



## ПЯТЬ СТОЛПОВ СИСТЕМЫ АВТОРСКОГО ПРАВА И УГРОЖАЮЩАЯ ОПАСНОСТЬ\*

**Адольф Дитц<sup>1</sup>,**  
*доктор юридических наук, руководитель научной группы  
в Институте интеллектуальной собственности, конкурентного  
и налогового права им. Макса Планка (г. Мюнхен), почетный профессор университета г. Пассау*

### I

В июне 2002 г. Европейская комиссия провела в испанском г. Сантьяго-де-Компостела программную конференцию под названием "Еще раз об авторском праве" ("European Copyright Revisited"), посвященную текущему состоянию авторского права в Европейском сообществе, а также его будущему<sup>2</sup>. На конференции рассматривались такие вопросы, как формирование системы управления правами (Rights Management), возможность гомогенизации и консолидации существующих семи директив по авторскому праву. Кроме того, говорилось о политико-правовой роли авторского права в сравнении с политико-правовыми предпосылками и основами других ветвей права, в частности с европейским конкурентным правом. Тех,

кто с интересом следил за Сантьягской конференцией, больше всего удивило то, что такие ключевые понятия, как "автор" и "артист-исполнитель", почти не фигурировали в выступлениях и докладах. Не прозвучали они и из уст Джона Ф. Могга, генерального директора Генерального управления внутреннего рынка, ни в его вступительной речи, ни при подведении итогов. Впрочем, не использовались они и в докладе судьи Бо Вестердорфа (**Bo Vesterdorf**), президента Европейского суда первой инстанции, под названием "О роли авторского права и смежных прав как политике по сравнению с другими видами политики". Более того, при политико-правовом отграничении авторского права от других областей права, в частности от права свободного перемещения

\* Перевод статьи осуществлен научным сотрудником НИИ интеллектуальной собственности АПрН Украины, стипендиатом Института им. М. Планка интеллектуальной собственности, конкурентного и налогового права г. Мюнхен (Германия), согласован и разрешен автором к публикации в журнале "Теория и практика интеллектуальной собственности".

<sup>1</sup> Род. 1936 г. в Мюнхене; доктор юриспруденции, 1966 г. Мюнхен; почетный доктор Королевского университета Брюсселя, 1996 г. С 1967 г. научный сотрудник, позднее руководитель сектора, а с 1978 г. — руководитель научно-исследовательской группы (руководитель отдела) по иностранному, международному патентному, авторскому праву и конкурентному праву в Институте Макса Планка (теперь: Институт Макса Планка интеллектуальной собственности, конкурентного и налогового права). С 1993 г. внештатный преподаватель, с 1998 г. почетный профессор авторского права в университете г. Пассау. 1995-2001 почетный профессор университета Женьминь в Пекине. В 2002 г. получил "Большой крест за заслуги перед Федеративной Республикой Германия".

<sup>2</sup> Тексты докладов на конференции в Сантьяго, прозвучавшие главным образом на английском языке, можно найти в Интернете по адресу: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/intprop/news/index.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/news/index.htm)



товаров и услуг и конкурентного права, и речи не шло о специфических интересах автора и артиста-исполнителя. О них вообще прямо не упоминалось. К счастью, Ю. Джеффри, помощник генерального директора ВОИС в Женеве по авторскому праву, в своем ангажированном докладе напомнил конференции о том, что ввиду усиливающегося противодействия и враждебности авторское право лучше было бы "продавать", уместнее было бы говорить о художниках, композиторах, артистах-исполнителях и их организациях как об "обладателях прав" и что необходимо "избегать юридического жаргона". И наконец, он указал, что этими "обладателями прав" должны стать художники, писатели, скульпторы, музыканты.

Но как получилось, что всегда столь ответственные брюссельские функционеры, в компетенции которых находится авторское право, ударились в терминологические тонкости, пропустив при этом важную социальную группу творцов, т. е. всевозможных авторов и артистов-исполнителей? Исходя из этого уместно напомнить, что именно ЕС-законодатель в лице правительств его 15 стран-членов, объединившихся в Совете министров, а также в лице Европейского парламента указал на выдающуюся роль творцов в системе авторского права, в частности, в важной Директиве об авторском праве в информационном обществе<sup>3</sup>, увидевшей свет в мае 2001 г. В ее так называемой декларативной части содержится ряд принципиальных политико-правовых основ и

определений, касающихся авторского права, которые, как можно было бы ожидать, по меньшей мере будут упомянуты в официально назначенных Европейской комиссией дебатах о будущем авторского права. Речь идет, в частности, о следующих содержащихся в п. 9-12 основах:

