведением в смысле Статьи 9 Бернской конвенции». Это единственное заявление, которое принималось не единогласно, а большинством голосов. Однако оно полностью действительно не только потому, что оно отражает то, что непосредственно следует из концепции «воспроизведения» и из Статьи (1) Бернской конвенции, но также и потому, что оно – как предписано Статьей 31.2(a) вышеупомянутой Венской конвенции - «было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора». «Заключение соглашения между всеми участниками» не означает, что участники должны заключить соглашение единогласно, а означает только, что соглашение должно быть заключено не только группой участников (группой делегаций, участвующих в дипломатической конференции), независимо от того, насколько велика группа, а с участием всех участников (всех делегаций, участвующих в дипломатической конференции), которые имеют право голосовать на дипломатической конференции в соответствии с правилами процедуры данной дипломатической конференции. Указанное второе предложение согласованного заявления было принято сначала на сессии Главного Комитета I, а затем на Пленарной сессии Дипломатической конференции с участием всех делегаций, присутствовавших на этих сессиях, большинством голосов, значительно превышающим требуемое Правилами процедуры дипломатической конференции для принятия договоров или любых их положений, и любого согласованного заявления, относящегося к ним (обратное, т.е. требование единогласия для принятия согласованного заявления, относящегося к положению договора, которое может быть принято большинством голосов, было бы абсурдным).

### *Алеаторическое произведение*

1. Произведение, в котором автор (обычно композитор музыкального произведения) оставляет свободу для творческого вклада тех, кто исполняет или как-то иначе представляет произведение, разрешая или даже предлагая сделать определенный выбор (например, в случае музыкального произведения, в отношении интенсивности, длительности или иных аналогичных признаков звуков или мелодий, или повторения или комбинации определенных

частей произведения) или завершить произведение на основе общих параметров и указаний, данных автором.

2. Обычно считается, что большинство драматических произведений соответствует признакам алеаторических произведений, в том смысле, что их авторы не определяют всех элементов того, что, предполагается, должно возникнуть в качестве сценического произведения на их основе.
3. Вклады лиц, которые завершают такие произведения, могут охраняться – в соответствии с природой вклада и правовой характеристикой возникшего результата в национальном законодательстве – как особые переделки или вклады в составные произведения.

### *Переработка произведения; другие ~*

1. Любое действие по изменению произведения. Общий термин, охватывающий те изменения, которые по своей природе могут пользоваться охраной авторского права (включая также переделки и аранжировки) и те, которые не дотягивают до уровня нового творческого вклада.
2. Существуют возможные переработки, которые не охватываются терминами «переделка» и «аранжировка», но которые все же квалифицируются как оригинальные вклады в переработанные оригинальные произведения. Это следует *inter alia* из Статей 2(3) и 12 Бернской конвенции, которые в дополнение к переделкам и аранжировкам упоминают также и «другие переработки» (карикатуры и пародии иногда рассматриваются как такие «другие переработки»).
3. «Переработка» также означает результат действия по переработке, упомянутого в пунктах 1 и 2. Такие переработки охватываются общим термином «производные произведения» и должны охраняться согласно Статье 2(3) Бернской конвенции «наравне с оригинальными произведениями без ущерба правам автора оригинального произведения». В то же время такая переработка подчиняется праву на переделку владельца авторского права на оригинальное произведение.
4. Переработки, которые обычно нужны для разрешенного использования охраняемых произведений – и которые, поскольку они не носят оригинальный характер, не приводят к созданию производного произведения – не

требуют отдельного разрешения обладателя авторского права на такое произведение. Однако согласно Статье 6bis Бернской конвенции авторы имеют право противодействовать всякой переработке (изменению) своих произведений, которая могла бы нанести ущерб их чести или репутации.

### **Изменение электронной информации об управлении правами**

Термин, использованный в Статье 12 ДАП и в Статье 19 ДИФ. Он означает любое действие, которое приводит к какому-либо существенному изменению в «информации об управлении правами».

### **Аналоговый формат/технология**

1. Аналоговый формат произведения или объекта смежных прав означает его запись в форме непрерывно изменяющихся физических величин, а не в форме абстрактных числовых значений «цифр».
2. Аналоговая технология – это технология, применяемая для записи, воспроизведения, распространения и передачи произведений и объектов смежных прав в аналоговом формате.
3. Термины «аналоговый формат» и «аналоговая технология» используются в противоположность терминам «цифровой формат» и «цифровая технология».

### **Анонимное произведение**

1. Произведение автора, который желает быть анонимным и который поэтому не указывает на экземплярах своего произведения или в связи с его сообщением для всеобщего сведения ни свое имя, ни свой псевдоним.
2. Статья 7(3) Бернской конвенции содержит специальные положения об условиях охраны анонимных произведений, а Статья 15(3) Конвенции предусматривает презумпцию, что издатель, имя которого указано на таком произведении, является представителем автора и правомочен защищать права автора. Эти положения Конвенции прекращают действовать, когда автор раскроет свою личность и заявит о своем авторстве на произведение.

### **Применение во времени**

1. Правильное выражение, отражающее вопросы, охватываемые Статьей 18 Бернской конвенции (применение которой *mutatis mutandis* предписано Статьей 14.6.Соглашения ТРИПС в отношении предоставляемых ею смежных прав, также, как и Статьей 13 ДАП и Статьей 22 ДИФ в отношении положений этих договоров).
2. Сущность положений Статьи 18 Бернской конвенции (включенных в пункты (1) и (2) этой Статьи) состоит в том, что Конвенция должна применяться в стране Бернского Союза с момента вступления Конвенции в силу в этой стране ко всем произведениям, которые еще не стали общественным достоянием ни в стране происхождения, ни в стране, в которой испрашивается охрана вследствие истечения срока ранее предоставленной охраны. (Это также означает, что произведение или объект смежных прав, который никогда не был охраняемым – поскольку, например, не было международного договора, согласно которому этот объект должен был бы быть охраняемым – но в отношении которого срок охраны, предусмотренный вышеупомянутыми международными документами еще не истек, должен охраняться в соответствии со Статьей 18 Бернской конвенции до истечения предписанного срока охраны).
3. Поскольку Статья 18 Бернской конвенции предписывает применение положений Конвенции – также в отношении произведений и объектов смежных прав, существующих на момент ее вступления в силу – только с момента вступления в силу вышеуказанных документов, она не имеет обратной силы (что не могло бы быть приемлемым с точки зрения положений некоторых национальных конституций). Такая обратная сила могла бы существовать, только если бы применение положений Конвенции распространялось также на действия, осуществленные до вступления в силу Конвенции, которые в это время – при отсутствии положений Конвенции – все же были законными, и к результатам таких действий (например, экземпляры, сделанные до вступления Конвенции в силу). Исключение такого типа обратной силы возможно в соответствии с пунктом (3) Статьи 18 Конвенции посредством принятия переходных положений (которые, однако, не должны противоречить основным положениям пунктов (1) и (2) той же Статьи).

### **Архивная копия.**

Для компьютерных программ считается синонимом «резервной копии».

### **Аранжировка (музыкального произведения)**

1. Действие по переработке музыкального произведения (охраняемого или находящегося в общественном достоянии) для нового способа или формы его исполнения (такое, как транспонирование для фортепьяно произведения, первоначально сочиненного для оркестра).
2. Результат действия по аранжировке, упомянутого выше в пункте 1. Аранжировки охватываются общей категорией производных произведений и должны охраняться согласно Статье 2(3) Бернской конвенции «наравне с оригинальными произведениями». В то же время действие по аранжировке охватывается правом обладателя авторского права на произведение на переделку.

### **Права по Статье 12**

1. Часто используемый термин, относящийся к правам, предоставляемым в соответствии со Статьей 12 Римской конвенции. Согласно этой Статье «если фонограмма, опубликованная в коммерческих целях, или воспроизведение такой фонограммы используется непосредственно для передачи в эфир или для сообщения любым способом для всеобщего сведения, пользователь выплачивает разовое справедливое вознаграждение исполнителям или изготовителям фонограмм, либо им обоим». Согласно этой же Статье в тех случаях, когда отсутствует соглашение между заинтересованными сторонами, внутренним законодательством могут быть установлены условия распределения вознаграждения. (Однако Статья 16 Римской конвенции допускает оговорки к Статье 12, которые могут доходить даже до неприменения всех положений этой Статьи).
2. Следует отметить, что Статья 15 ДИФ предусматривает такой же вид прав с возможностью таких же оговорок. Однако она предоставляет это право и исполнителям, и производителям фонограмм, разрешая национальным законодательствам устанавливать, кто может требовать у пользователя вознаграждение: исполнители, производители фонограмм (конечно, если это делает только одна из этих групп бенефициариев, она соблюдает

требование распределить вознаграждение с другой группой), или и те, и другие.

### **Искусственный интеллект**

Термин, обычно используемый для обозначения таких типов компьютерных систем, которые имеют определенные способности, ассоциируемые с интеллектом человека, такие, как восприятие, понимание, обучение, обоснование и решение проблемы. Обычно искусственный интеллект подразделяют на три категории: экспертные (или базирующиеся на знаниях) системы, системы восприятия и естественно-языковые системы. Две последние категории являются специальными компьютерными программами. Экспертные системы более сложные; они могут считаться компьютерными программами, а также специальными комбинациями компьютерных программ и особых баз данных.

### **Художественные произведения**

Согласно Бернской конвенции, это все произведения, которые не считаются литературными произведениями. Однако преобладающее большинство положений Конвенции распространяется на «литературные и художественные произведения» в целом. Очень редко положение охватывает только литературные или только художественные произведения, или заданную категорию или подкатегорию произведений, и хотя некоторые произведения могут рассматриваться как исключительно литературные произведения (такие, как, например, короткие рассказы, стихи или научные исследования) или исключительно художественные произведения (такие, как картины или скульптуры), это необязательно так. (Энциклопедии и мультимедийные произведения являются очевидными примерами «смешанных произведений» и, например, иллюстрированная книга, описывающая творческий период художника, также содержит и литературные, и художественные произведения).

### **Уступка авторского права и смежных прав**

Синоним «передачи/возможности передачи авторского права и смежных прав»

### **Аудиовизуальная переделка**

1. Деятельность по созданию аудиовизуального произведения на основе ранее существовавшего

произведения (наиболее часто романа, короткого рассказа, драматического или музыкально-драматического произведения). Согласно Статье 14(1)(i) Бернской конвенции авторы литературных или художественных произведений должны иметь исключительные права разрешать «кинематографическую переделку [...] этих произведений». В этом положении термин «кинематографическая переделка» должен пониматься как имеющий такое же более широкое значение, согласно Конвенции, как и «кинематографические произведения»; то есть это означает любой вид «аудиовизуальной переделки».

2. Результат деятельности, упомянутой выше в пункте 1. Фактически аудиовизуальная переделка обычно является аудиовизуальным произведением.

#### *Аудиовизуальная запись*

1. Действие по записи изображений и звуков чего-либо (исполнения, сценической постановки, спортивного события и т.п.).
2. Результат действия, упомянутого выше в пункте 1. Если аудиовизуальная запись содержит оригинальные элементы, она квалифицируется как аудиовизуальное произведение.

#### *Аудиовизуальные исполнения/исполнители*

1. Часто используемые выражения, которые, однако, не точны, поскольку фактически они не относятся к исполнениям и исполнителям, которые являются «аудиовизуальными», поскольку – за исключением некоторых, не слишком реалистичных экстремальных случаев – исполнение всегда включает и акустические, и визуальные элементы. Эти выражения скорее относятся к таким использованиям исполнений, которые распространяются также и на их визуальные элементы; в частности, к телевизионным передачам незаписанных исполнений и к аудиовизуальным записям исполнений.
2. Согласно Статье 19 Римской конвенции «если исполнитель дал согласие на включение своего исполнения в видеозапись или аудиовизуальную запись, Статья 7 [о правах исполнителей] в дальнейшем не применяется». Соглашение ТРИПС и ДИФ не распространяются на права исполнителей на аудиовизуальные записи.

#### *Аудиовизуальное произведение*

1. Произведение, состоящее из «ряда записанных связанных изображений, с сопровождающими звуками или без них, которые могут быть сделаны видимыми и, если они сопровождаются звуками, могут быть сделаны слышимыми» посредством соответствующего устройства. (В предыдущем предложении текст в кавычках взят из определения «аудиовизуальных произведений» в Статье 2 Договора о международной регистрации аудиовизуальных произведений).
2. В принципе считается, что элементом концепции «аудиовизуальных произведений» также является серия записанных связанных между собой изображений, ставших видимыми посредством соответствующего устройства, что создает впечатление движения.
3. «Аудиовизуальное произведение» - это более короткий синоним выражения «кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии», содержащийся в не исчерпывающем списке литературных и художественных произведений в Статье 2(1) Бернской конвенции.

#### *Автор*

1. Создатель произведения. В принципе это физическое лицо – интеллектуальный создатель произведения. Некоторые национальные законодательства также признают авторство юридических лиц – таких, как предприниматели, продюсеры и т.п., которые взяли на себя инициативу и ответственность за создание произведения (и которые в принципе посредством определения целей и определенных признаков создаваемого произведения также имеют прямое и косвенное влияние на сущность, стиль и содержание произведения).
2. Согласно Статье 2(6) Бернской конвенции охрана произведений «осуществляется в пользу автора и его правопреемников».

#### *Разрешение*

Разрешение осуществить действие в отношении произведения или объекта смежных прав. Давать (или не давать) разрешение – это исключительное право владельца авторского права или смежных прав.

### **Авторство; право требовать признания ~**

Авторство – это свойство быть автором произведения. Право требовать признания авторства на произведение является одним из личных неимущественных прав авторов согласно Статье 6bis Бернской конвенции.

### **Права авторов**

Права, предоставляемые авторам в отношении их произведений. Авторы имеют два вида прав: имущественные права и личные неимущественные права. Выражение «права авторов» часто используется как синоним «авторского права». В некоторых странах, следующих традициям общего права, «авторское право» имеет более узкое значение; оно охватывает только имущественные права (принимая во внимание иную – личные права – природу личных неимущественных прав).

### **Авторское общество**

Вид – наиболее распространенный – организации коллективного управления для управления имущественными правами в области авторского права от имени авторов и других владельцев авторского права, являющихся членами общества, также как и от имени тех, чьи права также управляются обществом на основе двусторонних соглашений с другими организациями коллективного управления или в силу закона (в форме обязательного коллективного управления или «расширенного коллективного управления»).

### **Автоматическая охрана (принцип)**

Синоним «охраны, свободной от формальностей (принципа)».

### **Охрана через черный ход**

1. Охрана, которой в соответствии с Бернской конвенцией пользуется автор, не являющийся гражданином страны Бернского Союза на основании первой публикации его произведения в стране Бернского Союза (в силу Статьи 3(1)(b) и 3(4) Конвенции).
2. Если страна, не входящая в Бернский Союз, не обеспечивает достаточной охраны произведениям авторов, являющихся гражданами одной из стран Союза, то эта страна Союза может ограничить такую охрану через черный ход в соответствии с определенными условиями, установленными в Статье 6 Бернской конвенции.

3. Значение охраны через черный ход в последнее время снизилось в результате значительного увеличения числа стран Бернского союза.

### **Резервная копия**

Машиночитаемая копия компьютерной программы (иногда называемая «архивная копия»), изготовленная для того, чтобы предотвратить утерю программы в случае ее повреждения или непреднамеренного стирания. Согласно ряду законов об авторском праве изготовление резервной копии допустимо как исключение из исключительного права на воспроизведение, если она изготовлена законным владельцем копии. В принципе также предусматривается также, что если для владельца обладание копией перестало быть законным, резервная копия должна быть уничтожена.

### **Бенефициарии охраны**

1. Те физические и юридические лица, которые могут получить охрану, пользоваться ею и осуществлять ее посредством авторского права или смежных прав в соответствии с международными нормами в области авторского права и смежных прав и/или в соответствии с национальными законами по авторскому праву. На уровне международных норм в области авторского права и смежных прав к ним относятся: (i) в случае Бернской конвенции и ДАП – авторы и другие первоначальные обладатели авторского права и их правопреемники; (ii) в случае Римской конвенции – исполнители, производители фонограмм, организации эфирного вещания и их правопреемники; (iii) в случае Соглашения ТРИПС – авторы, другие первоначальные обладатели авторского права, исполнители, производители фонограмм, организации эфирного вещания и их правопреемники; и (iv) в случае ДИФ – исполнители, производители фонограмм и их правопреемники.
2. В более широком смысле также и те, кто пользуется охраной своих прав, по меньшей мере косвенно, в результате запрещения определенных действий. На уровне международных норм в области авторского права и смежных прав к ним относятся: (i) в случае Фонограммной конвенции - производители фонограмм (возможно наряду с исполнителями, чьи исполнения записаны на фонограммы) и их правопреемники; и (ii) в случае Спутниковой конвенции – организации эфирного вещания и их правопреемники.

## **Бернская конвенция**

1. Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г., дополненная в Париже 4 мая 1896 г., пересмотренная в Берлине 13 ноября 1908 г., дополненная в Берне 20 марта 1914, пересмотренная в Риме 2 июня 1928 г., в Брюсселе 26 июня 1948 г., в Стокгольме 14 июля 1967 г. и в Париже 24 июля 1971, измененная 28 сентября 1979 г. Когда в данном Глоссарии делается ссылка на Бернскую конвенцию, то это ссылка на ее последний текст, т.е. на Конвенцию, пересмотренную в Париже в 1971 году и измененную в 1979 году.
2. В соответствии со Статьей 9.1. Соглашения ТРИПС и Статьей 1(4) ДАП страны-члены ВТО и Договаривающиеся стороны ДАП соответственно обязаны соблюдать Статьи 1-21 Бернской конвенции (в случае Соглашения ТРИПС за исключением Статьи *bis* о личных неимущественных правах). Таким образом, когда в данном Глоссарии делается ссылка на любую из этих статей Бернской конвенции, она косвенно является ссылкой на Соглашение ТРИПС и ДАП, согласно которым они применимы в равной степени.

## **Бернский Союз**

Союз, образованный в соответствии со Статьей 1 Бернской конвенции «странами, к которым применяется настоящая Конвенция». Руководящим органом Союза является Ассамблея (см. статью 22 Бернской конвенции), которая *inter alia* компетентна «рассматривать все вопросы, относящиеся к...применению настоящей Конвенции» (пункт 2(a)(i) Статьи 22). Ассамблея имеет Исполнительный Комитет (см. Статью 23 Бернской конвенции). Административные задачи Союза осуществляются Международным бюро Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности (ВОИС) (Статья 24(1)(a) и (b) Бернской конвенции), генеральный Директор ВОИС является главным должностным лицом Союза и представляет Союз (Статья 24(1)(c) Бернской конвенции).

## **Всеобъемлющая лицензия**

Лицензия, предоставляемая организацией коллективного управления для осуществления действий, охватываемых правом, которым коллективно управляет эта организация. Такая лицензия в принципе может распространяться на все произведения или объекты смежных прав в репертуаре организации – что может означать, за некоторыми возможными

исключениями, весь мировой репертуар в отношении данного права данной категории владельцев прав в данной категории произведений или объектов смежных прав. Такой вид широкого репертуара может быть результатом применения системы «расширенного коллективного управления» или простой презумпции в пользу организации коллективного управления в отношении такого расширения ее репертуара.

## **Книга**

Некоторое число листов бумаги, скрепленных вместе внутри обложки. Термин «книга» как объект авторского права означает не физический объект, а литературные произведения (такие, как роман или короткие рассказы) и/или художественные произведения (такие, как рисунки или фотографии), которые заполняют листы. Согласно некоторым законам об авторском праве, типографское расположение опубликованного издания книги является субъектом отдельной охраны посредством права типа смежных прав, которым пользуются издатели.

## **Бутлегерство**

Особая форма пиратства, которая осуществляется посредством неразрешенной записи незаписанных исполнений (обычно музыкальных) и обычно для последующего неразрешенного воспроизведения и распространения записи.

## **Пограничные меры**

Процессуальные нормы, позволяющие обладателям авторского права и смежных прав – имеющим веские основания подозревать, что может иметь место импорт пиратских экземпляров их произведений или объектов смежных прав – подать в таможенные органы заявление о приостановлении выпуска таких экземпляров в свободное обращение. Такие меры являются необходимыми и эффективными мерами в борьбе против пиратства. Часть III, Раздел IV Соглашения ТРИПС (статьи 51-60) содержит подробные положения в отношении требований, связанных с пограничными мерами.

## **Передача эфирного вещания**

Программа, передаваемая посредством эфирного вещания. Как таковая она является объектом смежных прав, предоставляемых организациям эфирного вещания (см. Статью 13 Римской конвенции).

## Эфирное вещание; право на ~

1. Эфирное вещание – это сообщение произведения или объекта смежных прав для всеобщего сведения посредством беспроводной передачи. Охватывает и наземное, и спутниковое эфирное вещание. «Эфирное вещание» не должно пониматься как включающее интерактивное доведение до сведения произведений и объектов смежных прав через компьютерные сети (где время и место приема могут индивидуально выбираться представителями публики).
2. Бернская конвенция не содержит явного определения «эфирного вещания», но понятие эфирного вещания может быть выведено из пункта (1)(i) Статьи 11bis Конвенции как сообщение произведений для всеобщего сведения средствами беспроводной связи. Согласно этому положению право на эфирное вещание является исключительным правом на разрешение. Однако в силу пункта (2) той же Статьи могут быть определены условия для осуществления этого права, условия, которые считаются разрешающими применение недобровольных лицензий или обязательного коллективного управления.
3. Соглашение ТРИПС не содержит отдельных положений по определению эфирного вещания или праву на эфирное вещание. Оно только обязывает членов ВТО соблюдать *inter alia* Статью 11bis Бернской конвенции.
4. То же можно сказать и о ДАП. Однако он также ссылается на Статью 11bis в своей Статье 8 о «Праве на сообщение для всеобщего сведения» - просто подтверждая, что положение о таком широком праве не наносит ущерба применению тех положений Бернской конвенции, которые предусматривают право на сообщение для всеобщего сведения определенных категорий произведений в определенных формах – включая Статью 11bis. Эта ссылка подтверждает толкование, упомянутое выше в пункте 2, относительно того, что эфирное вещание является одной из форм сообщения для всеобщего сведения.
5. Статья 3(f) Римской конвенции содержит ясное определение, которое гласит: «"эфирное вещание" означает передачу средствами беспроводной связи звуков или изображений и звуков для приема публикой». Следует отметить, что выражение «передача [...] для приема публикой» является неточным. Для того, чтобы квалифицировать передачу как «эфирное вещание» не

обязательно, чтобы ее прием был «публичным» - то есть, чтобы он происходил в присутствии группы людей, соответствующей понятию «публика», или по меньшей мере в открытом для публики месте. Она должна просто соответствовать концепции «сообщения для всеобщего сведения» в том значении, которое применяется в Бернской конвенции и ДАП; то есть она должна быть передана публике для приема (для приема публикой). Эфирное вещание завершается сообщением публике для такого приема; фактический прием не является условием для его завершения. В силу Статьи 7(1)(а) Римской конвенции охрана, предоставляемая исполнителям, включает «возможность предотвращать» эфирное вещание их живых исполнений без их согласия. О праве на вознаграждение исполнителей и/или производителей фонограмм в отношении эфирного вещания фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, см. «права по Статье 12».

6. На международном уровне, наиболее современное определение «эфирного вещания» содержится в Статье 2(f) ДИФ (которое, тем не менее, «унаследовало» от Римской конвенции вводящее в заблуждение выражение «передача [...] для приема публикой»). Она гласит: «'эфирное вещание' означает передачу средствами беспроводной связи звуков или изображений и звуков, или их отображений для приема публикой; такая передача, осуществляемая через спутник, также является "эфирным вещанием"; передача кодированных сигналов является "эфирным вещанием", если средства декодирования предоставляются публике вещательной организацией или с ее согласия». ДИФ также предоставляет права типа «прав по Статье 12» (см. Статью 15) с некоторыми отличиями, а в отношении эфирного вещания незаписанных фонограмм он предоставляет скорее исключительные права, а не «возможность препятствовать» (см. Статью 6 ДИФ).

