

INTERGOVERNMENTAL COPYRIGHT COMMITTEE

Thirteenth session of the Committee of the Universal Convention as revised in 1971 Paris 22-24 June 2005

COMITE INTERGOUVERNEMENTAL DU DROIT D'AUTEUR

Treizième session du Comité de la Convention universelle révisée en 1971 Paris 22-24 juin 2005

COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL DE DERECHO DE AUTOR

Decimotercera reunión del Comité de la Convención Universal revisada en 1971 París 22-24 de junio de 2005

МЕЖПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЙ КОМИТЕТ ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ

Тринадцатая сессия Комитета Всемирной конвенции, пересмотренной в 1971 г. Париж 22-24 июня 2005 г.

اللجنة الدولية الحكومية لحقوق المؤلف

الدورة الثالثة عشرة للجنة الاتفاقيه العالمية المعدلة في 1971، باريس، 22-24 حزيران/يونيو 2005

Рассылается по списку

IGC(1971)/XIII/4

Париж, 15 марта 2005 г.

Оригинал: английский

Пункт 5 предварительной повестки дня

Некоторые правовые проблемы, связанные с передачей для всеобщего сведения по цифровым сетям литературных и художественных произведений, а также других охраняемых произведений¹

1. Введение

1.1 Совместное использование файлов: техническая сторона вопроса

Совместное использование файлов (P2P) является способом передачи отдельными лицами какого-то содержания по цифровым сетям, имеющим специальное программное обеспечение. Одной из предпосылок функционирования сетей P2P является возможность оцифровывать и компрессировать содержание. Компрессирование позволяет осуществлять быструю передачу информации, что облегчает совместное использование файлов. Так называемый формат MP3², позволяющий осуществлять компрессирование разной степени, стал ведущим при передаче музыкальных и других аудиофайлов. Другими, реже используемыми форматами являются следующие: OGG Vorbis (используемый, в частности, при работе с открытым источником), WMA компании «Майкрософт» и MPEG-4, разработанный Институтом Фраунхофе-

¹ Настоящее исследование подготовлено д-ром Силке фон Левински по просьбе Секретариата ЮНЕСКО для 13-й сессии Межправительственного комитета по авторскому праву. Д-р фон Левински – декан факультета Института Макса Планка по законодательству в области интеллектуальной собственности, конкуренции и налогообложения в Мюнхене, а также адъюнкт-профессор Юридического центра Франклина Пирса в Конкорде, штат Нью-Гэмпшир, США. Мнения, излагаемые в настоящем исследовании, могут не разделяться Секретариатом ЮНЕСКО.

² Методика компрессирования была разработана в 1992 г. немецким институтом Fraunhofer Institut für Integrierte Schaltungen; ее полное название – MPEG Audio Layer-3 Procedure, см. http://www.iis.fraunhofer.de/zukunftspreis/mp3_info_d.html (доступ осуществлен 12 января 2005 г.).

ра³. Для передачи видеоданных используются такие компрессионные технологии, как DivX и XviD. Поскольку объем данных в видеофайлах больше объема данных в аудиофайлах, разработка надлежащих компрессионных технологий заняла больше времени, а совместное использование видеофайлов удалось осуществить гораздо позже, чем совместное использование аудиофайлов. Другой предпосылкой совместного использования файлов является наличие быстро производимых сетевых соединений и возможностей их использования значительной частью населения. Соответствующие технологии непрерывно совершенствуются, для того чтобы обеспечить более быструю коммуникацию. Так, например, если соединения с помощью модема или ISDN позволяют передавать информацию со скоростью 56 и 64 килобита в секунду, соответственно, то скорость передачи информации с помощью более совершенной технологии Digital Subscriber Line (DSL) составляет до 8 мегабитов в секунду⁴.

Кроме того, сети для совместного использования файлов предусматривают протокол, который позволяет поддерживать прямое взаимодействие между значительным числом отдельных пользователей и приводит к появлению специализированных сетей. Специальные программы обеспечивают доступ к таким сетям. В целом система P2P позволяет отдельным пользователям осуществлять поиск нужных данных в любом формате⁵ в памяти любого компьютера любого пользователя, который подключен к системе в тот момент, когда осуществляется такой поиск, и который согласился сделать собственные файлы доступными для всех участников сети. Чем большее число участников предлагает свои музыкальные или другие файлы в сети, тем выше вероятность найти искомые произведения. Некоторые сети, такие как eDonkey, WinMX и iMesh, требуют, чтобы их участники делали свои файлы доступными для других пользователей, в то время как другие, такие, как KaZaA и Bearshare, этого не требуют. Характерной особенностью всех сетей совместного использования файлов является то, что данные, которыми обмениваются участники, не хранятся в памяти центрального сервера (как в случае с традиционными службами, оказывающими услуги по требованию) – они хранятся в памяти различных компьютеров, принадлежащих участникам, и предоставляются лишь тогда, когда такие участники подсоединены к сети.

В принципе системы совместного использования файлов P2P можно подразделить на следующие три основных вида: централизованные, децентрализованные и так называемые системы P2P третьего поколения, которые сочетают элементы систем первого и второго видов⁶. Napster и другие системы совместного использования файлов первого поколения, такие, как Audiogalaxy и Aimster⁷, были централизованными системами, в которых центральный сервер управлял всеми данными, имеющимися в базах данных подсоединенных компьютеров. Всякий раз, когда какой-то пользователь подсоединялся к системе, этот сервер на централизованной и постоянной основе регистрировал такие данные, его IP-адрес, а также файлы, предоставленные для совместного использования. Таким образом, когда пользователь подсоединялся к сети, сервер в любое время давал самую последнюю информацию о том, какие файлы были предложены пользователями и с какими личными IP-адресами. Поэтому было

³ См. http://www.iis.fraunhofer.de/amm/techinf/mpeg4_soft/video.html (доступ осуществлен 12 января 2005 г.).

⁴ См. www.teltarif.de/i/dsl.html (доступ осуществлен 12 января 2005 г.).

⁵ В некоторых сетях такой формат ограничен, как в случае с системой Napster, где были доступны лишь аудиофайлы в формате MP3.

⁶ См., например, схему и краткое описание в докладе ОЭСР: Peer to Peer Network in OECD Countries (раздел, посвященный системам совместного использования файлов P2P, в главе 5 доклада OECD Information Technology Outlook 2004), p.3 www.oecd.org/dataoecd/55/57/32927686.pdf (доступ осуществлен 12 января 2005 г.).

⁷ Все три системы были закрыты после поступления жалоб со стороны американского RIAA.

легко найти файлы с индивидуальными IP-адресами. Однако передача данных осуществлялась посредством установления прямой связи между участниками, независимо от центрального сервера. Вместе с тем, если центральный сервер был отключен, совместное использование файлов с помощью этой системы становилось невозможным.

На более позднем этапе, в немалой степени благодаря успешной борьбе владельцев авторских прав с несанкционированными централизованными системами, такими, как Napster, были созданы децентрализованные системы, которые функционируют не на базе центрального сервера – в частности, протокол Gnutella, на основе которого в настоящее время работают такие системы, как Bearshare, Limewire, eDonkey2000 и Direct Connect. В этом случае информация об имеющихся файлах содержится лишь в компьютерах самих участников. Поисковый запрос того или иного участника передается тем компьютерам, к которым непосредственно подключен его компьютер. С таких компьютеров поисковый запрос может рассылаться дальше. Если искомый файл обнаруживается, результат поиска, включая соответствующий IP-адрес, тем же способом посылается обратно по адресу отправившего запрос участника, который после этого может напрямую подсоединиться к нужному IP-адресу и получить желаемый файл⁸.

Так называемые сети совместного использования файлов третьего поколения, такие, как хорошо известные системы KaZaA, Grokster, а также другие системы FastTrack, сочетают в себе технические преимущества централизованных и децентрализованных систем. Система одного централизованного сервера, который служит для сохранения и постоянного обновления информации на имеющихся файлах, заменяется системой компьютеров т.н. *superpeers*, в которой несколько высокопроизводительных компьютеров, постоянно подключенных к Интернету, управляют всеми данными. Онлайн-программное обеспечение позволяет таким мощным компьютерам *superpeers* работать динамично, поэтому все они не выполняют одну и ту же функцию одновременно. Это свойство компенсирует неустойчивость работы децентрализованных систем и необходимость иметь высокий сетевой потенциал⁹. В настоящее время постоянно создаются модифицированные версии этой системы, такие, как уже объявленная система eXeem, которая сочетает в себе технические характеристики систем KaZaA и BitTorrent¹⁰.

1.2 Экономические аспекты

Имеется большой объем экономических данных, касающихся функционирования систем P2P как по странам, так и по отраслям, а также других данных. В настоящем исследовании все эти данные представить невозможно. В основном оно ограничивается ссылками на результаты недавнего исследования ОЭСР¹¹ о некоммерческом использовании сетями P2P в государствах-членах ОЭСР¹² музыкальных, программных и видеофайлов через самые распростра-

⁸ Möller, Schöner tauschen III, www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/te/8504/1.html (доступ осуществлен 14 января 2005 г.)

