МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ АВТОРСКОГО ПРАВА ГЕРМАНИИ (АПГ)

ЮМАШЕВ Юрий Михайлович, профессор кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук

101000, Россия, г. Москва, ул. Мясницкая, 20

E-mail: yumashev@hse.ru

ПОСТНИКОВА Елена Владимировна, доцент кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук

101000, Россия, г. Москва, ул. Мясницкая, 20

E-mail: epostnikova@hse.ru

Статья посвящена международно-правовым аспектам авторского права Германии (АПГ). С этой целью прежде всего анализируются международные конвенции по авторскому праву, в частности Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений в редакции Парижского акта 1971 г., Конвенция о создании Всемирной организации интеллектуальной собственности 1967 г., Конвенция об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г., Договор о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) 1994 г. Проводится анализ права Европейского Союза в сфере авторского права с точки зрения его соотношения с правом государств — членов ЕС и дается оценка его эволюции. Подчеркивается, что сам факт возникновения авторства определяется на основании национального законодательства государств-членов. Отдельное внимание уделяется рассмотрению сферы действия принципа исчерпанных прав. Затрагивается также аспект международного частного права. Рассматривается правовое регулирование Интернета, включая деятельность интернет-провайдеров, и его влияние на формирование АПГ. Поднимается проблема борьбы с интернет-пиратством, ведь часто нарушения авторского права имеют место в отношении произведений, публикуемых в Интернете онлайн. Авторами выявлено, какие были внесены изменения в АПГ для соответствия праву ЕС (включая акты вторичного права и практику Суда ЕС).

Результатом проведенного исследования является, в частности, вывод, что следует разрабатывать специальные правовые механизмы для регулирования новых форм реализации произведений, появившихся в результате технического прогресса, и в ближайшем будущем Интернет, несомненно, будет формировать пути дальнейшего развития АПГ. Однако этот процесс может отрицательно сказаться на ведущей роли автора как творческой личности.

Ключевые слова: авторское право Германии, смежные права, международные конвенции по авторскому праву, право Европейского Союза, международное частное право, Интернет.

INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF GERMAN COPYRIGHT LAW (GCL)

Yu. M. YUMASHEV, professor at the Department of public international and private international law of the National Research University "Higher School of Economics", doctor of legal sciences

20, Myasnitskaya st., Moscow, Russia, 101000

E-mail: yumashev@hse.ru

E. V. POSTNIKOVA, associate professor at the Department of public international and private international law of the National Research University "Higher School of Economics", candidate of legal sciences

20, Myasnitskaya st., Moscow, Russia, 101000

E-mail: epostnikova@hse.ru

The article deals with international law aspects of the GCL. To this aim firstly the international conventions on copyright law are analyzed, in particular: the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works in the wording of the Paris Act of 1971, the Convention on the Establishment of the World Intellectual Property Organization of 1967, the Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations of 1961 and Aspects of intellectual property rights (TRIPS) 1994. There is also an analysis of the EU copyright law in terms of its correlation with the law of the EU member-states and an assessment of its evolution. It is emphasized that the core fact of origin of authorship is determined on the basis of the national legislation of the Member-States. Special attention is paid to the scope of the "principle of exhausted rights". The article also touches upon the aspect of private international law. Particular attention is paid to the legal regulation of the Internet, including Internet providers, and its impact on the formation of the GCL. The problem of combating Internet piracy is also raised, as copyright infringement often occurs in relation to works published online. In addition, the article revealed what changes were made to the GCL to comply with EU law (including secondary law acts and the practice of the EU Court).

The result of the study is, among other things, the conclusion that special legal mechanisms should be developed to regulate new forms of selling works that have emerged as a result of technological progress and in the near future the Internet will undoubtedly

form ways for the further development of the GCL. However, this process can negatively affect the leading role of the author as a creative person.

Keywords: German copyright law, related rights, international copyright conventions, EU law, private international law, Internet.

