

На правах рукописи

ШАПОВАЛОВА НАТАЛИЯ ЮРЬЕВНА

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ
ПРИ ОКАЗАНИИ ДОПОЛНИТЕЛЬНЫХ УСЛУГ СОТОВОЙ СВЯЗИ:
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ
КАЗАХСТАН

Специальность 12.00.03. – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

АВТОРЕФЕРАТ
диссертации на соискание ученой степени кандидата
юридических наук

Москва
2013

Диссертация выполнена на кафедре «Авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин» юридического факультета ФГБОУ ВПО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности».

Научный руководитель

Доктор юридических наук,
профессор

Близнец Иван Анатольевич

Официальные оппоненты

Доктор юридических наук,
профессор, советник Президента
Российской Федерации и
председатель Совета при Президенте
Российской Федерации по развитию
гражданского общества и правам
человека

Федотов Михаил Александрович

Кандидат юридических наук,
Генеральный директор
Некоммерческого партнерства
Российское авторское общество по
коллективному управлению правами
авторов, издателей и иных
правообладателей при
репродуцировании, копировании и
ином воспроизведении произведений
«КОПИРУС»

Терлецкий Василий Витальевич

Ведущая организация

РГП «Казахский национальный
университет имени аль-Фараби»

Защита состоится 14 ноября 2013 г. в 14:00 на заседании Диссертационного совета Д 401.001.02 при ФГБОУ ВПО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности» по адресу: 117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55 А.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке ФГБОУ ВПО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности».

Автореферат разослан: 12 октября 2013 г.

Ученый секретарь

Диссертационного совета Д 401.001.02

Толстая Елена Владимировна



I. Общая характеристика работы

Актуальность работы. Вопросам охраны и защиты интеллектуальной собственности, в том числе объектов авторского права и смежных прав, придается очень большое значение. В связи с бурным развитием технологий, результатом чего является, в частности, информатизация общества, все более и более актуальными становятся вопросы охраны и защиты прав интеллектуальной собственности в информационно-коммуникационных сетях¹.

В последние годы большое внимание уделялось вопросам правового регулирования использования объектов авторского права и смежных прав в такой информационно-коммуникационной сети, как Интернет.

Настоящая же работа посвящена вопросам правового регулирования использования объектов авторского права и смежных прав в сети сотовой связи, а именно использованию названных объектов при оказании дополнительных услуг сотовой связи², сравнительному анализу правового регулирования указанных правоотношений в ряде юрисдикций, а также вопросам совершенствования законодательства Республики Казахстан (далее – «РК») в данной области.

Совершенствование законодательства в области интеллектуальной собственности в призме использования объектов авторского права и смежных прав при оказании дополнительных услуг сотовой связи, по мнению автора, будет способствовать уменьшению нарушений прав интеллектуальной собственности в процессе создания и использования цифрового контента, адаптированного или изготовленного с учетом технических возможностей мобильных устройств, созданного в результате переработки объектов авторского права и смежных прав (т.н. мобильный контент).

Нужно отметить, что авторское законодательство, а также законодательство о смежных правах РК развивается в русле решения правовых проблем, связанных

¹ Информационно-коммуникационная сеть определена в Законе Республики Казахстан «Об авторском праве и смежных правах» от 10 июня 1996 г. № 6-І как «совокупность технических и аппаратно-программных средств обеспечения взаимодействия между информационными системами или между их составляющими, а также передачи информационных ресурсов».

² Многообразие услуг, оказываемых посредством операторов сотовой связи, помимо передачи голоса.

с информатизацией общества. Например, в январе 2012 г. были приняты поправки в законодательство об интеллектуальной собственности, направленные, прежде всего, на восполнение пробелов, связанных с нарушением прав на объекты авторского права и смежных прав в сети Интернет. В законодательство введены новые понятия, связанные с информатизацией общества, внесены изменения в определение некоторых прав авторов и правообладателей смежных прав (право на воспроизведение, право на распространение), составляющих исключительное право на объект интеллектуальной собственности. Тем не менее, ныне действующее законодательство РК все еще не решает всех проблем, связанных с вопросами использования объектов авторского права и смежных прав в различных информационно-коммуникационных сетях, как в сети Интернет, так и в сети сотовой связи.

Применительно к сотовой связи, законодательство РК не обеспечивает должного регулирования правоотношений, связанных с созданием мобильного контента, а также использованием такого контента в среде сотовой связи.

Можно отметить следующие основные недостатки правового регулирования в РК в сфере интеллектуальной собственности в призме темы настоящего исследования:

- 1) понятие «мобильный контент» отсутствует в законодательстве;
- 2) законодательство не позволяет использовать исключительно организации по управлению имущественными правами авторов и правообладателей смежных прав на коллективной основе для получения разрешения на использование объектов авторского права и смежных прав для создания и передачи мобильного контента абоненту;
- 3) прямая ответственность операторов сотовой связи за нарушение прав интеллектуальной собственности при передаче мобильного контента, созданного и используемого с нарушением прав интеллектуальной собственности, в условиях отсутствия вины оператора сотовой связи, знания о нарушении прав и возможности контролировать содержание передаваемого мобильного контента.