*"(9) Любая гармонизация авторского права и смежных прав должна основываться на высоком уровне защиты, так как эти права существенны для интеллектуального творчества. К тому же их защита способствует поддержке и развитию творческой деятельности в интересах автора, артиста-исполнителя, производителя, потребителя, культуры и экономики, а также широкой общественности. Поэтому интеллектуальная собственность должна быть признана составной частью собственности.*

*(10) Чтобы авторы и артисты-исполнители могли и впредь осуществлять творческую и художественную деятельность, они должны получать за использование их произведений соответствующее вознаграждение, что в равной мере относится и к производителям, чтобы те могли финансировать эти произведения. Чтобы производить фонограммы, фильмы или продукцию мультимедиа и предлагать услуги, например услуги по требованию, необходимы значительные капиталовложения. Только когда интеллектуальную собственность будут соответствующим образом охранять, можно гарантировать соответствующее вознаграждение обладателям прав и обеспечить достаточ-*

<sup>3</sup> Директива 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета от 22 мая 2001 г. "О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе". См. ABIEG (Официальный бюллетень Европейского сообщества) № L 167 от 22.06.2001 г., с. 10.



ный доход соответственно их капиталовложениям.

(11) Строгое и действенное регулирование с целью защиты авторских и смежных прав является одним из важнейших инструментов, необходимых для культурного созидания в Европе средств и охраны независимости и достоинства авторов и артистов-исполнителей.

(12) Соответствующая защита охраняемых авторским правом произведений и прочих объектов охраны имеет огромное значение и с точки зрения культуры. Согласно статье 151 Договора, регламентирующего его деятельность, Сообщество должно учитывать культурные аспекты".

## II

Вышеупомянутые политико-правовые основы, сформулированные европейским законодателем в отношении авторских прав, потому и столь важны, что способны в определенном смысле закрыть зияющие конституционно-правовые бреши.

Как уже отмечалось в другой моей статье<sup>4</sup>, несмотря на имеющееся конституционно-правовое обеспечение авторского права (например, в ст. 14 Конституции Германии, посвященной собственности), в национальном праве, в отличие от Конституции Веймарской Республики 1919 г. (ст. 158), все еще отсутствует его четкая конституционно-правовая гарантия. Так что приходится прибе-

гать к наиболее явно выраженным на данный момент международно-правовым гарантиям, как, например, в ст. 15 (п.1, подпункт "с") Договора 1966 г. "Об экономических, социальных и культурных правах". К сожалению, и защита интеллектуальной собственности, предлагаемая в п. 2 ст. 17 торжественно провозглашенной Хартии основных прав Европейского союза<sup>5</sup>, облечена в минималистскую и малосодержательную формулировку, а именно "интеллектуальная собственность защищается". Напротив, политико-правовые основы, сформулированные в Директиве 2001/29/ЕС, предельно ясны и конкретны, особенно в том, что любая гармонизация авторского права и смежных прав должна основываться на высоком уровне защиты, "поскольку эти права существенны для интеллектуального творчества", а именно как вклад в "поддержку и развитие творческой деятельности в интересах автора, артиста-исполнителя, производителя, потребителя, культуры и экономики, а также широкой общественности". Так что любая политико-правовая дискуссия о будущем авторского права просто должна (все равно, на каком языке<sup>6</sup>) в духе этих основ четко называть людей, стоящих в самом начале цепочки творчества и производства продукции культуры, по имени.

Кроме того, упоминание авторов и артистов-исполнителей сейчас ва-

<sup>4</sup> См.: Дитц А. Планы Федерального правительства по правовому регулированию авторского договорного права, ZUM, 2001, с. 276 и далее.

<sup>5</sup> Опубликовано в EuGRZ, 2000, с. 554.

<sup>6</sup> Надо признать, что указание на автора и артиста-исполнителя в английском языке часто отсутствует именно потому, что вместо встречающегося практически во всех европейских языках конкретного по сути и содержанию понятия "droit d'auteur", "Urheberrecht", "diritto d'autore", "derecho de autor", "direito de autor", "upphovsratt", "авторское право", "prawo autorskie", "szerzoi jog" и т. д. используется представляющееся нейтральным понятие "copyright". Но это никак не может служить оправданием полного отсутствия упоминания основных заинтересованных в авторском праве сторон.