DOI: 10.12737/article_598063fae98166.23072693

Источники. Как известно, сфера применения авторского права подчиняется территориальному принципу. Соответственно его защитой пользуются произведения немецких авторов и иностранцев, чьи произведения изданы в Германии. Действие немецкого авторского права распространяется на граждан других государств-членов и стран — участниц Европейского экономического пространства (ЕЭП).

Что касается третьих стран, произведения немецких авторов за границей и иностранных авторов в Германии охраняются на основе международных соглашений по авторскому праву, участником которых эта страна является. Важнейшей из них служит Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г.¹

Охранительные функции Бернской конвенции получили дальнейшее развитие во Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г. и Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г.

В 1967 г. в Стокгольме была подписана Конвенция о создании Всемирной организации интеллектуальной собственности (Конвенция ВОИС). Цель этой организации со штаб-квартирой в Женеве — стимулировать повсеместную охрану интеллектуальной собственности посредством сотрудничества с государствами и другими международными организациями и гарантировать управленческое сотрудничество между международными творческими союзами, созданных на основе Бернской конвенции.

В декабре 1996 г. на Женевской дипломатической конференции были приняты Договор ВОИС по авторскому праву и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам, оба вступили в силу в 2002 г. и действуют для ЕС с начала 2010 г.²

Наряду с многосторонними международными соглашениями определенную роль в развитии авторского права Германии играют и *двусторонние соглашения*³.

¹ Текст Конвенции см.: Международные конвенции об авторском праве: комментарии. М., 1982. С. 27 и далее.

² Договоры заключены в рамках Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС). Ратификационные грамоты были депонированы ЕС у генерального директора Организации 14 декабря 2009 г. и вступили в силу через три месяца после депонирования.

³ Например, Соглашение 1892 г. с США об охране авторских прав пережило две мировые войны и действует до сих пор. Подробнее см.: Urheber-und Verlagsrecht. Beck-texte in DTY. Muenchen, 2010. S. 474—475.

Что касается смежных прав, здесь следует отметить Конвенцию об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. (так называемая Римская конвенция). В Конвенции также закреплён принцип национального режима и гарантии определенных минимальных прав.

Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г. (Женева) призвана охранять производителей фонограмм от незаконного тиражирования и распространения без их разрешения. Однако эту конвенцию вряд ли можно назвать совершенной. Она не предоставляет бенефициарам исключительных прав, в ней отсутствует принцип предоставления национального режима, но признается принцип взаимности. Основные статьи носят рамочный характер, что влечет принятие внутренних актов для их осуществления, а критерием охраны бенефициаров Конвенции служит критерий гражданства производителей фонограмм, что чревато большими трудностями, особенно если речь идет о юридических лицах, наиболее распространенном виде производителей.

Целью Конвенции о нераспространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, 1974 г. (Брюссель) является обеспечение минимальной защиты телерадиопрограмм, передаваемых через спутники связи. Она обязывает страны-участницы принимать соответствующие меры по предотвращению на своей или со своей территории любого несущего программы сигнала любым распространяющим органом, для которого сигнал, переданный на спутник или проходящий через него, не предназначенся. Конвенция не применяется к распространению сигналов, принимаемых со спутников непосредственно вещания. В Германии органы-источники (сигнала), распространяющие сигналы через спутник во исполнение Конвенции, наделяются соответствующим смежным правом, которое дает им исключительное право ретрансляции сигнала со спутника.

Европейское соглашение об охране телепрограмм обязывает государства-участники защищать телекомпаний от ретрансляции их передач и их записи на материальных носителях. В отличие от Римской конвенции Европейское соглашение гарантирует телевещательным компаниям охрану их прав от ретрансляции их программ кабельными сетями и от тиражирования отдельных видеокадров этих программ.

С созданием ВТО в 1994 г. в ее рамках было заключено Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). Договор призван обеспечивать охрану авторских и смежных прав

от «пиратства» посредством норм о реализации этих прав против нарушителя и введения процедур, направленных на устранение споров между странами-участницами, предоставление режима наибольшего благоприятствования и национального режима и гарантий минимальных прав бенефициаров.