⁹ Möller (fn. 8).

¹⁰ Borland, A New Hope for BitTorrent?, Jan. 5, 2005, http://news.com.com/A+new+hope+for+bitTorrent/2100-1032_3-5512230.html (доступ осуществлен 12 января 2005 г.).

¹¹ См. выше, сноска 6. К сожалению, данные по развивающимся странам в принципе отсутствуют.

¹² В настоящее время членами ОЭСР являются 30 государств: Австралия, Австрия, Бельгия, Венгрия, Германия, Греция, Дания, Ирландия, Исландия, Испания, Италия, Канада, Корея, Люксембург, Мексика, Нидерланды, Новая Зеландия, Норвегия, Польша, Португалия, Словацкая Республика, Соединенной Королевство, Соединенные Штаты Америки, Турция, Финляндия, Франция, Чешская Республика, Швейцария, Швеция и Япония; см. www.oecd.org.

ненные системы, такие, как FastTrack и Gnutella¹³ Вот некоторые из полученных результатов: в 2003 г. впервые в общей сложности было загружено больше видео (27%) и других не аудио файлов (включая программы, документы и изображения) (24,3%), чем аудио файлов (48,6%)¹⁴. Больше, чем в США, количество операций по загрузке видеофайлов в Европе может объясняться тем, что европейцы отдают предпочтение технологии P2P, которая особенно хороша для совместного использования больших файлов (eDonkey), в то время как американцы предпочитают систему FastTrack, которая больше приспособлена к совместному использованию меньших по объему музыкальных и программных файлов¹⁵. Кроме того, выявлена положительная связь между использованием системы P2P и возможностями широкополосной связи. В США 41% пользователей широкополосной связи (по сравнению лишь с четвертью абонентов, использующих телефонную связь) загрузили музыкальные файлы в 2003 г.¹⁶ С точки зрения статуса пользователей, результаты оказались разными. Так, например, в США операции по загрузке производятся чаще малоимущими и менее образованными пользователями, в то время как во Франции уровень доходов, судя по всему, не имеет особого значения, а наличие высшего образования повышает вероятность загрузки¹⁷. 55,4 % всех пользователей в странах ОЭСР приходится на США, 10,2% на Германию и 8% на Канаду. На долю канадцев приходится 1,2% пользователей систем P2P от общей численности населения страны. За ними следуют жители США и Франции/Германии (0,9% и 0,6% соответственно). Средняя цифра по странам ОЭСР составляет 0,24%.

Сравнение показателей изменения численности пользователей систем P2P в государствах-членах ОЭСР в период 2002-2003 гг., как части всех пользователей этих систем во всем мире, показывает, что их число возрастало самыми быстрыми темпами во Франции, Германии, Японии и Италии, в то время как в США оно снижалось, как и (хотя и в меньшей степени) в Бельгии, Соединенном Королевстве и других странах. Такое значительное увеличение в Европе, по сравнению с сокращением в США, объясняется тем, что использование систем P2P стало популярным в Европе позже, чем в США¹⁸.

В период с сентября 2002 г. по сентябрь 2003 г. число одновременных пользователей какой-то одной конкретной сетью P2P системы FastTrack увеличилось в глобальных масштабах примерно на 1,5 млн. и в октябре 2003 г. достигло более чем 5,5 млн., а затем эта цифра сократилась примерно до 4,5 млн. Такое снижение объясняется увеличением количества судебных исков против индивидуальных пользователей систем P2P, а также успешной работой вновь созданных коммерческих служб загрузки музыкальных файлов, таких, как iTunes фирмы «Эппл»¹⁹. Однако в принципе системы P2P могли не сворачивать свою деятельность, а

¹³ См. OECD Study (сноска 6), р. 3.

¹⁴ См. OECD Study (сноска 6), р. 8; данные за 2002 г. таковы: 62,5 % (аудио), 25,2% (видео) и 12,3% (другие файлы).

¹⁵ Более 35% в Германии, 32% в Италии, 26,1% во Франции и только 12% в США; см. OECD Study (сноска 6), р. 4.

¹⁶ В то же время наличие содержания могло побудить пользователей, использующих телефонную связь, повысить уровень своего подключения к Интернету, см. OECD Study (сноска 6), р. 10.

¹⁷ См. OECD Study (сноска 6), р. 11.

¹⁸ См. OECD Study (сноска 6), р. 7; приложение (р. 13) показывает, что во Франции и Германии уровни роста составили примерно 4,5% и 2% по сравнению с сокращением этого уровня примерно на 7% и 0,4% в США и Бельгии, соответственно. Что касается динамики развития в период 2003-2004 гг., то аналогичное исследование показывает, что максимальное увеличение цифр в Канаде и Франции составило 4,5% и 4,4%, соответственно, по сравнению со снижением этого показателя на 23,53% в США; см. OECD Study, р. 7.

¹⁹ См. OECD Study (сноска 6), р. 4, а также работу исследователей Университета штата Калифорния (Риверсайд) и Объединенной ассоциации по анализу данных Интернета Karagiannis/Broido/Brownlee/claffy/

просто уйти в тень, после чего только более точные методы оценки могли бы определить реальные объемы трафика информации по этим системам²⁰. И действительно, в апреле 2004 г. число одновременных пользователей всех сетей P2P возросло примерно до 10 млн., что объясняется возможным переходом пользователей сетей FastTrack к сетям, которые контролируются музыкальной индустрией не так часто²¹.

Другим вопросом, обсуждаемым в контексте несанкционированного использования систем P2P, являются возможные экономические последствия такого использования для продаж (в частности) музыкальных компакт-дисков. Снижение продаж компакт-дисков в последние годы²² объясняется музыкальной индустрией в основном (но не исключительно) увеличением объема файлов, загружаемых из сетей P2P²³. И действительно, число немецких пользователей, которые приобрели меньшее количество компакт-дисков по причине совместного использования файлов, увеличилось вдвое, по сравнению с числом тех, кто узнал о новых музыкальных произведениях через системы совместного использования файлов, что побудило их купить услышанную музыку, записанную на компакт-дисках²⁴. Однако по результатам исследования, касающегося США, совместное использование файлов оказало лишь ограниченное воздействие на объем продаж музыкальных записей, которое могло бы статистически не отклоняться от нуля, в то время как загрузка файлов могла бы означать потери от продажи как минимум двух миллионов компакт-дисков ежегодно²⁵. Это исследование подверглось критике со стороны, среди прочих, IFPI за свою методику²⁶. Было указано на существование и других причин снижения продаж компакт-дисков, таких, как невысокое качество и недостаточное разнообразие новых продуктов, что снижает привлекательность содержания, приводит к слишком высоким ценам на компакт-диски и т.д.²⁷. В

Faloutsos “Is P2P Dying or Just Hiding?”, www.caida.org/outreach/papers/2004/p2p-dying, p. 1 (доступ осуществлен 12 января 2005 г.).

²⁰ Этот аргумент поднимается в Karagiannis/Broido/Brownlee/claffy/Faloutsos (сноска 19). Однако одним из вопросов, на который данное исследование не дало ответа (о чем говорилось в Dean, Song-Swap Networks Still Humming www.wired.com/news, 25 октября 2005 г.) (доступ осуществлен 12 января 2004 г.), является следующий: каким образом исследователи объясняют запрет, который используется музыкальными компаниями для удовлетворения спроса выстроившихся в очередь пользователей систем P2P?

²¹ См. OECD Study (сноска 6), p. 4.

²² Так, например, в Германии в 2003 г. снижение оборотов составило 19%, см. www.ifpi.org/sitecontent/statistics/worldsales.html (доступ осуществлен 12 января 2005 г.). Мировые продажи музыкальных звукозаписей упали в стоимостном выражении на 7,6% в 2003 г. – с 38 млрд. долл. в 1998 г. до чуть более чем 30 млрд. долл. в 2003 г. (см. IFPI, www.ifpi.org/site-content/statistics/worldsales.html (доступ осуществлен 12 января 2005 г.); NN, Global Attack on Music File Sharing Meets Resistance in Courts, Research, World E-commerce and IP Report 2004, issue 4, p.17).

²³ См. IFPI, www.ifpi.org/site-content/statistics/worldsales.html (доступ осуществлен 12 января 2005 г.) и Gebhart, Legale Musikangebote unterstützen – illegale Angebote bekämpfen, MMR 2004, p. 281, 282, где говорится о более чем 600 миллионов скачиваний по незаконным запросам в Германии в 2003 г.; см. также NN, Presse, Phonowirtschaft büßte 2003 insgesamt 19.8% Umsatz ein, www.ifpi.de.