## Организация эфирного вещания

1. Единственная категория из трех групп бенефициариев Римской конвенции (две другие - это исполнители и производители фонограмм), для которой в Конвенции нет определения. Тем не менее, значение термина кажется очевидным; оно может быть выведено из концепции «эфирного вещания»: радио и/или телевизионная организация, которая передает в эфир произведения и объекты смежных прав. Это неявным образом включает и деятельность, необходимую для подготовки передачи

эфирного вещания; а именно подготовку программы, которая будет передаваться в эфир, и ее календарное планирование. С другой стороны, концепция не включает такие организации, которые просто ретранслируют таким образом подготовленную, запланированную и переданную в эфир программу организации эфирного вещания.

2. Общий Отчет Римской Дипломатической конференции 1961 года, которая приняла Римскую конвенцию, содержит следующее разъяснение понятия «организация эфирного вещания»: «если техническое оборудование в Договариваемом государстве принадлежит почтовому ведомству, но то, что подается в передатчик, подготовлено и представлено такими организациями, как Французское Радио и Телевещание (Radiodiffusion-Television Francaise) или Британская корпорация эфирного вещания (British Broadcasting Corporation), последние, а не почтовое ведомство, должны считаться организацией эфирного вещания. Более того, если данная программа спонсирована рекламодателем или заранее записана независимым продюсером телевизионных фильмов и передается такими организациями, как компания эфирного вещания США «Columbia Broadcasting System», последняя, а не спонсор или независимый продюсер, должны считаться организациями эфирного вещания».

### **Брюссельская конвенция**

Другое название «Спутниковая конвенция».

### **Передача кабельного вещания**

Программа, передаваемая посредством «кабельного вещания».

### **Кабельное вещание**

Сообщение для всеобщего сведения программы кабельного происхождения. Передача по кабелю зашифрованных сигналов, несущих программу кабельного происхождения, является «кабельным вещанием», если средства для дешифрования предоставляются публике организацией кабельного вещания или с ее согласия. «Кабельное вещание» не должно пониматься, как включающее доведение до всеобщего сведения посредством передачи интерактивным способом по компьютерным сетям.

### **Организация кабельного вещания**

1. Организация, которая сообщает для всеобщего сведения программы кабельного происхождения. Сюда входит также деятельность, необходимая для такого сообщения; то есть подготовка и планирование программы, которая должна быть сообщена публике. С другой стороны, это понятие не включает такие организации, которые просто передают повторно программу организации эфирного вещания и кабельного вещания, таким образом подготовленную, запланированную и сообщенную публике.

На сегодняшний день нет международного договора по охране прав организаций кабельного вещания. Некоторые национальные законы тем не менее приравнивали кабельное вещание эфирному вещанию и предоставляют организациям кабельного вещания такие же смежные права, что и организациям эфирного вещания.

### **Программа кабельного происхождения**

1. Программа, сообщаемая для всеобщего сведения по кабелю (проводу), если то, что сообщается, не является программой организации эфирного вещания, повторно передаваемой одновременно с первоначальной передачей эфирного вещания и без изменений (поскольку тогда это программа не «кабельного происхождения», а происходит от эфирного вещания).
2. Программы кабельного происхождения (сообщаемые для всеобщего сведения по кабелю) включают: (i) собственные программы организаций кабельного вещания; (ii) программы организаций эфирного вещания, не передаваемые [повторно] одновременно, а сначала записанные, а затем передаваемые; и (iii) программы организаций эфирного вещания, передаваемые [повторно] одновременно с первоначальным эфирным вещанием, но с изменениями (например, с субтитрами или одновременным устным переводом).
3. Сообщение для всеобщего сведения программ кабельного происхождения охватывается исключительными правами на сообщение для всеобщего сведения, предусмотренными Бернской конвенцией в отношении сообщения для всеобщего сведения исполнений драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений (Статья 11(1)(ii)), публичного чтения литературных произведений (Статья 11ter(1)(ii)) и аудиовизуальных произведений (Статья 11(1)(ii) и 11bis(1)).

### *Кабельная ретрансляция*

Передача публике по кабелю (проводу) передачи эфирного вещания, кабельного вещания (или сетевого вещания) другой организации эфирного, кабельного (или сетевого) вещания. (Ссылки на передачу "сетевого" вещания и «сетевое вещание» находятся в скобках из-за все еще обсуждающейся на момент завершения Глоссария сущности этих категорий (см. «сетевое вещание»).

### *Теория пирога*

1. Относится к мнению о том, что признание новых прав - обычно новых смежных прав - в отношении того же типа произведений культуры или информационных продуктов или услуг может привести, а в общем случае и приводит, к перераспределению имеющихся финансовых ресурсов таким образом, что те, кто пользовался имущественными правами в отношении данных продуктов или услуг, получают меньше в результате обязательства производителей или пользователей продуктов или услуг платить также из тех же источников вознаграждение владельцам вновь признанных прав (то есть «пирог» не становится больше, единственным решением является нарезать его по-другому).
2. Два замечания представляются необходимыми в отношении этой «теории». Во-первых, если это только теория и она не отражает действительность, ее использование вообще не оправдано. Однако представляется, что явление, к которому относится это выражение, в некоторых случаях оказывается верным, по крайней мере, частично, поскольку, даже если финансовые ресурсы могут быть увеличены, это не может быть сделано в такой степени, что позволит избежать по крайней мере их частичного временного перераспределения, которое может оказать отрицательное воздействие на интересы тех, кто уже пользовался имущественными правами в отношении данных продуктов или услуг. Во-вторых, даже в последнем случае, описание этих фактов является недостаточным основанием для отрицания признания некоторых прав, если такое признание является вопросом справедливости и трезвой социальной политики.

### *Кэширование*

1. Услуга, предоставляемая провайдером услуг, включающая автоматическое промежуточное и временное хранение произведений или объектов смежных прав в электронной

(компьютерной) памяти, осуществляемое с единственной целью сделать более эффективной последующую их передачу получателям услуги.

2. Об ответственности провайдеров услуг за кэширование см. «провайдеры услуг, ответственность».

### *Централизованное управление/централизованное лицензирование авторского права и смежных прав*

Иногда используются как синонимы «совместного управления авторского права и смежных прав», «агентство/центр по очистке прав» и/или «одно окно».

### *Персонажи*

Идентифицируемые лица или другие образы беллетристических литературных или художественных произведений, которые, когда они являются существенными элементами такого произведения, при явно идентифицируемой личности и с особыми оригинальными чертами должны охраняться авторским правом как таковые. Некоторые национальные законы содержат разъяснения этого содержания.

### *Хореографическое произведение*

1. Категория произведений, упомянутых в неисчерпывающем списке литературных и художественных произведений в Статье 2(1) Бернской конвенции, состоящих из ряда шагов и движений, в общем случае в форме танцев в балете и обычно, но не обязательно, включающих в себя выражения драматических элементов и сопровождаемых музыкой.
2. Некоторые национальные законы охраняют хореографические произведения, только если они были записаны в некоторой материальной форме посредством особой техники нотации (такой, как нотация Лабана) или путем аудиовизуальной записи (условие охраны авторского права, применение которого разрешено Статьей 2(2) Бернской конвенции).

### *Кинематографическая переделка*

См. «аудиовизуальная переделка».

### *Кинематографическое произведение*

1. В узком смысле это произведение, созданное путем использования особой технологии, а именно кинематографии, что означает запись ряда связанных между собой изображений с сопровождающим звуком или без него на целлюлоидной ленте (или иной аналогичной среде), которые могут быть сделаны видимыми, и если они сопровождаются звуками, могут быть сделаны слышимыми посредством соответствующего устройства, создавая эффект движения (отсюда выражение «двигающаяся картинка»).
2. При использовании в положениях Бернской конвенции под этим понимаются не только кинематографические произведения в узком смысле, упомянутом в пункте 1, но и более широкая категория, указанная в не исчерпывающем списке литературных и художественных произведений в Статье 2(1) Бернской конвенции как «кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии». Это соответствует понятию «аудиовизуальных произведений».

### *Обход (технических средств защиты)*

Уклонение, обход, устранение, деактивация или иное нарушение технических средств защиты. Об обязательстве Договаривающихся Сторон ДАП и ДИФ предусматривать соответствующую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от проявлений такого обхода см. «технические средства защиты».

### *Требование признания авторства; право на ~*

1. Требование признания авторства на произведение. В общем случае включает в себя требование того, чтобы имя автора было указано на экземплярах или в связи с любым публичным использованием произведения, если только это не является невозможным или неразумным при определенных обстоятельствах.
2. Право требовать признания авторства на произведение является одним из личных неимущественных прав, представляемых в соответствии со Статьей 6bis Бернской конвенции.

### *Требование быть признанным в качестве исполнителя исполнения; право на ~*

Право требовать быть признанными в качестве исполнителей своих исполнений является личным неимущественным правом исполнителей, признанным Статьей 5 ДИФ аналогично праву требовать признания авторства на произведение. Пункт (1) этой Статьи ясно предусматривает, что это право не распространяется на те случаи, когда «непредоставление такого права продиктовано характером использования исполнения».

### *Кодирование*

См. «шифровать/шифрование».

### *Организация по сбору/общество*

1. В широком и наиболее часто понимаемом смысле это синоним «организации управления на коллективной основе» и «авторского общества». Употребление в том смысле является неправильным, поскольку сбор вознаграждения это только одна из задач таких организаций; в частности, распределение вознаграждения и передача его правообладателям, представляемым организацией, является по меньшей мере такой же важной задачей.
2. В более узком смысле, это организация (может быть также правительственной организацией), осуществляющая только задачу сбора вознаграждения, которое затем передается организациям управления на коллективной основе и/или другим организациям совместного управления для распределения между правообладателями.

### *Сборник/компиляция (произведений/данных)*

1. Эти два термина используются как синонимы в международных нормах по авторскому праву. Сборник или компиляция произведений, данных или других материалов в любой форме охраняются как произведение, если по подбору или расположению содержимого они представляют собой интеллектуальное творение (из этих двух терминов «сборник» представляется относящимся в первую очередь к стадии отбора, тогда как «компиляция» представляется охватывающей как отбор, так и расположение).

2. Безотносительно деталей соответствующих положений, такие сборники/компиляции охраняются Бернской конвенцией, Соглашением ТРИПС и ДАП.

– Статья 2(5) Бернской конвенции предусматривает следующее: «Сборники литературных или художественных произведений, например, энциклопедии и антологии, представляющие собой по подбору и расположению материалов результат интеллектуального творчества, охраняются как таковые, без ущерба правам авторов каждого из произведений, составляющего часть таких сборников». В этом положении союз «и» носит характер «и/или»; по-другому быть не может, поскольку если есть одна причина, по которой какое-либо произведение – включая любой сборник/компиляцию – представляет собой результат интеллектуального творчества, этого достаточно; в другой причине нет необходимости. Так, если сборник/компиляция представляет собой результат интеллектуального творчества только по подбору или только по расположению материалов, он/она охраняется, хотя и не посредством Статьи 2(5), а посредством общего положения Статьи 2(1) Бернской конвенции, согласно которому любое произведение в области литературы, науки и искусства, квалифицируемое как результат интеллектуального творчества, охраняется авторским правом. Сборники/компиляции данных и других материалов, не подходящих для охраны авторским правом, не охраняются посредством Статьи 2(5), но, поскольку основанием для охраны сборников/компиляций является оригинальный характер подбора или расположения их содержания, такие сборники/компиляции в качестве продукции в области литературы и искусства, образующей интеллектуальные творения, должны охраняться посредством общего положения Статьи 2(1) Бернской конвенции.

– Статья 10.2 Соглашения ТРИПС и Статья 5 ДАП содержат аналогичные положения. Они гласят (отличия указаны одно после другого в квадратных скобках): «Компиляции данных или другой информации, [как в машиночитаемой, так и в другой форме] [в любой форме], которые по подбору или расположению содержания представляют собой результат интеллектуального творчества, [должны охраняться] [охраняются] как таковые. Такая охрана, [которая] не распространяется на сами данные или информацию и не затрагивает какое-либо авторское право, относящееся к самим данным или информации, [содержащимся в компиляции]». Названия обеих Статей вводят в

заблуждение, поскольку в обоих случаях относятся только к «Компиляциям данных», а вводящая в заблуждение сущность названия Статьи 5 ДАП еще более усугублена тем, что словосочетание «Базы данных» добавлено в скобках. Это вводит в заблуждение, поскольку эти положения охватывают не только оригинальные базы данных, но и оригинальные сборники/компиляции произведений и других материалов.

3. См. также «базы данных».

### *Коллективное управление авторским правом и смежными правами*

Синоним «управления авторским правом и смежными правами на коллективной основе».

### *Управление авторским правом и смежными правами на коллективной основе*

Способ осуществления авторского права и смежных прав, когда осуществление прав в индивидуальном порядке невозможно или в высшей степени затруднено. Соответствующие правообладатели разрешают организации осуществлять их права от их имени; а именно предоставлять лицензии, контролировать использование, собирать соответствующее вознаграждение и распределять и передавать это вознаграждение тем, кому положено. Традиционное понимание этого термина подразумевает также, что действительный коллектив авторов, исполнителей и правообладателей управляет соответствующими правами посредством созданных ими организаций и административных единиц. В случае такого управления на коллективной основе обычно пользователям предоставляются общие лицензии, устанавливаются единые тарифы и правила распределения, а из собранного вознаграждения делаются отчисления не только на административные расходы, но и на культурные и социальные. Это термин также часто используется для всех совместных форм осуществления прав, когда лицензии можно получить из одного источника (а не в индивидуальном порядке). См. также «совместное управление авторским правом и смежными правами».

### *Организация управления на коллективной основе*

Организация, осуществляющая управление авторским правом и смежными правами на коллективной основе.

### *Коллективное произведение*

1. Произведение, созданное путем включения в себя произведений нескольких авторов по инициативе и под ответственность физического или юридического лица, которое публикует это произведение под своим именем (и которое затем становится оригинальным обладателем авторского права), в котором внесенный вклад каждого – из-за их большого числа участников или косвенного характера вклада – объединяется с другими в единое целое произведение так, что невозможно или в высшей степени затруднительно идентифицировать индивидуальные произведения и их авторов.
2. В некоторых национальных законах термин «коллективное произведение» используется как синоним «сборника произведений».

### *Произведение, созданное по заказу*

Произведение, создание которого заказано физическим или юридическим лицом в соответствии с договором, заключенным с автором. Согласно некоторым национальным законам владение авторским правом на произведения, созданные по заказу, регулируется аналогично владению авторским правом на произведения, созданные авторами, работающими по найму (см., в частности, «произведение, созданное автором, работающим по найму»).

### *Теория передачи информации (сообщения)*

1. Ссылка на то, что фактически является не просто теорией, а скорее описанием природы эфирного вещания; а именно того, что понятие эфирного вещания не должно сводиться к моменту излучения сигналов, несущих программу вещания; это процесс сообщения, который начинается с излучения таких сигналов, а заканчивается только тогда, когда программа, которую они переносят, становится доступной (то есть сообщается) для всеобщего сведения (фактический прием программы, однако, не является условием завершения эфирного вещания). Такое толкование является особенно важным в случае прямого эфирного вещания с помощью спутника, когда это означает, что действие по осуществлению эфирного вещания начинается в момент излучения («ввода») программы на спутник, но оно также включает в себя такие этапы процесса сообщения, как передача на орбиту и передача на землю, оно завершается только тогда, когда программа фактически сообщена для

всеобщего сведения (стала доступной для приема) в зоне обслуживания спутника (фактический прием не является условием завершения действия).

2. Эта «теория» (или более точно, это описание существующей правовой ситуации) подтверждается Статьей 11bis(1) Бернской конвенции, согласно которой «эфирное вещание» это форма [беспроволочного] «сообщения для всеобщего сведения». Представляется, что это также соответствует определениям «эфирного вещания» в Статье 3(f) Римской конвенции и Статье 2(f) ДИФ, каждая из которых говорит о «передаче» (которая обязательно представляет собой технологический процесс из одной точки куда-либо еще), а не об «излучении» (которое предполагает действие, привязанное к одной точке в пространстве и к одной моменту времени).
3. Противоположной теорией является «теория излучения».

### *Сообщение для всеобщего сведения при помощи кабеля (провода)*

См. «кабельное вещание» и «сообщение для всеобщего сведения».

### *Сообщение для всеобщего сведения; право на ~*

1. В узком смысле, так, как это применяется в Бернской конвенции, это означает передачу по проводам или средствами беспроводной связи изображений или звуков, или того и другого, относящихся к произведению или объекту смежных прав, делающую возможным восприятие изображений и/или звуков лицами вне обычного круга семьи и ближайшего социального окружения семьи в месте или местах, расстояние до которых от места, в котором начинается передача, таково, что без передачи изображения или звуки или и то, и другое не будут восприниматься в указанном месте или местах независимо от того, могут ли указанные лица воспринимать изображения и/или звуки в одном и том же месте и в одно и то же время или в разных местах и в разное время. Фактический прием переданной программы в общем случае не является условием завершения такого действия и не является его частью. Бернская конвенция предусматривает такое право на сообщение для всеобщего сведения в отношении публичного исполнения драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений (Статья 11(1)(ii), публичного чтения

литературных произведений (Статья 11ter(1)(ii)) и аудиовизуальных произведений (Статья 14(1)(ii) и 14bis(1)). Концепция «сообщения для всеобщего сведения» согласно Бернской конвенции также распространяется и на эфирное вещание, но в силу Статьи 11bis к нему относится специальное право на эфирное вещание.

2. ДАП принял эту концепцию, но также расширил ее путем упоминания – в Статье 8 – (интерактивного) «доведения до всеобщего сведения» как подпадающего под нее.
3. В отношении смежных прав согласно Римской конвенции понятие «сообщения до всеобщего сведения» является в определенном отношении более узким, а другом отношении более широким, чем в соответствии с Бернской конвенцией. Более узким из-за того, что эфирное вещание рассматривается как отдельная категория (это видно из таких выражений, как «эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения» (см. Статью 7.1(a)) (что, однако, не меняет того факта, что эфирное вещание является особой – беспроводной – формой сообщения для всеобщего сведения). В другом отношении понятие «сообщения для всеобщего сведения» согласно Римской конвенции является более широким, поскольку оно включает в себя не только сообщение для всеобщего сведения в месте, отличном от того, откуда происходит сообщение, но также и сообщение для всеобщего сведения фонограммы или передачи эфирного вещания в присутствии публики или по меньшей мере в месте, открытом для публики. Согласно Статье 7(1)(a) Конвенции охрана исполнителей включает возможность предотвращать сообщение для всеобщего сведения их незаписанных исполнений без их согласия. О праве на вознаграждение исполнителей и/или производителей фонограмм в отношении сообщения для всеобщего сведения фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, см. «права по Статье 12». Согласно Статье 13(d) организации эфирного вещания также имеют право разрешать или запрещать «сообщение для всеобщего сведения своих телевизионных передач, если такое сообщение осуществляется в местах, доступных для публики за входную плату» (однако для осуществления этого права могут быть определены условия и даже может быть сделана оговорка в отношении его применения).
4. ДИФ предлагает точное определение «сообщения для всеобщего сведения» в Статье 2(g), которое гласит: ««сообщение для всеобщего сведения» исполнения или фонограммы означает передачу для публики любым средством, кроме эфирного вещания, звуков исполнения

либо звуков или отображений звуков, записанных на фонограмму. Для целей Статьи 15 [которая предоставляет права, аналогичные предусмотренным Статьей 12 Римской конвенции] «сообщение для всеобщего сведения» включает доведение звуков или отображений звуков, записанных на фонограмму, до слухового восприятия публикой». Это показывает, что ДИФ принял ту же концепцию что и Римская конвенция ( а также разъясняет, что основная сущность эфирного вещания это тоже сообщение для всеобщего сведения). ДИФ не следует ДАП в расширении понятия «сообщения до всеобщего сведения» на (интерактивное) «доведение до всеобщего сведения»; он предоставляет - в Статьях 10 и 14 – отдельные исключительные права исполнителям и производителям фонограмм разрешать такое «доведение».

### *Сравнение сроков*

Относится к исключению из обязательства предоставлять национальный режим. Согласно Статье 7(8) Бернской конвенции срок охраны, предоставляемой страной, в которой испрашивается охрана, не превышает срок охраны, установленный в стране происхождения произведения, если законодательством страны, в которой испрашивается охрана, не предусмотрено иное. «Сравнение сроков» осуществляется на основе этого положения.

### *Компиляция*

См. «сборник/компиляция (произведений/данных)»

### *Принудительная лицензия*

1. Ограничение прав обладателей авторского права и/или смежных прав, суть которого состоит в том, что от обладателя права не зависит, предоставляется ли разрешение на осуществление действий, предусмотренных этим правом. Как показывает название этой «лицензии», она предоставляется в принудительном порядке правообладателем или вместо него организацией коллективного управления или компетентным ведомством. Она отличается от лицензии по закону, в случае которой пользователи даже не должны подавать испрашивать лицензию; закон прямо разрешает данное использование и за него только должно быть выплачено вознаграждение (в общем случае также установленное законом или компетентным ведомством). Бернская конвенция предусматривает возможность таких лицензий в Статье

11bis(2) в отношении эфирного вещания и некоторых связанных с ним действий, в Статье 13 в отношении записей музыкальных произведений, а в Дополнительном разделе в отношении перевода и воспроизведения произведений для определенных целей, в основном для использования в школах, университетах или в целях исследований в развивающихся странах.

2. См также «исключения и ограничения».

#### *Произведение, созданное с помощью компьютера*

Произведение, для создания которого в качестве помощи автор использует компьютер и соответствующие компьютерные программы (например, в случае музыкального произведения, созданного с помощью компьютера, для создания и подбора вариантов, из которых затем композитор выбирает один или более для своего произведения).

#### *Произведение, порожденное компьютером*

Синоним «произведения, созданного компьютером».

#### *Компьютерная программа*

1. Набор инструкций, выраженных в словах, кодах, схемах или в любой другой форме, который может, будучи выражен в машиночитаемой форме, привести «компьютер» - электронное или аналогичное устройство, имеющее возможность обработки информации - в действие для выполнения определенной задачи или достижения определенного результата. (Вышеуказанное взято из определения, включенного в Типовые Положения по Охране Компьютерного Программного Обеспечения, принятые в 1978 г. В то время, как Примерные положения сейчас полностью устарели, это определения представляется все еще имеющим силу).
2. Сначала Соглашение ТРИПС разъяснило в Статье 10.1, что «Компьютерные программы, как исходный текст, так и объектный код охраняются как литературные произведения в соответствии с Бернской Конвенцией (1971 г.)»; затем то же самое сделал и ДАП в Статье 4, с некоторыми отличиями в формулировке: «Компьютерные программы охраняются как литературные произведения в смысле Статьи 2 Бернской конвенции. Такая охрана распространяется на компьютерные программы независимо от способа или формы их выражения».

#### *Произведение, произведенное компьютером*

Произведение, произведенное посредством компьютера, если творческий вклад людей настолько косвенный и отдельные вклады настолько слились в единое целое произведения, что трудно или невозможно приписать авторство в отношении таких вкладов. Национальные законодательства, содержащие специальные положения о произведениях, созданных компьютером, в общем случае предусматривают, что первоначальным обладателем авторского права является физическое или юридическое лицо, которое организовало создание произведения.

#### *Компьютерное программное обеспечение*

Значение этого выражения не достаточно определено и оно не используется единообразно. До начала развития цифровых технологий оно иногда использовалось как разновидность синонима компьютерных программ, а иногда относилось ко всему, что могло быть включено в компьютер в машиночитаемой форме. В то время это означало распространение этого понятия на базы данных и первые простые видеоигры. С новым широко распространившимся использованием цифровых технологий это второе значение стало настолько широким, что потеряло свое значение в качестве технического термина. Это выражение - даже больше, чем раньше - не может считаться достаточно устойчивым и точным термином и вряд ли может считаться релевантным с точки зрения международных норм авторского права.

#### *Ущерб (без ~ нормальному использованию произведений или объектов смежных прав)*

См. «трехуровневый тест»

#### *Согласие*

Синоним «разрешения».