жнее, чем когда-либо, уже потому, что место авторского права в общей правовой системе никоим образом не закрепилось раз и навсегда. Напротив, его современное местоположение часто подвергается сомнению заинтересованными сторонами. Но если авторское право потеряет свою прямую связь с творчеством, то вся его конструкция с длительным сроком правовой защиты *post mortem auctoris* (после смерти автора) рано или поздно рухнет под натиском сильно выстроенной защиты личных неимущественных прав автора, а также широкого набора исключительных прав и притязаний на вознаграждение. Что сказала бы экономическая теория на такую грандиозную пространственно-временную форму, в рамках которой авторское право преследовало бы лишь цель защиты индустрии, т. е. по существу служило тому, чтобы сделать рентабельными капиталовложения в продукцию культуры? За критику с позиций экономики охотно ухватились бы борцы с авторским правом как с препятствием на пути обмена информацией. Необходимо также отметить, что международная критика все чаще направлена и против высокой степени концентрации, которой способствует авторское право, и связанной с такой концентрацией опасности глобализации продукции культуры и культурных программ, которая проявляется через олигополию концернов средств массовой ин-

формации (СМИ)<sup>7</sup>. Еще одно столь же опасное с точки зрения интересов автора последствие состояло бы в том, что авторское право было бы объявлено тогда излишним, так как право на доступ к произведениям и исполнениям, которые не надо было охранять, в будущем, возможно, могло бы регулироваться исключительно техническими средствами контроля и Интернет-договорами. Так что в худшем случае авторское право будущего могло бы формулироваться единственной фразой: "обход технических мер защиты запрещен и наказуем"<sup>8</sup>. Поэтому в интересах самих авторов и артистов-исполнителей, которые в структуре такого рода, возможно, не играли бы существенной роли, необходимо настоятельно ставить вопрос о том, как, в конце концов, должно выглядеть авторское право будущего в национальном и европейском масштабе.

При этом часто выдвигаемое возражение, что акцентирование интересов авторов и артистов-исполнителей основано на романтической концепции "яркой личности", которая больше не отвечает реалиям сегодняшнего культурного производства, где доминирует коллективное творчество, надо отклонить как не соответствующее именно этим реалиям в более широком контексте. Прогулка по Франкфуртской книжной ярмарке, участие в кино- или телефестивале, взгляд на обширные списки субъектов авторского права

<sup>7</sup> См. крайне критическую позицию Фионы Макмиллан в *The Cruel* ©: Copyright and Film, EIPR (Европейское обозрение интеллектуальной собственности), 2002, т. 24, № 10 (октябрь), с. 483 и далее.

<sup>8</sup> На этих идеях основана Директива 98/84/ЕС Европейского парламента и Совета от 20 ноября 1998 г. "О правовой защите услуг с контролируемым доступом и услуг управления доступом" (ABIEG № L 320 от 20.11.1998 г., с. 54 и далее), которая была интегрирована в немецкое право Законом "О защите услуг с контролируемым доступом и услуг управления доступом" (Закон о защите услуг с управляемым доступом - ZKDSG) от 19 марта 2002 г. (BGBl, 2002 1 № 19 от 22.03.2002 г., с. 1090).



— членов многочисленных немецких организаций по коллективному управлению (например, Общества по охране авторских прав, прав на воспроизведение и тиражирование музыкальных произведений (GEMA) и VG Wort), а также регулярное чтение разделов ежедневной и еженедельной прессы, посвященных культуре, вполне убедительно показывают, что авторы и артисты-исполнители воспринимаются как реальные и вполне идентифицируемые творцы произведений и исполнений, а не как "вымирающий вид". Напротив, повсеместно наталкиваешься на имена, имена, имена...

### III

Во избежание недоразумения, но в полном соответствии с цитированными выше политико-правовыми основами Директивы, необходимо четко указать на то, что авторское право никоим образом не призвано защищать лишь интересы творцов, чего, впрочем, никогда не было за всю его историю. Скорее, речь идет об интересах "производителя, потребителя, культуры и экономики, а также широкой общественности"<sup>9</sup>. Так что систему авторского права необходимо понимать и воспринимать как уравновешенную и обширную систему норм, правильно соотносящую все эти интересы<sup>10</sup>. Поэтому вполне естественно, что в законодательстве об авторском праве последних лет и десятилетий, во всяком случае в континентальной Европе, осуществляется подход к его регулированию, по сути покоя-

щийся на пяти столпах или подсистемах авторского права в целом, взаимозависимость и взаимообусловленность которых как раз и призвана обеспечить сбалансированность различных интересов, связанных с авторским правом.