²⁴ Gebhart (сноска 23), p. 282. Автор ссылается, среди прочего, на немецкое исследование «Brenner-Studie», проведенное Gesellschaft für Konsumforschung (Обществом по исследованию потребления) в феврале 2003 г., www.ifpi.de/news/279/index.htm. Исследование, проведенное в августе 2004 г. в Европе организацией Forrester Research, выявило, что 10% пользователей, загружающих файлы из сети, купили больше музыкальных звукозаписей, а 36% - меньше (см. IFPI, Digital Music Report 2005, www.ifpi.org/site-content/library/digital-music-report-2005.pdf, pp. 18, 19).

²⁵ См. исследование, проведенное в Гарвардской школе бизнеса при Университете штата Северная Каролина в Чапел-Хилле в 2004 г. Oberholzer/Koleman/Strumpf “The Effect of File-Sharing on Record Sales” – An Empirical Analysis, www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf.

²⁶ NN (сноска 24), p. 17.

водит к слишком высоким ценам на компакт-диски и т.д.²⁷. В заключение следует сказать, что последствия совместного использования файлов для продаж компакт-дисков остаются спорным вопросом. В то же время нужно отметить, что вопрос о потенциальном ущербе, наносимом продажам компакт-дисков, не имеет отношения к правовому анализу проблемы и к обоснованию необходимости охраны прав.

2. На карту поставлены вопросы авторского права

2.1 Предмет изучения

Само собой разумеется, что любое авторское произведение, находящееся под охраной авторского права, является предметом охраны, независимо от того, в какой операционной среде оно используется – аналоговой или цифровой. То же самое можно сказать и о любом другом предмете, находящемся под охраной смежных прав, включая художественные выступления исполнителей, фонограммы и фильмы, созданные продюсерами, и т.д. – вплоть до баз данных, которые охраняются специальным законодательством в ряде стран. Однако вопрос о том, какие виды использования подпадают под охрану, регулируется положениями, касающимися прав соответствующих правообладателей.

2.2 Права, связанные с совместным использованием файлов

С правовой точки зрения необходимо разграничивать три разные действия, даже если они происходят в одном экономическом контексте. Это, во-первых, загрузка копии в компьютер, во-вторых, ее доведение до сведения других пользователей системы совместного использования файлов и, в третьих, загрузка копии пользователем системы совместного использования файлов в свой компьютер.

Во-первых, одним из предварительных условий функционирования системы совместного использования файлов является наличие файлов по меньшей мере в нескольких участвующих компьютерах. Другими словами, файл, содержащий предмет охраны, должен быть скопирован в компьютер, как правило, на жесткий диск. Это действие, несомненно, является актом воспроизведения, который преимущественно подпадает под действие исключительного права авторов и правообладателей смежных прав на воспроизведение в соответствии с действующим международным правом, а значит и в соответствии с национальным законодательством. В частности, определение права на воспроизведение, данное в статье 9 (1) Бернской конвенции («воспроизведение ... любым образом и в любой форме»), достаточно широко и распространяется также и на формы электронного воспроизведения, как это уточняется в Согласованном заявлении в отношении статьи 1 (4) Договора ВОИС по авторскому праву (ДВАП), в соответствии с которым право на воспроизведение полностью применимо к цифровой операционной среде, а электронное хранение, в частности, является формой воспроизведения. О том же говорится и в Согласованных заявлениях в отношении статей 7 и 11 Договора ВОИС по исполнению и фонограммам (ДВИФ) касательно исполнений и фонограмм. Даже без этих разъяснений сегодня нет сомнений в том, что электронное хранение на жестком диске является воспроизведением в том смысле, в каком это понимается законодательством об авторском праве и смежных правах.

²⁷ См., например, Freiwald, *Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing*, Baden-Baden 2004, p. 37 et seq. и последующие ссылки.

Во-вторых, многие системы P2P позволяют в дальнейшем предоставлять копию другим пользователям системы совместного использования файлов, пока пользователь, предлагающий свой файл, подключен к Интернету. Такой акт является так называемым актом «доведения до сведения», подпадающим под действие исключительного права авторов, исполнителей и создателей фонограмм согласно статье 8 ДВАП и статей 10 и 14 ДВИФ, соответственно. Это право сформулировано (в статье 8 ДВИФ) следующим образом: «[...] пользуются исключительным правом [...] доведения 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». Кстати, это право уже осуществляется 50 и 47 Договаривающимися Сторонами ДВАП и ДВИФ, соответственно, а также другими странами²⁸. Во многих странах, которые еще не ввели эти положения, такой акт «доведения до сведения» может быть уже включен в законодательство. Это особенно относится к странам континентальной Европы, соблюдающим давнюю традицию охраны авторских прав, которая в принципе часто предусматривает наделение авторов очень широкими правами на использование произведений и называет такие конкретные способы использования произведений, как воспроизведение или распространение, лишь простыми примерами²⁹.

Пользователи могут усомниться в том, что предложения систем P2P являются актами доведения до сведения «публики». Однако понятие «публика», как правило, исключает лишь членов семьи и близких друзей и знакомых или иных лиц, входящих в этот узкий круг людей. В соответствии с договорами ВОИС понятие «публика» не должно толковаться слишком узко, чтобы можно было обеспечить разумную охрану прав³⁰. Обычно даже передача информации пользователям внутренних сетей, например, школ или компаний считается доведением ее до сведения «публики». Нет никакого сомнения в том, что миллионы одновременных пользователей систем P2P, которые даже не знают друг друга и не поддерживают никаких личных связей, представляют собой «публику» в понимании законодательства по авторскому праву. Таким образом, даже при самом узком понимании понятия «публика» по действующему законодательству предложения систем P2P загружать файлы других пользователей адресуются «публике»³¹.

Другой вопрос состоит в том, выполняется ли условие о том, что представители публики могут осуществлять доступ к музыкальным и другим аналогичным произведениям «в любое время по их собственному выбору». В этом можно усомниться, поскольку пользователь системы совместного использования файлов не всегда постоянно доводит до сведения других участников произведения, сохраненные в его компьютере, а делает это лишь тогда, когда он подключен к сети, что может привести к заключению, что другие пользователи не могут получать доступ в любое время по их собственному выбору. Однако право доведения до сведения не предполагает какого-либо постоянного предложения – оно не требует, чтобы данное произведение предлагалось постоянно и круглые сутки. Условие предоставления доступа «в любое время по собственному выбору» означает лишь то, что в период действия такого

²⁸ См. список Договаривающихся Сторон ДВАП и ДВИФ на веб-сайте www.wipo.int в разделе Treaties and Contracting Parties (доступ осуществлен 13 января 2005 г.).

²⁹ Так, например, обстоит дело в Германии, где широкое право на «сообщение публике» еще до его практического осуществления получило толкование в большинстве законодательных актов, а также, отчасти, в прецедентном праве как охватывающее понятие «доведение до сведения». Freiwald (fn. 30), p. 132 et seq.

³⁰ См., например, Reinbothe & von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, London 2002, примечание 21 к статье 8 ДВАП, а также касающееся требования обеспечить «эффективную охрану» в соответствии с пунктом 1 Преамбулы.

³¹ См., например, Reinbothe & von Lewinski (сноска 30), примечание 21 к статье 8 ДВАП, касающееся Интернета.

предложения пользователи должны иметь возможность осуществлять доступ к произведениям и другим объектам внимания в любое время по собственному выбору³².

В третьих, сохранение информации вторым пользователям в его собственном компьютере является одной из форм воспроизведения и, таким образом, в принципе подпадает под действие исключительного права на воспроизведение³³.

2.3 Ограничения и исключения

Проблема ограничений и исключений будет рассмотрена отдельно применительно к трем действиям, указанным выше в пункте 2.2 настоящего документа. Такими действиями являются: первоначальное воспроизведение в компьютере файла, предлагаемого пользователем, предоставление доступа к этому файлу и его загрузка другим пользователем системы. Поскольку международное право, касающееся охраны авторских и смежных прав, предусматривает лишь внешние границы допустимых ограничений и исключений, а национальное законодательство имеет достаточно существенные различия в этой области, настоящий анализ может быть лишь общим и ограничиваться лишь некоторыми конкретными примерами. В принципе право на воспроизведение может быть ограничено в целом ряде случаев, таких, как воспроизведение в целях исследования, административного использования, репортажей о текущих событиях и т.д. Ограничения, которые скорее всего следует применять или которые требуют по крайней мере анализа в контексте использования систем Р2Р, являются ограничениями, которые уже предусматриваются во многих национальных законодательствах относительно частного использования. В тех случаях, когда пользователь сохраняет воспроизведение на своем жестком диске, чтобы впоследствии предложить его другим пользователям систем совместного использования файлов, такое воспроизведение, конечно, делается не в личных целях (или, по меньшей мере, не только в личных целях). Однако в тех случаях, когда воспроизведение было сначала сохранено в памяти компьютера в личных целях и лишь потом использовалось в целях доведения его до сведения других пользователей, возникает вопрос, остается ли первоначальное воспроизведение в привилегированном положении воспроизведения, сделанного в личных целях, и разрешение потребуется лишь для доведения его до сведения других, или же в тот момент, когда такое воспроизведение используется (по меньшей мере, также) в других (кроме личных) целях, оно меняет характер и теряет привилегированность. Это может вызвать споры относительно деталей разных национальных законодательных актов³⁴. Другие преимущественные цели не столь очевидны. Так, например, постоянный пользователь систем совместного использования музыкальных, программных или видеофайлов, вероятно, не будет делать копии файлов, как правило, развлекательного содержания для собственного исследования. Кроме того, как и в случае с использованием файлов в личных целях, возникнет та же проблема при более позднем использовании, что уже не является воспроизведением в целях личного исследования.