Авторское право Германии и право Европейского Союза (ЕС). Прежде всего следует отметить, что вплоть до конца 1990-х гг. ЕС был озабочен созданием единого внутреннего рынка. В его политике преобладали экономические мотивы, а проблемы интеллектуальной собственности вообще, и авторского права в частности, как имевшие территориальную ограниченность, рассматривались в качестве препятствия на пути реализации задачи свободного движения товаров, капиталов и предоставления услуг в ЕС.

Определенный поворот в сторону авторского права континентально-европейского типа произошел в 1990-е гг. — в начале XXI в., когда проблеме авторства на уровне ЕС стало уделяться больше внимания. В частности, в принятых в тот период директивах о компьютерных программах и базах данных подчеркивается сам факт авторства, и решение этого вопроса остается в компетенции национального законодательства государств-членов.

Определенные ограничения в пользу автора действуют и в отношении принципа исчерпанных прав. Во-первых, практика Суда ЕС пошла по пути разграничения специфического предмета (сути) авторского права и прав использования произведения⁴. Этому принципу подлежит только первое использование произведения с разрешения автора или обладателя соответствующей лицензии, но не его размножение (тиражирование). Во-вторых, этот принцип не действует в отношении права на (публичное) воспроизведение произведения в телерадиоэфире или в режиме онлайн. Для этого требуется разрешение автора. И наконец, в-третьих, принцип исчерпанных прав действует только на территории государств — членов ЕС и стран, входящих в ЕЭП.

В целом же исследователи авторского права в ЕС отмечают, что гармонизация в этой области с помощью вторичного права Европейского Союза носит не систематический, а точечный характер, что, с их точки зрения, чревато разобщенностью, противоречивостью принимаемых актов и отрицательными последствиями для государств-членов, придерживающихся «монистических взглядов» на авторское право.

Авторское право Германии и международное частное право. В Германии, как и в большинстве других государств — членов ЕС, вопросы коллизионного права в отношении авторского права законодательно не урегулированы. Однако на практике привязки

к законодательству той или иной страны осуществляются на основании двух критериев — критерия закона страны происхождения (*lex loci originis*) и закона страны, в которой испрашивается охрана (*lex loci protectionis*). Возможно и комбинированное применение обоих критериев. Например, во Франции вопрос о первом обладателе авторских прав решается по закону страны происхождения, а о содержании произведения — на основе критерия *lex loci protectionis*.

В Германии же придерживаются критерия *lex loci protectionis* как в вопросах возникновения авторского права, так и его содержания, передачи и прекращения.

Международные конвенции по авторскому праву не содержат коллизионных норм. В интересующем нас аспекте в них рассматриваются прежде всего вопросы регулирования, касающиеся иностранного материального права и гарантий минимальных прав авторам для случаев фактических составов с иностранным элементом.

Не существует также европейских коллизионных норм на уровне ЕС. В Регламенте ЕС № 814/2007 о внедоговорных обязательствах (Рим II) вопросам нарушения прав интеллектуальной собственности (соответственно и авторских прав) посвящена ст. 8. Устранять нарушения, согласно Регламенту, следует на основании критерия *lex loci protectionis*, как это имеет место на национальном уровне⁵.

Специальное регулирование деятельности интернет-провайдеров. Часто нарушения авторского права имеют место в отношении произведений, публикуемых в Интернете онлайн, особенно если контент-провайдер не имеет права выкладывать материал на сайте (для скачивания) или же пользователь не обладает правом на распространение. Ответственность этих нарушителей не вызывает сомнения. Однако их соучастниками являются также ресурс-провайдер (*host provider*), допустивший размещение материалов на сайте, и провайдер-доступа (провайдер-посредник) (*access provider*). Чтобы оградить лиц, предоставляющих информацию обществу и деловым кругам, от многочисленных рисков ответственности, связанной с их важной деятельностью, немецкий законодатель в Законе о средствах массовой информа-

⁴ Подробнее по данному вопросу см.: Юмашев Ю. М. Свобода движения товаров в ЕС (нетарифные ограничения) // Право. 2010. № 1. С. 89 и след.