Необходимо с самого начала пояснить, что интересы издателей и других производителей продукции культуры при этом проявляются двояко. Причем оба проявления никак не взаимоисключающие, но во многих случаях (особенно, в секторе кино) сосуществуют параллельно. С одной стороны, речь идет о косвенной реализации интересов в виде производного приобретения авторами и артистами-исполнителями как первоначальными обладателями охраняемых прав и требований, причем такое производное приобретение подлежит регулированию нормами договорного права. С другой стороны, речь идет о прямом предоставлении смежных прав производителям продукции культуры, таким, как производители фонограмм, кинопродукции, или радиовещательным организациям как первоначальными обладателями прав.

Наконец, с интересами производителей можно было бы заставить считаться так же, как и с интересами авторов и артистов-исполнителей, поручив управление определенными правами организациям по коллективному управлению. При этом необходимо позаботиться о том, чтобы управляемые ими права и требования могли быть осуществлены. Из всего этого выстраивается

<sup>9</sup> См. выше п. 9 декларативной части Директивы 2001/29/ЕС.

<sup>10</sup> В этом смысле см. также п. 31 декларативной части Директивы 2001/29/ЕС: "Должно обеспечиваться соответствующее примирение прав и интересов различных категорий обладателей прав, а также различных категорий обладателей прав и пользователей объектов защиты...".



5-столповая модель современного авторского права (как, впрочем, она вырисовывается почти во всех новеллах авторского права): материальное авторское право; смежные права; авторское договорное право; право организаций по коллективному управлению (коллективное управление); система осуществления прав.

Далее рассмотрим эти пять столпов или подсистем современного авторского права.

#### IV

Первый столп — материальное авторское право регулирует защищаемые предметы (произведения), первоначальное наделение правом автора, содержание (личные права, исключительные права использования и притязания на вознаграждение), а также сроки и объем охраны. Эта подсистема образует самый древний и традиционный столп системы защиты авторского права, который возник еще в самом начале пути, в прежних законодательствах об авторском праве, во всяком случае в международном авторском праве — с 1886 г., когда появилась на свет Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений. Несмотря на это исторически закрепленное и все более устойчивое положение материального авторского права, его, однако, подстерегают опасности. Как недавно указал д-р Дертянфь (Gyertyanfy)<sup>11</sup>, существует реальная угроза того,

что центральное понятие "литературные и художественные произведения" будет распространено в совершенно неожиданные сферы. Если фактически любая экономически важная информация при минимальном ее эстетическом оформлении будет охраняться как произведение, должны ли (что почти соответствовало бы концепции полного слияния права дизайна и авторского права), например, автомобильные запчасти и подобного рода изделия, к которым приложил руку дизайнер, защищаться авторским правом в течение 70 лет после смерти автора?<sup>12</sup> По-моему, во многих случаях гораздо лучше устанавливать специальные "индивидуализированные" права с существенно более короткими сроками охраны (право *sui generis*) для учета определенных, вполне законных интересов, таких, например, как защита полупроводников или современных промышленных образцов либо особая защита производителей баз данных (в немецком праве рассматриваемая как смежное право), которая в соответствующей Директиве о базах данных<sup>13</sup> представлена как защита *sui generis*. То есть те результаты труда, которые несут в себе минимальное творческое начало, не признаются объектами авторского права и соответственно лишены защиты, применимой к таким объектам. Но до определенной степени действительно и то, что заложенная в авторском праве как общей системе дифференциация ме-

<sup>11</sup> Peter Gyertyanfy. Экспансия авторского права, которой нет конца?, GRUR Int., 2002, с. 557 и далее.

<sup>12</sup> См. критическую статью Дитца "Дизайнерский подход" как разгрузка авторского права" в Юбилейном сборнике к 70-летию Фридриха-Карла Байера, под ред. Ю.Кригера, Вайнгейм, 1996, с. 355 и далее.

<sup>13</sup> Директива 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета от 11 марта 1996 г. "О правовой защите баз данных". См.: ABIEG № L 77 от 27.03.1996 г., с. 20 (гл. III, ст. 7 и далее).



жду авторским правом в узком смысле (материальным авторским правом) и смежными правами в том, что касается прав, защищающих производителя, в равной степени пригодна для проведения необходимого в подобных случаях разграничения, чтобы материальное авторское право сохранило свое действие в отношении настоящих произведений литературы, науки и искусства. Таким образом, смежные права образуют второй столп современной системы авторского права.