#### *Содержание; провайдер ~*

1. Из множества альтернативных - общих и специальных - значений особо релевантным является такое, которое относится к тому, что содержится на веб-сайтах и в сообщениях через интерактивные компьютерные сети. Проще говоря, это содержание, которое делает носителей содержания, какие-либо веб-сайты, какие-либо сообщения наполненными смыслом. Этот термин имеет недостаток, заключающийся в том, что он еще более расплывчатый, чем

выражение «программное обеспечение». Он смешивает вместе вещи, которые не имеют ничего общего; он включает произведения и другие охраняемые объекты в неопределенную и чрезвычайно широкую категорию с многочисленным другим «содержанием» - объектами, которые не охраняются – и вполне правильно – правами интеллектуальной собственности. Это может привести к некоторым не достаточно продуманным идеям и теориям, в соответствии с которыми всем видам «содержания» должен быть предоставлен одинаковый статус и режим, и существует опасность снижения уважения и – в качестве возможного результата – правового статуса произведений и объектов смежных прав. Содержание является абсолютно неуместным термином с точки зрения вопроса о том, что нужно охранять и как, вопроса, на который можно ответить обоснованно, только если сначала разяснить, какой вид «содержания» и как используется.

2. Термин «провайдер содержания» в контексте того, что содержится на веб-сайтах и в сообщениях через интерактивные компьютерные сети, относится к тем, кто предоставляет «содержание» в том смысле, который упомянут выше в пункте 1.

### *Содействие в нарушении/ответственность*

1. Содействие в нарушении имеет место, когда кто-либо, зная о правонарушающих действиях, склоняет, является причиной или вносит материальный вклад в чьи-либо правонарушающие действия.
2. Ответственность за содействие в нарушении основана на этой связи с правонарушающими действиями.

### *Копия (экземпляр)*

Результат воспроизведения произведения или объекта смежных прав. Может быть постоянной или временной/скоротечной; может быть материальной или нематериальной; может восприниматься непосредственно людьми или только при помощи соответствующего оборудования; и в принципе может существовать в любой форме и любым способом.

### *Копирование*

Синоним «воспроизведения».

### *Система управления копиями*

Электронная система (устройство, электронный код и т.п.), применяемая для ограничения воспроизведения произведений и/или объектов смежных прав или по меньшей мере для серьезного ухудшения качества копий, изготавливаемых сверх определенного числа (обычно единственная копия), такая, как Система Управления Последовательными копиями (SCMS). Это мера технической защиты.

### *Система защиты от копирования*

Средство технической защиты, применяемое для того, чтобы предотвратить изготовление копии произведения или объекта смежных прав.

### *Права, связанные с копированием*

1. Одна из трех основных категорий имущественных прав в рамках авторского права и смежных прав (наряду с правами, не связанными с копированием, и правами на преобразование). Термин подразумевает такие права, которые относятся к изготовлению и распространению экземпляров, в частности, право на воспроизведение, право на прокат и права предоставлять во временное пользование).
2. О сглаживании границы между правами, связанными с копированием и правами, не связанными с копированием, см. «доведение до всеобщего сведения; право на ~» и «зонтичное решение».

### *Авторское право*

В соответствии со своим основным значением – в котором он используется в Бернской конвенции, Соглашении ТРИПС и ДАП – это английский термин для прав на литературные и художественные произведения. В странах, следующих традициям общего права, часто используется и в узком смысле (с определенной точки зрения), и в широком смысле (с другой точки зрения). В узком смысле он означает имущественные права (и, поскольку Соглашение ТРИПС не охватывает личные неимущественные права, в соответствии с ТРИПС этот термин обязательно применяется в таком узком смысле); а в широком смысле он означает, в дополнение к правам на литературные и художественные произведения, также, например, права производителей фонограмм, права организаций эфирного

вещания и согласно некоторым национальным законам, права на типографское оформление опубликованных изданий.

### *Владелец авторского права*

Синоним «обладателя авторского права»

### *Закон об авторском праве*

Нормы, регулирующие приобретение, осуществление, охрану и обеспечение соблюдения авторского права и смежных прав. В узком смысле – в котором это выражение используется очень редко – означает только нормы, регулирующие приобретение, осуществление, охрану и обеспечение соблюдения авторского права.

### *Знак охраны авторского права*

1. Знак, проставляемый в качестве формального условия (формального требования) охраны или в качестве информации на экземплярах опубликованного произведения, на которое заявлено авторское право. Такой знак обычно включает: (i) слово «copyright» или символ ©; (ii) год первой публикации; и (iii) имя автора или обладателя авторского права. Поскольку Статья 5(2) Бернской конвенции запрещает какие бы то ни было формальности в качестве условия для пользования и осуществления прав, знак охраны не может быть потребован в качестве такого условия в отношении произведений, охраняемых согласно Конвенции.
2. Такой знак был введен Всемирной конвенцией об авторском праве, Статья III которой предусматривает следующее: «Любое Договаривающееся Государство, по внутреннему законодательству которого неперенным условием охраны авторского права является соблюдение формальностей, как-то: депонирование экземпляров, регистрация, оговорка о сохранении авторского права, нотариальные удостоверения, уплата сборов, изготовление или выпуск в свет экземпляров произведения на территории данного Государства, - должно считать эти требования выполненными в отношении всех охраняемых на основании настоящей Конвенции произведений, которые впервые выпущены в свет вне территории этого Государства и авторы которых не являются его гражданами, если, начиная с первого выпуска в свет этих произведений, все их экземпляры, выпущенные с разрешения автора или любого другого обладателя его прав, будут носить знак © с

указанием имени обладателя авторского права и года первого выпуска в свет; этот знак, имя и год выпуска должны быть помещены таким способом и на таком месте, которые ясно показывали бы, что авторское право сохраняется».

3. Хотя ВКАП применяется всего в нескольких странах, использование вышеописанного знака охраны авторского права является общей практикой – также и в странах Бернского Союза, в государствах-членах Соглашения ТРИПС и в странах, являющихся Договаривающимися Сторонами ДАП. Это вызвано тем, что такой знак содержит полезную информацию об обладании правами и о времени первой публикации соответствующего произведения. Знаки охраны авторского права могут также служить основой для опровержимой презумпции о действительности информации, содержащейся в них.

### *Правообладатель*

См. «обладатель авторского права»

### *Страна происхождения произведения*

1. В соответствии со Статьей 5(4) Бернской конвенции страной происхождения произведения считается: (a) для произведений, впервые опубликованных в какой-либо стране Союза, - эта страна; для произведений, опубликованных одновременно в нескольких странах Союза, предоставляющих различные сроки охраны, - та страна, законодательство которой устанавливает самый короткий срок охраны; (b) для произведений, опубликованных одновременно в какой-либо стране, не входящей в Союз, и в одной из стран Союза, эта последняя страна; (c) для неопубликованных произведений или для произведений, опубликованных впервые в стране, не входящей в Союз, без одновременного опубликования в какой-либо стране Союза, та страна Союза, гражданином которой является автор, при условии, что (i) в отношении кинематографических произведений, изготовитель которых имеет свою штаб-квартиру или обычное местожительство в какой-либо стране Союза, страной происхождения является эта страна и (ii) в отношении произведений архитектуры, сооруженных в какой-либо стране Союза, или других художественных произведений, являющихся частью здания или другого сооружения, расположенного в какой-либо стране Союза, страной происхождения является эта страна. Авторы, не являющиеся гражданами одной из стран Союза, но имеющие свое обычное местожительство в одной из

таких стран, приравниваются для целей настоящей Конвенции к гражданам этой страны (Статья 3(2) Конвенции).

2. В соответствии со Статьей 5(3) Бернской конвенции «охрана в стране происхождения регулируется внутренним законодательством», однако «если автор не является гражданином страны происхождения [...] он пользуется в этой стране такими же правами, как и авторы - граждане этой страны». Для произведений, охраняемых согласно Конвенции, в принципе применяется не закон страны происхождения этих произведений, а закон страны, в которой испрашивается охрана, и эта охрана не зависит от существования охраны в стране происхождения. Тем не менее, в некоторых случаях закон страны происхождения должен приниматься во внимание (см. Статью 2(7) об охране произведений прикладного искусства/промышленных образцов; Статью 7(8) о «сравнении сроков»; и Статью 18(1) о применении во времени («ретроактивности») Конвенции).

#### *Страна, в которой испрашивается охрана*

Страна, в которой охрана авторского права или смежных прав должна быть обеспечена («lex loci protectionis» - законом того места, в котором испрашивается охрана) применительно к данному действию в отношении произведения или объекта смежных прав, охраняемого в соответствии с международным договором.

#### *Критерии для предоставления охраны*

1. Критерии (такие, как страна гражданской принадлежности автора или другого обладателя авторского права или обладателя смежных прав, или страна первого опубликования), существование которых является условием охраны произведения или объекта смежных прав в соответствии с международными конвенциями и/или законами по авторскому праву.
2. Бернская конвенция установила критерии для предоставления охраны произведениям в своих Статьях 3 и 4, Римская конвенция установила критерии для предоставления охраны в отношении прав исполнителей в своей Статье 4; в отношении прав производителей фонограмм в Статьях 5 и 17; и в отношении прав организаций эфирного вещания в своей Статье 6. Соглашение ТРИПС (Статья 1.3), ДАП (Статья 3) и ДИФ (Статья 3) предусматривают посредством ссылки применение

критериев для предоставления охраны, установленных в этих положениях Бернской конвенции и Римской конвенции соответственно.

#### *Возмещение убытков*

Денежная сумма для компенсации ущерба, понесенного обладателем авторского права или смежных прав из-за нарушения его прав. Соглашение ТРИПС предусматривает, что судебный орган должен иметь право обязать нарушителя возместить правообладателю убытки в сумме, достаточной для компенсации ущерба, если он знал или имел достаточные основания знать, что он совершает противоправные действия (Статья 45.1). Согласно Соглашению Судебный орган также должен иметь право обязать нарушителя возместить правообладателю расходы, которые могут включать надлежащий гонорар адвоката. Более того, в соответствующих случаях судебный орган может также предписать взыскание прибыли и/или выплату предварительно установленных убытков («установленных законом убытков»), даже если нарушитель не знал или не имел достаточных оснований знать, что он совершает противоправные действия (Статья 45.2).

#### *Данные; база данных*

1. «Данные» состоят из фактической информации, которая как таковая не пользуется охраной интеллектуальной собственности.
2. Компильция/сборник данных охраняется авторским правом, если она - по подбору или расположению данных - представляет собой результат интеллектуального творчества. Первоначальное значение термина - которое в определенной степени до сих пор превалирует - охватывает то, что часто упоминается как «электронная база данных»; то есть совокупность информации (просто данные), расположение, хранение и поиск которой осуществляется электронным или аналогичным способом (обычно с помощью компьютеров). Это значение было расширено в двух отношениях. Во-первых, в соответствии с некоторыми национальными законами понятие базы данных перестало быть связанным с использованием электронных и аналогичных способов, и было распространено на все компильции/сборники информации (просто данные), независимо от того, существуют ли они в печатном виде, в электронном запоминающем устройстве или в любом другом формате. Во-вторых, в соответствии с теми же и/или другими национальными законами, понятие

«базы данных» также было распространено на все компиляции/сборники, независимо от того, содержат они только произведения, произведения и просто данные или только просто данные. Какое бы значение ни придавалось этому термину, базы данных охраняются согласно Статье 2(1) и Статье 2(5) Бернской конвенции, согласно Статье 10.2 Соглашения ТРИПС и согласно Статье 5 ДАП как произведения при условии, что они представляют собой результаты интеллектуального творчества по подбору или расположению их содержания. Кроме того, их охрана не распространяется на просто данные или другую содержащуюся в них неохраняемую информацию и в то же время их охрана должна осуществляться без ущерба охране включенных в них произведений и объектов смежных прав.

3. В соответствии с определенными национальными законами, в частности, в странах Европейского Союза, создатели баз данных – независимо от того, являются ли их базы данных результатами интеллектуального творчества и соответственно охраняются авторским правом – пользуются охраной смежных прав.

### *Декодирование; декодер*

Соответственно способ и устройство, используемые для снятия или обхода кодирования/зашифровки произведения или объекта смежных прав – являющихся технической мерой защиты – и, таким образом, для обеспечения их восприятия людьми, для воспроизведения и (дальнейшего) сообщения для всеобщего сведения.

### *Декомпиляция*

1. Способ преобразования компьютерной программы из кода (объектного кода), в котором она не понятна людям, в код (исходный код), в котором она понятна по меньшей мере тем, кто обучен конкретному языку программирования.
2. При некоторых особых условиях и при соответствующих правовых гарантиях от возможности неправильного использования такого исключения, все большее число законов в области авторского права исключают декомпиляцию из исключительных прав на воспроизведение и переделку, когда она является нужной для получения информации, необходимой для обеспечения взаимодействия независимо созданной компьютерной программы с другими компьютерными программами.

### *Дешифровка; дешифрование*

Синонимы «декодирования». См. также «шифровка; шифрование».

### *Отчисления на культурные и/или социальные нужды*

Отчисления организаций по управлению на коллективной основе из вознаграждения, собранного ими от имени представляемых ими обладателей авторского права или смежных прав, на цели, отличные от покрытия фактических затрат на коллективное управление, и в частности, на определенные культурные нужды (такие, как содействие национальной творческой деятельности) и/или социальные нужды (такие, как покрытие затрат на медицинское страхование и/или пенсионное обеспечение своих членов). Поскольку такие отчисления делаются из вознаграждения, причитающегося обладателям прав, они являются правомерными, только если разрешены – непосредственно или через своих представителей – обладателями соответствующих прав.

### *De minimis*

Извлечение из латинского выражения «de minimis non curat lex» - «суд не собирается по пустякам», что означает, что закон не заботится о небольших, незначительных вопросах. Этот термин использован в Соглашении ТРИПС (Статья 60), упоминающем «de minimis импорта», то есть личное количество товаров некоммерческого характера в личном багаже пассажиров, которое из-за своей незначительности можно не учитывать и в отношении которого можно не применять пограничные меры, предписанные Статьями 51-59.

### *Производное произведение*

1. В принципе этот термин относится к переводам, переделкам, аранжировкам и аналогичным изменениям ранее существовавших произведений, охраняемым в соответствии со Статьей 2(3) Бернской конвенции как таковые без ущерба авторскому праву на ранее существовавшие произведения.
2. Иногда этот термин используется в более широком значении, распространяясь также на компиляции/сборники произведений, охраняемые в соответствии со Статьей 2(5) Бернской конвенции (также, как и в соответствии со Статьей 10.2 Соглашения ТРИПС и Статьей 4 ДАП).

### **Вторичный сигнал**

В соответствии со Статьей 1(v) Спутниковой конвенции это «сигнал, получаемый путем преобразования технических характеристик излучаемого сигнала с промежуточными записями или без них».

### **Образец**

См. «промышленный образец»

### **Разработанная идея**

См. «дихотомия идея-выражение»

### **Цифровая повестка дня**

Те вопросы, рассматривавшиеся на Дипломатической конференции 1996 года, принявшей ДАП и ДИФ, а также во время подготовительной работы к ней, которые относятся к влиянию цифровых технологий на авторское право и смежные права. Сюда относятся: (i) применение права на воспроизведение в цифровой среде; (ii) право или права, которые должны применяться для цифровой передачи/доставки; (iii) допустимые исключения и ограничения в цифровой среде; и (iv) обязательства в отношении технических мер защиты и информации об управлении правами. В таком значении это выражение отличается от более всеобъемлющей «Цифровой повестки дня ВОИС», которая была утверждена Генеральной Ассамблеей в сентябре 1999 г.

### **Цифровой формат/технология**

1. Цифровой формат произведения или объекта смежных прав, где прилагательное «цифровой» образовано из слова «цифра», означает, что произведение или объект смежных прав существует (записан и/или передан) в форме абстрактных численных значений (цифр), на сегодняшний день обычно нулей и единиц, в так называемом «бинарном коде» (а не в форме непрерывно изменяющихся физических величин; то есть в аналоговом формате).
2. Цифровая технология - это технология, применяемая для записи, воспроизведения, распространения и передачи произведений и объектов смежных прав в цифровом формате.

3. Термин «цифровой формат» и «цифровая технология» используются в противоположность терминам «аналоговый формат» и «аналоговая технология».

### **Закон об авторском праве в цифровую эпоху (DMCA)**

Закон об авторском праве в цифровую эпоху, вносящий изменения в главу 17 Свода законов Соединенных Штатов Америки (по существу закон об авторском праве), принятый 28 октября 1998 г. Он включает *inter alia* «Законом 1998 года об осуществлении договоров ВОИС по авторскому праву и по исполнению и фонограммам» и «Законом об ответственности за нарушение авторского права в режиме он-лайн», которые сыграли решающую роль в адаптации закона США об авторском праве к цифровой сетевой среде.

### **Цифровая передача/доставка**

Действие, охватываемое понятием (интерактивного) «доведения до всеобщего сведения».

### **Оцифровка/оцифровывание**

Преобразование произведений или объектов смежных прав из аналогового формата в цифровой формат. Это является воспроизведением и охватывается правом на воспроизведение.

### **Спутник прямого вещания**

1. Спутник, способный сообщать произведения и объекты смежных прав для непосредственного приема публикой. Спутниковая конвенция не распространяется на охрану несущих программу сигналов, передаваемых через такие спутники.
2. Спутники прямого вещания традиционно выделялись из спутников фиксированной службы, программы которых не предназначены для непосредственного приема публикой (они предназначены для передачи сигнала между организациями эфирного вещания или между организацией эфирного вещания и кабельными сетями). С ростом мощности спутников фиксированной связи их программы стали гораздо чаще непосредственно принимаемыми публикой и таким образом с точки зрения авторского права и смежных прав они квалифицируются как спутники прямого вещания.

### **Обнародование; обнародованное произведение; право на обнародование**

1. Обнародование – это действие, впервые делающее произведение доступным для публики. Первое опубликование произведений является одной – но не единственно возможной – формой обнародования, поскольку произведения могут быть также обнародованы посредством действий, не связанных с копированием, таких, как публичное исполнение, эфирное вещание или сообщение для всеобщего сведения посредством кабеля (провода).
2. Обнародованные произведения – это произведения, которые были таким образом обнародованы. Исключения и ограничения в отношении авторского права в принципе применимы только в случае правомерно обнародованных произведений.
3. Согласно некоторым национальным законам «право на обнародование» является личным неимущественным правом. Признание такого права не является обязательством согласно международным нормам авторского права.

### **Показывание/показ; право на публичный показ**

1. Демонстрация/выставление/экспонирование оригинала или экземпляра произведения в статичной (непоследовательной) форме, непосредственно или косвенно, то есть при помощи слайда, кадра на экране или любым иным аналогичным способом, или, в случае аудиовизуального произведения, демонстрация отдельных кадров без соблюдения их последовательности.
2. Некоторые национальные законы предоставляют исключительное право на разрешение публичного показа или публичного экспонирования произведений искусства. Международные нормы авторского права не требуют признания таких прав.
3. Статья 3(3) Бернской конвенции разъясняет, что «показ произведения искусства [...] не является опубликованием».

### **Распространение; право на ~; право на первое ~; ~ несущих программу сигналов; кабельное ~.**

1. Согласно первому основному значению термина «распространение» он относится к правам, связанным с копированием. В более широком смысле это доведение до

всеобщего сведения оригинала или экземпляра произведения или объекта смежных прав: (i) путем продажи или другой передачи права собственности; или (ii) проката, предоставления во временное пользование или другой передачи права владения.

2. В узком смысле это доведение до всеобщего сведения оригинала или экземпляров произведения или объекта смежных прав путем продажи или иной передачи права собственности.
3. В соответствии со Статьей 14(1)(i) Бернской конвенции «авторы литературных и художественных произведений имеют исключительное право разрешать [...] распространение [...]» кинематографических переделок или воспроизведений своих произведений (см. Статью 14(1)(i)). В силу Статьи 14bis(1) Конвенции обладатели авторского права на кинематографические произведения пользуются таким же правом. Понятие «распространение», используемое в этих положениях, означает «выпуск в обращение» экземпляров; то есть первое распространение экземпляров произведений (при котором право на распространение может быть исчерпано). Подразумеваемое право на такое первое распространение может быть выведено как неотделимое следствие из права на воспроизведение, предусмотренное Статьей 9 Конвенции.
4. Римская конвенция не предусматривает права на распространение.
5. Фонограммная конвенция содержит определение «распространения среди публики» в Статье 1(d), которое означает «любой акт, посредством которого копии фонограммы или любой ее части непосредственно или косвенно предлагаются публике». Конвенция не предусматривает права на распространение, но обязывает Договаривающиеся государства «охранять интересы производителей фонограмм, являющихся гражданами других государств-участников, от производства копий фонограмм без согласия производителя и от ввоза таких копий всякий раз, когда упомянутое производство или ввоз осуществляются с целью их распространения среди публики, а также от распространения этих копий среди публики».

6. Соглашение ТРИПС не предусматривает права на распространение, хотя оно предусматривает право на прокат в отношении определенных категорий

произведений, право, которое может считаться суб-правом общего права на распространение (когда широкое значение термина «распространение» используется так, как это упомянуто выше в пункте 1).

7. (Статья 6), и ДИФ (Статьи 8 и 12) предусматривают исключительное право разрешения доведения до всеобщего сведения оригинала и экземпляров произведений, исполнений, записанных на фонограммы, фонограмм посредством продажи или иной передачи права собственности. Это право в официальных заголовках этих Статей называется как «право на распространение». Вопрос исчерпания права, если таковой существует, оставлен для национального законодательства. В соответствии с двумя договорами «распространение» используется в узком значении этого термина, как упомянуто выше, в пункте 2. Параллельно этому праву на распространение два договора предусматривают право на прокат в тех же случаях, что и Соглашение ТРИПС.

8. На уровне национального законодательства понятие «распространение» имеет разные значения, или в широком смысле, или в узком, как отмечено выше в пунктах 1 и 2. Соответственно два юридических метода используется для достижения результата, требуемого положениями ДАП и ДИФ, упомянутыми в предыдущем пункте. Предусмотрено или право на первое распространение (то есть право на распространение, соответствующее узкому понятию «распространения», упомянутому выше, в пункте 2, которое исчерпывает себя при первой продаже соответствующих экземпляров) вместе с правом на прокат, или предоставляется общее право на распространение (соответствующее более широкому понятию «распространения», упомянутому выше, в пункте 1), которое в принципе исчерпывает себя при первой продаже соответствующих экземпляров; однако за исключением проката как подкатегории распространения в тех случаях, когда договоры предусматривают право на прокат.

9. Второе основное значение «распространения» полностью отличается от вышеупомянутого. Оно относится к правам, не связанным с копированием. Оно используется в контексте выражений типа распространения несущих программу сигналов (как в терминологии Спутниковой конвенции, в которой в Статье 1(viii) «распространение» определено как «действие, посредством которого распространяющий орган передает вторичные сигналы широкой публике или любой ее части») или «кабельного распространения» произведений и объектов смежных прав.

В соответствии с этим значением «распространение» является синонимом «передачи» и/или «повторной передачи».

### *Ретрансляционный спутник*

Спутник фиксированной службы, используемый для передачи несущих программу сигналов наземным станциям или кабельным организациям для дальнейшей передачи сигналов публике.

### *Распространитель вторичных сигналов*

Согласно Статье 1(vii) Спутниковой конвенции «физическое или юридическое лицо, решающее, должна ли иметь место передача вторичных сигналов широкой публике или любой ее части».

### *DMCA*

Аббревиатура Закона об авторском праве в цифровую эпоху.

### *Достояние общества*

См. общественное достояние

### *Общественное достояние с выплатой*

Французское выражение - также используемое в такой форме в других языках - для произведений или объектов смежных прав, находящихся в общественном достоянии, в отношении которых законы об авторском праве некоторых стран требует от тех, кто осуществляет определенные действия уплаты определенных сумм. Эти суммы в общем случае идут на культурные нужды, на содействие творческой деятельности и/или на социальные нужды авторов.

### *Передача на землю*

Для спутников прямого вещания это этап процесса сообщения для всеобщего сведения между спутником и зоной обслуживания спутника.

### *Загрузка*

1. Пересылка произведений или объектов смежных прав из удаленного компьютера - посредством цифровой передачи - на жесткий диск компьютера «клиента» (обычно

персональный компьютер). Противоположность термина «выгрузка».

2. Это является действием по воспроизведению, охватываемым правом на воспроизведение.

### *Droit de suite*

Соответствующее французское выражение, означающее «право перепродажи», которое часто используется и на других языках в оригинальном французском варианте.