⁵ Регламент № 593/2008 (Рим I) о праве, применимом к договорным обязательственным отношениям, предусматривает применение принципа автономии воли (ст. 3), согласно которому стороны в отсутствие международного договора сами по взаимной договоренности выбирают право соответствующей страны, применимое к заключенному ими контракту о правах использования произведения. А в отсутствие прямо выраженного (и закрепленного в контракте) или молчаливого выбора права действует так называемая объективная привязка к праву государства, с которым контракт «наиболее тесно связан», например, местонахождением издательства или потому, что оно обеспечивает «наиболее характерное (свое)» данному контракту исполнение».

ции 2007 г. (ЗоСМИ) (Telemediengesetz) и европейский законодатель в Директиве об электронной торговле № 2000/31 предусмотрели ограничение ответственности посредников, способствующих распространению информации, включая и ограничение ответственности провайдеров в смысле авторского права.

Так, согласно параграфу 7 (1) ЗоСМИ Германии контент-провайдер за размещение своих собственных текстов несет ответственность в соответствии с общим законодательством (гражданским, уголовным и т. д.). Ресурс-провайдер (host provider), согласно параграфу 10 этого Закона, не несет ответственности за чужую информацию, помещенную на его сайте для какого-либо пользователя:

если он не знал о противоправности своих действий или информации и если, в случае предъявления исков о возмещении ущерба, ему были неизвестны факты или обстоятельства, ставшие причиной противоправных действий или информации;

если он немедленно уберет эту информацию или приостановит доступ к ней, как только узнает о ее противоправности.

В настоящее время в международном плане получает все большее развитие тенденция максимально ограничить действие требований об осведомленности провайдера⁶.

Любопытно, что Директива ЕС № 2000/31⁷ об электронной торговле (ст. 12—15) предусматривает более благоприятное регулирование для технических, а не интеллектуальных аспектов процесса распространения (данных). При этом владелец веб-сайта полностью отвечает за его содержание, даже если он от него дистанцируется или характеризует его как не относящийся к его сайту.

В наши дни информационные продукты всех видов все чаще предлагаются не столько в материальной форме, сколько через Интернет, в частности е-книги, видео- и музыкальные произведения по требованию (on demand), использование баз данных и т. д. Если лица, предлагающие подобные интернет-услуги, обладают правами пользования (параграфы 16, 19(a), 35 Закона об авторском праве (ЗоАП), то проблемы этих услуг скорее технического свойства, а не авторского права.

При осуществлении контроля за доступом к электронной информации, при расчетах или электронном лицензировании обычно прибегают к использованию технических защитных мер. Волеизъявление сторон может, если это не сопряжено с выполнением специальных формальных требований, закрепляться на основании так называемых “Click-wrap” или “Click-on” лицензий, служащих электронным аналогом контрактов по защите прав пользования, вытекающих из пе-

редачи компьютерных программ по матобеспечению (software). Пользователь при этом лишен права отказа при пересылке онлайн.

Правонарушения, связанные с использованием электронной информации, подлежат санкциям согласно параграфу 823(II) ГГУ.

Особая проблема — «Интернет-пиратство».