## V

На международной арене появление смежных прав как второго столпа восходит к так называемой Римской конвенции, т. е. Международному договору о защите интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 г., в котором в соответствии с его названием регулируются права на защиту результатов умственного труда артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций. Помимо защиты прав артистов-исполнителей, которая сегодня все более и по праву (независимо от срока охраны) уподобляется по содержанию защите прав автора, речь идет о правах организаций сферы культуры. Для них, как уже отмечалось, создается особое "индивидуализированное" правовое положение как первоначальных обладателей прав, чтобы они, как это верно отмечено в Директиве 2001/29/ЕС, могли обеспечить удовлетворительный

доход, извлеченный из своих капиталовложений. Впрочем, немецкому Закону об авторских правах 1965 г. известны (как и австрийскому Закону 1936 г.) несколько дополнительных смежных прав: кроме защиты определенных изданий, в частности посмертных, и более не охраняемых произведений, еще и охрана простых фотографий, а также защита производителей кинопродукции. Последнее право, хотя и получившее в международном плане еще мало поддержки, после принятия Директивы о прокате<sup>14</sup> было гармонизировано в европейском масштабе. Данное право должно послужить экономической гарантией для производителей кинопродукции. Тем более что доступ к приобретению прав авторов фильмов в достаточной степени облегчен правовыми презумпциями<sup>15</sup>.

Из всего этого, принимая во внимание сформулированные в Директиве 2001/29/ЕС политико-правовые основы, можно сделать вывод, что экономическая цель авторского права и смежных прав состоит именно в том, чтобы обеспечить авторам и артистам-исполнителям соответствующее вознаграждение, а производителям продукции культуры, напротив, удовлетворительный доход от их капиталовложений в такую продукцию. Здесь можно говорить о двойном принципе: с одной стороны, о принципе вознаграждения или алиментации, а с другой — о принципе окупаемости, которые должны одинаково учитываться. В качестве оговорки необходимо лишь указать на то, что принцип алиментации не мо-

<sup>14</sup> Директива 92/100/ЕЭС Совета от 19 ноября 1992 г. "Касательно прав проката, аренды и некоторых положений авторского права и смежных прав в сфере интеллектуальной собственности". См. АБИЕГ № L 346 от 27.11.1992 г., с. 61.

<sup>15</sup> См. § 88 и 89 Закона об авторских правах.



жет означать содержание прав авторов независимо от использования произведения и рыночного успеха. Само собой разумеется, что поступление авторского вознаграждения может начаться только после того, как дело дойдет до использования произведения. В этом смысле авторское право может лишь реагировать на события на рынке, но не оказывать на них прямого влияния.

С точки зрения автономной защиты производителей продукции культуры и всевозможных СМИ посредством предоставления самостоятельных прав на защиту результатов умственного труда не очень последовательным было (и есть) предоставлять подобные права производителям фонограмм, кинопродукции и вещательным организациям, но не предоставлять их издателям. Хотя эта ситуация и объяснима исторически, поскольку издатели, принимая во внимание первоначальные и ранние формы защиты авторских прав, уже долгое время претендовали на производную от авторской защиту как само собой разумеющуюся, а именно на основе почти неограниченной свободы заключения договоров. Так что они — пусть конструктивно и на основе производного правового положения — долгое время получали то, что хотели: широкие в пространстве и времени и в значительной степени по содержанию права и неограниченно защищенное положение. С психологической точки зрения этот исторический опыт также в определенной степени объясняет, почему именно издатели так

сильно боролись против стремлений к усилению договорного положения авторов посредством недавнего Закона об авторских договорах<sup>16</sup>. Но вспомнили они о том, что договорные отношения с авторами нуждаются в правовом регулировании, только тогда, когда эти отношения перестали носить односторонне выгодный для издателей характер. Самостоятельное право защиты издателей<sup>17</sup>, с одной стороны, привело бы, конечно, к укреплению правового положения издателей внешне и в определенных распределительных контекстах, а с другой — облегчило бы достижение желаемой сбалансированности договорных взаимоотношений в рамках третьего столпа или подсистемы авторского правопорядка, а именно авторского договорного права.

## VI

Авторское договорное право как третий столп системы авторского права во многих странах, даже в индустриальном мире, еще менее развито. Из-за чрезмерного акцентирования свободы заключения договоров в авторском праве оно состоит (насколько вообще регулируется законодательством в достойном упоминания объеме) преимущественно из общих норм, регулирующих допустимость передачи прав требования и выдачу лицензий на использование отдельных прав, если не самого авторского права в целом. Заинтересованными сторонами часто ведется борьба против стремлений к усилению регулирования договорных отношений между авторами и пользо-

<sup>16</sup>Закон об укреплении договорной позиции авторов и артистов-исполнителей от 22 марта 2002 г. См. BGBl № 21 от 28.03.2002 г., с. 1155.