### *Дублирование*

1. Согласно наиболее общепринятому значению термина, это замена речи в аудиовизуальном произведении словами, произносимыми на другом языке.
2. Согласно более широкому значению термина это – добавление любых видов звуков в аудиовизуальное произведение – речи, музыки, звуковых эффектов и т.п.
3. В Бернской конвенции этот термин используется в своем узком значении, упомянутом выше, в пункте 1. В соответствии со Статьей 14bis(2)(b) «в странах Союза, законодательство которых включает в число владельцев авторского права на кинематографическое произведение [также, как и другие аудиовизуальные произведения] авторов, внесших вклад в его создание, эти авторы, если они обязались внести такой вклад, не вправе при отсутствии какого-либо противоположного или особого условия противиться ... дублированию его текста». (Следует отметить, что Статья 14bis(3) содержит исключения в отношении этого положения).

### *Копия фонограммы*

Термин, используемый в Фонограммной конвенции. В Статье 1(с) Конвенции «копия» определена как «носитель, который содержит звуки, записанные непосредственно или косвенно из фонограммы, и который воплощает все или значительную часть звуков, записанных на этой фонограмме». Это синоним «экземпляра» и «воспроизведения».

### *Продолжительность охраны*

Синоним термина «срок охраны».

### *Имущественные права*

1. Исключительные права обладателей авторского права и смежных прав давать разрешение на определенные действия в отношении своих произведений или объектов смежных прав (в некоторых случаях – например, в случае прав исполнителей – препятствовать совершению таких действий без согласия обладателей права) или, по меньшей мере, их права на вознаграждение за такие действия.
2. Этот термин в основном используется для того, чтобы отличить эти права от других, особых прав, а именно от личных неимущественных прав. Поэтому его использование обязательно в первую очередь в отношении тех обладателей авторского права и смежных прав – а именно авторов и исполнителей – которые обычно имеют также и личные неимущественные права.

### *Электронная торговля*

1. Обычно понимается как означающая коммерческую деятельность, осуществляемую через глобальную компьютерную сеть – Интернет. Она подразделяется на различные категории – такие, как B2B (бизнес-бизнес), B2C (бизнес-потребитель), P2P (потребитель-потребитель) – но две самые основные категории – это опосредованная (или частичная) электронная торговля и прямые (или полные) формы электронной торговли.
2. В случае опосредованной электронной торговли большое количество различных видов деятельности осуществляется через компьютерную сеть – такие, как реклама, маркетинг, предложение продукции, переговоры и связанная с ней переписка, заключение контрактов и перевод денег – но сами продукты не пересылаются через сеть; они доставляются «традиционным» способом. Прямая электронная торговля означает все это, а также включает в себя качественно новый элемент, а именно то, что сама продукция также доставляется через сеть. Для этого продукция должна существовать или должна быть переведена в цифровой формат. Поскольку подавляющее большинство произведений и объектов смежных прав существует в цифровом формате или может быть переведено в него, они могут быть предметами электронной торговли.

### *Электронная база данных*

См. «база данных».

## *Теория излучения*

1. Теория, в соответствии с которой эфирное вещание представляет собой ничто иное, как излучение сигналов, а значит, оно полностью завершается в момент излучения программы. Эта теория в случае прямого вещания при помощи спутников означает, что вещание считается завершенным в момент излучения («ввода») программы на спутник, а все остальные этапы процесса сообщения – этапы передачи на спутник и передачи на землю и фактическое сообщение программы (обеспечение ее доступности для приема) для всеобщего сведения в «зоне обслуживания» спутника – к делу не относятся.
2. Представляется, что в международных нормах авторского права и смежных прав нет соответствующей основы для такой теории, поскольку согласно Статье 11bis(1) Бернской конвенции «эфирное вещание» - это форма [беспроволочного] «сообщения для всеобщего сведения», в то время как определения «эфирного вещания» в Статье 3(f) Римской конвенции и в Статье 2(f) ДИФ говорят о «передаче» (которая обязательно представляет собой технологический процесс из одной точки куда-либо еще), а не об «излучении» (которое предполагает действие, привязанное к одной точке в пространстве и к одному моменту времени).
3. Противоположной «теорией» является «теория сообщения».

## *Излучаемый сигнал*

Согласно Статье 1(iv) Спутниковой конвенции это «любой несущий программу сигнал, который идет на спутник или через него».

## *Автор, работающий по найму; произведение, созданное ~*

1. Автор, который создает произведение для работодателя по договору о найме. В соответствии с некоторыми национальными законами по авторскому праву (обычно тех стран, которые следуют традиции общего права) работодатель является первоначальным обладателем имущественных прав, в то время как в соответствии с другими законами по авторскому праву (обычно тех стран, которые следуют традиции гражданского права) все права принадлежат автору, работающему по найму. В последнем

случае, однако, часто предусмотрено, что некоторые имущественные права считаются переданными работодателю, если иное не предусмотрено договором.

2. См также «произведение по найму».

## *Кодирование*

См. «шифрование/шифровка».

## *Шифровка; шифрование*

Перевод произведения или объекта смежных прав в цифровом формате в секретный код (кодирование), в результате его нельзя воспринять или, по меньшей мере, он становится нечитаемым или непонятным без ключа к коду, необходимого для его дешифровки (декодирования). Шифрование является технической мерой защиты.

## *Обеспечение соблюдения авторского права и смежных прав*

1. Применение судопроизводства, средств правовой защиты и законных мер для предотвращения и прекращения нарушений авторского права и смежных прав, а также применения санкций и/или назначения наказания за подобные нарушения.
2. Бернская конвенция содержит всего лишь несколько специальных положений по обеспечению или по меньшей мере содействующим обеспечению (таких, как Статья 16 о контрафактных экземплярах и Статья 15 о некоторых презумпциях, служащих основой для возбуждения судебного преследования в связи с нарушением). Римская, Фонограммная и Спутниковая конвенции не затрагивают вопросов обеспечения.
3. Соглашение ТРИПС предусматривает подробные обязательства в отношении обеспечения соблюдения прав интеллектуальной собственности (включая авторское право и смежные права) в Части III, которая состоит из пяти разделов и 21 статьи: Раздел 1: Общие обязательства (Статья 41); Раздел 2: Гражданско-правовые и административные процедуры и средства судебной защиты (Статьи 42-49); Раздел 3: Временные меры (Статья 50); Раздел 4: Особые требования в отношении пограничных мер (Статьи 51-60); Р Раздел 5: Уголовные процедуры (Статья 61).

4. ДАП и ДИФ не содержат подробных положений в отношении обеспечения соблюдения прав, но Статья 14 ДАП и Статья 23 ДИФ предусматривают общее обязательство, которое *mutatis mutandis* соответствует самому первому предложению Статьи 41 Соглашения ТРИПС об общих обязательствах по обеспечению. Они гласят: «Договаривающиеся Стороны обеспечивают, чтобы в их законах были предусмотрены меры по обеспечению прав, позволяющие осуществлять эффективные действия против любого акта нарушения прав, предусмотренных настоящим Договором, включая срочные меры по предотвращению нарушений и меры, являющиеся сдерживающим средством от дальнейших нарушений».

#### *Пользование авторским правом и смежными правами*

Способность извлекать выгоду из авторского права и смежных прав.

#### *Запись краткосрочного пользования/фиксация*

1. Запись или фиксация произведения или объекта смежных прав, сделанная организацией эфирного вещания на ограниченный период для последующего эфирного вещания, осуществляемого той же организацией.
2. Согласно Статье 11bis(3) Бернской конвенции разрешение, предоставленное на эфирное вещание произведения, если не установлено иное, не включает разрешения на запись произведения. Страны-участницы Бернской конвенции, однако, могут разрешить запись краткосрочного пользования при условии, что она осуществляется собственными средствами организации эфирного вещания и при условии, что такая запись краткосрочного пользования используется только для ее собственных передач. Разрешено также хранение таких записей в официальных архивах, ввиду их исключительно документального характера. Статья 15(1)(с) Римской конвенции разрешает запись краткосрочного пользования объектов смежных прав организациями эфирного вещания на аналогичных условиях.

#### *Справедливое вознаграждение*

Вознаграждение за некоторые действия, совершенные в отношении произведения или объекта смежных прав, в размере и порядке, согласующихся с тем, что может считаться обычной коммерческой нормой в случае разрешения этого

действия обладателем авторского права или смежных прав. Такое вознаграждение обычно выплачивается, когда имущественные права сведены к праву на вознаграждение (и в общем случае применяется на основе не добровольной лицензии).

#### *Исключения и ограничения*

1. Бернская конвенция не использует слов «исключения» и «ограничения». Не используются в ней и соответствующие глаголы «исключать» и «ограничивать». Когда в ней разрешается свободное использование, используются глаголы «разрешить» или прилагательное «допустимый»; или используются более сложные выражения типа «определить условия, при которых» действие «может» быть осуществлено, или «определить правила для» «осуществления» действия. В положениях, разрешающих недобровольные лицензии (i) один раз появляется глагол «разрешить», и он понимается как распространяющийся также и на возможность введения недобровольных лицензий, (ii) один раз используется термин «определить условия» с оговоркой о том, что должно быть выплачено справедливое вознаграждение, (iii) один раз с такой же оговоркой применено выражение «установить [...] оговорки и условия в отношении исключительного права» и, наконец, (iv) в Приложении предусмотрена возможность «заменить исключительное право [...] системой неисключительных и непередаваемых лицензий».
2. В Статье 15 Римской конвенции используются и выражение «исключения из охраны...», и слово «ограничения», и термин «принудительные лицензии». «Исключения» представляются означающими свободное использование, «ограничения» представляются охватывающими и свободное использование, и недобровольные лицензии, а «принудительные лицензии» представляются означающими любые виды недобровольных лицензий. В Фонограммной конвенции также использован общий термин «ограничения» со значением, распространяющимся и на свободное использование, и на недобровольные лицензии, а термин «принудительные лицензии» охватывает все виды недобровольных лицензий; в Спутниковой конвенции – в соответствии с ее особой правовой природой – не применяются выражения типа «исключения» и «ограничения», а просто идентифицированы некоторые элементы программы, которую несут охраняемые несущие программу сигналы, в отношении которых нет обязательств согласно Конвенции.

3. Соглашение ТРИПС в Статье 13 предусматривает возможность и условия «ограничений и исключений», явно подразумевая и свободное использование, и недобровольные лицензии. То же имеет место в ДАП и в ДИФ в Статье 10 и Статье 16 соответственно.
4. Учитывая все эти терминологические отличия, единственное, что можно утверждать, это то, что выражение «ограничения и исключения» охватывает все виды свободного использования, недобровольных лицензий, а также все иные возможные ограничения (такие, как подпадание права под обязательное управление на коллективной основе). «Свободное использование» означает ситуации, когда несмотря на несколько общих положений, предоставляющих исключительное право или право на вознаграждение, в качестве исключения нет необходимости в разрешении или даже в выплате вознаграждения, тогда как термин «недобровольные лицензии» охватывает и лицензии по закону, и принудительные лицензии – «лицензии по закону» означают прямое разрешение, предоставляемое законом, а «принудительные лицензии» означают обязательство обладателей права согласно закону выдавать лицензии, и в том, и в другом случае при условии оплаты. Исходя из этого свободное использование в силу своего исключительного характера может считаться «исключением», а «недобровольные лицензии», также, как обусловливание осуществления прав обязательным управлением на коллективной основе, могут быть названы «ограничениями» (поскольку авторское право и смежные права «ограничены» просто правом на вознаграждение или на долю вознаграждения, собранного организацией по управлению на коллективной основе).
5. Об условиях допустимости исключений и ограничений см. «трехуровневый тест».

### *Исключительная лицензия*

Лицензия, выдаваемая обладателем авторского права или смежных прав в качестве лицензиара, которая передает лицензиату право на осуществление конкретного действия, подпадающего под имущественное право, и на запрещение другим – включая лицензиара – осуществлять то же действие.

### *Исключительное право*

1. Право, которым пользуется обладатель авторского права или смежных прав, исключая приобретение и пользование

тем же правом в отношении того же произведения или объекта смежных прав кем-либо еще, на основе которого обладатель прав – и никто другой – может осуществлять определенное действие и может разрешить или запретить осуществление того же действия другим. Право требовать вознаграждение и определять другие условия в отношении действий, которые могут быть осуществлены, является неотъемлемым следствием такого права (и таким образом в случае исключительного права не обязательно заявлять его отдельно).

2. Следует отметить, что в отношении одного и того же продукта может параллельно существовать несколько исключительных прав. Например, в случае фонограммы, авторы исполненных музыкальных произведений, исполнители этих произведений и производитель фонограмм могут пользоваться исключительными правами (такими, как право на воспроизведение). Это не отменяет исключительности этих параллельных прав, поскольку объекты этих прав не одни и те же (в приведенном примере существуют три отличных друг от друга предмета: произведения, исполнения произведений и фонограмма, поглощающая произведения и их исполнения и, возможно, и другие вложения).
3. В некоторых особых случаях международные нормы по авторскому праву и смежным правам разрешают, а национальные законы предусматривают исключения и ограничения в отношении исключительных прав.

### *Осуществление авторского права и смежных прав*

1. Выполнение, разрешение или запрещение действий, подпадающих под имущественные права согласно авторскому праву и смежным правам и/или требование вознаграждения за действия, или осуществление необходимых шагов для соблюдения личных неимущественных прав.
2. Двумя основными формами осуществления имущественных прав являются индивидуальное осуществление (обладателем прав или его агентом или иным представителем) и управление на коллективной основе. Наложение на исключительное право условия, что оно может быть осуществлено только через управление на коллективной основе («обязательное управление на коллективной основе») является ограничением такого права.

## Исчерпание прав

1. Потеря пользования правами (фактически самого права) путем их осуществления определенным образом.
2. В области авторского права и смежных прав принцип исчерпания прав применяется к праву на распространение. Как правило, право на распространение в отношении экземпляра исчерпывается с первой продажей этого экземпляра или с другой первой передачей права собственности на этот экземпляр. Поэтому доктрина, на которой основывается принцип исчерпания прав, называется «доктриной первой продажи». Покупатель экземпляра произведения, охраняемого авторским правом и/или смежными правами, может свободно совершать определенные действия в отношении этого экземпляра, такие, как перепродать его, а в некоторых случаях давать напрокат (но не воспроизводить), потому что право на распространение обладателя авторского права и/или объекта смежных прав в отношении данного экземпляра исчерпано.
3. Принцип исчерпания прав не применяется в тех случаях, когда прокат становится одним из основных средств использования некоторых произведений (таких, как аудиовизуальные произведения или компьютерные программы) или объектов смежных прав (таких, как фонограммы); в таких случаях право на прокат – как подкатегория права на распространение – «переживает» первую продажу.
4. Исчерпание прав на произведение и/или объект смежных прав, воплощенные в экземплярах, в отношении которых право на распространение исчерпано, не распространяется ни на какие другие права, такие, как право на воспроизведение, и ни на какие не связанные с копированием права или права на преобразование. Оно не распространяется также и на право [интерактивного] доведения произведений и объектов смежных прав до всеобщего сведения, независимо от того, как «зонтичное решение» применяется в данной стране (поскольку оно состоит или из комбинации права на сообщение для всеобщего сведения и права на воспроизведение, или из права на распространение в отношении распространения путем воспроизведения путем передачи, в случае которого осуществлено новое действие воспроизведения, а экземпляр, на основе которого это действие осуществлено, остается у «распространителя»),

## Экспонирование; право на ~

См. «показ произведений/право на публичный показ».

## Процессуальные меры ex parte (при наличии одной стороны)

См. «процессуальные меры inaudita altera parte» (при наличии одной стороны)

## Экспертные системы

Наиболее важная категория систем искусственного интеллекта. Экспертная система имеет в своем распоряжении в своей памяти глубокие познания («опыт») в определенной области и механизм, который позволяет ей отвечать на вопросы и решать задачи. Она состоит из двух основных элементов: базы знаний и так называемой «машины логического вывода», которая использует правила логики для обработки и управления базой знаний. Как правило, экспертная система включает два дополнительных элемента: «редактор базы знаний», который помогает загружать информацию в базу знаний, и «подсистему объяснений», которая может показать, как система нашла решение данной задачи. Машина логического вывода, редактор базы знаний и подсистема объяснений вместе называются «оболочкой» экспертной системы, в противоположность базе знаний, которую содержит оболочка. Понятно, что экспертные системы имеют такой же статус, что компьютерные программы и базы данных, и охраняются авторским правом, если они соответствуют (а в общем случае они соответствуют) требованиям оригинальности.

## Использование (без ущерба нормальному ~ произведений и объектов смежных прав)

См. «трехуровневый тест».

## Выражение

См. «дихотомия идея-выражение»

## Выражения фольклора

1. Характерные элементы традиционного художественного наследия, созданного и сохраняемого сообществом или отдельными лицами, отражающие традиционные художественные ожидания этого сообщества, включающие народные сказки, народную поэзию, народные песни,

народную инструментальную музыку, народные танцы и игры, художественные формы обрядов и другие произведения народного искусства.

2. В 1980 и 1970 гг. были предприняты неудачные попытки – в том числе и во время принятия Статьи 15(4) Бернской конвенции на Дипломатических конференциях по пересмотру Конвенции в 1967 году в Стокгольме и в 1971 году в Париже – распространить охрану авторского права на выражения фольклора. Недавно стало общепризнанным мнением о том, что авторское право не является подходящим средством для охраны выражений фольклора, поскольку в принципе авторство нельзя установить, а такие выражения не соответствуют понятию художественного или литературного произведений. Общепризнанно, что *sui generis* система охраны будет больше подходить для возможной охраны интеллектуальной собственности фольклора.

#### *Расширенное коллективное управление*

Вид системы управления на коллективной основе, который может быть охарактеризован следующими признаками: (i) такая система применяется, только если организация управления на коллективной основе является представительной по меньшей мере в национальном масштабе; (ii) организация выдает общие лицензии на те права, которыми она управляет, независимо от того, кто является обладателем прав, если только обладатель прав не воспользуется возможностью, упомянутой ниже, в пункте (vi); (iii) такие лицензии также охватывают права тех обладателей права, которые не представлены организацией; (iv) лицензиаты не отвечают перед индивидуальными обладателями прав; (v) те обладатели прав, которые не представлены, имеют право требовать индивидуальное вознаграждение от организации; (vi) обладатели права могут «отказаться» от системы управления на коллективной основе (то есть они могут заявить, что они не хотят, чтобы организация управления на коллективной основе управляла их правами в будущем), в этом случае общие лицензии, выдаваемые организацией управления на коллективной основе, перестают распространять свое действие на произведения или объекты смежных прав таких обладателей прав (которые теперь обязаны сами осуществлять свои права на индивидуальной основе или через своих агентов или иных представителей).

#### *Извлечение*

Термин, используемый в контексте *sui generis* охраны типа смежных прав производителей баз данных. Он означает

постоянный или временный перенос всего или существенной части содержания базы данных на иной носитель любым способом и в любой форме – вид синонима воспроизведения.

#### *Добросовестные действия*

Согласно различным законам об авторском праве, следующим традиции общего права, добросовестные действия являются общей основой для применения исключений в отношении авторского права и смежных прав. Они понимаются как означающие определенные особые действия, не противоречащие нормальному использованию произведений и объектов смежных прав и не наносящие неоправданного ущерба законным интересам обладателей прав – то есть «добросовестные действия» считаются соответствующими «трехуровневому тесту» для допустимости исключений. По меньшей мере в одной стране предусмотрено аналогичное общее исключение, известное как добросовестное использование.

#### *Добросовестная практика*

Выражение, появляющееся в некоторых положениях Бернской конвенции об исключениях в отношении охраны авторского права (см. Статью 10(1) о цитировании и Статью 10(2) о свободном использовании произведений – в объеме, оправданном поставленной целью – в качестве иллюстраций для обучения). Для определения того, какая практика может считаться «добросовестной», следует учитывать трехуровневый тест.

#### *Добросовестное использование*

В законе по авторскому праву по крайней мере одной страны добросовестное использование – в дополнение к специальным исключениям – представляет собой общее исключение из авторского права. Добросовестное использование допускается в таких целях, как составление критических рецензий, комментариев, сводок новостей, обучение, образование или научные исследования. При определении этого термина следует учитывать следующие факторы: (i) цель и характер использования, включая вопрос о том, носит ли использование коммерческий характер или преследует не предназначенные для извлечения прибыли образовательные цели; (ii) характер произведения, охраняемого авторским правом; (iii) размер и значимость используемой части относительно всего произведения в целом; и (iv) влияние, которое может оказать это использование на потенциальный рынок сбыта или ценность этого произведения. Исключения, предоставляемые

на основании концепции «добросовестного использования» считаются соответствующими критериям «трехуровневого теста».

### *Договор о реестре фильмов*

Договор о международной регистрации аудиовизуальных произведений, принятый в Женеве 20 апреля 1989 года. Страны-участницы Договора обязались признать, что любое заявление, внесенное в Международный реестр фильмов, является верным, если не доказано иное, за исключением ситуации, (а) когда заявление не может быть правомерным в соответствии с законом страны по авторскому праву или любым иным законом, касающимся прав интеллектуальной собственности на аудиовизуальные произведения, или (b) когда заявление противоречит другому заявлению, уже внесенному в Международный реестр фильмов (см. Статью 4 Договора). Договор ступил в силу, но позже его действие было приостановлено из-за недостаточного объема регистраций.

### *Кинопроизведение*

Синоним «кинематографического произведения» и «аудиовизуального произведения».

### *Первая фиксация фильма; права производителя ~*

1. Некоторые директивы Европейского сообщества предусматривают особые права производителей первых фиксаций фильмов, где «фильм» означает кинематографическое или иное аудиовизуальное произведение или движущиеся изображения, сопровождаемые или не сопровождаемые звуком».
2. Указанные директивы квалифицируют такие права как смежные права. Нет сомнений в том, что такая квалификация является полностью адекватной в случае движущихся изображений, не подпадающих под категорию кинематографических или иных аудиовизуальных произведений. Однако того же нельзя сказать о правах производителей «первых фиксаций кинематографических или иных аудиовизуальных произведений», поскольку первая фиксация такого произведения сама является произведением. Речь идет об одном и том же объекте прав, независимо от параллельного использования для них двух синонимов. Если национальный закон предоставляет права первоначальных обладателей изготовителям (производителям) таких произведений, а не авторам, это не меняет того факта, что эти права подпадают под авторское право. Все это подтверждено Статьей 14bis(2)(a) Бернской

конвенции, в соответствии с которой «определение лиц – обладателей авторского права на кинематографическое произведение сохраняется за законодательством страны, в которой испрашивается охрана» (т.е. страна может предоставить первоначальное обладание авторским правом либо авторам, либо изготовителям (производителям), либо – как говорит вышеуказанная директива – и авторам и изготовителям таких произведений).

### *Доктрина первой продажи*

См. «исчерпание прав».

### *Запись произведения или объекта смежных прав*

1. Заключение произведения или объекта смежных прав в какую-либо материальную форму (включая хранение в электронной (компьютерной) памяти) в достаточно стабильной форме, так, чтобы на этой основе можно было осуществить восприятие, воспроизведение или сообщение произведения или объекта смежных прав для всеобщего сведения.
2. Заключение произведения в материальную форму не является условием для охраны авторского права, но Статья 2(2) Бернской Конвенции разрешает национальным законам по авторскому праву устанавливать фиксацию в качестве такого условия.
3. В соответствии с Римской конвенцией (Статья 7.1(b)) исполнители имеют возможность предотвращать запись без их согласия их незаписанных (живых) исполнений. Соглашение ТРИПС (в Статье 14.1) также предписывает предоставление такой возможности исполнителям, но только по отношению к записи их незаписанных исполнений на фонограммы. Наконец, ДИФ (в Статье 6(ii)) предусматривает, что исполнители должны пользоваться исключительным правом разрешать «запись своих незаписанных исполнений, но он определяет «запись» (в Статье 2(c)) как «воплощение звуков [то есть без изображений] исполнения либо их отображений, позволяющее осуществить их восприятие, воспроизведение или сообщение с помощью соответствующего устройства».
4. Согласно Римской конвенции (Статья 13(b)) организации эфирного вещания должны пользоваться правом разрешать или запрещать запись своих программ. Первое предложение пункта 3 Статьи 14 Соглашения ТРИПС

предусматривает следующее: «Организации эфирного вещания имеют право запрещать следующие действия, предпринимаемые без их согласия: запись [...] передач эфирного вещания». Из второго предложения того же пункта выясняется, однако, что это всего лишь необязательное право.