С появлением Интернета стал стремительно развиваться неконтролируемый рынок сбыта противоправно записанных копий аудио- и видеопродукции, что создало серьезную угрозу не только прибылям индустрии развлечений как таковой (и других отраслей), но и доходам обладателей авторских прав непосредственно. В Германии пытаются бороться с этим явлением путем возбуждения судебных исков против пиратских фирм и отдельных пользователей, но с переменным успехом. Одним из методов борьбы с пиратством стало лицензионное соглашение между правообладателями и провайдерами-доступа (access provider). На практике это сводится к установлению твердых ставок на некоммерческое использование отцифрованных произведений. Другими словами, речь идет о фактической отмене исключительного права автора во многих областях культуры, что противоречит положениям Договора ТРИПС, Всемирной конвенции об авторском праве, праву ЕС и ст. 14 Конституции Германии. Не решается проблема «Интернет-пиратства» и путем обращения к ресурс-провайдерам, поскольку в условиях большого спроса всегда найдутся новые оференты и обменные интернет-биржи, которые могут обойтись без собственного сервера, готовые этот спрос удовлетворить.

И таким образом, до тех пор, пока не будут разработаны и согласованы эффективные санкции в данной сфере, Интернет всегда будет служить источником повышенной опасности для обладателей авторских прав.

Влияние права ЕС и Интернета на авторское право Германии. Ни одна другая область немецкого права не подверглась столь сильному влиянию с точки зрения содержания, как область неимущественных субъективных прав. И прежде всего это касается авторского права и права товарных знаков. Все основные изменения Закона об авторском праве 1965 г. подлежали директивам ЕС и решениям Суда ЕС.

Во-первых, в параграф 69 (a-g) ЗоАП введены специальные положения о защите компьютерных программ. Это привело к понижению уровня защиты «произведений личного интеллектуального творчества» (параграф 2(2)ЗоАП). Их уровень уже не является выше среднего, как это имело место ранее. Ныне достаточно критерия оригинальности, чтобы пользоваться защитой авторского права.

Более того, согласно своей довольно спорной практике Верховный суд Германии признал недопустимыми договоры обеспечительной передачи кредиторам вещного имущества (hardware) компьютерных про-

⁶ Подробнее об этом см.: Schack H. Urheber-und Urhebervertragsrecht. Tuebingen, 2010. S. 369, ff.

⁷ О. J. 2000. L178/1.

грамм, поскольку в подобных случаях речь идет не о вещном праве пользования, а о правах пользования, вытекающих из авторского права.

Нереальным и слишком продолжительным представляется в свете нового регулирования удлинение до 70 лет после смерти автора компьютерной программы сроков действия защиты его авторского права (параграф 69 (а) в сочетании с параграфом 64 ЗоАП).

Во-вторых, новые изменения, согласно Директиве ЕС № 92/100 о прокате в сфере интеллектуальной собственности⁸, внесены и в регулирование исключительных (монопольных) прокатных прав, которые ранее подпадали под действие прав распространения. Определение в Директиве понятия проката как передачи во временное пользование было перенесено в немецкий ЗоАП (параграф 17(3)) в формулировке «передача в пользование с целью извлечения прибыли». Под это определение подпадают все формы платного проката материальных предметов (книги, аудио- и видеоносители, диски CD-ROM и т. д.). Исключение составляет лишь прокат работ изобразительного искусства, архитектурные сооружения, произведения, создаваемые в рамках трудовых и служебных отношений (параграф 17(3) ЗоАП).

Спорным остается вопрос, подпадает ли под действие параграфа 17 ЗоАП вид цифрового проката (on demand services). Широкая формулировка Закона позволяет склониться к положительному ответу на этот вопрос. Однако находятся ли в равном положении те, кто приобретает отцифрованные произведения на материальных носителях (CD-ROM, Diskette) за наличные, и те, кто скачивает их из защищенной базы данных? Здесь следует отметить, что европейская доктрина исчерпанных прав не распространяется на Директиву ЕС № 96/9 о базах данных⁹ (преамбула п. 33).

Директива о прокате потребовала от Германии ввести исключительное право на распространение для исполнителей и радио-, и телекорпораций (параграфы 75(2), 87 ЗоАП). Для ретрансляционных кабельных предприятий такого права не предусмотрено. Согласно Директиве № 93/98¹⁰ и изменяющей ее Директиве № 2001/29¹¹ о гармонизации сроков действия защиты авторских и смежных прав для звукозаписывающих компаний, производителей фильмов и теле-, радиотранслирующих предприятий эти сроки составляют 50 лет (параграфы 85, 87, 94 ЗоАП).