Все это способствует, по мнению автора, тому, что цифровой контент для мобильных устройств создается и используется с нарушением прав интеллектуальной собственности авторов и правообладателей смежных прав.

Ряд проблем, исследуемых в диссертационной работе, не нашел решения также и в законодательстве Российской Федерации (далее – «РФ»), гражданской правовой науке и правоприменительной практике РФ, в связи с чем тема диссертационного исследования является весьма актуальной также для российского гражданского законодательства, гражданской правовой науки. Выводы настоящего диссертационного исследования по совершенствованию законодательства РК в сфере авторского права и смежных прав характерны и для РФ, поскольку правовые системы государств объединяют общие корни, общие направления развития, правовые системы РК и РФ оказывают взаимное влияние друг на друга.

Актуальность данной теме придает также необходимость разработки аналитического материала по правовому регулированию использования объектов авторского права и смежных прав в информационно-коммуникационной среде сотовой связи для дальнейшего совершенствования законодательных положений, как РК, так и РФ, регулирующих вопросы охраны и защиты интеллектуальной собственности в условиях возрастающей информатизации общества.

В этой связи, настоящее исследование, посвященное использованию объектов авторского права и смежных прав при оказании дополнительных услуг сотовой связи, является весьма актуальным.

Степень научной разработанности проблемы. Отметим, что в современной юридической литературе, как на русском языке, так и на английском языке, не предпринималось попыток исследования проблем гражданско-правового регулирования использования объектов интеллектуальной собственности при оказании услуг сотовой связи, точнее, дополнительных услуг сотовой связи.

В научной литературе РК и РФ затрагиваются вопросы, связанные с проблемами использования объектов авторского права и смежных прав в среде

Интернет, но не в сети сотовой связи, за исключением редких публикаций в научной периодике в РФ.

Среди комплексных исследований, посвященных в целом вопросам использования интеллектуальной собственности в информационно-коммуникационной сети, следует отметить научный труд «Intellectual Property Law in Cyberspace» американского автора G. Peter Albert (Jr.)¹. Данная научная работа была использована при исследовании вопросов ответственности операторов сотовой связи при передаче мобильного контента с нарушением прав интеллектуальной собственности. Использовалось в настоящей работе также исследование «Interactive Content and Convergence: Implications for the Information Society»², которое подготовлено Европейской комиссией Европейского союза и посвящено использованию объектов интеллектуальной собственности в Интернет-среде.

Если говорить о европейском опыте регулирования вопросов интеллектуальной собственности в информационно-коммуникационной среде, то при подготовке настоящей работы использовался также научный труд Pablo Asbo Baistrocchi «Liability of intermediary service providers in the EU Directive on Electronic Commerce»³.

Из российской юридической литературы по вопросам цифровой среды, прежде всего Интернет-среды, и интеллектуальной собственности были изучены научные работы, подготовленные на базе Института проблем правоприменения Европейского университета в Санкт-Петербурге⁴.

¹ Albert P. (Jr.). Intellectual Property Law in Cyberspace / G.Peter Albert, Jr. – Washington D.C.: Laff, Whitesel & Saret, Ltd, 1999. – P. 914.

² Interactive Content and Convergence: Implications for the Information Society / ed. by B. Keen, V. Letang. – Screen Digest Limited. – London., 2006. – P. 88; Interactive Content and Convergence: Implications for the Information Society // <http://www.icde.org/>: сайт Международного совета по открытому и дистанционному обучению. 2007. Систем. требования: Adobe Acrobat Reader. URL: <http://www.icde.org/filestore/News/2004-2010/2007/Interactivecontentec2006annexes.pdf> (дата обращения: 08.06.2013).

³ Baistrocchi P. Liability of intermediary service providers in the EU Directive on Electronic Commerce / P. Baistrocchi // Santa Clara Computer and High Technology Law Journal. – 2003. – Vol. 19, Issue 1. – P. 111-130 ; Liability of intermediary service providers in the EU Directive on Electronic Commerce // Santa Clara Compute and High Technology Law Journal. 2003. URL: <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol19/iss1/3> (дата пересмотра: 08.06.2013).

⁴ В частности, следующая работа: Дмитриева А. Авторское право в Интернете: конфликты, распределение ответственности и варианты регулирования / А. Дмитриева, Д. Савельев, Н. Цветкова, А. Черныш. – СПб.: Институт проблем правоприменения Европейского университета в Санкт-Петербурге, 2011.

Целью научной работы является сравнительный анализ правового регулирования правоотношений по созданию и использованию мобильного контента, созданного на базе объектов интеллектуальной собственности, ряда юрисдикций и подготовка предложений по внесению изменений в законодательство РК, направленных на совершенствование нормативного материала, регулирующего указанные правоотношения, в частности:

- 1) уточнение и систематизация понятийного аппарата;
- 2) выявление тенденций развития законодательства в сфере авторского права и смежных прав, направленного на решение вопросов информатизации общества, в РФ, а также в зарубежных странах;
- 3) выявление пробелов в законодательстве РК;
- 4) формулирование конкретных предложений по совершенствованию законодательства РК на базе опыта РФ, а также иностранных государств.