### **Спутник фиксированной службы**

Спутник, который передает на частотах, не предназначенных для прямого приема публикой, но скорее для передачи между специальными абонентами, такой, как передача программы через спутники между организациями эфирного вещания для одновременного или последующего эфирного вещания. С ростом мощности спутников фиксированной связи для публики все в большей степени становится возможным прямой прием передаваемых ими программ; таким образом, различие между спутниками прямого вещания и спутниками фиксированной службы устаревает.

### **Фольклор**

См. «выражения фольклора».

### **Зона обслуживания спутника**

Территория, на которой произведения и объекты смежных прав, передаваемые при помощи спутника прямого вещания, могут быть приняты посредством доступного для публики оборудования.

### **Формальности**

1. Процедурные или административные требования, такие, как простановка знака охраны авторского права, депонирование экземпляров или регистрация, которые должны быть выполнены в качестве условия для приобретения, пользования и осуществления (включая возможности обеспечения соблюдения) авторского права или смежных прав.
2. В соответствии со Статьей 5(2) Бернской конвенции пользование правами и осуществление их не должны быть связаны с выполнением каких бы то ни было формальностей. Это применимо также и в контексте Соглашения ТРИПС и ДАП. Статья 20 ДИФ содержит такое же положение в отношении пользования и осуществления предоставляемых им прав.

3. ВКАП, Римская и Фонограммная конвенции ограничивают возможность требовать соблюдения формальностей в качестве условия охраны простановкой знака (см. «знак охраны авторского права» и «знак охраны фонограммы»).

### **Охрана, свободная от формальностей (принцип ~)**

Принцип, выраженный в Статье 5(2) Бернской конвенции и в Статье 20 ДИФ (см. «формальности»), согласно которому пользование и осуществление прав не должны быть связаны с соблюдением каких-либо формальностей.

### **Свободное использование**

См. «исключения и ограничения».

### **Общедоступная лицензия (GPL)**

Один из наиболее важных открытых лицензионных протоколов; см. «компьютерные программы с открытым исходным кодом». Часто упоминается в виде аббревиатуры «GPL».

### **Женевская конвенция**

Иногда так называют Всемирную конвенцию об авторском праве (ВКАП) в связи с тем, что она была принята в 1952 году в Женеве (пересмотрена в Париже в 1971 году).

### **Женевская Фонограммная конвенция**

Иногда так называют Фонограммную конвенцию в связи с тем, что она была принята в Женеве в 1971 году.

### **Глобальная информационная инфраструктура**

Синоним «Интернета».

### **Большие права**

См. Большие права "Grands droits"

### **Большие права «Grands droits»**

Французское выражение (часто используемое в оригинальной французской версии и на других языках), означающее так называемые права на исполнение драматического (обычно музыкально-драматического) произведения, которые в

противоположность «малым правам» («petit droits») в принципе не управляются на коллективной основе (или если они управляются на коллективной основе, такое управление обычно не распространяется на все аспекты осуществления прав). Английский термин «большие права» -grand rights - используется в том же значении.

### Хостинг

1. Услуга, предоставляемая провайдером услуг, состоящая из хранения произведений или объектов смежных прав, предоставленных пользователями услуги (иногда называемыми «провайдерами содержания»).
2. Об ответственности провайдеров услуг за хостинг см. «провайдеры услуг; ответственность».

### Дихотомия идея-выражение

1. Идея, лежащая в основе произведения, и выражение произведения являются противоположными правовыми понятиями с точки зрения охраны авторского права. Идея, которая служит основой для создания произведения, не охраняется авторским правом; охраняется только оригинальное выражение этой идеи. Идеи являются основными строительными блоками для творения; их охрана создаст необоснованные препятствия для творчества (например, для литературного произведения тема или содержание общего характера; для музыкального произведения – некоторые основные элементы ритма и гармонии). Если, тем не менее, идеи описаны более подробно, как подготовительный или промежуточный этап создания произведения, то их итоговое описание может содержать определенные элементы или оригинальные формы выражения. Такие описания идей часто называются «разработанными идеями».
2. В таком контексте «идея» является общим понятием и означает также процедуры, методы работы или математические концепции. Данные примеры элементов, выраженных в произведениях и имеющих ту же природу, к которой относится общий термин «идея», взяты из Статьи 9.2 Соглашения ТРИПС и Статьи 2 ДАП, чьи –по существу – идентичные тексты гласят: «Охрана авторских прав распространяется на форму выражения, а не на идеи, процессы, методы работы или математические концепции как таковые».

### МБТ/МОТ

Аббревиатура Международного Бюро Труда или Международной Организации Труда.

### Импровизация

Презентация вариации музыкального произведения или музыкального выражения фольклора, или просто музыкальной темы, соответствующих понятию «идеи». Если такая импровизация соответствует требованиям оригинальности, она охраняется авторским правом – в зависимости от того, на чем основана вариация, и от взаимосвязи между импровизацией и возможным ранее существовавшим музыкальным произведением – или как производное произведение или как оригинальное произведение. В таком случае произведение создается одновременно с его исполнением. Импровизации могут охраняться также и в странах, где фиксация произведения является условием охраны авторского права, если их фиксация сделана параллельно во время презентации.

### Процессуальные меры *inaudita altera parte*

1. Процессуальные меры, предпринимаемые по просьбе только одной из заинтересованных сторон (в соответствии с латинским юридическим выражением *ex parte*) без направления уведомления – и без предоставления возможности дачи показаний (отсюда латинское юридическое выражение: *inaudita altera parte*) – противоположной стороне.
2. Выражение «*inaudita altera parte*» использовано в Статье 50 Соглашения ТРИПС о временных мерах. (Пункт 1 этой Статьи предусматривает, что «Судебные органы имеют право вынести определение, предписывающее принятие незамедлительных и эффективных временных мер, направленных на: (а) предотвращение возникновения нарушения любого права интеллектуальной собственности и, в частности, предотвращение поступления в находящуюся под их юрисдикцией торговую сеть товаров, в том числе импортируемых товаров непосредственно после таможенной очистки; (б) сохранение соответствующих доказательств, относящихся к предполагаемым нарушениям», а затем в пункте 2 указано: «Судебные органы имеют право, где это уместно, принимать временные меры *inaudita altera parte*, в частности, в случаях, когда существует вероятность того, что любая задержка может причинить непоправимый вред правообладателю или очевиден риск того, что улики будут уничтожены». Эта Статья также предусматривает надлежащие гарантии от любого возможного злоупотребления такими мерами).

### **Независимость охраны (принцип)**

Принцип, изложенный в Статье 5(2) Бернской конвенции, согласно которому «пользование [авторским правом] и [его] осуществление не зависят от существования охраны в стране происхождения произведения», и охрана «регулируется исключительно законодательством страны, в которой испрашивается охрана».

### **Промышленный образец**

1. Сочетание линий и/или цветов или объемная форма, связанная или не связанная с линиями и/или цветами, при условии, что такое сочетание придает характерный внешний вид промышленному изделию или изделию ручной работы. Форма такого образца более или менее определяется функцией изделия или ранее существовавшими элементами, типичными для данного изделия. По этой причине некоторые законы по авторскому праву вообще не охраняют промышленные образцы, а некоторые охраняют их только в том случае, если они отличаются значительной оригинальностью или «заметным художественным качеством». Во многих странах особая охрана промышленных образцов предусматривается отдельным законом, согласно которому срок охраны обычно короче, чем в случае охраны авторским правом.
2. Согласно Статье 2(7) Бернской конвенции произведения, охраняемые в стране происхождения исключительно как промышленные образцы, в другой стране имеют право лишь на такой же особый вид охраны; однако если в этой стране не существует особой охраны промышленных образцов и данное изделие квалифицируется как произведение, охраняемое авторским правом, то оно подлежит охране как художественное произведение (обычно как произведение прикладного искусства).

### **Средства определения местонахождения информации (предоставление)**

1. Услуга, предоставляемая провайдером услуг, состоящая из отсылки или связывания пользователя с местонахождением (обычно с веб-сайтом) путем использования средств определения (поиска, навигации) местонахождения информации, таких как директория, индекс, ссылка, указатель или гипертекстовая ссылка.
2. Об ответственности провайдеров услуг за предоставление средств определения местонахождения информации см. «провайдеры услуг; ответственность».

### **Директива об информационном обществе (Директива «InfoSoc»)**

Короткое название «Директивы 2001/29/ЕС Европейского Парламента и Совета от 22 мая 2001 о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе». Директива *inter alia* ввела в действие ДАП и ДИФ.

### **Нарушение авторского права или смежных прав**

1. Действие, осуществляемое в отношении произведения, охраняемого авторским правом, или объекта смежных прав без разрешения обладателя авторского права или смежных прав, когда такое разрешение требуется. Ответственность за нарушение может существовать не только на основании непосредственной ответственности (за осуществление самого неразрешенного действия), но и на основании «ответственности за содействие» или «субсидиарной ответственности».
2. О последствиях нарушений см. «обеспечение соблюдения авторского права и смежных прав».

### **Целостность (право на)**

См. «личные неимущественные права».

### **Интеллектуальное творение**

См. «литературные и художественные произведения».

### **Международное авторское право**

Неадекватное выражение и неправильное употребление термина. Нет такого понятия как «международное авторское право», поскольку права на литературные и художественные произведения являются территориальными правами в том смысле, что они существуют только отдельно в каждой стране, в которой национальные законы предусматривают такие права. Тем не менее когда используется такое выражение, оно, скорее всего, относится к международным нормам по авторскому праву – и обычно также и к нормам по смежным правам.

### **Международная Организация/Бюро труда**

Специальный орган Организации Объединенных Наций (с аббревиатурой МОТ) – совместно с Организацией Объединенных Наций, ВОИС и ЮНЕСКО является администратором Римской, Фонограммной и Спутниковой конвенций.

## **Международные нормы по авторскому праву и смежным правам**

Нормы, содержащиеся в договорах по приобретению, охране, осуществлению и обеспечению соблюдения авторского права и смежных прав (в основном нормы, входящие в Бернскую и Римскую конвенции, Фонограммную и Спутниковую конвенции, ВКАП, Соглашение ТРИПС, ДАП и ДИФ).

### **Интернет**

Хорошо известная глобальная компьютерная сеть.

### **Провайдер услуг Интернет**

См. «провайдер услуг; ответственность ~»

### **«Интернет-договоры»**

Имеется в виду ДАП и ДИФ (по той причине, что эти договоры дают свои ответы на проблемы, поставленные цифровыми технологиями и, в частности, Интернет).

### **ISP**

Аббревиатура выражения «провайдер услуг Интернет».

### **Совместное управление авторским правом и смежными правами**

Выражение, охватывающее традиционные системы управления на коллективной основе (в том смысле, что эти системы включают действительные элементы коллективизма: такие, как коллективно установленные, единые тарифные системы, условия лицензирования и правила распределения, часто распространяющиеся также и на использование определенного процента собранного вознаграждения на коллективные - культурные и/или социальные нужды) и системы очистки прав.

### **Системы, основанные на использовании знаний**

Синоним «экспертных систем».

### **Правовая квалификация действий и прав; принцип относительной свободы ~**

1. Широко распространенной практикой в национальном законодательстве является использование терминов,

отличных от тех, которые используются в международных нормах по авторскому праву и смежным правам в отношении определенных действий, подпадающих под эти права, и, следовательно, в отношении самих прав; то есть квалификация действий и прав иная, чем правовая квалификация в указанных международных нормах. Например, несколько стран предоставляют «право на публичное исполнение» таким образом, что оно охватывает более или менее все не связанные с копированием права (в частности, также и право на эфирное вещание, и право на сообщение для всеобщего сведения при помощи кабеля (провода), которые в Бернской конвенции толкуются как отдельные права), или довольно часто в национальных законах предусмотрено более широкое право на эфирное вещание, которое также охватывает право на сообщение для всеобщего сведения при помощи кабеля (провода), являющееся отдельным правом согласно Бернской конвенции.

2. Такая практика принимается и рассматривается как легитимная при условии, что уровень охраны, предоставляемой законодательством данной страны, несмотря на отличающуюся правовую квалификацию действий и соответствующих прав соответствует минимальному уровню охраны, установленному международными нормами по авторскому праву и смежным правам (такими, как в отношении природы прав – исключительные права на разрешение или просто право на вознаграждение – или объема исключений и ограничений в отношении этих прав). Например, если понятие эфирного вещания распространяется также на сообщение для всеобщего сведения и даже на (интерактивное) доведение до всеобщего сведения, это не позволяет законодателям соответствующей страны расширять исключения, допускаемые в Статье 11bis(2) Бернской конвенции (не добровольные лицензии или обязательное управление на коллективной основе) за пределы объема права на эфирное вещание, установленного в Бернской конвенции (в Статье 11bis(1); то есть, не разрешается применять такие же ограничения к кабельному вещанию (программ кабельного происхождения) и к (интерактивному) доведению до всеобщего сведения. По этой причине принцип свободы правовой квалификации действий и прав должен упоминаться как «принцип относительной свободы правовой квалификации действий и прав».

### **Законная лицензия**

Синоним термина «лицензия по закону».

## *Законные интересы (отсутствие ущемления ~ обладателей прав)*

См. «трехуровневый тест»

## *Предоставление во временное пользование*

Передача экземпляра произведения или объекта смежных прав на ограниченный период времени для некоммерческих целей (например, библиотеками с выдачей книг на дом). В отличие от проката предоставление во временное пользование в общем случае не предусмотрено международными нормами по охране авторского права и смежных прав. А в странах, где признается любое право в отношении предоставления во временное пользование, такое право в принципе сводится к «праву на публичное предоставление во временное пользование».

## *Ответственность провайдеров услуг*

См. «провайдеры услуг; ответственность ~»

## *Лицензия; лицензиар; лицензиат*

Разрешение (лицензия), выдаваемое обладателем авторского права или смежных прав (лицензиаром) физическому или юридическому лицу (лицензиату) на осуществление определенного действия в отношении произведения или объекта смежных прав. Обладание авторским правом или смежными правами по лицензии не передается (не переуступается); право на последующее разрешение сохраняется за лицензиаром. Его право, однако, ограничивается в зависимости от формы и объема предоставленной лицензии. Существуют две основные формы лицензий: исключительная и неисключительная лицензии.

## *Лицензирующий орган/организация*

В некоторых странах используется как синоним «организации по совместному управлению».

## *Ограничения*

См. «Исключения и ограничения».

## *Литературные и художественные произведения*

1. Выражение «литературные и художественные произведения» следует понимать как единое юридико-

техническое выражение. В принципе для конкретного произведения нет необходимости определять, можно ли его рассматривать как «литературное произведение» или как «художественное произведение». Это выражение означает все оригинальные интеллектуальные творения, независимо от того, могут ли они считаться относящимися к области литературы, к художественной области или одновременно и к тому, и к другому.

2. Согласно Статье 2 Бернской конвенции и национальным законам это выражение общего характера, которое следует понимать как охватывающее все категории произведений, способных охраняться авторским правом. Статья 2(1) Бернской конвенции предусматривает следующее: «Термин "литературные и художественные произведения" охватывает любую продукцию в области литературы, науки и искусства, вне зависимости от способа и формы ее выражения, включая: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, гравирования и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам». Содержащийся в этом пункте список не является исчерпывающим, что означает, что и произведения, не упомянутые в этом списке, но соответствующие критериям, позволяющим квалифицировать их как произведения (такие, как компьютерные программы и базы данных, как это разъяснено в Статье 10 Соглашения ТРИПС и в Статьях 4 и 5 ДАП) также должны охраняться как литературные и художественные произведения.

3. Статья 2(3) Бернской конвенции разъясняет, что «переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературного или художественного произведения охраняются наравне с оригинальными произведениями, без ущерба правам автора оригинального произведения», а статья 2(5) содержит аналогичное разъяснение, согласно которому «сборники литературных и художественных

произведений, например, энциклопедии и антологии, представляющие собой по подбору и расположению материалов результат интеллектуального творчества, охраняются как таковые, без ущерба правам авторов каждого из произведений, составляющего часть таких сборников».

### *Изготовитель базы данных*

Первоначальный обладатель права типа смежных прав на *sui generis* охрану баз данных, который может пользоваться такой охраной, если с его стороны была сделана количественно и/или качественно существенная инвестиция в получение, проверку или представление содержания базы данных.

### *Изготовитель аудиовизуального произведения*

Синоним «производителя аудиовизуального произведения».

### *Доведение до всеобщего сведения; право на ~*

1. Предложение произведения или объекта смежных прав публике любым путем, таким, как распространение экземпляров, публичный показ, публичное исполнение, публичное чтение, эфирное вещание, другое сообщение для всеобщего сведения – или путем (интерактивного) доведения до всеобщего сведения, то есть как посредством действий, охватываемых не связанными с копированием правами, так и посредством действий, охватываемых связанными с копированием правами. Объем термина шире, чем объем термина «опубликование» (последний относится к действиям, охватываемым связанными с копированием правами). Этот термин использован в Статье 7(2) и (3) Бернской конвенции о сроках охраны соответственно кинематографических (и других аудиовизуальных) произведений и произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом.
2. В ДАП и ДИФ термин «доведение до всеобщего сведения» является центральным элементом так называемого «зонтичного решения», касающегося прав, предоставляемых в отношении интерактивных цифровых передач через глобальную компьютерную сеть. В ДИФ заглавия Статей 10 и 14 говорят о таких правах, как о «праве сделать записанные исполнения доступными» и о «праве сделать фонограммы доступными». Тексты этих Статей раскрывают, что это значит, а именно, «исключительное право разрешать доведение до всеобщего сведения своих [исполнений, записанных на фонограммы] [фонограмм], по

проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору» - что, в соответствии с «зонтичным решением», является свободным в юридическом отношении описанием интерактивных цифровых передач в глобальной компьютерной сети. В Статье 8 ДАП описание такого же типа («доведение до всеобщего сведения [...] произведений, по проводам или средствами беспроводной связи, таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору») содержится в положении о праве на сообщение для всеобщего сведения.

### *Механическое право*

1. Право на воспроизведение произведений в фиксациях (фонограммах или аудиовизуальных записях).
2. Статья 13 Бернской конвенции допускает при определенных условиях – а некоторые законы по авторскому праву предусматривают – применение недобровольных лицензий для записи звука музыкальных произведений и любых текстов, относящихся к ним.

### *Простая передача*

1. Услуга, предоставляемая провайдером услуг, заключающаяся в передаче по сети связи произведений и объектов смежных прав, предоставленных пользователями услуги (иногда называются как «провайдеры содержания»).
2. Об ответственности провайдеров услуги «простая передача» см. «провайдеры услуг; ответственность».

### *Незначительные исключения/«оговорки»*

Термин, относящийся к исключениям из права на публичное выступление, предусмотренными Бернской конвенцией (Статьи 11(1)(i), 11ter(1)(i), 14(1)(ii) и 14bis(1)), которые неявным образом упомянуты в тексте Конвенции, но которые следуют из применения принципа интерпретации юридических положений *de minimis*. К таким «незначительным исключениям» Общий доклад Брюссельской конференции (1948 г.) по пересмотру отнес в виде некоего согласованного заявления, вследствие которого «ограниченные изъятия... допустимы для религиозных церемоний, военных оркестров, а также для целей образования детей и взрослых. Стокгольмская конференция (1967 г.) подтвердила действительность принципа незначительных

исключений. Отчеты конференций по пересмотру говорят о «незначительных оговорках», однако ясно, что на самом деле речь шла о возможных незначительных исключениях. Тем странам, которые желают использовать такие виды ограничения прав, нет необходимости делать какие-либо официальные оговорки.

### **Изменение**

Синоним «переработки». Используется в Статье 6bis Бернской конвенции, которая предусматривает *inter alia* право автора противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению своего произведения, способному нанести ущерб его чести или репутации.

### **Личные неимущественные права**

1. На уровне международных норм авторского права и смежных прав это (i) права авторов, предусмотренные Статьей 6bis Бернской конвенции, то есть право требовать признания авторства (также называемое «правом на авторство») и право противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора (также упоминается как «право на уважение» или «право на целостность»), и (ii) аналогичные (но не такие же) права исполнителей – в отношении их незаписанных устных исполнений или исполнений, записанных на фонограммы – предусмотренные в Статьей 5 ДИФ: право требовать быть признанным в качестве исполнителя своих исполнений, за исключением тех случаев, когда непредоставление такого права продиктовано характером использования исполнения, и право возражать против всякого извращения, искажения или иного изменения своих исполнений, способного нанести ущерб его репутации.
2. Несколько законов по авторскому праву, следующих традиции гражданского права, предусматривают дополнительные личные неимущественные права (не предусмотренные Бернской конвенцией), такие, как право решать, следует ли доводить произведение до всеобщего сведения (также называемое «правом на раскрытие») и право отзываться экземпляры из обращения (также называемое как «право на отзыв»). Осуществление последнего права в принципе сочетается с обязанностью автора выплатить надлежащую компенсацию тем, у кого в наличии имеются экземпляры для распространения.

### **Режим наибольшего благоприятствования (принцип ~)**

Понятие в международном праве, согласно которому любое преимущество, льгота, привилегия или иммунитет, которые предоставлены государством (страной) другому государству (стране), должны быть также предоставлены всем остальным государствам (странам), у которых есть или которые поддерживают статус наибольшего благоприятствования. Это понятие присутствует в Статье 4 Соглашения ТРИПС.

### **Кинофильм**

Синоним «кинематографического произведения» и «аудиовизуального произведения».

### **Мультимедийная продукция**

1. Термин, часто используемый в отличных друг от друга значениях, а иногда в недостаточно ясных значениях. Тем не менее мультимедийная продукция чаще всего понимается как сборник в цифровом формате обычно более или менее всех видов произведений, за исключением объемных произведений (то есть литературных произведений, графических произведений, аудиовизуальных произведений, музыкальных произведений и т.д.). Фонограммы в цифровом формате, также как и просто данные, могут быть и часто являются частью таких сборников. Неотъемлемым признаком любой мультимедийной продукции является то, что она может быть использована интерактивным, нелинейным способом, что становится возможным за счет другого основного элемента мультимедийной продукции – который всегда присутствует в такой продукции – а именно, компьютерной программы.
2. Мультимедийная продукция охраняется в соответствии со Статьей 2(1) и/или (5) Бернской конвенции, независимо от их правовой квалификации (наиболее часто в качестве сборников, аудиовизуальных произведений и/или компьютерных программ) согласно различным национальным законам.

### **Национальный режим**

1. Основной принцип международных норм по авторскому праву и смежным правам, в соответствии с которым страна должна предоставлять гражданам других стран-участниц тех же международных правовых актов режим, не менее

благоприятный, чем она предоставляет своим гражданам в отношении этих прав. Однако национальный режим обычно зависит от минимального уровня охраны, предписанного данными правовыми актами, который должен предоставляться гражданам других стран-участниц этих правовых актов независимо от того, предоставляет ли данная страна такой уровень охраны своим гражданам.

2. Принципом, противоположным национальному режиму, является принцип взаимности.
3. Бернская конвенция в Статье 5(1) и Римской конвенция в Статье 2 предусматривают полный национальный режим, описанный в пункте 1, допуская исключения только в некоторых оговоренных случаях (см. Бернскую конвенцию, Статья 2(7) об охране произведений прикладного искусства/промышленных образцов, Статью 6(1) об охране «через черный ход», Статью 7(8) о «сравнении сроков» и Статью 14ter(2) о праве на перепродажу; см. Римскую конвенцию, Статья 16.1(a) о «правах по Статье 12» и Статью 16.1(b) о праве организаций эфирного вещания разрешать или запрещать сообщение для всеобщего сведения своих телевизионных передач, если такое сообщение осуществляется в местах, доступных для публики, при определенных условиях).
4. Соглашение ТРИПС в отношении авторского права (Статья 3.1 и 9.1), а также ДАП (Статья 1(4)) предусматривают такой же вид национального режима, что и Статья 5(1) Бернской конвенции (включенная в эти правовые акты путем ссылки на нее).
5. Соглашение ТРИПС в отношении смежных прав (Статья 3.1) и ДИФ (Статья 4) предусматривают весьма ограниченный «национальный режим», который обеспечивает только минимальный уровень охраны, специально предписанный этими правовыми актами (и таким образом выражение «национальный режим» является неправильным термином, поскольку этот режим более соответствует принципу взаимности, чем принципу национального режима).