<sup>17</sup>См.: Дитц А. Десять тезисов к авторскому праву издателей, Биржевой бюллетень, 1989, с.112 и далее.





вателями с позиции защиты слабых, как якобы недопустимое посягательство на "железный" принцип свободы заключения договоров. В обоих решениях Федерального конституционного суда<sup>18</sup> (по делам, связанным с договорами поручительства), сыгравших огромную, даже принципиальную, роль для обоснования упомянутой реформы авторского договорного права в Германии, принцип свободы заключения договоров или частной автономии претерпел определенную корректировку в результате применения принципа социального государства:

*"Чтобы все участники гражданско-правового оборота, в договорном праве - все договаривающиеся стороны, могли осуществлять свою индивидуальную, пользующуюся защитой ст. 21 Конституции свободу действий и равным образом ссылаться на конституционную гарантию частной автономии, не должно действовать право сильного. Скорее, необходимо рассматривать коллизию конституционных позиций в их взаимодействии и ограничивать последние таким образом, чтобы по возможности сделать их наиболее действенными для всех участников. Если в договорном праве у одной стороны в договоре будет настолько сильная позиция, что она сможет диктовать содержание договора фактически в одностороннем порядке, для другой стороны в договоре это будет равносильно навязыванию условий... Конечно, ни при каком нарушении равновесия (баланса интересов) на переговорах договор не может быть поставлен*

*под сомнение или исправлен задним числом. Однако если речь идет о типичном случае, позволяющем распознать подчиненность одной стороны по договору, и последствия договора для поставленной в подчиненное положение стороны по договору необычайно обременительны, тогда гражданско-правовая система должна на это отреагировать и сделать возможным исправление положения. Это вытекает из конституционной гарантии частной автономии (ст. 21 Конституции) и принципа социального государства (ст. 20 I, ст. 28 I Конституции)"<sup>19</sup>.*

Так как позиционную, пусть в отдельных случаях и не всегда явную, подчиненность автора в договорных отношениях с пользователем едва ли кто серьезно ставит под сомнение, в действительности в авторском договорном праве речь идет об особом случае защиты слабых, на который должно и обязано реагировать гражданское право. С экономической точки зрения в конечном счете все сводится к тому, какая доля "пирога реализации" достанется авторам и артистам-исполнителям. По новому регулированию в § 32 Закона об авторских правах эта доля в любом случае должна принимать форму соответствующего вознаграждения, причем это соответствие подлежит конкретизации различными способами, в частности, путем переговоров и/или согласительной процедуры между контрагентами. Получение авторами соответствующей доли может, конечно, происходить и другим способом, например, путем подключения к процессу организаций

<sup>18</sup> Решение от 19.10.1993 г. (NJW, 1994, с. 36) и решение от 05.08.1994 г. (там же, с. 2749).

<sup>19</sup> Так гласит решение от 05.08.1994 г. (NJW, 1994, с. 2750); подобное решение от 19.10.1993 г. (там же, с. 38).



по коллективному управлению, где при распределении полученного вознаграждения в конечном счете речь также идет о применении принципа соответствия. Таким образом, право организаций по коллективному управлению образует самостоятельный столп системы авторского права.

## VII

Права организаций по коллективному управлению как самостоятельный столп современного авторского правопорядка регулируются в Германии отдельным Законом<sup>20</sup>. В этой области, конечно, можно проследить в международном плане и в докладах на Сантьягской конференции<sup>21</sup> заметную тенденцию рассматривать традиционную деятельность организаций по коллективному управлению, показательно обсуждавшуюся как "коллективное управление", в частности в области музыки, как пока что еще неизбежное, но, возможно, устранимое зло. При такой постановке вопроса в будущем станут вполне возможными как контроль с помощью технических средств, так прямой и индивидуальный учет, в частности посредством Интернета, для целей получения вознаграждения даже при массовом использовании произведений. Не говоря уже о том, что возможность эффективного функционирования подобных форм прямого и индивидуализированного,

пусть даже через расчетные палаты, но все же централизованного управления правами в будущем<sup>22</sup> еще стоит под вопросом, часто забывают, что обычный способ коллективного управления правами посредством организаций по коллективному управлению выходит далеко за рамки максимально эффективного взимания вознаграждения. Не только в области музыки, но уже и в других сферах, таких, как литературные произведения (VG Wort), изобразительное искусство и фотография (VG Bild/Kunst), а также кино, организациям по коллективному управлению приходилось и приходится выполнять важные дополнительные функции<sup>23</sup>. Особенно это касается аспекта распределения вознаграждения, который отчасти в силу позитивных предписаний, отчасти просто в силу традиционных принципов распределения по необходимости придерживается справедливости определенного рода и в большинстве случаев обеспечивает творцам соответствующую долю полученного вознаграждения. Слишком поспешное вытеснение этой традиционной формы коллективного управления правами цифровой индивидуализированной формой управления могло бы коренным образом нарушить этот образец распределения<sup>24</sup>. Несмотря на возрастающее за рубежом осознание важности договорно-пра-

<sup>20</sup> Закон о соблюдении авторских и смежных прав (Закон о соблюдении авторских прав) от 09.09.1965 г.