Во-вторых, право доведения до сведения может подлежать ограничениям и исключениям, таким, как использование в образовательных или аналогичных целях. Однако на практике пользователи наиболее популярных сейчас систем совместного использования файлов обычно хотят послушать музыку или посмотреть фильм для собственного удовольствия, а не в

³² См. также, например, Reinbothe & von Lewinski (сноска 30), примечание 20 к статье 8 ДВАП (в частности, fn. 43).

³³ Рассмотрение вопросов, касающихся электронного воспроизведения, см. выше в контексте проблемы копии, сделанной первым пользователем.

³⁴ В случае с Германией см. рассмотрение, в частности, этой проблемы в Freiwald (сноска 30), pp. 135-141.

целях (школьного или другого) образования или исследования. Поэтому такие ограничения обычно не будут применяться в отношении существующих сегодня сетей P2P.

Вопрос ограничений и исключений, возможно, будет труднее изучить применительно к упомянутому выше третьему действию – сохранению пользователем файла, загруженного с другого компьютера в системе совместного использования файлов. Такие действия воспроизведения обычно совершаются в целях личного использования и поэтому могут подпадать под какие-то ограничения³⁵. Однако если пользователь в то же время предусматривает возможность доведения до сведения сохраненной в памяти копии, предоставив доступ к ней другим пользователям сети совместного использования файлов, или если он даже обязан это сделать по требованию конкретной системы³⁶, этот пользователь не может рассчитывать на ограничения на использование материалов в личных целях, поскольку одной из целей сохраненной информации было доведение содержания этой копии до сведения публики. И все же, даже если какая-то сеть совместного использования файлов и не требует доведения полученной копии до сведения всех ее пользователей и даже если пользователь не делает это добровольно, обсуждается другой вопрос применения национального законодательства в контексте воспроизведения в личных целях: это вопрос о том, должна или не должна сама копия, которая была сохранена в памяти, быть законной копией, чтобы можно было применить ограничение в целях личного использования³⁷. Эта проблема вызвала споры, например, в Германии, прежде чем там была внесена разъяснительная поправка в закон, который, однако, был все еще недостаточно четко сформулирован, поэтому самое недавнее предложение внести поправки в Закон об авторском праве Германии указывает, что ограничение на использование в личных целях не применяется в тех случаях, когда в личных целях используется явно незаконно сделанная копия или копия, явно незаконно доведенная до сведения.³⁸ Согласно этому предложению пользователи сетей P2P, которые действуют без согласия собственника прав, явно нарушают право на воспроизведение, когда они загружают файлы из сети. В заключение следует сказать, что на загруженную копию и на предоставление файлов в распоряжение сетей P2P, как правило, не распространяются какие-либо ограничения или исключения согласно действующему национальному законодательству, в то время как на загрузку они могут распространяться в случае, если национальное законодательство позволяет освобождать от ответственности при такой загрузке в личных целях.

³⁵ См., например, немецкое исследование “Brennerstudie 2002”, в соответствии с которым в феврале 2003 г. 94,7% пользователей загрузили музыкальные файлы в личных целях, 56,5% сделали это также и для своих друзей, родственников и коллег, 58,2% - для других домочадцев и лишь 10,5% - для других лиц (www.ifpi.de/news/279/brennerstudie.pdf, foil 22); венгерский Доклад в целях проведения Дней исследований АЛАИ-2004, посвященных изучению ответственности посредников сети Интернет, пункт 3.5; см. также канадское дело *BMG Canada Inc. v. John Doe*, Federal Court [2004] F.C. 488, в материалах которого утверждается, что истцам не удалось представить достаточно веские доказательства правонарушения, поскольку исключение, распространяемое на использование материалов в личных целях (Sec. 80 (1)(a) CA), могло освободить лиц, сохраняющих в компьютерной памяти информацию, от ответственности; см. также аналогичное дело *TONO et al. v. Bruvik* (норвежский Апелляционный суд, о котором говорилось в норвежском Докладе в целях проведения Дней исследований АЛАИ-2004 об ответственности посредников сети Интернет), пункты 2.4 и 3.6.

³⁶ См. выше пункт 1.1 после сноски 5.

³⁷ Может возникнуть и другой вопрос: было ли «владение» файлом или, скорее, была ли возможность загрузки такого файла получены незаконно, как в случае воспроизведения похищенной копии? Поскольку «владелец» файла (другой пользователь сети) в принципе согласен с загрузкой файла другими пользователями, это не вызовет проблем в случае с системами совместного использования файлов; в отношении немецкого законодательства см. *Freiwald* (сноска 30), pp. 147, 148.

³⁸ Законопроект (*Referentenentwurf*) от 27 сентября 2004 г. § 53 (1); p. 52 et seq.

2.4 Ответственность после первичного нарушения

В тех случаях, когда соответствующие обладатели прав не дали разрешения на акты воспроизведения и передача для всеобщего сведения и когда не применимы никакие ограничения или исключения, пользователь, который делает копию и предоставляет ее в распоряжение всех участников сети, а также пользователь, который загружает файл, являются первичными нарушителями и подпадают под действие общих санкций, предусмотренных национальным законодательством. Учитывая проблемы, связанные с преследованием отдельных пользователей систем совместного использования файлов³⁹, актуальным становится вопрос об ответственности других участников в этом контексте. В частности, провайдеры программного обеспечения определенной системы совместного использования файлов могут быть привлечены к ответственности за вторичное нарушение авторских и смежных прав. Нормы правовой ответственности определяются национальным законодательством, и поэтому и в данном случае их подробное обсуждение в настоящем коротком исследовании невозможно. Можно привести лишь некоторые примеры.

Американское законодательство признает вторичную ответственность лишь на основе прецедентного права, в то время как условия для освобождения провайдеров услуг от ответственности внесены в американское законодательство об авторском праве Актом об авторских правах в цифровом тысячелетии (ААПЦТ). Согласно уже сформировавшемуся прецедентному праву, вторичная ответственность может быть ответственностью за содействие и ответственностью без вины за действия другого. До сих пор ответственность за содействие признавалась американскими судами тогда, когда обвиняемый знал о нарушении и каким-то образом способствовал его совершению⁴⁰. Ответственность без вины за действия другого в области авторского права наступала, как это широко утверждается, в тех случаях, когда обвиняемый имел право и возможность руководить деятельностью, связанной с первичным нарушением, и был заинтересован в ней финансово. В контексте функционирования систем P2P возникают новые вопросы. Так, например, в случае ответственности за содействие возникает вопрос: должен ли обвиняемый знать о конкретных нарушениях, должен ли он знать о них до их совершения, и может ли провайдер услуг умышленно закрывать глаза на такое знание? Что касается ответственности без вины за действия другого, то возникают вопросы о степени контроля со стороны провайдера услуг и о прямых источниках финансовой выгоды⁴¹. Положения, касающиеся освобождения провайдеров услуг от ответственности за нарушение авторских прав⁴², слишком детализированы, чтобы их можно было проанализировать или подробно описать в данном исследовании. Пока что их применение по делам, связанным с системами P2P, привело к поражениям первого поколения сетей Napster и Aimster и к победе

³⁹ См. более подробно об этом ниже в пункте 3.

⁴⁰ Parness, «Обзор проблемы нарушений: переход от традиционного пиратства к ответственности посредников Интернета и далее», выступление на конференции АЛАИ, Мехико, 8 июня 2004 г.; текст будет опубликован в отчетах конференции; см. также www.hiplaw.com, pp. 4, 5.

⁴¹ Parness (сноска 40).

⁴² 17 USC § 512(a) et seq.; освобождение посредников Интернета от ответственности за словесно выраженные нарушения гражданского законодательства, предусматриваемые Законом о пристойной коммуникации от 1996 г., не распространяется на интеллектуальную собственность (47 USC § 230(e)(2), но в других сферах оно нашло широкое применение. Так, освобождение от ответственности практикуется в судах штатов (в отличие от федеральных судов, которые занимаются делами, связанными с интеллектуальной собственностью). Это уже случилось, онлайн-аукционная служба eBay была освобождена от ответственности за продажу неразрешенных музыкальных записей, поскольку иск был подан в суд штата на основе изготовления контрафактных экземпляров (см. Parness (fn. 40), pp. 10, 11).