### *Передача почти - по - запросу*

1. Выражение относится к передаче произведений и объектов смежных прав (в частности, в отношении фонограмм – а также произведений и исполнений, записанных на них) в форме эфирного вещания или кабельного вещания, эффект от которой является таким же или очень близким к эффекту передачи по запросу, без полного соответствия последней;

примером являются некоторые подписные системы, посредством которых весь репертуар авторов, исполнителей и производителей фонограмм цифрового свойства поставляется систематическим образом.

2. Существует мнение, что подход к таким передачам с точки зрения авторского права и смежных прав должен быть подобен подходу к передачам по запросу; то есть они должны охраняться исключительными правами авторов (без применения ограничений согласно Статье 11bis(2) Бернской конвенции), также, как и исполнителей, и производителей фонограмм (а не применением права на вознаграждение, как в случае «прав Статьи 12»). Упоминание об этом есть в согласованном заявлении, принятом в отношении Статьи 15 ДИФ, которое в принципе предусматривает только право на вознаграждение исполнителей и производителей за эфирное и кабельное вещание фонограмм. Оно гласит: «Понимается, что Статья 15 не представляет собой окончательное решение вопроса об уровне прав на эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения, которыми должны пользоваться исполнители и производители фонограмм в цифровую эру. Делегациям не удалось достичь консенсуса по различным предложениям в отношении аспектов исключительности, которая должна предоставляться в определенных обстоятельствах, или в отношении прав, которые должны предоставляться без возможности оговорок, и поэтому этот вопрос был оставлен для дальнейшего решения».

### *Родственные права*

Синоним термина «смежные права».

### *Права, не связанные с копированием*

1. Одна из трех основных категорий имущественных прав в рамках авторского права и смежных прав (наряду с правами, связанными с копированием и правами на преобразование). Термин означает те права, которые относятся к доведению произведений и объектов смежных прав до всеобщего сведения без использования экземпляра (такие, как право на эфирное вещание или иное сообщение для всеобщего сведения и право на публичное исполнение).
2. О сглаживании границы между правами, связанными с копированием и правами, не связанными с копированием, см. «доведение до всеобщего сведения; право на ~ » и «зонтное решение».

### *Неисключительная лицензия*

Лицензия, дающая лицензиату право осуществлять любое действие, охватываемое авторским правом или смежными правами, одновременно с аналогичным правом лицензиара (владельца авторского права и смежных прав) и любого другого возможного обладателя неисключительной лицензии (то есть в соответствии с такой лицензией два или более физических или юридических лица могут осуществлять одинаковые действия в одно и то же время по отношению к одному и тому же произведению или объекту смежных прав).

### *Недобровольная лицензия*

Ссылка на «принудительные лицензии» и «лицензии по закону». См «исключения и ограничения».

### *Нормальное использование (непротиворечие ~ произведений и объектов смежных прав)*

См. «трехуровневый тест».

### *Процедура уведомления и удаления*

См. «предоставление услуг; ответственность ~»

### *Объектный код*

1. Объектный код представляет собой такую версию компьютерной программы, которая уже скомпилирована из исходного кода программы и таким образом готова к выполнению компьютером. Файл объектного кода содержит последовательность команд, которые «понимает» компьютерный процессор, но которые невозможны или очень трудны для прочтения и понимания человеком. Когда копию компьютерной программы получает пользователь, она обычно находится в форме объектного кода, а исходный код (который может быть прочитан и понят человеком, по меньшей мере, специалистом) не доступен. Из этого возникла необходимость разрешить «декомпиляцию» для создания совместимых программ при определенных условиях.
2. Статья 10.1 Соглашения ТРИПС разъясняет, что «Компьютерные программы, как исходный код, так и объектный код охраняются как литературные произведения в соответствии с Бернской Конвенцией». Ссылка на две основные формы компьютерных программ является своего рода излишеством, поскольку согласно

Статье 2(1) Бернской конвенции – которая в силу Статьи 9.1 Соглашения ТРИПС должна соблюдаться членами ВТО – литературные и художественные произведения должны охраняться «независимо от способа или формы их выражения». В соответствии с этим Статья 4 ДАП гласит: «Компьютерные программы охраняются как литературные произведения в смысле Статьи 2 Бернской конвенции. Такая охрана распространяется на компьютерные программы независимо от способа или формы их выражения».

### *Объекты смежных прав*

Объекты, в отношении которых предоставляются смежные права (исполнения, фонограммы, передачи эфирного вещания и т.д.)

### *Обязательное коллективное управление*

1. Коллективное управление правами в области авторского права или смежных прав, в отношении которых закон устанавливает условие, что они могут быть осуществлены только посредством коллективного управления. В противоположность «расширенному коллективному управлению» в случае обязательного коллективного управления обладатели права не могут «отказаться» от коллективной системы и выбрать индивидуальное осуществление своих прав.
2. Если обязательное коллективное управление установлено в отношении исключительных прав, оно является ограничением таких прав (см. также «исключения и ограничения».

### *Офф-лайн/он-лайн*

Термин «офф-лайн» относится к статусу произведений или объектов смежных прав, которые не содержатся в компьютерной сети и недоступны через нее; термин «он-лайн» отражает статус произведений или объектов смежных прав, которые содержатся в компьютерной сети и доступны через нее.

### *Передача по запросу*

Синоним доведения до всеобщего сведения в том смысле, в котором этот термин используется в положениях о праве на доведение до всеобщего сведения (см. Статью 8 ДАП и Статьи 10 и 14 ДИФ).

### «Единое окно»

См. «агентство по очистке прав/центр».

### Он-лайн

См. «офф-лайн/он-лайн».

### Провайдер интерактивных услуг

См. «провайдеры услуг; ответственность».

### Компьютерные программы «с открытым исходным кодом»

1. Компьютерные программы, доступные в форме исходного кода в соответствии со сертификационными стандартами, выдаваемыми организацией международного движения разработчиков программного обеспечения с открытым исходным кодом Open Source Initiative (OSI, см. <http://www.opensource.org>). Официальной целью OSI является содействие поэтапной совместной разработке компьютерных программ, исключение ошибок программирования и поощрение создания новых версий и адаптаций таких программ. Предполагается, что программы с открытым исходным кодом будут свободно распространяться, использоваться, воспроизводиться, изменяться и распространяться далее при условии соблюдения некоторых условий, поставленных OSI, включая условия о том, что исходный код программ и их новые варианты и адаптации остаются общедоступными без обязательства по выплате вознаграждения за их дальнейшее использование. Одной из основных форм лицензионных протоколов для использования компьютерных программ с открытым исходным кодом является общедоступная лицензия (GPL).
2. Будет неправильным полагать, что потенциальный лицензиат не должен иметь дела с авторским правом, разрешениями, условиями лицензирования и другими связанными с интеллектуальной собственностью ограничениями их деятельности, если они пользуются компьютерными программами «с открытым исходным кодом» на основе общих лицензионных протоколов типа GPL. Фактически GPL и аналогичные протоколы «с открытым исходным кодом» являются частными формами лицензирования, основанного на интеллектуальной собственности.

3. Следует также учитывать, что лицензиат согласно GPL или любому другому аналогичному протоколу сталкивается с рядом возможных правовых неопределенностей и опасностей. Например, такой лицензиат не защищен от исков о нарушении авторского права (или другой интеллектуальной собственности) в связи с осуществлением действий, предположительно разрешенных лицензией. Лицензиары GPL обычно не предоставляют никаких гарантий в отношении таких нарушений (а соответствующие правовые неопределенности и опасности усугубляются тем, что авторы оригинальных вкладов в программу «с открытым исходным кодом» обычно неизвестны; таким образом, нельзя предугадать, кто из авторов может заявить о нарушении и обеспечить соблюдение авторского права). С другой стороны, природа лицензий «открытого исходного кода» может ограничивать возможности лицензиатов по переделке и адаптации программы для своих собственных нужд и может помешать им ввести необходимые и существенные ограничения на действия последующих пользователей производной программы, разработанной ими. Принимая все это во внимание, очевидно, что правовая среда лицензирования «открытого исходного кода» не свободна от последствий, связанных с интеллектуальной собственностью; и что это сопровождается сниженным уровнем ответственности в тех случаях, когда лицензиат не может рассчитывать на то, что он может положиться на лицензиара, когда лицензиар не дает реально обеспеченных правовой защитой гарантий и лицензий и когда лицензиат также не имеет достаточно стабильной правовой основы для обеспечения соблюдения требований лицензирования «открытого исходного кода» в отношении пользователей его собственным вариантом или адаптацией программы, квалифицируемых как производное произведение.

### Программное обеспечение с открытым исходным кодом

Синоним термина «компьютерные программы с открытым исходным кодом».

### Оригинальное, оригинальность

В отношении произведения оригинальность означает, что оно является результатом личного интеллектуального творчества автора и что оно не скопировано с другого произведения.

(Оригинальность не следует путать с требованием «новизны», предъявляемым к патенту; существование более раннего аналогичного произведения, неизвестного автору – в частности, к которому у него не было доступа – не влияет на оригинальность независимо созданного произведения).

### *Оригинал произведения*

Материальный объект, в котором произведение впервые зафиксировано. Не следует путать с понятиями оригинальности и оригинального произведения. Для литературных произведений оригиналом является рукопись.

### *Оригинальное произведение*

1. Все произведения по определению являются оригинальными (интеллектуальными творениями); поэтому будет неуместным использовать прилагательное «оригинальное» в качестве указания на оригинальность произведений (поскольку фактически таким образом термин будет иметь следующее значение: «оригинальные произведения»). Термин «оригинальное произведение» используется не в этом смысле, а просто как противопоставление термину «производное произведение», как синоним термина «ранее существовавшее произведение», то есть произведение, которое было преобразовано посредством перевода, переделки или иной переработки в производное произведение. Термин в таком смысле используется в Статье 2(3) Бернской конвенции.
2. Термин «оригинальное произведение» имеет специальное значение в положениях о праве перепродажи (*droit de suite*) в выражении «оригинальных произведений искусства». В этом контексте выражение имеет то же значение, что и «оригинал произведения».

### *ПИУ (OSP)*

Аббревиатура термина «провайдер интерактивных услуг».

### *Обладатель авторского права*

1. Физическое или юридическое лицо, которому принадлежит авторское право на произведение. За исключением нескольких особых случаев согласно некоторым законам по авторскому праву, первоначальным обладателем авторского права является автор, который по закону

наделяется авторским правом после создания произведения. Некоторые законы об авторском праве предоставляют статус первоначального правообладателя физическому или юридическому лицу, отличному от автора (такому, как производитель аудиовизуального произведения, издатель коллективного произведения или работодатель автора).

2. Обладателями авторского права могут также быть наследники авторов или иных лиц, которые были первоначальными обладателями авторского права, в результате наследования или юридические лица, которые стали правопреемниками тех юридических лиц, которые были первоначальными обладателями авторского права.
3. Преобладающее большинство законов по авторскому праву допускает уступку (передачу) авторского права в целом или частично, вследствие чего правопреемник становится обладателем авторского права.

### *Обладатель смежных прав*

1. Физическое или юридическое лицо, которому принадлежат смежные права. Первоначальными обладателями смежных прав являются: в отношении прав исполнителей – соответствующие исполнители; в отношении прав производителей фонограмм – соответствующие производители; в отношении прав организаций эфирного вещания – соответствующие организации; в отношении прав изготовителей баз данных – изготовители соответствующих баз данных; в отношении прав на типографское оформление опубликованных изданий – соответствующие издатели.
2. Обладателями смежных прав также могут быть наследники физических лиц, которые были первоначальными обладателями смежных прав, и юридические лица, которые стали правопреемниками тех юридических лиц, которые были первоначальными обладателями смежных прав.
3. В случае уступки (передачи) смежных прав правопреемник становится обладателем соответствующих смежных прав.

### *Авторство (право на)*

См. «личные неимущественные права».

## *Материальные права*

Синоним термина «имущественные права».

### *Исполнение; исполнитель*

1. Исполнением является то, что исполняет исполнитель. Этот термин в принципе шире, чем термин «исполнение произведения», поскольку обычно он распространяется также на исполнение выражений фольклора и может распространяться, например, на исполнения артистами варьете. Исполнения являются объектами прав исполнителей, категории смежных прав согласно Римской конвенции, Соглашению ТРИПС и ДИФ.
2. Наиболее современное определение «исполнителей» предложено в Статье 2(а) ДИФ, согласно которой это «актеры, певцы, музыканты, танцоры и другие лица, которые поют, читают, декламируют, играют на музыкальном инструменте, интерпретируют или иным образом исполняют литературные или художественные произведения, либо выражения фольклора». Римская конвенция содержит аналогичное определение в Статье 3(а). Хотя оно уже, поскольку не распространяется на исполнителей выражений фольклора. С другой стороны, понятие «исполнитель» согласно Римской конвенции шире, в том смысле, что Статья 9 Конвенции предусматривает возможность его распространения на артистов варьете и цирковых артистов.

### *Исполнение произведения; право на публичное исполнение*

1. Исполнение произведения означает действие исполнителя в отношении произведения, в результате которого произведение становится слышимым и/или видимым для тех, кто присутствует в месте исполнения. Более того, это также означает обеспечение слышимости или видимости аудиовизуального произведения или произведения, записанного на фонограмму с помощью соответствующего оборудования.
2. Согласно Статье 11(1) Бернской конвенции обладатели авторского права имеют исключительное право разрешать публичное исполнение своих драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений. Положение разъясняет, что понятие такого публичного исполнения распространяется на «публичные исполнения, осуществляемые любыми средствами или способами», что

означает, что охватывается также и публичное исполнение таких произведений, фиксированных в аудиовизуальных фиксациях или на фонограммах. В последнем смысле – то есть в смысле исполнения произведений посредством оборудования – термин «публичное исполнение» используется в Статьях 14(ii) и 14bis(1). Статья 14(1)(ii) в отношении кинематографических произведений (которые также относятся к другим аудиовизуальным произведениям) предусматривает следующее: «авторы литературных и художественных произведений имеют исключительное право разрешать ...публичное исполнение...перделанных или воспроизведенных таким образом произведений». Статья 14bis(1) добавляет, что «владелец авторского права на кинематографическое произведение [что тоже означает иное аудиовизуальное произведение] пользуется такими же правами, как и автор оригинального произведения, включая права, предусмотренные в предыдущей Статье», то есть также правом на публичное исполнение.

3. Следует отметить, что хотя Бернская конвенция отдельно упоминает публичное чтение литературных произведений и предусматривает отдельное право на публичное чтение в Статье 11ter(1)(ii), публичное чтение считается подпадающим под общее понятие «исполнение».
4. Сущность права на «публичное сообщение», предусмотренного в Статье 11bis(1)(iii) Бернской конвенции, аналогична праву на «публичное исполнение» и праву на «публичное чтение» по причинам, упомянутым ниже.
5. Если произведения делаются видимыми и/или слышимыми для тех, кто не присутствует в том месте, где это происходит (другими словами, откуда происходит действие), это является не исполнением, а сообщением, и если оно «для всеобщего сведения», то оно охватывается правом на эфирное вещание, правом на сообщение для всеобщего сведения по кабелю (по проводам) и в некоторых случаях правом на доведение до всеобщего сведения.
6. О широком понятии права на публичное исполнение см. «права на исполнение».

### *Исполнительские права*

1. Общеупотребительный термин, главным образом в контексте коллективного управления авторским правом и смежными правами, для обозначения более или менее всех

не связанных с копированием прав: права на публичное исполнение, права на публичное чтение, права на эфирное вещание и права на сообщение для всеобщего сведения по кабелю (проводу).

2. В некоторых странах объем права на публичное исполнение распространяется на все права, упомянутые выше, в пункте 1; то есть оно шире, чем то, что предусмотрено в Статье 11(1)(i) Бернской конвенции. (См. «правовая квалификация (принцип относительной свободы)»).

### *Организация по исполнительским правам*

Организация (обычно авторское общество или общество, союз или ассоциация обладателей смежных прав), действующая как организация по управлению на коллективной основе в отношении исполнительских прав.

### *Личное использование*

См. «частное использование; частное воспроизведение».

### *Petit – droits (Малые права)*

Французское выражение (часто используемое в оригинальной французской версии и на других языках), означающее так называемые исполнительские права на недраматические музыкальные произведения с соответствующим текстом или без, которые в принципе управляются на коллективной основе. Английский термин «малые права» - «small rights» - также используется в этом контексте.

### *Фонограмма*

1. На международном уровне широкое определение «фонограммы» дано в Статье 2(b) ДИФ, согласно которому это означает «запись звуков исполнения или других звуков, либо отображения звуков, кроме звуков в форме записи, включенной в кинематографическое или иное аудиовизуальное произведение».
2. Определение в ДИФ несколько шире, чем определение в Римской конвенции (Статья 3(b)) и в Фонограммной конвенции (Статья 1(a)): «любая исключительно звуковая запись звуков исполнения или других звуков», поскольку оно охватывает также аудиовизуальные фиксации, не являющиеся оригинальными и потому не квалифицируемые как кинематографические или иные аудиовизуальные произведения.

3. В странах, следующих традиции гражданского права, фонограммы считаются объектами смежных прав, и производителям фонограмм предоставляется охрана смежных прав. В некоторых странах, следующих традиции общего права, фонограммы признаются произведениями и в отношении них предоставляется охрана авторского права. В этих странах в принципе термин «звуковая запись» используется чаще, чем термин «фонограмма».

### *Знак охраны фонограммы*

Знак, упомянутый и описанный в положениях Статьи 11 Римской конвенции и Статьи 5 Фонограммной конвенции. Согласно этим положениям, если в качестве условия охраны прав производителей фонограмм или исполнителей, или и тех, и других в отношении фонограмм Договаривающееся государство в соответствии со своим национальным законодательством требует выполнения определенных формальностей, эти формальности считаются выполненными, если все находящиеся в продаже экземпляры опубликованной фонограммы или их упаковка имеют знак, состоящий из символа (P) в кружке, с указанием года первой публикации, и размещенный таким образом, чтобы обеспечить ясное уведомление о том, что фонограмма охраняется; и, если экземпляры или содержащая их упаковка не определяют изготовителя или лицензиата (путем указания его имени, товарного знака или другого соответствующего обозначения), то уведомление должно также включать имя лица, обладающего правами производителя; и, кроме того, если экземпляры или содержащая их упаковка не определяют основных исполнителей, то знак должен также включать имя лица, обладающего правами таких исполнителей в стране, где осуществлена запись.

### *Фонограммная конвенция*

Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм, принятая в Женеве 20 октября 1971 года. Иногда ее называют «Женевской Фонограммной конвенцией». Она администрируется ООН в отношении депонирования правовых актов и уведомлений, ВОИС в отношении обеспечения официальных текстов, а в других случаях – ВОИС, МОТ и ЮНЕСКО вместе.

### *Фотокопирование*

См. «репрографическое воспроизведение».

## *Пиратство*

Воспроизведение произведения или объекта смежных прав для распространения, а также для эфирного вещания или передачи по кабелю, без разрешения и обычно в коммерческих целях. Выражение также распространяется на ретрансляцию или распространение передачи эфирного вещания по кабелю без разрешения и обычно в коммерческих целях. «Бутлегерство» - это особый вид пиратской деятельности.

## *Пиратские товары*

Товары, содержащие в себе произведения и/или объекты смежных прав, произведенные пиратским путем. Соглашение ТРИПС в примечании к Статье 51 предусматривает специальное определение «пиратских товаров, произведенных с нарушением авторских прав»: «любые товары, которые являются копиями, созданными без согласия правообладателя или лица, надлежащим образом им уполномоченного в стране производства товара, и которые прямо или косвенно изготовлены из какого-либо изделия, в случае, если изготовление упомянутой копии явилось нарушением авторского права или смежных прав в соответствии с законодательством импортирующей страны».

## *Плагиат*

Представление в качестве оригинального произведения некоего лица (плагиатора) произведения, в действительности являющегося произведением другого лица (автора), без каких-либо изменений или с переработанной в большей или меньшей степени формой или содержанием. Понятие плагиата не ограничивается случаями формального сходства; опубликование произведения, являющегося переделкой произведения другого лица и представление его в качестве своего оригинального произведения также является плагиатом. В то же время охрана авторского права не распространяется на идеи, процессы, методы работы или математические концепции как таковые; поэтому использование такого неохраняемого материала, выраженного, описанного или каким-либо иным образом содержащегося в произведении, для создания другого произведения, не является плагиатом.

## *Точки приложения*

См. «синоним критерия для предоставления охраны».

## *"Post mortem auctoris"; p.m.a.*

Латинское выражение, означающее «после смерти автора». Этот термин часто используется в латинской версии – иногда в сокращенной форме "p.m.a." - в отношении срока охраны, продолжающейся во время жизни автора и в течение определенного периода после его смерти. Так, срок охраны, предусмотренный в Статье 7(1) Бернской конвенции в качестве основного правила, составляет 50 лет после смерти автора.

## *Ранее существовавшее произведение*

Синоним «оригинального произведения».

## *Ущемление (без необоснованного ~ законных интересов обладателей прав)*

См. «трехуровневый тест».

## *Предотвращение (возможность ~ некоторых действий)*

Термин, используемый в Римской конвенции (Статья 7.1) и в Соглашении ТРИПС (Статья 14.1). Изначально в Римской конвенции использование этого выражения вместо отсылки на (исключительное) право разрешать или запрещать некоторые действия стало необходимым, поскольку в то время некоторые страны, следовавшие традиции общего права, были не готовы предоставлять права интеллектуальной собственности исполнителям и они могли охранять их только от некоторых действий, осуществляемых без их согласия, на основании других правовых институтов, таких, как охрана прав личности. Все более преобладающей международной тенденцией является предоставление исполнителям полноценных прав интеллектуальной собственности; эта тенденция отражена в соответствующих положениях ДИФ (см. Статьи 6-10).

## *Частное использование; частное воспроизведение*

1. Использование произведений и объектов смежных прав (такое, как воспроизведение, перевод, переделка, аранжировка или другое преобразование) в частных, личных и некоммерческих целях, таких, как исследование, обучение или развлечение. Как правило, оно считается свободным использованием. Однако в некоторых случаях частного использования затрагиваемое исключительное право (такое, как право на воспроизведение в отношении компьютерных программ) не должно быть ограничено,

поскольку это противоречит нормальному использованию произведения. В других случаях частного использования следует принять во внимание то, что частное воспроизведение также контролируется «трехуровневым тестом», предусмотренным Статьей 9(2) Бернской конвенции, Статьей 13 Соглашения ТРИПС, Статьей 10 ДАП и Статьей 16 ДИФ. Это означает, что в случае такого воспроизведения любое исключение и ограничение могут быть установлены только в особых случаях и они не должны противоречить нормальному использованию соответствующих произведений и объектов смежных прав и не должны необоснованно ущемлять законные интересы правообладателей.

2. Частное копирование через глобальную компьютерную сеть (Интернет) приводит к особой ситуации. Из-за наличия огромного числа людей, соединенных с сетью, которые могут осуществлять «частное» воспроизведение – например, с помощью систем обмена файлами (из которых первой известной был Napster) – разрешение свободного копирования будет серьезно противоречить нормальному использованию прав на соответствующие произведения и объекты смежных прав. Решением может быть применение технических мер защиты с эффективной защитой и эффективными правовыми средствами защиты от их обхода, не разрешенного обладателями прав или не допускаемого законом (одновременно ограничивая любые разрешения по закону действительно оправданными особыми случаями, такими, как дистанционное обучение и научное исследование, и с соответствующими гарантиями).

#### *Производитель аудиовизуального произведения*

1. Физическое или юридическое лицо, которое берет на себя инициативу и ответственность за изготовление аудиовизуального произведения.
2. В соответствии с некоторыми национальными законами, следующими традиции общего права, производитель аудиовизуального произведения является первоначальным обладателем авторского права, а согласно некоторым из этих законов, он даже признается автором такого произведения. Статья 14bis(2)(a) Бернской конвенции предусматривает, что «определение лиц – обладателей авторского права на кинематографическое [и иное аудиовизуальное] произведение сохраняется за законодательством страны, в которой испрашивается охрана».

#### *Производитель фонограммы*

1. Широкое и наиболее современное определение «производителя фонограммы» приведено в Статье 2(d) ДИФ, согласно которому это «означает физическое или юридическое лицо, которое берет на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков, либо отображений звуков». Определение является современным, поскольку оно также распространяется на звуки электронного (цифрового) происхождения. Его широта следует не только из этого, но также – и даже больше – из широты определения «фонограммы» в Статье 2(b) ДИФ (также распространяющегося на аудиовизуальные фиксации, отличные от тех, которые являются оригинальными и поэтому квалифицируемые как аудиовизуальные произведения).
2. Римская конвенция (Статья 3(c)) определяет этот термин как «физическое или юридическое лицо, которое первым записывает звуки исполнения или другие звуки». (Однако согласно Статье 3(b) Римской конвенции «фонограммы» – это исключительно звуковые записи звуков).