<sup>21</sup> См. выше сноску 1.

<sup>22</sup> См. доклады на тему "Авторские права и управление правами в Европе" в Hans Peter Bleuel (отв. ред.), *Author's Rights. Handbook of the European Writers' Congress EWC*, Мюнхен, 2000, с. 52 и далее (доклады Kreile, Dietz, Lucas, Echerer, Davies, Sterling и Croella).

<sup>23</sup> См. обзор новейших актов правового регулирования: Dietz. *Some Experiences of Legislation of Western and Eastern European States*, Ministrerio da Cultura (отв. ред.), *Gestao colectiva do direito de autor e direito conexos no ambiente digital*, Лиссабон, 2001, с. 93 и далее.

<sup>24</sup> См. также: Дитц А. Информационное общество: вытесняет ли оно организации коллективного управления?, *Das Orchester*, 2001, № 1, с. 16 и далее, с. 19.



вового регулирования в рамках третьего столпа современного авторского права, авторам следует встать на защиту, как важного достижения, четвертого столпа, т. е. испытанной структуры коллективного управления правами посредством соответствующих организаций.

Кроме того, действующая в рамках организаций по коллективному управлению и основанная на законных притязаниях на вознаграждение система взимания и распределения вознаграждения во многих случаях намного выгоднее для авторов, чем притязания, основанные на исключительных правах, которые, технически хотя и означают более высокую форму защиты, в современных условиях, как уже упоминалось, даже при массовом использовании произведений приобретают все более индивидуальный характер, т. е. должны обеспечиваться деловыми партнерами авторов, при этом в индивидуально-правовом отношении соответствующая доля "пирога" гарантировалась бы не всегда. Такого рода соображения, в конце концов, справедливы и для другого аспекта, выраженного в учреждении социальных и культурных фондов организациями по коллективному управлению<sup>25</sup>, которые при переходе к индивидуальному управлению потеряли бы средства к существованию. Именно то обстоятельство, что современное правовое регулирование все детальнее регламентирует всю сферу деятельности организаций по коллективному управлению, вклю-

чая такие аспекты, как распределение вознаграждения и социальные и культурные фонды, показывает, что и здесь затронуты государственные и общественные интересы<sup>26</sup>.

### VIII

Последним (по порядку, но не по значимости) необходимо упомянуть пятый столп современной системы авторского права — систему осуществления прав. Осознание важности этого частичного регулирования прав интеллектуальной собственности и тем самым авторского права началось только после принятия Соглашения о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности 1994 г., часть III которого регулирует "осуществление прав интеллектуальной собственности" (ст. 41 и далее). При этом речь идет о постоянной и часто малоэффективной борьбе против пиратства во всех областях, особенно в секторе программного обеспечения, музыки и аудио/видео. Наконец, и деятельность организаций по коллективному управлению обременена проблемами осуществления взятых на себя обязанностей, так как им чаще, чем хотелось бы, приходится иметь дело с нежелающими выплачивать вознаграждение за использование произведений и исполнений. Совершенно очевидно, что без достаточной рентабельности реализации охраняемого материала, постоянно подвергающегося угрозе со стороны пиратских действий, требования о соответствующем вознаграждении авторов и артистов-исполнителей

<sup>25</sup> См.: Peter Lerch. Правовые вопросы осуществления культурных и социальных задач в рамках коллективной защиты авторских прав, в частности, касательно так называемых 10%-ных отчислений Обществу по охране авторских прав, прав на воспроизведение и тиражирование музыкальных произведений (GEMA), Ежегодный альманах GEMA, 1997/1998, с. 80 и далее.

<sup>26</sup> См. выше сноску 22 (там же, с.104 и далее).