сети третьего поколения Grokster⁴³. Одним из главных фактических различий между системами Napster/Aimster и Grokster (что имело правовые последствия) было то обстоятельство, что системы Napster и Aimster функционировали на основе центрального сервера, который включал необходимую информацию для пользователей, касающуюся имеющегося содержания, и поэтому они могли контролировать систему, в то время как в системе Grokster нет центрального сервера, позволяющего осуществлять такой контроль⁴⁴.

Директива Европейского сообщества об электронной торговле излагает положения об освобождении от ответственности провайдеров служб по горизонтали, помимо законов об авторском праве или другой интеллектуальной собственности⁴⁵. Хотя эти положения гораздо менее детализированы, чем положения ААПЦТ, в настоящем исследовании можно лишь констатировать в общих словах, что эти положения о простых правилах поведения и финансовой деятельности очень похожи на положения § 512(a) и (b) ААПЦТ, а положение о главном компьютере несколько строже, чем положение § 512(c) ААПЦТ. В Европе первое дело против программы KaZaA было заслушано в Верховном суде Нидерландов, который вынес решение в пользу KaZaA – сети третьего поколения⁴⁶. Однако это решение имеет второстепенное значение, поскольку владельцы прав требовали, чтобы сеть KaZaA всего лишь переделала свое программное обеспечение во избежание каких-либо нарушений авторского права своими пользователями. Суд первой инстанции отклонил иск, заявив, что такая адаптация практически невозможна. Собственники прав обратились в Верховный суд с протестом, требуя истолковать их иск таким образом, чтобы запретить дальнейшее распространение программы KaZaA, если ее адаптация невозможна. Верховный суд лишь постановил, что суд первой инстанции не имеет права давать столь широкое толкование иска и не принял никакого решения ни о нарушении авторского права, ни об ответственности⁴⁷.

2.5 Юрисдикция и действующее законодательство

Учитывая возможность получения мгновенного доступа к содержанию с помощью сетей P2P по всему миру, возникает вопрос о юрисдикции судов и действующем законодательстве, особенно в тех случаях, когда сети размещают свои штаб-квартиры за пределами стран, в которых проживает большинство владельцев прав. В частности, представители системы Sharman Networks заявили в суде, что она не должна начинаться законодательству США⁴⁸. Однако до сих пор американские суды решали, что они правомочны на основании наличия «минимального контакта», что подтверждалось доводом о том, что программное обеспече-

⁴³ См. дела, касающиеся Napster, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000) and 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001) (это дело не дошло до суда и закончилось на стадии суммарного производства); *Aimster Copyright Litig.*, 252 F. Supp. 2d 634 (N.D. Ill. 2002), решение по которому было оставлено в силе Апелляционным судом, 334 F. 3d 643 (7th Cir. 2003); *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), решение по которому было оставлено в силе Апелляционным судом, 380 F. 3d 1154 (9th Cir. 2004).

⁴⁴ См. детальный анализ этих случаев в Parness (сноска 40), pp. 19-25.

⁴⁵ Директива 2000/31/ЕС Европейского парламента и Европейского совета от 8 июня 2000 г. по некоторым правовым аспектам служб информационного общества и, в частности, электронной торговли на внутреннем рынке, О.Ж. ЕС L 178/1 от 17 июля 2000 г.; см., в частности, раздел 4.

⁴⁶ См. заседание Верховного суда (Hoge Raad) 19 декабря 2003 г., no. C02/186HR; L.J.N.: AN7253, см. <http://www.rechtspraak.nl>.

⁴⁷ См. также комментарий Hugenholtz, *Over KaZaA is nog niets beslist*, NRC Handelsblad, 22 декабря 2003 г., и www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/nrc-kazaa.html.

⁴⁸ Штаб-квартира системы Grokster находится в Невисе (Вест-Индия), iMesh – в Израиле, KaZaA – в Амстердаме, а ее холдинговая компания Sharman Networks – в Австралии и на острове Вануату в Тихом океане.

ние системы KaZaA используется калифорнийскими гражданами⁴⁹. Была также сделана ссылка на обладание авторскими правами американскими обществами, штаб-квартиры которых находятся в штате Калифорния. Анализ всех вопросов, связанных с международной юрисдикцией и действующим законодательством, намного превысил бы масштабы настоящего исследования, в котором можно ограничиться лишь замечаниями о важности этой проблемы⁵⁰.

3. Практические проблемы и стратегия обеспечения соблюдения прав

Индустрия, чьи права нарушаются системами совместного использования файлов, сначала обеспечивала осуществление своих прав обычным образом – путем судебных разбирательств по делу первой несанкционированной сети совместного использования файлов Napster. Хотя в этом случае индустрия добилась успеха, сразу же возникли зеркальные веб-сайты и другие сети. Кроме того, были разработаны децентрализованные системы, в борьбе с которыми индустрия пока еще не добилась успеха в суде⁵¹, хотя фактически музыкальная индустрия добилась закрытия 60 900 нарушавших авторские права веб-сайтов, 447 несанкционированных серверов системы P2P и 1,6 млрд. незаконных файлов в 102 странах в 2004 г.⁵² Тем не менее, чтобы обеспечить более эффективное соблюдение своих прав, индустрии не оставалось делать ничего другого, кроме как избрать весьма щекотливый с политической точки зрения подход, предусматривающий возбуждение дел против отдельных пользователей сетей совместного использования файлов. В этом контексте одна из проблем заключается в том, чтобы идентифицировать пользователей, прежде чем подавать жалобу на них. В тех случаях, когда провайдеры Интернет-услуг не соглашаются предоставлять такую информацию, музыкальная индустрия вынуждена подавать жалобу на самого провайдера за отказ давать информацию, которая позволила бы идентифицировать соответствующих пользователей. Одна такая жалоба, поданная Американской ассоциацией звукозаписывающих компаний (RIAA), была удовлетворена на уровне окружного суда⁵³, хотя Апелляционный суд отменил это решение⁵⁴. Верховный суд отказался рассматривать вопрос о том, могут ли провайдеры Интернет-услуг принуждаться идентифицировать пользователей нелегальных сетей совместного использования файлов⁵⁵.

В европейских странах правовая ситуация складывается иначе. Статья 15 (2) Директивы Европейского совета по электронной торговле⁵⁶ оставляет за государствами-членами право самим решать, обязывать или нет провайдеров Интернет-услуг сообщать компетентным органам по их просьбе информацию, необходимую для идентификации контрактных пользователей их услуг. Некоторые страны (например, Испания, Ирландия и Люксембург) не воспользовались этой возможностью, в то время как другие (например, Австрия, Бельгия, Италия и

⁴⁹ См. Metro-Goldwyn-Mayer Studios In. et al. v. Grokster Ltd. et al., 243 F. Supp. 2d 1073, 1087.

⁵⁰ См. комментарий по действующему законодательству, в частности, в исследовании Лукаса под названием «Действующее законодательство при рассмотрении трансграничных дел о нарушениях авторского права в цифровой операционной среде», подготовленном по просьбе ЮНЕСКО к 13-й сессии Комитета Всемирной конвенции об авторском праве, пересмотренной в 1971 г.

⁵¹ См. пункты 1.1 и 2.4 выше (сноска 42).

⁵² См. Digital Music Report (сноска 24), p. 21.

⁵³ RIAA v. Verizon Internet Services, Inc., 240 F. Supp. 2d 24 (D.D.C., 2003); юридической основой был 17 U.S.C. § 512(h).

⁵⁴ Апелляционный суд США, округ Колумбия, 19 декабря 2003 г., no. 03-7015, RIAA, Inc. v. Verizon, Inc.

⁵⁵ <http://news.findlaw.com>, 12 октября 2004 г.

⁵⁶ См. Директиву Европейского совета (сноска 45).

Португалии) сделали это, а Германия ограничилась уголовным преследованием⁵⁷. Немецкая музыкальная индустрия начала уголовное преследование неизвестных лиц (в США такие дела можно было бы назвать «делами Джона Доу»), так что теперь генеральный прокурор получает надлежащую информацию от провайдеров услуг. Вслед за этим истцы стали возбуждать параллельные гражданские иски против отдельных пользователей⁵⁸.

После получения данных, позволяющих идентифицировать пользователей (либо на добровольной основе, либо через суд), музыкальная индустрия обычно пытается быстро завершить дела, чтобы по меньшей мере компенсировать свои расходы и попытаться сдержать пользователей (что само по себе спорно). Так, например, в 2003 г. RIAA возбудила примерно 5 500 дел, из которых выиграла 504 дела, обычно на несколько тысяч долларов каждое⁵⁹.