#### *Программа (которую несут несущие программу сигналы); ~ организации эфирного вещания*

1. Программа определена в Спутниковой конвенции (Статья 1(ii)) следующим образом: «совокупность материалов, получаемых непосредственно или в записи, состоящих из изображений, звуков или того и другого». Таким образом определен один из двух существенных элементов предмета охраны, предлагаемой согласно Спутниковой конвенции – «сигналы, несущие программу».
2. Этот термин несколько отличается от понятия «программы организации эфирного вещания», являющегося синонимом «передачи эфирного вещания», поскольку Спутниковая конвенция не распространяется на спутники прямого вещания – а только на спутники фиксированной службы – и поэтому в этом контексте предполагается, что программа находится в стадии, предшествующей эфирному вещанию.

#### *Несущий программу сигнал*

Предмет охраны, предоставляемой согласно Спутниковой конвенции: «сигнал», который несет «программу».

## **Временные меры**

Процессуальные нормы, обычно безотлагательные и эффективные, длящиеся или действующие в течение ограниченного срока, осуществляемые для того, чтобы предотвратить нарушение какого-либо права интеллектуальной собственности или для того, чтобы сохранить соответствующие доказательства, относящиеся к нарушению, для последующего судебного разбирательства. Такие меры предусмотрены Статьей 50 Соглашения ТРИПС.

## **Произведение, выпущенное под псевдонимом**

1. Произведение автора, который выпустил произведение и предоставил к нему доступ под псевдонимом.
2. Статья 7(3) Бернской конвенции содержит специальные положения об условиях охраны произведений, выпущенных под псевдонимом. Однако если псевдоним не оставляет сомнений в личности автора, или если автор сам впоследствии раскроет свою личность публике, это положение заменяется соответствующими общими правилами (см., в частности, Статью 7(1) и 7bis Конвенции), применяемыми к произведениям, чьи авторы известны под своими настоящими именами.

## **Опубликование; опубликованное произведение**

1. Бернская конвенция не дает прямого определения понятия «опубликование». Однако она дает его косвенным путем, предусматривая в Статье 3(3) следующее: «Под «опубликованными произведениями» следует понимать произведения, опубликованные с согласия их авторов, вне зависимости от способа изготовления экземпляров, при условии, что количество имеющихся в обращении экземпляров, способно удовлетворить разумные потребности публики, принимая во внимание характер произведения. Не является опубликованием представление драматического, музыкально-драматического или кинематографического произведения, исполнение музыкального произведения, публичное чтение литературного произведения, сообщение по проводам или передача в эфир литературных или художественных произведений, показ произведения искусства и сооружение архитектурного произведения». Из этого определения «опубликованных произведений» следует, что в соответствии с Конвенцией понятие «опубликование» означает «выпуск в обращение (то есть распространение) экземпляров, в таком количестве и таким способом,

которые способны удовлетворить разумные потребности публики».

2. Римская конвенция (в Статье 3(d)) дает прямое определение, отражающее более простое понятие, чем то, что следует из Статьи 3(3) Бернской конвенции, поскольку оно гласит: «публикация означает предоставление публике экземпляров фонограммы в достаточном количестве». Соответствующее определение ДИФ (в Статье 2(e)) является более широким в том смысле, что оно также распространяется отдельно на опубликование записанного исполнения, но по существу оно аналогично определению в Римской конвенции: ««опубликование» записи исполнения или фонограммы означает предложение экземпляров записи исполнения или фонограммы публике с согласия правообладателя и при условии, что экземпляры предлагаются публике в разумном количестве».
3. Соглашение ТРИПС не содержит никакого определения «опубликования» (но соблюдение Статьи 3(3) Бернской конвенции обязательно для членов ВТО).

## **Публичное сообщение**

1. Термин «публичное сообщение» использован в Статье 11bis(1)(iii) Бернской конвенции, которая предусматривает, что обладатели авторского права пользуются исключительным правом разрешать «публичное сообщение переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или любого другого аналогичного устройства, передающего знаки, звуки или изображения». Использование этого термина, а не термина «сообщение для всеобщего сведения», является вполне уместным, поскольку такое действие не включает передачу произведения в другое место: это действие, осуществляемое в месте, где присутствует публика или где она может присутствовать, и в этом смысле оно аналогично «публичному исполнению» и «публичному чтению». Оно означает прием передачи эфирного вещания таким образом, что она становится слышна и/или видна тем, кто присутствует и соответствует понятию «публики».
2. Этот термин отличается от выражения «сообщение для всеобщего сведения», поскольку в последнем случае те, кому произведения или объекты смежных прав передаются для приема и кто соответствует понятию «публика», находятся в разных местах.

### **Общественное достояние**

Сфера тех произведений и объектов смежных прав, которые могут использоваться и эксплуатироваться всеми без разрешения и без обязанности выплачивать вознаграждение обладателям соответствующего авторского права и смежных прав – как правило, из-за истечения срока охраны или из-за отсутствия международных договоров, обеспечивающих для них охрану в данной стране.

### **Публичный показ; право на ~**

См. «показ произведения; право на публичный показ».

### **Право на публичное предоставление во временное пользование**

Право, предусматриваемое некоторыми национальными законами в отношении предоставления во временное пользование экземпляров произведений (обычно книг и других публикаций) открытыми для публики некоммерческими библиотеками. В международных нормах по авторскому праву и смежным правам такие права не предусмотрены.

### **Публичное исполнение; право на ~**

См. «исполнение произведения; право на публичное ~».

### **Прием публикой**

См. «эфирное вещание; право на ~».

### **Публичное чтение; право на ~**

См. «исполнение произведения; право на публичное ~».

### **Публичное; публика**

1. «Публика» - это группа, состоящая из значительного числа лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи и ее ближайшему социальному окружению. Не имеет решающего значения, действительно ли эта группа собралась в одном месте; достаточным является доступность для группы произведений или объектов смежных прав. В случаях сообщения для всеобщего сведения (включая эфирное вещание) и (интерактивного) доведения до всеобщего сведения не имеет значения, могут ли представители публики, способные принимать

произведения или объекты смежных прав, принимать их в одном месте или в разных местах, и в одно и то же время или в разное время.

2. Как прилагательное в отношении действия «публичное» (как исполнение или чтение) означает, что действие совершается в присутствии публики или по меньшей мере в месте, открытом для публики.

### **Опубликованное издание**

Версия произведения, независимо от того, охраняется оно или нет, или другого материала, опубликованного в печатном формате. Некоторые страны, в основном те, которые следуют традиции общего права, предоставляют *sui generis* охрану смежных прав издателям в отношении их «типографского оформления опубликованных изданий».

### **Ретрансляция; право на ~**

1. Одновременное и неизменное эфирное вещание одной организацией эфирного вещания передачи эфирного вещания, кабельного вещания (или Интернет-вещания) другой организации эфирного, кабельного (или Интернет) вещания. (Интернет-вещание приводится в скобках из-за продолжающегося к моменту составления Глоссария обсуждения природы этой категории).
2. Согласно Статье 11bis(1)(ii) Бернской конвенции обладатель авторского права пользуется исключительным правом разрешать ретрансляцию, если она осуществляется иной организацией, нежели первоначальная (но Статья 11bis(2) Конвенции допускает ограничения этого права, такие, как применение недобровольных лицензий или подчинение его осуществления условию коллективного управления).
3. Согласно Статье 13(a) Римской конвенции, организации эфирного вещания пользуются правом разрешать или запрещать ретрансляцию своих передач.

### **Прием**

Прием программы эфирного или кабельного вещания (сообщенной для всеобщего сведения по кабелю (проводу)), обычно с целью просмотра, прослушивания и/или воспроизведения произведения или объекта смежных прав, включенных в программу. Прием не является ни частью, ни условием завершения действия эфирного или кабельного

вещания (сообщения для всеобщего сведения по кабелю (проводу)). Если эфирное или кабельное вещание произведения продолжается и дальше – без записи или переделки – это отдельное действие, охватываемое правами на ретрансляцию или сообщение произведений передачи эфирного вещания для всеобщего сведения по кабелю (проводу). Если произведение, включенное в принятую передачу эфирного или кабельного вещания, записано или переделано, его последующее эфирное или кабельное вещание (сообщение для всеобщего сведения по кабелю (проводу)) охватывается правом на эфирное вещание (как новое действие эфирного вещания) или кабельное вещание (сообщение для всеобщего сведения по кабелю (проводу) программы кабельного происхождения).

### **Взаимность**

1. Предоставление охраны или расширение охраны авторского права или смежных прав в отношении граждан другой страны при условии существования такой же (или по меньшей мере аналогичной) степени охраны, предоставляемой в этой другой стране гражданам соответствующей страны. Это равнозначно отрицанию национального режима.
2. В соответствии с Бернской конвенцией, Римской конвенцией, ДАП и в отношении авторского права в соответствии с Соглашением ТРИПС применяется принцип национального режима, а взаимность применяется только в тех случаях, когда она допустима как исключение из этого принципа. О таких случаях смотри «национальный режим».

### **Запись произведения или объекта смежных прав**

Синоним «фиксации произведения или объекта смежных прав».

### **Смежные права**

1. В традиционном узком смысле термин «смежные права» (или его синоним «родственные права») означает права исполнителей в отношении их исполнений, права производителей фонограмм в отношении их фонограмм и права организаций эфирного вещания в отношении их передач эфирного вещания.
2. Широкое значение выражения распространяется также и на права издателей на типографские оформление их опубликованных изданий и на права *sui generis*

изготовителей баз данных. (В отношении правовой природы «прав производителей первых записей фильмов» смотри комментарии к этому выражению).

### **Вознаграждение; право на ~**

1. Платеж, производимый теми, кто осуществляет какое-либо действие в отношении произведения или объекта смежных прав. На основании исключительного права на разрешение обладатель прав может требовать уплаты соответствующего вознаграждения за разрешение любого действия, на которое распространяется право (поэтому в случае исключительного права в законе по авторскому праву не обязательно указывать, что обладатели прав имеют право на получение вознаграждения за разрешение соответствующих действий).
2. «Право на вознаграждение» как таковое может иметь два разных правовых основания. Или исключительное право на разрешение ограничено в некоторых особых случаях простым правом на справедливое вознаграждение (как, например, в некоторых особых случаях репрографического воспроизведения); или право предусмотрено в международных нормах по авторскому праву и смежным правам и в национальных законах по авторскому праву как право на такое вознаграждение (такое, как право на перепродажу).

### **Прокат; право на ~**

1. Прокат - предоставление экземпляра произведения или объекта смежных прав в пользование на ограниченный период времени в целях извлечения прямой или косвенной коммерческой выгоды.
2. Бернская конвенция и Римская конвенция не предусматривают права на прокат, тогда как Соглашение ТРИПС (в статьях 11 и 14.4) предусматривает – при определенных условиях и с некоторыми исключениями – в отношении компьютерных программ, аудиовизуальных произведений и фонограмм. В ДАП (Статья 7) и в ДИФ (Статьи 9 и 13) предусмотрена такая же обязательность предоставления права на прокат, как и в Соглашении ТРИПС.
3. В основном прокат считается подпадающим под более широкое понятие распространения, и в некоторых странах на него распространяется общее право на

распространение. В таких странах предоставляется отдельное право на прокат путем исключения права на прокат из исчерпания права на распространение при первой продаже (или при другой первой передаче собственности в отношении) соответствующих экземпляров. В других странах отдельное право на прокат, обычно ограничивающееся особыми категориями произведений и/или объектов смежных прав, предоставляется вместе с правом на (первое) распространение, которое применяется только к продаже или иной передаче собственности (будет исчерпано при первом таком действии).

### *Воспроизведение; право на ~*

1. «Воспроизведение» - это [новая] фиксация произведения или объекта смежных прав, достаточно стабильная для того, чтобы произведение или объект смежных прав могли быть восприняты, вновь воспроизведены и сообщены на этой основе. Хранение произведений в электронной (компьютерной) памяти также является воспроизведением, поскольку оно полностью соответствует этому понятию.
2. Статья 9(1) Бернской конвенции предусматривает, что обладатели авторского права пользуются исключительным правом разрешать воспроизведение их произведений «любым образом и в любой форме». В соответствии с этим с точки зрения понятия «воспроизведение»: (i) способ, метод и форма воспроизведения не имеют значения; (ii) не имеет значения, может ли экземпляр произведения быть воспринят непосредственно или при помощи устройства; (iii) не имеет значения, воплощен ли экземпляр в материальном объекте, который может быть распространен; (iv) не имеет значения, осуществлено ли воспроизведение непосредственно (например, на основе экземпляра в материальной форме) или косвенно (например, на основе программы эфирного вещания); и (v) продолжительность фиксации (включая хранение в электронной форме) – является ли она постоянной или временной – не имеет значения (до тех пор, пока на основе [новой фиксации] произведение может быть воспринято, воспроизведено или сообщено).
3. Поскольку согласно Статье 9.1 Соглашения ТРИПС и согласно Статье 1(4) ДАП соответствие *inter alia* Статье 9 Бернской конвенции является обязательной, в соответствии с этими правовыми актами применяется такая же концепция «воспроизведения» - с таким же объемом

права на воспроизведение - что и в соответствии с Бернской конвенцией.

4. В Статьях 7 и 11 ДИФ об исключительном праве на воспроизведение, которым пользуются исполнители и производители фонограмм, *mutatis mutandis* использован язык Статьи 9(1) Бернской конвенции, включая разъяснение о том, что предусмотренные в них права распространяются на воспроизведение «любым образом и в любой форме». Таким образом согласно договору понятие «воспроизведения» и объем права на воспроизведение являются такими же, как указано выше, в пункте 1.
5. В противоположность другим вышеупомянутым правовым актам, Римская конвенция содержит ясное определение воспроизведения в Статье 3(e). Оно очень простое; и сформулировано следующим образом: «"воспроизведение" означает изготовление одного или нескольких экземпляров записи». Поскольку «воспроизведение», «копирование» и «изготовление экземпляра или экземпляров» - синонимы, такое определение не отражает реальной сущности. Только Статья 10 Конвенции дает некоторое разъяснение в том смысле, что говорит о «прямом или косвенном воспроизведении». Несмотря на это трудно предположить, что понятие «воспроизведения» в Римской конвенции отличается от того, что используется в соответствии с другими вышеупомянутыми правовыми актами

### *Организация по правам на воспроизведение*

Организация совместного управления, специализирующаяся на управлении правами на воспроизведение в отношении репрографического воспроизведения произведений. Недавно некоторые из этих организаций расширили свою деятельность на управление правами на воспроизведение в отношении воспроизведения посредством компьютерных сетей.

### *Репрографическое воспроизведение*

Воспроизведение произведения путем фотокопирования или аналогичной технологии в виде факсимильных копий. Изготовление уменьшенных или увеличенных факсимильных копий также считается репрографическим воспроизведением.

### *Право перепродажи*

1. Неотчуждаемое право автора или, после его смерти, лица или учреждения, управомоченного национальным

законодательством, на долевое участие в каждой продаже его оригинального произведения искусства и – гораздо реже – его оригинальных рукописей, следующей за первой его уступкой. Обычно представляет собой определенный процент от продажной цены или разницу между продажной ценой и предыдущей продажной ценой. Применимость этого права обычно ограничивается публичными торгами и продажей через торговцев произведениями искусства. Согласно Статье 14ter Бернской конвенции предоставление такого права является необязательным и может применяться на условии взаимности.

2. Название этого права на всех языках часто приводится во французском варианте – *droit de suite*.

### *Остающееся право*

Право – вообще говоря, право на вознаграждение – (обычно неотчуждаемое) авторов и исполнителей, которое сохраняется за ними согласно закону при передаче своих исключительных прав другим лицам. Например, такое право предусмотрено в некоторых странах для авторов и исполнителей, когда они передают свое право на прокат в отношении своих произведений и исполнений, воплощенных в аудиовизуальных произведениях, производителю таких произведений. См. также «доступ (право на ~)».

### *Уважение (право на)*

См. «личные неимущественные права».

### *Обратная сила*

В контексте международных норм по авторскому праву и смежным правам это выражение вводит в заблуждение, являясь неправильным употреблением термина, поскольку ни один из соответствующих международных правовых актов (Бернская, Римская, Спутниковая и Фонограммная конвенции, Соглашение ТРИПС, ДАП или ДИФ) не предусматривает наличия обратной силы в отношении своего применения. Правильным термином в отношении содержания соответствующих положений этих правовых актов является «применение во времени».

### *Повторное использование*

Термин, используемый в контексте *sui generis* охраны типа смежных прав в отношении изготовителей баз данных. Он означает любую форму доведения до всеобщего сведения

всего или существенной части содержания базы данных путем распространения копий, проката, передачи он-лайн или в другой форме.

### *Владелец авторского права*

Синоним термина «обладатель авторского права».

### *Владелец смежных прав*

Синоним термина «обладатель смежных прав».

### *Право на переделку*

См. «переделка; право на ~».

### *Право на авторство*

См. «личные неимущественные права».

### *Право на эфирное вещание*

См. «эфирное вещание; право на ~».

### *Право на сообщение для всеобщего сведения*

См. «сообщение для всеобщего сведения; право на ~».

### *Право на раскрытие*

См. «личные неимущественные права».

### *Право на распространение*

См. «распространение; право на ~ ; право на первое ~».

### *Право на экспонирование*

См. «показ; право на публичный показ».

### *Право на целостность*

См. «личные неимущественные права».

### *Право на доведение до всеобщего сведения*

См. «доведение до всеобщего сведения; право на ~».

### **Право на авторство**

См. «личные неимущественные права».

### **Право на публичный показ**

См. «показ; право на публичный показ».

### **Право на публичное исполнение**

См. «исполнение произведения; право на публичное исполнение».

### **Право на публичное чтение**

См. «исполнение произведения; право на публичное исполнение».

### **Право на прокат**

См. «прокат; право на ~».

### **Право на уважение**

См. «личные неимущественные права».

### **Право на воспроизведение**

См. «воспроизведение; право на ~».

### **Право на перевод**

См. «перевод; право на ~».

### **Право на отзыв**

См. «личные неимущественные права».

### **Агентство по очистке прав/ центр**

Организация, осуществляющая посредническую форму совместного управления авторским правом и/или смежными правами, не имеющую таких коллективизированных элементов как традиционное коллективное управление. В случае системы по очистке прав обладатели прав уполномочивают лицензирующий орган, оказывающий такую услугу (вид агентства, также называемый «центром»), предоставлять лицензии от их имени на определенных условиях и за определенное вознаграждение. Такая система отличается от коллективного управления тем, что: (i) обладатели прав не

образуют реального коллектива для управления их правами; (ii) лицензирующий орган обычно предоставляет не общие лицензии, а индивидуальные; (iii) вознаграждение и другие условия лицензирования могут различаться – и часто различаются – в соответствии с указаниями, данными разными авторами и другими обладателями прав; (iv) нет отчислений на культурные или социальные нужды; и (v) вознаграждение передается непосредственно обладателям права, которым оно полагается.

### **Информация об управлении правами; ИУП**

1. Этот термин определен в Статье 12(2) ДАП и Статье 19(2) ДИФ *mutatis mutandis* практически одинаково: «информация, которая идентифицирует [произведение, автора произведения, обладателя какого-либо права на произведение] [исполнителя, исполнение исполнителя, производителя фонограммы, фонограмму, обладателя какого-либо права на исполнение или фонограмму] или информацию об условиях использования [произведения][исполнения или фонограммы] и любые цифры или коды, в которых представлена такая информация, когда любой из этих элементов информации приложен к экземпляру [произведения][записанного исполнения или фонограммы] либо появляется в связи [с сообщением произведения для всеобщего сведения][сообщением или доведением записанного исполнения или фонограммы до всеобщего сведения]».
2. В соответствии со Статьей 12(1) ДАП и Статьей 19(1) ДИФ «Договаривающиеся Стороны предусматривают соответствующие и эффективные средства правовой защиты в отношении любого лица, намеренно осуществляющего любое из следующих действий, зная или, в связи с применением гражданско-правовых средства защиты, имея достаточные основания знать, что такое действие будет побуждать, позволять, способствовать или скрывать нарушение любого права, предусмотренного настоящим Договором [или Бернской конвенции]: (i) устранение или изменение любой электронной информации об управлении правами без разрешения; (ii) распространение, импорт с целью распространения, [передачу в эфир или сообщение для всеобщего сведения][передачу в эфир, сообщение или доведение до всеобщего сведения] без разрешения [произведений или экземпляров произведений][исполнений, экземпляров записанных исполнений или фонограмм], зная, что в них без разрешения была устранена или изменена электронная информация об управлении правами.

### **Право требовать признания авторства**

См. «личные неимущественные права».

### **Право на вознаграждение**

См. «вознаграждение; право на».

### **Римская конвенция**

Международная конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, принятая в Риме 26 октября 1961 года. Администрируется Организацией Объединенных Наций в отношении депонирования правовых актов и уведомлений, в остальных отношениях – совместно ВОИС, МОТ и ЮНЕСКО.

### **Спутниковое вещание**

См. «эфирное вещание; право на ~», «теория передачи информации» и «теория излучения».

### **Спутниковая конвенция**

Конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, принятая в Брюсселе 21 мая 1974 года. Администрируется Организацией Объединенных Наций в отношении депонирования правовых актов и уведомлений, во всем остальном – совместно ВОИС и ЮНЕСКО.

### **Научные произведения**

Категория «литературных и художественных произведений», использование которых в некоторых национальных законах и косвенно в Бернской конвенции (в Статье 2(1) в выражении «любая продукция в области литературы, науки и искусства») является необязательным и вводящим в заблуждение, поскольку научный предмет произведения не играет роли с точки зрения охраны авторского права. Например, статьи и книги на научные темы охраняются не из-за их темы, а из-за того, что они являются статьями и книгами, то есть литературными произведениями.

### **Вторичное использование**

Устаревшее выражение, относящееся к эфирному вещанию и иному сообщению для всеобщего сведения фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (см. «права по Статье 12»). С интенсивным развитием технологий воспроизводства и

передачи, в частности, с появлением цифровых фонограмм и цифровых технологий это стало не вторичным, а первичным использованием с точки зрения возможностей нормальной эксплуатации прав на фонограммы. Это особенно справедливо в случае передач почти-по-запросу (типа тех, что осуществляются в рамках подписных услуг).

### **Система управления последовательными копиями; (SCMS)**

Хорошо известна по аббревиатуре «SCMS». Техническая система изготовления цифрового экземпляра цифровой фонограммы, не допускающая изготовления дополнительных («второго поколения») цифровых копий цифрового экземпляра («экземпляр «первого поколения»). Это мера технической защиты.

### **Провайдеры услуг; ответственность ~**

1. Провайдеры услуг – включая провайдеров интерактивных услуг и провайдеров доступа – это те организации, которые предоставляют свои компьютерные и телекоммуникационные системы в пользование публике для загрузки на удаленный компьютер, пересылки и копирования с удаленного компьютера (скачивания) *inter alia* произведений и объектов смежных прав, а также такие услуги, как простая передача, кэширование, хостинг и предоставление средств определения местонахождения информации.

2. Если провайдеры услуг в дополнение к услугам, упомянутым в пункте 1, без разрешения осуществляют также действия, на которые распространяется авторское право и смежные права, они отвечают – на основании правил в отношении прямой ответственности – за любое нарушение точно так же, как любое другое физическое или юридическое лицо.

3. Некоторые страны ввели особые нормы в отношении возможной ответственности за содействие или субсидарной ответственности провайдеров услуг с особыми правилами в отношении таких услуг, как простая передача, кэширование, хостинг и предоставление средств определения местонахождения информации. Эти правила в основном предусматривают «безопасные укрытия» для провайдеров услуг; то есть освобождение от средств правовой защиты, которые могут быть применены к ним – освобождение обычно не распространяется на судебные запреты – при условии, что они надлежащим образом выполняют определенные технические и другие требования, необходимые с точки зрения некоторых законных интересов обладателей права, и если они действуют надлежащим образом, удаляя нарушающие права материалы из своих систем и/или временно приостанавливая возможность соединения с ними и доступа к ним. В отношении последнего законодательство некоторых стран

предусматривает особую процедуру «уведомления и удаления» с особыми правилами о том, как обладатели права могут уведомить провайдеров услуг о нарушениях, с установкой срока для «удаления» (устранения и т.п.) нарушающих права материалов и другими процедурными шагами, а также с гарантиями в отношении возможного неправильного использования системы.