(принцип алиментации) и окупаемости капиталовложений в продукцию культуры останутся теорией. Правда и то, что новые способы защиты, такие, как технические меры (в смысле договоров ВОИС и Директивы 2001/29/ЕС)<sup>27</sup>, которые защищены против обхода, могут внести важный вклад в снижение риска незаконного использования произведений и исполнений. Но даже после этого необходимо следить за тем, чтобы не упустить из виду политико-правовые стремления авторского права. Как уже отмечалось ранее, существует угроза того, что затронутая индустрия, действуя в одиночку, все более будет полагаться на подобного рода технические меры защиты, по необходимости связанные с системой автоматического обеспечения выполнения договоров (так называемые *click-wrap-лицензии*). Поэтому с личностной, т. е. связанной с личностью авторов и артистов-исполнителей, точки зрения и здесь необходимо настаивать на том, чтобы даже в подобного рода новом техническом контексте сохранялись гарантии моральных и финансовых интересов авторов и артистов-исполнителей, и прежде всего в плане соответствующего распределения доходов от использования произведений. Поэтому и в этом случае можно посоветовать авторам и их союзам не торопиться расставаться с традиционной системой управления правами посредством организаций по коллективному управлению, а также со связанными с ней преимуществами.

## IX

В заключение еще одно замечание об отношениях между авторским правом и деятельностью в сфере культуры. Конечно, пока авторскому праву отведена лишь реагирующая роль, оно не может прямо влиять на события на рынке, в частности, оно не способно определять, какие произведения авторов или исполнения артистов-исполнителей эффективно используются в культурной сфере и СМИ. Однако поскольку авторское право и его политико-правовое обоснование коренным образом зависят от функции стимулирования творчества, те, кто осуществляет свою деятельность в этой сфере на всех ее уровнях (издатели, производители, вещательные организации), несут определенную ответственность перед культурой. Поэтому что касается политической легитимации авторского права в определенной стране, то едва ли приемлемо положение, при котором 80-90% доходов от использования охраняемых произведений или исполнений (на основе механизма международного авторского права) должны были бы уходить из страны. Сколь ни деликатен этот вопрос, необходимо все же отметить, что определенное квотативное регулирование в области СМИ, известное по ст. 4 Директивы ЕС "Телевидение без границ" 1989 г. (в редакции 1997 г.)<sup>28</sup>, представляется разумным и с точки зрения авторского права. (Согласно ст. 4 страны-члены, насколько это практически осуществимо, и соразмерными средствами

<sup>27</sup> См. выше сноску 2 (ст. 6 и 7).

<sup>28</sup> Директива ЕС 89/552/ЕЭС "О координации некоторых положений, установленных законами, инструкциями или административными актами государств-членов, относящихся к осуществлению телевизионного вещания" от 03.10.1989 г. в редакции Директивы 97/36/ЕС "Об изменениях и поправках" от 30.06.1997 г.; обобщенная редакция опубликована в GRUR Int., 1998, с. 120 и далее.



должны заботиться о том, чтобы организатор телевидения основную часть эфирного времени выделял для показа европейских произведений.)

Иные формы организации, такие, как учреждение культурных и социальных фондов с помощью организаций по коллективному управлению<sup>29</sup>, и даже модернизированная форма доходного государственного сектора (*domaine public payant*)<sup>30</sup> также могут способствовать установлению разумного соотношения между отечественным и зарубежным потоком денежных средств от использования произведений и исполнений в любой стране. Именно с точки зрения европейского авторского права следует еще раз сослаться на п. 12 декларативной части Директивы 2001/29/ЕС, согласно которой соответствующая защита авторского права имеет большое значение и с культурной точки зрения и согласно которому существует прямая связь с так называемой статьей о культуре в Договоре о создании ЕС (ст. 151, ранее ст. 128 данного Договора). Из этого можно сделать вывод, что с политико-культурной точки зрения достаточно существенно, какие произведения и исполнения и каких авторов и артистов-исполнителей используются в Европе.

Иногда не вполне убедительно утверждают, что Сообщество не обладает общей юрисдикцией для гармонизации авторского права в целом, но лишь для регулирования частных его аспектов, касающихся внутреннего рынка. Апеллируя к европейскому законодательству в облас-

ти авторского права, следует все же отметить, что даже частичное регулирование или гармонизация авторского права только тогда будут иметь смысл, если будут осуществляться на основе общей концепции современного авторского правопорядка со всеми его столпами или подсистемами. Взаимозависимость авторского права и культурной сферы, а также обоснования авторского права как такового, как они четко сформулированы европейским законодателем, тоже подводят нас к этому выводу. И это всегда должно служить нам отправной точкой. ◆

<sup>29</sup> См. выше сноску 24.

<sup>30</sup> См.: Дитц. Проект закона об обществах художников в информационном обществе при СМИ, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (Журнал по политико-правовым вопросам), 2002, с. 165 и далее.