Помимо судебных разбирательств, соответствующие индустрии прибегают и к другой тактике⁶⁰. Так, например, в Германии в адрес компаний и университетов было направлено огромное количество электронных писем, призванных повысить их информированность о том, что участие служащих и студентов в работе незаконных систем совместного использования файлов является нарушением Закона об авторском праве и что использование таких систем повышает риск распространения вирусов, спайверов и расходов, связанных с использованием ресурсов этой системы⁶¹. Ассоциация RIAA объявила компаниям и университетам, что она увеличит количество жалоб против них на основании вторичной ответственности за нарушение авторского права, если их сотрудники или студенты будут использовать внутренние высокоскоростные сети для загрузки охраняемой музыки⁶². Кроме того, немецкая музыкальная индустрия разослала более 30 000 так называемых моментальных сообщений (это делалось вплоть до мая 2004 г.) провайдерам служб совместного использования файлов, с тем, чтобы разъяснить им, что они обнаружены и что их анонимное существование не может продолжаться⁶³. Другие меры включают такие технические средства, как создание ложных файлов, которые нарушают нормальное функционирование сетей совместного использования файлов. В то же время некоторые сети стали отторгать такие файлы⁶⁴. Точно также так называемые «файлы-фальшивки», которые лишь предполагают содержание конкретного фильма, но на самом деле содержат лишь всякий мусор, включены в системы совместного использования видеофайлов. В системы совместного использования аудиофайлов стали попадать файлы, лишь повторяющие короткий отрывок мелодии, которая, как предполагается, полностью записана на этом файле. Также отмечены вирусные атаки и распространение спайверов⁶⁵. Кроме того, осуществляется параллельный подход, предусматривающий оказание более совер-

⁵⁷ См. Guibault, « Vous qui téléchargez des oeuvres de l'Internet, pourrait-on savoir qui vous êtes? », Revue du droit des technologies de l'information no. 18/2004, p. 9 et seq., 24 et seq с последующими ссылками. Высший суд Лондона постановил, что провайдеры Интернет-услуг должны идентифицировать пользователей, загружающих музыку из сети, см. Wardell, British Court Orders ID's of Downloaders, <http://news.findlaw.com> от 15 октября 2004 г.

⁵⁸ Gebhart (fn. 23), p. 282.

⁵⁹ Wardell, Music Industry Group Launches Piracy Suits, <http://use.findlaw.com>, 7 октября 2004 г.; см. также информацию о других странах в Digital Music Report (сноска 24), p. 21.

⁶⁰ См. обзор хода компании в поддержку юридических услуг и т.д. в Digital Music Report (сноска 24), p. 20.

⁶¹ Gebhart (сноска 23), p. 282.

⁶² Gump, Die Beurteilung von, "Musik-Tauschbörsen", im Internet nach US-amerikanischem Urheberrecht, GRUR Int. 2003, p. 991, 1001.

⁶³ Gebhart (сноска 23), p. 282.

⁶⁴ Так действует, например, система BitTorrent, см. Svensson, Popular File-Sharing Site Shut Down, <http://use.findlaw.com>, 20 декабря 2004 г.

⁶⁵ См., например, Freiwald (сноска 31), p. 33.

шенных юридических услуг по требованию (в частности система iTunes компании «Эппл» или немецкая система “PhonoLine”)⁶⁶.

4. Перспективы и обсуждаемые законодательные модели, касающиеся сетей P2P

Учитывая, что получение охраняемых произведений и других объектов охраны без разрешения обладателей прав с помощью систем совместного использования файлов P2P обычно является нарушением авторских и смежных прав, а также то, что обеспечение соблюдения прав и осуществление различных стратегий, направленных на сокращение случаев такого незаконного использования, пока что недостаточно эффективны, опробуются или рассматриваются различные модели решения этих проблем как на практическом, так и на законодательном уровнях.

4.1 Бизнес-модели

Во-первых, в целях дальнейшего практического развития постоянно разрабатываются новые бизнес-модели. Число легальных онлайн-услуг возросло во всем мире⁶⁷. Однако, чтобы найти наилучшее решение, индустрия должна будет делать это методом проб и ошибок. В сущности легальное санкционированное онлайн-распространение должно быть достаточно привлекательным для клиентов, чтобы заставить их переключиться с незаконных сетей P2P на законную покупку музыкальных и других файлов. Однако «все еще неясно, как будет выглядеть успешная бизнес-модель онлайн-продажи музыкальных файлов»⁶⁸. В частности не ясно, будет ли это служба, предполагающая плату за каждое использование, или же служба, основанная на подписке⁶⁹. Пока что из всех законных онлайн-распространителей музыки компания «Эппл» нашла, по видимому, наилучшее решение – по меньшей мере в США, где на ее долю приходится 70% легального рынка⁷⁰. Преимущества ее баз данных “iTunes” состоят в следующем: лучшее качество, по сравнению с незаконными сетями совместного использования файлов, отсутствие вирусов и спайдеров, неограниченная возможность прослушивать загруженную музыку, возможность записывать ее на компакт-диски и прослушивать на переносных плеерах MP3, а также переносить ее на целых пять компьютеров в собственной сети, наличие отдельных песен, в отличие от сборников песен на компакт-дисках, а также низкая стоимость, составляющая 0.99 евро (в Европе) за одну песню⁷¹. В то же время компания критикуется за то, что предлагаемый ею каталог все еще ограничен (не в последнюю очередь из-за необходимости оформлять передачу прав, что может

⁶⁶ См. более подробно об этом в пункте 4.1. Уже в 1997 г. первая такая юридическая коммерческая служба «по требованию» была создана Немецкой федеральной ассоциацией торговли фонографической продукцией в сотрудничестве с компанией «Джерман телеком». Проект назывался «Музыка по требованию». Однако, когда система Napster начала свою незаконную деятельность в 1999 г., у этой платной юридической службы не осталось никаких шансов на выживание. В настоящее время в Германии существует примерно 15 юридических служб «по требованию», однако пока их экономическая рентабельность весьма невелика; см. Gebhart (сноска 23), p. 281.

⁶⁷ См. Digital Music Report (сноска 24), pp. 4-7; помимо служб в Европе и США, указываются, в частности, службы в Азиатско-Тихоокеанском регионе, а также службы в Южной Африке и Бразилии/Латинской Америке, где первые легальные службы появились в 2004 г.; см. также данные об основных легальных службах на стр. 18-19.

⁶⁸ “NN, Music's Brighter Future”, The Economist, October 30, 2004, pp. 91, 93.

⁶⁹ См. Digital Music Report (fn 24), p. 7.

⁷⁰ Интервью со Стивом Джобсом, Süddeutsche Zeitung, 17.6.2004.

⁷¹ Schrader, Hits aus Bits, Süddeutsche Zeitung, 18.6.2004, p. 13.

занять достаточно много времени)⁷² и что ее записывающее устройство iPod работает лишь с файлами iTunes и не работает с другими онлайн-базами данных.

Пока не ясно, будут ли более успешными в конечном итоге службы, предусматривающие ежемесячную подписку, по сравнению со службами, такими, как Real Networks' Rhapsody⁷³, предоставляющими доступ к неограниченному потоку музыки, включая популяризацию новых исполнителей. Кроме того, пока недостаточен опыт работы с большими объемами технологий по управлению правами в цифровой операционной среде, а с технической защитой, одобренной клиентами. Звукозаписывающие компании ожидают новые перспективы, когда устройства iPod или аналогичные приспособления будут объединены с мобильным телефоном. Успех рынка мелодий телефонного звонка и тот факт, что пользователи уже сейчас могут настраивать свои телефоны на звучащую мелодию, идентифицировать ее, а затем покупать ее запись, укрепляет такие ожидания⁷⁴.

Одним из самых последних подходов, который может получить широкое распространение, является так называемая служба *snocap*. Идея была разработана Шоном Фэннингом, основателем первой сети совместного использования файлов Napster. Она основана на технологии совместного использования файлов и сотрудничестве с обладателями прав. Следует отметить, что попытки наладить сотрудничество между существующими системами совместного использования файлов и музыкальной индустрией в целях законного онлайн-распространения файлов предпринимались и ранее. Так, в 2004 г. сеть eDonkey предложила четырем гигантам изучить возможности законной продажи музыки по этой сети и одновременно позволить обладателям прав предлагать свои записи бесплатно в целях рекламы⁷⁵. Служба *snocap* была официально анонсирована в начале декабря 2004 г. и стала функционировать в 2005 г. Было объявлено, что служба *snocap* будет иметь следующие особенности⁷⁶: она будет стремиться сочетать преимущества санкционированных онлайн-музыкальных баз данных (которые существуют на законных основаниях, но имеют ограниченное содержание и небольшое число пользователей) с преимуществами несанкционированных служб (которые имеют большой объем материалов и большое число пользователей, но функционируют незаконно). Система *snocap* предусматривает, что обладатели прав лицензируют свои права на онлайн-распространение через многочисленные онлайн-службы розничной продажи и смогут определять условия использования файлов, включая цены на каждое название, через систему управления правами в цифровой операционной среде. Базирующаяся на платформе совместного использования файлов Mashboxx, служба *snocap* обещает обладателям прав возможность «идентифицировать каждую песню по ее акустическим особенностям, или «отпечаткам пальцев», а затем снабжать каждую мелодию рядом лицензионных правил, заранее определяемых исполнителем или записывающей фирмой»⁷⁷. Обладатель прав может, например, разрешить пользователю бесплатно прослушать песню один раз или в течение определенного количества дней до покупки. После того как обладатели прав регистрируют свою музыку и получают информацию от управления правами через базу данных *snocap*, они смогут пользоваться интерфейсом управления авторскими правами службы *snocap* для от-

⁷² Интервью со Стивом Джобсом, *Süddeutsche Zeitung*, 17.6.2004.