Прокат в отношении государственных библиотек и музеев не преследует целей извлечения прибыли. Кроме того, библиотеки взяли на себя обязательство защищать права авторов при прокате компьютерных программ.

Автор наделен неоспоримым правом требования выплаты ему гонорара за прокат его произведения (ст. 4 (2) Директивы о прокате). В Германии право требования по выплате гонораров может быть передано обществам по реализации авторских прав (параграф 27 (3) ЗоАП). А потому кредиторами являются лица, отдающие произведение в прокат.

В-третьих, отчуждение (продажа) защищенного авторским правом произведения исчерпывает право автора на распространение этого произведения на территории ЕС и ЕЭП (параграф 17(2) ЗоАП).

Наконец, практика Суда ЕС, основанная на его решении по делу C-326/92 Phil Collins, нашла отражение в параграфе 120 ЗоАП. Согласно этой статье Германия должна предоставлять равный режим защиты авторских прав как отечественным авторам, так и авторам из других государств — членам ЕС и стран ЕЭП на территории единого внутреннего рынка, что выходит за рамки ее обязательств по пересмотренной Бернской конвенции по защите произведений литературы и искусства, предусматривающей различный режим защиты для отечественных и иностранных авторов.

Заключение.

1. За свою долголетнюю историю авторское право претерпело значительные общественные и технические изменения. Оно прошло долгий путь от обслуживания придворной знати и аристократии до массовой культуры, когда художник (в широком смысле) служит большей части населения. При этом оно смогло противостоять технологическому вызову последних десятилетий и не утеряло своего личностного и творческого характера.

2. В основе авторского права лежат субъективные права автора на результаты его личного творчества. И потому представляется оправданным и целесообразным разрабатывать специальные законодательные механизмы для регулирования новых форм реализации произведений, появившихся в результате технического прогресса и являющихся экономически значимыми, но обезличивающими авторское право.

Интернационализация общественной жизни, и не в последнюю очередь благодаря Интернету, не должна привести к умалению авторского права. Изобретения конца XIX — первой половины XX в., такие как грампластинки, радио, кино, телевидение, аудио- и видео-записывающая техника и т. д., лишь способствовали его дальнейшему развитию.

3. Интернет, лежащий в основе информационного общества, и цифровые носители могут стать инструментом всемирного и экономически выгодного распространения и использования всех видов интеллектуального творчества. Их развитие уже привело к удешевлению и большей доступности значительно числа произведений, появлению новых форм сбыта и реализации произведений литературы, науки и искусства в интересах авторов и потребителей. Направление дальнейшего развития авторского права

⁸ О. J. 1992. L. 346; 2001. L. 167.

⁹ О. J. 2001. L. 167.

¹⁰ О. J. 1993. L. 290.

¹¹ О. J. 2001. L. 167.

Германии в ближайшем будущем во многом будет, по-видимому, зависеть от Интернета.

Но, к сожалению, этот процесс чреват опасностью нивелировки неотчуждаемого личностного характера авторских прав.

4. В связи с этим предпринимаются попытки создания унифицированного механизма регулирования авторского права как элемента интеллектуаль-

ной собственности в международно-правовой сфере. В условиях формирования информационного общества намечается также тенденция к развитию международного авторского права с единым механизмом применения закона страны первой публикации произведения (так называемый принцип универсальности) и сохранения творческой личности в центре авторского права.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Schack H. Urheber-und Urhebervertragsrecht. Tuebingen, 2010.

Urheber-und Verlagsrecht. Beck-texte in DTY. Muenchen, 2010.

Международные конвенции об авторском праве: комментарии. М., 1982.

Юмашев Ю. М. Свобода движения товаров в ЕС (нетарифные ограничения) // Право. 2010. № 1.