### **Нотная запись музыки**

1. Выражение музыкального произведения посредством нот и других символов, обычно в соответствии с определенными стандартными правилами, или в рукописном виде (что тогда должно считаться рукописью), или в напечатанном виде, с сопровождающим текстом или без него.
2. В некоторых национальных законах существуют специальные положения в отношении нотных записей музыки, например, в отношении права на прокат музыкальных произведений в такой форме или об исключении возможности их свободного частного воспроизведения.

### **Одновременное опубликование произведения**

Согласно Статье 3(4) Бернской конвенции произведение считается опубликованным одновременно в нескольких странах, если оно было опубликовано в двух или более странах в течение тридцати дней после его первой публикации. Это положение относится к вопросам предоставления охраны в соответствии с Бернской конвенцией.

### **Малые права**

См. «petit droits».

### **Программное обеспечение**

См. «программа для компьютера».

### **Звуковая запись**

1. В одном значении это синоним «фонограммы». В странах, где фонограммы признаются произведениями, обычно используется термин «звуковая запись», а не «фонограмма».
2. В другом значении это означает звуковую запись звуков исполнения (*inter alia* исполнений произведений) или других звуков. В соответствии с авторским правом звуковая

запись (исполнений произведений) подпадает под вариант права на воспроизведение – «механическое право» (Статьи 9 и 13). В отношении исполнений Римская конвенция (Статья 7.1(b)) и Соглашение ТРИПС (Статья 14.1) устанавливают «возможность предотвращать» такое действие, если оно осуществляется без согласия исполнителя, тогда как ДИФ (Статья 6(ii)) предусматривает исключительное право на разрешение в этом отношении.

### **Исходный код**

1. Исходный код - это та версия компьютерной программы, которая еще не завершена для того, чтобы она могла быть запущена на компьютере. Она еще может быть прочитана и понята человеком, по меньшей мере, специалистом.
2. Статья 10.1 Соглашения ТРИПС разъясняет что «компьютерные программы, как исходный, так и объектный код охраняются как литературные произведения в соответствии с Бернской Конвенцией». Ссылка на две основные формы выражения компьютерных программ является излишней, поскольку согласно Статье 2(1) Бернской конвенции – которую в силу Статьи 9.1 Соглашения ТРИПС должны соблюдать члены ВТО – литературные или художественные произведения охраняются, «каким бы способом и в какой бы форме они не были выражены». В соответствии с этим в Статье 4 ДАП указано: «Компьютерные программы охраняются как литературные произведения в смысле Статьи 2 Бернской конвенции. Такая охрана распространяется на компьютерные программы независимо от способа или формы их выражения».

### **Идентификационный код; SID**

Номер (SID номер), который напечатан на изготовленных законным путем компакт- дисках (CD), на основе которого органы по обеспечению соблюдения прав могут установить изготовителя CD, место его нахождения и оборудование, использованное при изготовлении этого CD. Это международная система нумерации, которая упрощает идентификацию нелегальных (пиратских) копий CD.

### **Особые случаи (предусматриваемые ограничения и исключениями)**

См. «трехуровневый тест».

### *Сценическая постановка*

Способ, которым драматическое или музыкально-драматическое произведение исполняется и представляется публике обычно в театре. В соответствии с некоторыми национальными законами сценические постановки охраняются как отдельная категория произведений, при условии, что они соответствуют требованиям оригинальности. В таком случае, в принципе, режиссер-постановщик сценического представления признается его автором.

### *Установленные законом убытки*

См. «возмещение убытков».

### *Лицензия по закону*

См. «исключения и ограничения», «принудительная лицензия» и «недобровольная лицензия».

### *Хранение произведений и объектов смежных прав в электронной (компьютерной) памяти*

См. «воспроизведение; право на».

### *Подписные услуги*

См. «передача почти-по-запросу».

### *Существенное сходство*

Решающий фактор в правовом споре об инкриминировании нарушения авторского права в форме плагиата в тех случаях, когда нет прямых доказательств. Это означает такую степень сходства между произведением обладателя авторского права и инкриминируемой в нарушении права копией, которая (вместе с правовой составляющей доступа) считается достаточной, чтобы утверждать, что копирование произведения обладателя авторского права имело место в форме плагиата.

### *Субтитрование*

1. Наложение письменного текста на аудиовизуальное произведение (обычно на языке, отличном от языка, используемого в аудиовизуальном произведении).
2. Согласно Статье 14bis(2)(b) Бернской конвенции «в странах Союза, законодательство которых включает в число владельцев авторского права на кинематографическое

произведение [так же, как и на другие аудиовизуальные произведения] авторов, внесших вклад в его создание, эти авторы, если они обязались внести такой вклад, не вправе при отсутствии кокого-либо противоположного или особого условия, противиться [...] субтитрованию [...] текстов [...] произведения». (Следует отметить, что Статья 14bis(3) содержит исключения из этого положения).

### *Правопреемник*

Физическое или юридическое лицо, заменяющее – путем уступки (передачи) прав или путем наследования (в силу закона) – первоначального обладателя авторского права или смежных прав в качестве обладателя соответствующих прав. Технические средства защиты

1. Любые технологии, устройства, компоненты, которые в ходе своей нормальной работы предназначены для того, чтобы препятствовать или ограничивать совершение действий, не разрешенных обладателем прав или по закону, в отношении произведений или объектов смежных прав. Технические средства являются «эффективными», когда использование охраняемого произведения или объекта смежных прав контролируется обладателем прав посредством применения контроля к доступу или способа защиты, такого, как кодирование или иного преобразования произведения или объекта смежных прав, или такого, как механизм контроля над копиями с целью защиты. Такие средства иногда приводятся в виде аббревиатуры ТСЗ.
2. Согласно Статье 11 ДАП и Статье 18 ДИФ Договаривающиеся стороны предусматривают соответствующую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих технических средств, используемых обладателями прав в связи с осуществлением своих прав по этим договорам и ограничивающих действия в отношении соответственно их произведений, исполнений или фонограмм, которые не разрешены ими или не допускаются законом.
3. В процессе введения в действие этих договоров стало ясно – и это отражено в соответствующих положениях национальных законов – что не возможно обеспечить соответствующую правовую охрану и эффективные правовые средства защиты от обхода, если охрана и правовые средства защиты не распространяются на так называемые «подготовительные действия». То есть должны

быть также предусмотрены соответствующая правовая охрана и эффективные правовые средства защиты от изготовления, импорта, распространения, продажи, проката, рекламирования для продажи или проката, или владения в коммерческих целях устройств, изделий или компонентов или от предоставления услуг, которые: (i) продвигают, рекламируют, или продают в целях обхода; или (ii) имеют только ограниченную коммерчески значимую цель или использование, иные чем для обхода; или (iii) в основном предназначены, произведены, переделаны или выполнены с целью предоставления возможности обхода или содействия обходу любых эффективных технических средств.

### *Срок охраны*

Период времени, в течение которого охраняются авторское право на произведения и смежные права на соответствующие объекты. С истечением срока охраны произведения или объекты смежных прав переходят в общественное достояние.

### *Наземное вещание*

Вещание при помощи передатчиков, расположенных на поверхности земли. Термин используется в противоположность спутниковому вещанию.

### *Трехуровневый тест*

1. Основной тест для определения того, допустимо ли исключение или ограничение в соответствии с международными нормами по авторскому праву и смежным правам. Тест включает три элемента («уровня»). Исключения или ограничения: (i) могут распространяться только на определенные особые случаи; (ii) не должны противоречить нормальному использованию произведений или объектов смежных прав (фактически, прав на произведения и объекты смежных прав); и (iii) не должны ущемлять необоснованным образом законные интересы правообладателей.
2. Тест первоначально был предусмотрен в Статье 9(2) Бернской конвенции в отношении исключений и ограничений для прав на воспроизведение. Он был расширен Статьей 13 Соглашения ТРИПС, а затем Статьей 10 ДАП на исключения и ограничения в отношении всех имущественных прав в соответствии с авторским правом. Наконец, Статья 16 ДИФ распространила его на права

исполнителей и производителей фонограмм, предусмотренные договором.

3. Первый «уровень» теста – а именно, любое исключение или ограничение предусматривается только в «определенных особых случаях» – означает два кумулятивных требования: во-первых, что любое исключение или ограничение должно быть ограничено по сфере действия; не допустимы никакие исключения или ограничения общего воздействия; а, во-вторых, оно должно быть особым, в том смысле, что должно быть какое-либо особое политико-правовое обоснование для его введения.
4. Что касается второго уровня – а именно, состоящего в том, что не допустимо никакое ограничение или исключение, противоречащее нормальному использованию произведений или объектов смежных прав – термин «использование» означает деятельность, посредством которой обладатель авторского права или смежных прав осуществляет свои права соответственно на свое произведение или объект смежных прав для того, чтобы извлечь выгоду из своих прав, а прилагательное перед этим термином – «нормальное» – относится к нормативному стандарту (хотя поскольку соответствующая деятельность соответствует этому стандарту, его можно рассматривать как имеющее в то же время описательную, эмпирическую природу). На основе указанного эмпирического стандарта исключение или ограничение «противоречит нормальному использованию» произведения или объекта смежных прав в том случае, если оно распространяется на какую-либо форму использования, которая имеет или может приобрести такую большую значимость, что те, кто используют ее, могут составить экономическую конкуренцию осуществлению прав обладателей соответствующего авторского права или смежных прав (другими словами, которая может сорвать возможность нормального использования прав на произведения или объекты смежных прав на рынке).
5. Третий уровень – состоящий в том, что исключение или ограничение не должно необоснованным образом ущемлять законные интересы обладателей права – показывает, что определенное ущемление законных интересов обладателей права может быть допустимо, но оно не должно выходить за рамки того, что может считаться обоснованным. Вопрос обоснованной или необоснованной степени ущемления может решаться на основе соответствующих обоснованных социальных норм и

государственной политики. «Законные интересы» означают правовые интересы обладателей прав пользоваться, осуществлять и получать выгоду из своих прав насколько это возможно.

## ТСЗ

Аббревиатура «технических средств защиты».

### *Передача/возможность передачи авторского права и смежных прав*

1. Уступка авторского права или смежных прав обладателем таких прав (лицом, совершающим уступку) физическому или юридическому лицу (правопреемнику) в качестве собственности. В противоположность лицензии, которая касается только предоставления разрешения на осуществление определенных оговоренных действий, передача (уступка) права – по меньшей мере в случае исключительных прав – означает, что право на разрешение или запрещение действий, охватываемых правом, само передается лицензиату (правопреемнику).
2. По международным нормам по авторскому праву и смежным правам имущественные права толкуются как передаваемые (в противоположность личным неимущественным правам, которые непередаваемы). В соответствии с этим преобладающее большинство законов по авторскому праву разрешает авторам или иным обладателям авторского права и смежных прав и передавать свои имущественные права, и предоставлять лицензии, в то время как небольшое число законов по авторскому праву, по меньшей мере в определенных случаях, только признает действительность лицензий (в целях охраны интересов авторов и исполнителей, которые считаются более слабыми сторонами во время переговоров с некоторыми могущественными пользователями).

### *Право на преобразование*

Одна из трех основных категорий имущественных прав в рамках авторского права и смежных прав (наряду с правами, связанными с копированием и правами, не связанными с копированием). Этот термин означает те права, которые относятся к преобразованию произведения таким образом, что в результате этого преобразования создаются новые производные произведения; в частности, право на перевод и право на переделку.

### *Перевод; право на ~*

1. В качестве действия, перевод обычно означает преобразование текста, написанного или произнесенного на одном языке, в текст на другом языке. (Иногда это понятие распространяется на преобразование компьютерной программы из одного языка программирования в другой).
2. Согласно Статье 8 Бернской конвенции обладатели авторского права пользуются исключительным правом разрешать переводы своих произведений.
3. В качестве объекта, это результат действия – перевода. Согласно Статье 2(3) Бернской конвенции «переводы [...] произведения охраняются наравне с оригинальными произведениями без ущерба правам автора оригинального произведения».

### *Соглашение ТРИПС*

1. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности, включая торговлю контрафактными товарами, принятое в городе Маракеш, Марокко, 15 апреля 1994 года как Приложение к Соглашению, учреждающему Всемирную Торговую Организацию (ВТО). Оно администрируется ВТО.
3. «Авторское право и смежные права» (Раздел 1, Часть II, Статьи 9-14) представляет собой первую из восьми областей прав интеллектуальной собственности, на которые распространяется Соглашение ТРИПС. Часть III (Статьи 41-61) Соглашения содержит подробные положения по обеспечению соблюдения прав интеллектуальной собственности.

### *Типографское оформление печатных изданий*

1. То, как страницы книги или аналогичного издания напечатаны (то, как страницы выглядят).
2. Некоторые национальные законы предоставляют *sui generis* смежные права на типографское оформление опубликованных изданий издателям. По существу, это право гарантировать охрану от репрографического воспроизведения страниц книги или других изданий без разрешения издателя. Срок охраны такого права обычно короче, чем срок охраны авторского права (например, 25 лет с даты первого опубликования).

## **ВКАП**

Аббревиатура Всемирной Конвенции об авторском праве.

### **Зонтичное решение**

1. Решение, выбранное Женевской Дипломатической конференцией 1996 года, принявшей ДАП и ДИФ, для ликвидации проблемы, возникшей в отношении правовой квалификации интерактивных цифровых передач через глобальную компьютерную сеть и прав, которые следует применять в отношении таких передач (некоторые страны предпочли применение права на сообщение для всеобщего сведения, тогда как другие – права на распространение). «Зонтичное решение» включает следующие элементы: (i) описание таких интерактивных цифровых передач в нейтральной, свободной от правовой квалификации манере как « доведение до всеобщего сведения произведений/исполнений, записанных на фонограммы/фонограмм по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору»; (ii) предоставление обладателям авторского права и смежных прав исключительного права разрешать такие действия; но (iii) за Договаривающимися сторонами остается правовая квалификация таких действий – квалифицируются ли они как сообщение для всеобщего сведения или как распространение, или и то, и другое – и выбор применяемого права или прав, поскольку одни и те же действия подпадают под один вид права (прав) (то есть исключительное право (права)).
2. В Статьях 10 и 14 ДИФ о «праве сделать доступными записанные исполнения/фонограммы» это «решение» применено непосредственно, тогда как в ДАП это нейтральное описание интерактивной цифровой передачи включено в Статью 8 о «праве на сообщение для всеобщего сведения» как расширение общего права на сообщение для всеобщего сведения; однако с разъяснением в отчетах дипломатической конференции того, что обязанность предоставлять исключительное право в отношении таких действий может быть также выполнена путем предоставления права, отличного от права на сообщение для всеобщего сведения (в частности, права на распространение), или комбинации прав.

## **ЮНЕСКО**

Организация объединенных наций по вопросам образования, науки и культуры, базирующаяся в Париже. Она администрирует ВКАП, а совместно с ООН, ВОИС И МОТ – Римскую, Фонограммную и Спутниковую конвенции.

### **Всемирная конвенция об авторском праве**

Всемирная конвенция об авторском праве (сокращенно ВКАП) принята в Женеве 6 сентября 1952 года, пересмотрена в Париже 24 июля 1971 года. Администрируется ЮНЕСКО.

### **Необоснованное ущемление (без ~ законных интересов обладателей прав).**

См. «трехуровневый тест».

### **Передача на орбиту**

В случае прямого вещания при помощи спутника это этап процесса сообщения между исходной точкой вещания и спутником.

### **Загрузка на удаленный компьютер**

1. Пересылка произведений или объектов смежных прав в цифровом формате от небольшого («клиент») компьютера (такого, как персональный компьютер) на большой («хост» или «сервер») компьютер обычно с целью предоставления возможности последующей загрузки.
2. Загрузка на удаленный компьютер является воспроизведением.

### **Пользователь (произведения или объекта смежных прав)**

1. В узком смысле это физическое или юридическое лицо, которое совершает действия, на которые распространяются имущественные права в соответствии с авторским правом или смежными правами.
2. В широком смысле это любое лицо, которое совершает действия по использованию произведения или объекта смежных прав любым способом и в любой форме, включая использование законного экземпляра его обладателем, такого, как чтение книги, прослушивание фонограммы или просмотр аудиовизуального произведения.

### *Использование произведения или объекта смежных прав*

1. В узком смысле это совершение действий, на которые распространяются имущественные права в соответствии с авторским правом или смежными правами.
2. В широком смысле это использование произведения или объекта смежных прав любым образом и в любых целях, включая любое использование законным обладателем экземпляра, такое, как чтение книги, прослушивание фонограммы или просмотр аудиовизуального произведения. Такие виды использования произведения или объекта смежных прав не подпадают под авторское право или смежные права.

### *Субсидарная ответственность*

Ответственность за правонарушения тех лиц, которые имеют право и возможность контролировать правонарушающие действия другого лица наряду с очевидной и прямой финансовой заинтересованностью в использовании соответствующих произведений или объектов смежных прав (например, обладатель помещения, сдаваемого другим для исполнения музыкальных произведений). Такая ответственность может существовать даже в отсутствие действительного знания, поскольку она связана с прямыми нарушителями и необязательно с осуществлением правонарушений.

### *Сетевое вещание*

Все еще находящееся в стадии разработки понятие без какой-либо общепринятой правовой квалификации. Согласно одному из предложенных определений, это делать доступными для приема публикой передачи звуков, изображений или звуков и изображений, или их отображений, по проводам или средствами беспроводной связи через компьютерные сети. Такие передачи, когда они закодированы, будут считаться «сетевым вещанием», если средства декодирования предоставляются публике организацией, осуществляющей сетевое вещание или с ее согласия. Сетевое вещание и другие передачи через компьютерные сети, по проводам или средствами беспроводной связи, необязательно должны пониматься как «эфирное вещание» или «кабельное вещание».

### *Организация сетевого вещания*

Физическое или юридическое лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за первую передачу публике звуков, изображений или звуков и изображений, или их отображений в форме сетевого вещания. О все еще разрабатываемой природе понятия см. «сетевое вещание».

### *ВОИС*

Аббревиатура Всемирной организации интеллектуальной собственности.

### *Договор ВОИС по авторскому праву (ДАП)*

Один из «Интернет-договоров» ВОИС, принятых в Женеве 20 декабря 1996 года. Как показывает его название, он администрируется ВОИС.

### *Договор ВОИС по исполнению и фонограммам (ДИФ)*

Один из «Интернет-договоров» ВОИС, принятых в Женеве 20 декабря 1996 года. Как показывает его название, он администрируется ВОИС.

### *Отзыв (право на ~)*

См. «личные неимущественные права».

### *Произведение, созданное автором, работающим по найму*

1. В соответствии с законом по авторскому праву по крайней мере одной страны это особый термин, охватывающий как произведения, созданные авторами, работающими по найму в рамках выполнения своих служебных обязанностей, так и определенные произведения, специально заказанные для использования в качестве вклада в коллективное произведение, в качестве части кинофильма или другого аудиовизуального произведения, в качестве перевода, в качестве учебного текста, в качестве теста, в качестве ответа на тест или в качестве атласа, если сторонами специально оговорено в подписанном ими письменном правовом акте, что такое произведение будет считаться произведением, созданным автором, работающим по найму.
2. Работодатель или иное лицо, для которого создано произведение, считается автором для целей закона по

авторскому праву этой страны и при отсутствии письменного соглашения об обратном обладает всеми правами, охватываемыми авторским правом.

### **Произведение прикладного искусства**

1. Художественное произведение, воплощенное или перенесенное на объект для использования в практических целях, созданное ручным или промышленным способом.
2. Термин «произведение прикладного искусства» присутствует в неисчерпывающем списке произведений в Статье 2(1) Бернской конвенции. Однако Конвенция также предусматривает, что «с учетом положений Статьи 7(4) настоящей Конвенции, за законодательством стран Союза может определяться степень применения их законов по авторскому праву к произведениям прикладного искусства, а также условия охраны таких произведений» (Статья 2(7)). Статья 7(4) гласит: «Законодательством стран Союза может определяться срок охраны фотографических произведений и произведений прикладного искусства, охраняемых в качестве художественных произведений; однако этот срок не может быть короче двадцати пяти лет со времени создания такого произведения».

### **Произведение архитектуры**

Произведение в области искусства сооружения зданий, мостов и аналогичных конструкций. Такие произведения в обычном понимании могут включать планы, чертежи, эскизы и модели, служащие основой для сооружения, а также построенные здания, мосты и аналогичные сооружения. Термин «произведения архитектуры» присутствует в неисчерпывающем списке литературных и художественных произведений в Статье 2(1) Бернской конвенции.

### **Произведения**

См. «литературные и художественные произведения».

### **Всемирная организация интеллектуальной собственности**

1. Межправительственная организация (аббревиатура ВОИС) – и специализированный орган системы ООН – основанная «Конвенцией, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности» (Конвенцией ВОИС), подписанной в Стокгольме 14 июля 1967 года.

2. В соответствии со Статьей 3 Конвенции ВОИС целями Организации являются: «(i) содействовать охране интеллектуальной собственности во всем мире путем сотрудничества государств и, в соответствующих случаях, во взаимодействии с любой другой международной организацией; (ii) обеспечивать административное сотрудничество Союзов. В соответствии со Статьей 4 Конвенции «для достижения целей, изложенных в статье 3, Организация через свои соответствующие органы и при уважении компетенции каждого из Союзов: (i) содействует разработке мероприятий, рассчитанных на улучшение охраны интеллектуальной собственности во всем мире и на гармонизацию национальных законодательств в этой области; (ii) выполняет административные функции Парижского союза, специальных Союзов, образованных в связи с этим Союзом, и Бернского союза; (iii) может согласиться принять на себя администрацию по осуществлению любого другого международного соглашения, призванного содействовать охране интеллектуальной собственности, или участвовать в такой администрации; (iv) способствует заключению международных соглашений, призванных содействовать охране интеллектуальной собственности; (v) предлагает свое сотрудничество государствам, запрашивающим юридико-техническую помощь в области интеллектуальной собственности; (vi) собирает и распространяет информацию, относящуюся к охране интеллектуальной собственности, осуществляет и поощряет исследования в этой области и публикует результаты таких исследований; (vii) обеспечивает деятельность служб, облегчающих международную охрану интеллектуальной собственности и, в соответствующих случаях, осуществляет регистрацию в этой области, а также публикует сведения, касающиеся данной регистрации; (viii) предпринимает любые другие надлежащие действия».

3. ВОИС администрирует *inter alia* Бернскую конвенцию, ДАП и ДИФ и – совместно с ООН, МОТ и ЮНЕСКО – Римскую, Фонোগраммную и Спутниковую конвенции.

### **Всемирная торговая организация (ВТО)**

Межправительственная организация (аббревиатура ВТО), учрежденная Маракешским Соглашением, учреждающим Всемирную торговую организацию («Соглашение ВТО»), подписанным в городе Маракеш, Марокко, в апреле 1994 года. Приложением к Соглашению ВТО является «Соглашение ТРИПС», являющееся обязательным для членов ВТО и администрируемое ВТО.



За дополнительной информацией обращайтесь во  
**Всемирную организацию интеллектуальной собственности:**

**Адрес:**

34, chemin des Colombettes  
P.O. Box 18  
CH-1211 Geneva 20  
Switzerland

**Телефон:**

+41 22 338 91 11

**Факс:**

+41 22 733 54 28

**Электронная почта:**

[wipo.mail@wipo.int](mailto:wipo.mail@wipo.int)

или в ее Координационное бюро в Нью-Йорке:

**Адрес:**

2, United Nations Plaza  
Suite 2525  
New York, N.Y. 10017  
United States of America

**Телефон:**

+1 212 963 68 13

**Факс:**

+1 212 963 48 01

**Электронная почта:**

[wipo@un.org](mailto:wipo@un.org)

Посетите веб-сайт ВОИС:

[www.wipo.int](http://www.wipo.int)

и закажите интересующую вас публикацию  
в электронном книжном магазине ВОИС по адресу:  
[www.wipo.int/ebookshop](http://www.wipo.int/ebookshop)