⁷³ NN (сноска 68), р. 93.

⁷⁴ NN (сноска 68), р. 93; *Digital Music Report* (сноска 24), pp. 8-9 и 12, где Азия (Япония и Южная Корея) называется лидером.

⁷⁵ NN (сноска 68), р. 93. И действительно, базирующаяся в Лондоне группа музыкального менеджмента IE Music успешно разрекламировала музыканта Суита Чэпа, разместив его песни в сети KaZaA, р. 91.

⁷⁶ См. www.snocap.com.

⁷⁷ Grundner, Sean Fannings *snocap P2P Music services secures Universal 150 k catalogue*, November 16, 2004, www.ehomeupgrade.com/entry/327/sean_fanning_snocap (доступ осуществлен 7 января 2005 г.).

слеживания онлайн-распространения многочисленными онлайн-службами и сетями розничной продажи. Пока что фирма «Юниверсал мьюзик» заключила соглашение со службой *snocap* относительно своего каталога, состоящего из 150 000 песен⁷⁸. В своих рекламных материалах служба *snocap* утверждает, что сетям совместного использования файлов и онлайн-службам розничной продажи, подсоединенным к службе *snocap*, нет необходимости договариваться о лицензировании с каждым обладателем прав в отдельности, поскольку они могут получить доступ к каталогу, как только обладатель прав регистрирует свою музыку в базе данных *snocap*, обязавшись сначала делать общие платежи обладателям прав. Фильтрующее программное обеспечение призвано распознавать незаконные файлы в сетях P2P и позволять обладателям прав включать их в собственный каталог песен, предназначенных для продажи. Из имеющейся информации не ясно, устранил ли в конце концов эта система все несанкционированное содержание из соответствующих сетей и, если это произойдет, пострадают ли существующие незаконные сети P2P от такой «конкуренции» и согласятся ли они участвовать в такой системе, став законными. Предполагается, что служба *snocap* будет использоваться главным образом более мелкими сетями P2P, такими как Mashboxx или iMesh в Израиле, которая обязалась больше не предлагать пользователям несанкционированные файлы⁷⁹. Президент системы eDonkey выразил неудовольствие деятельностью *snocap*, поскольку, среди прочего, согласие начать фильтровать содержание может побудить индустрию звукозаписи утверждать, что службы совместного использования файлов могут контролировать незаконную передачу музыки в сетях совместного использования файлов⁸⁰. Что касается начинания *snocap*, то и здесь будущее покажет, станет ли эта служба рабочей моделью, охраняющей права собственников на рынке онлайн-распространения и служащей интересам как пользователей, так и служб розничной продажи.

4.2 Обсуждаемые законодательные модели

Поскольку пользователи уже привыкли к свободному наличию содержательных файлов в сетях P2P и продолжают нарушать авторские и смежные права, извлекая выгоду от существования фактических и правовых проблем, связанных с обеспечением соблюдения этих прав⁸¹, и поскольку легальные онлайн-службы, появившиеся после 1997 г.⁸², не смогли пока что вытеснить незаконные сети, в научной литературе, особенно среди различных заинтересованных сторон, высказывается ряд предложений, направленных на то, чтобы легализовать сложившееся совместное использование файлов P2P путем выдачи различных юридических лицензий в сочетании с установленными правами на оплату или даже путем отмены авторского права в цифровой операционной среде. Но это еще вопрос, является ли такой «тупик»⁸³, связанный с продолжающимся нарушением авторских прав и трудностями обеспечения их соблюдения (а, значит, и трудностями с созданием конкурирующих юридических служб), достаточно весомым аргументом в пользу таких предложений.

Помимо этого, если мы действительно хотим охранять произведения и объекты, защищенные смежными правами, позволяя при этом широкое распространение систем совместного использования файлов, мы можем рассмотреть следующие основные законодательные под-

⁷⁸ Grundner (сноска 77).

⁷⁹ См. www.heise.de/newsticker/meldung/print/53256 со ссылкой на www.heise.de/newsticker/meldung/49281 (15 ноября 2004 г.) (доступ осуществлен 13 января 2005 г.).

⁸⁰ Grundner (сноска 77).

⁸¹ См. пункт 3 выше.

⁸² Gebhart (сноска 23), p. 281.

⁸³ См. Netanel, “Impose a Non-Commercial Use Levy to All Free Peer to Peer File-Sharing”, Harvard Journal of Law & Technology, vol. 17, December 2003, p. 20.

ходы (независимо от их соответствия нормам международного права): юридическая лицензия, включающая или не включающая установленное законом право на вознаграждение, добровольное коллективное управление соответствующими исключительными правами, обязательное коллективное управление такими правами, применение скандинавской модели расширенного коллективного лицензирования или даже комбинация некоторых из этих предложений. Сделанные пока предложения отличаются друг от друга в деталях и не могут быть подробно проанализированы в данном исследовании. Ограничимся лишь следующими короткими замечаниями по некоторым из них.

Во-первых, те, кто предлагают, чтобы использование систем P2P освобождалось от исключительных прав и прав на вознаграждение владельцев авторских прав⁸⁴, утверждают, в частности, что охрана авторского права не должна распространяться на личные зоны свободного пользования и на некоммерческое использование. Помимо того, что их позиция противоречит общепринятым нормам международного права и национального законодательства в большинстве стран⁸⁵, этот аргумент не убедителен, поскольку, по меньшей мере, копирование файлов и предоставление их в распоряжение публики (т.е. других участников сети) не является сугубо личным действием, а адресовано публике постольку, поскольку его можно сравнить с распространением копий на твердом диске среди публики, что также подпадает под действие исключительного права, даже если копии раздаются бесплатно. Можно даже утверждать, что использование систем P2P является коммерческим (в зависимости от дефиниции), поскольку оно освобождает пользователей от платы за содержание. Помимо этого коммерческий или некоммерческий характер использования в принципе не имеет значения. Охрана авторского права оправдана в любом случае, когда имеет место использование файла в крупномасштабной форме. Довод о том, что авторское право *de facto* должно обеспечивать охрану прав распространителей, а не создателей, затрагивает проблему, которая должна решаться путем укрепления позиций создателей, а не путем экспроприации их прав. Предложения предоставить авторам экономические стимулы в виде «подачек» от аудитории и т.п. оставляют автора в положении просителя и никогда не смогут полностью заменить признание необходимости обеспечить охрану прав в случае массового использования файлов системами P2P, что является крупномасштабным использованием произведений, которое затрагивает главное содержание понятия охраны авторских прав.

Во-вторых, те, кто предлагают выдавать юридические лицензии в сочетании с выплатой вознаграждения обладателям прав, придерживаются разных подходов. Одни из них предлагают, чтобы вознаграждение (или «налог») выплачивалось производителями средств цифровой информации и службами, обеспечивающими доступ в Интернет, за использование произведений коммерческими и некоммерческими службами. Собственники прав должны будут регистрировать свои произведения в Управлении по авторским правам (США), которое затем будет использовать предоставляемые метрической техникой данные о частоте использования, чтобы распределять гонорары между обладателями прав. Конечной целью этого предложения является замена исключительных прав «административно управляемой системой поощрений»⁸⁶. Другое предложение ограничивает выдачу юридических лицензий и величину сборов за некоммерческое использование систем P2P, но при этом распространяет все это на создание производных произведений (например, ремиксов) в некоммерческих целях. Это

⁸⁴ В частности, Raymond Ku, Jessica Litman, Glynn Lunnay and Marc Nadel; см. их точки зрения и аргументы, описанные и обобщенные в: Netanel (сноска 83), p. 74-77.

⁸⁵ См. пункт 2.2 выше.

⁸⁶ W. Fisher III, “An Alternative Compensation System”, <http://olin.stanford.edu/FISHER%20SPRING%202004.pdf> (доступ осуществлен 13 января 2005 г.), см. в частности, Ch. 6, p. 5.

предложение отличается от первого в том, что оно носит принудительный характер и не позволяет выйти из игры путем отказа от регистрации произведений. Сборы будут взиматься с коммерческих провайдеров продуктов и услуг, стоимость которых «значительно повышается» системами совместного использования файлов P2P⁸⁷. Еще одно предложение тоже подразумевает добровольный подход, который состоит в том, что владельцы прав могут отказаться от получения юридической лицензии (которая предпишет сроки и условия) путем соответствующего кодирования своих файлов. Кроме того, сборы или плата за лицензию будут выплачиваться непосредственно создателям и вовсе не обязательно обладателям авторских прав⁸⁸. Все эти предложения, первоначально сделанные в США, в какой-то мере соответствуют, с некоторыми отклонениями, требованиям систем установленных законом прав на вознаграждение, которые применяются авторскими обществами и которые уже давно созданы и функционируют в большинстве европейских стран в отношении, например, репрографии, частного копирования на пленку и т.д. или же другого аналогичного использования.

Выдача таких юридических лицензий в сочетании с установленными законом правами на вознаграждение или со сборами/«налогами» может выглядеть интересным предложением, поскольку такие лицензии снимают бремя обеспечения соблюдения исключительных прав (что до сих пор не было таким уж успешным) и в то же время обеспечивают компенсацию обладателям прав, в частности, создателям и исполнителям, которые могут извлечь (по меньшей мере там, где такие права на вознаграждение обеспечиваются авторскими обществами в духе континентальной Европы) даже большую пользу от таких использований, чем от исключительных прав, с которыми им часто приходится расставаться без получения сопоставимого вознаграждения. Однако, отнюдь не умаляя экономическую значимость систем P2P, такие юридические лицензии вряд ли (если это вообще возможно) будут отвечать трехступенчатому требованию, предусмотренному международным законодательством по авторским и смежным правам и заложенному в статье 9 (2) Бернской конвенции относительно права автора на воспроизведение, статье 13 Соглашения ТРИПС относительно общих прав авторов и статье 10 ДВАП и статье 16 ДВИФ относительно прав авторов, исполнителей и продюсеров программ⁸⁹. Кроме того, недавний опыт режимов частного копирования, в частности в Европе, показал, что часто не так просто обеспечить выплату вознаграждения теми, кто обязан платить⁹⁰.

В противовес этому предлагается добровольное коллективное лицензирование исключительных прав⁹¹. Эта модель уже применяется в какой-то мере, в частности, в европейских странах.

⁸⁷ Netanel (сноска 78).

⁸⁸ Litman, *Sharing and Stealing* (23 ноября 2003 г.); см. резюме и доклад (в частности, стр. 33-42, 35 и 37) на веб-сайте http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=472141 (доступ осуществлен 13 января 2005 г.).

⁸⁹ Трехступенчатое требование (по версии статьи 9 (1) Бернской конвенции) изложено следующим образом: «за законодательством стран Союза сохраняется право разрешать воспроизведение таких произведений в определенных особых случаях при условии, что такое воспроизведение не наносит ущерба нормальной эксплуатации произведения и не ущемляет необоснованным образом законные интересы автора». См. детальный анализ соответствия трехступенчатого требования в: Peukert, “International Copyright Law and Proposals for Non-Voluntary Licenses Regarding P2P File-Sharing” (доклад представлен на конференции АТРИП в Утрехте в июле 2004 г. и будет опубликован в материалах этой конференции).

⁹⁰ Другие аргументы против таких систем см. в: Peukert (сноска 88), р. 6; там предлагается так называемая «биполярная» система, которая позволила бы владельцу прав выбирать между исключительным правом и (при условии регистрации) системой сборов (рукопись под названием “A bipolar copyright system for the digital network environment”, еще не представлена).

⁹¹ www.eff.org/share/?f=legal.html and www.eff.org/share/compensation.php; von Lohmann, “Don't Sue the Customers”, *IP Law & Business*, December 2004, pp. 24, 25.

Однако практический опыт показывает, что крупные издатели, например, не готовы вверять управление своими правами доведения до сведения авторским обществам или делать это лишь на основе мандата, который может быть легко отозван, а продюсеры фонограмм и фильмов предпочитают не вверять свои права авторским обществам, а настойчиво пытаются обеспечить их осуществление самостоятельно. Такая модель полезна, когда хотя бы большая часть репертуара вверяется авторским обществам. Если бы так происходило в действительности, то, разумеется, это стало бы моделью, соответствующей нормам международного права, в свете преимущества, состоящего в том, что такая модель допускает законное использование на основании выплаты надлежащего вознаграждения. Другая модель могла бы компенсировать указанный выше недостаток – потенциальное нежелание передавать права авторскому обществу. Такой моделью было бы принудительное коллективное управление соответствующими исключительными правами. Эта модель уже функционирует в Венгрии, но законодательство этой страны было недавно изменено, чтобы смягчить требование соблюдать обязательность коллективного управления. Такая модель соответствовала бы также нормам международного права⁹², поскольку обладатели прав сохраняли бы свои исключительные права. Она могла бы узаконить использование систем P2P путем распространения простых для заполнения бланков лицензий. Однако индустрия может предпочесть управлять правами самостоятельно, чтобы извлекать наибольшую выгоду на рынке.

И, наконец, предлагается модель так называемой расширенной коллективной лицензии, которая охватывает копию, загружаемую в главный компьютер, и акт доведения до сведения публики в сочетании с юридической лицензией и установленным законом правом на вознаграждение в отношении загрузки, которая будет считаться личной копией⁹³. Можно даже рассмотреть вопрос о том (в рамках другого предложения), чтобы применять расширенную коллективную лицензию в отношении загруженной копии, в частности, в тех случаях, когда она не считается частной копией, разрешенной законодательством. Расширенные коллективные лицензии, которые уже давно применяются в области авторских и смежных прав в скандинавских странах, являются коллективными лицензиями (выданными авторскими обществами), действие которых расширяется по закону на индивидуальных владельцев прав, которые не вверили свои права авторскому обществу⁹⁴. В соответствии с вышеупомянутым предложением АДАМИ законодательство должно обязать организации обладателей прав и организации потребителей заключить контракт о такой лицензии. Финансовым условием такого разрешения будет выплата установленного законом вознаграждения за загрузку файлов пользователями, что будет включено в стоимость ежемесячной подписки, которая должна быть уплачена пользователями провайдером, обеспечивающим доступ. Такая стоимость будет устанавливаться комиссиями, которые уже созданы во Франции в отношении выплаты вознаграждения за частную копию⁹⁵. Преимущество этой модели состоит в том, что она со-

⁹² См. von Lewinski, “Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights” – A Case Study on Its Compatibility with International and EC Copyright Law, UNESCO e-Copyright Bulletin, January-March 2004, p. 1 et seq.

⁹³ Предложение организации французских исполнителей АДАМИ, см. La lettre de l'ADAMI, November 2004, no. 53, p. 6,7; см. также www.adami.fr/portail/index.php, а затем: Lettre de l'ADAMI; см. также Actu ADAMI, 2004, p.1.

⁹⁴ См. Karnell, “Extended Collective License Systems, Provisions, Agreements and Clauses – A Nordic Copyright Invention with an International Future?”, в: NN, Essays in honor of George Koumantos, Athens 2004, p. 391 et seq.

⁹⁵ См. Art. L. 311-5. Кодекса французской интеллектуальной собственности.

ответствует нормам международного права⁹⁶, оставляя исключительные права за владельцами прав и регулярно разрешая использование систем P2P при условии оплаты.

5. Выводы

Системы совместного использования файлов P2P и, главным образом, загрузка с таких сетей постоянно нарушают авторские и смежные права в глобальном масштабе. Обеспечение соблюдения этих прав до сих пор было трудным, хотя и возможным. С учетом этой трудности, а также того факта, что пользователи привыкли к свободному и бесплатному (хотя и незаконному) доступу к практически неограниченному количеству файлов с музыкальным, кинематографическим и другим содержанием, появился ряд предложений со стороны заинтересованных групп и ученых, направленный на изменение существующего законодательства. Эти предложения, которые останавливают свой выбор на законном лицензировании, предусматривающем или не предусматривающем какую-либо компенсацию (это можно назвать установленным законом правом на вознаграждение, сбором, налогом или чем-то иным), противоречат трехступенчатому требованию, заложенному во всех важнейших договорах об авторских и смежных правах, и поэтому не должны быть приняты во внимание, не говоря уже о том, что их, возможно, будет трудно реализовать на практике, учитывая необходимые процедуры и технологию управления системами вознаграждения, а также то, что такие решения не гарантируют реальную выплату вознаграждения. Предлагаемое добровольное коллективное управление соответствует нормам международного права, однако, хотя оно уже осуществляется, некоторые (могущественные) группы владельцев прав пока еще не выбрали это предложение. Тем не менее обязательное коллективное лицензирование и расширенные коллективные лицензии не нарушают нормы международного права и должны быть серьезно рассмотрены в качестве точек зрения, которые следовало бы изучить, даже если против них выступают крупные владельцы прав и даже если они могут найти ограниченное применение в некоторых странах в случае их принятия. И все же, поскольку, по-видимому, не существует одного единственного идеального или легко реализуемого решения на основе юридических моделей, а также учитывая стремительное развитие реальных событий, возможно, было бы разумным в любом случае наблюдать за их развитием в ближайшем будущем. Музыкальная индустрия действительно выразила надежду (по последним данным) на то, что будут и далее развиваться более совершенные юридические службы, которые в сочетании с более высоким уровнем информированности пользователей и их возрастающим желанием действовать легально, станут достаточно привлекательными для пользователей и смогут частично, а в конечном счете и полностью, вытеснить незаконные системы P2P.

⁹⁶ Karnell (сноска 94), pp. 396, 398 с дальнейшим уточнением.