Для достижения указанных целей автором диссертации решались следующие **задачи**:

- 1) классифицировать дополнительные услуги сотовой связи, выявить круг дополнительных услуг сотовой связи, при создании которых используются объекты интеллектуальной собственности;
- 2) уточнить и раскрыть, с точки зрения интеллектуальной собственности, такие понятия как «мобильный контент», а также «контент-провайдер»;
- 3) выявить, какие объекты интеллектуальной собственности используются при создании мобильного контента;
- 4) определить круг субъектов рынка мобильного контента с использованием объектов интеллектуальной собственности;
- 5) определить, какие способы использования объектов авторского права и смежных прав имеют место при создании и передаче мобильного контента абоненту по сети сотовой связи;
- 6) проанализировать содержание способов использования объектов авторского права и смежных прав, предусмотренных законодательством РК, РФ, а также иных юрисдикций, с целью выяснения подлежат ли расширению перечни

способов использования объектов авторского права и смежных прав в связи с доставкой мобильного контента по сети сотовой связи абоненту, а также подлежит ли уточнению содержание отдельных способов использования;

7) исследовать законодательство РФ, а также Соединенных Штатов Америки и Европейского союза в сфере регулирования использования объектов авторского права и смежных прав с целью почерпнуть опыт указанных стран в регулировании правоотношений по использованию объектов авторского права и смежных прав в информационно-коммуникационной среде;

8) исследовать труды российских ученых, а также иностранных ученых, посвященных проблематике научной работы;

9) определить уровень адресации в законодательстве РК и РФ вопросов, связанных с защитой прав на объекты интеллектуальной собственности в информационно-коммуникационной среде;

10) сформулировать рекомендации и выработать конкретные предложения по совершенствованию законодательства РК, связанного с вопросами интеллектуальной собственности при создании и использовании мобильного контента;

11) определить, какие рекомендации по совершенствованию законодательства РК, сделанные в настоящем диссертационном исследовании, могут быть восприняты законодательством РФ.

Объектом диссертационного исследования являются гражданские правоотношения в сфере оказания дополнительных услуг сотовой связи.

Предметом диссертационного исследования являются правоотношения в сфере создания и использования мобильного контента, созданного на базе объектов интеллектуальной собственности.

Методологической основой исследования является философский и диалектический методы исследования. Широко использовались также следующие общенаучные методы исследования: анализ и аналогия. Использовались также следующие частные научные методы исследования: системно-функциональный, технико-юридический, лингвистический. Поставленные цели и задачи

исследования обусловили обращение к методу сравнительного правоведения, а также к формально-юридическому методу.

Теоретическую основу настоящей научной работы составили труды следующих ученых: Гаврилов Э. П., Зенин И. А., Сергеев А. П., Близнец И. А., Калятин В. О., Перевозникова Н. Н., Невенчаный А. А., Салимжанова Д. А., Гришаев С. П. и других.

В работе были использованы труды иностранных авторов G. Peter Albert (Jr.), Pablo Asbo Vaistroschi и других.

Эмпирическую основу исследования составили следующие нормативно-правовые акты:

1) международные: Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (последние изменения приняты в 1971 г.), Всемирная конвенция об авторском праве от 6 сентября 1952 г. (пересмотренная в Париже 24 июля 1971 г.), Договор ВОИС по авторскому праву в отношении охраны отдельных видов прав на некоторые виды произведений от 20 декабря 1996 г., Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам от 20 декабря 1996 г., Международная конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 г.;

2) национальные (РК): Гражданский кодекс Республики Казахстан, состоящий из Общей части от 27 декабря 1994 г. и Особенной части от 1 июля 1999 г. № 409-І, Закон Республики Казахстан «Об авторском праве и смежных правах» от 10 июня 1996 г. № 6-І (далее – **«Закон об авторском праве РК»**);

3) акты Европейского союза, Соединенных Штатов Америки и РФ: Директива ЕС «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе» от 22 мая 2001 г. № 2001/29/ЕС, Директива ЕС «О защите прав интеллектуальной собственности» от 29 апреля 2004 г. № 2004/48/ЕС, Директива ЕС «По определенным правовым аспектам сферы информационных услуг, в частности, электронной коммерции на рынке Интернет» («Директива по электронной коммерции») от 8 июня 2000 г. №

2000/31/EC; Закон об авторском праве в век цифровых технологий (US Digital Millennium Copyright Act) 1998 г.; Гражданский кодекс Российской Федерации (IV часть) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ, а также иные нормативные акты РФ;

4) судебная практика Соединенных Штатов Америки, некоторых стран Европейского союза;

5) юридическая практика автора диссертации (семь лет работы в качестве юриста в международных юридических фирмах: ТОО «МакГуайерВудс Казахстан», ТОО «Саланс», ТОО «Дентонс Казахстан»).

Научная новизна диссертационного исследования. Настоящая работа является первым комплексным диссертационным исследованием по проблемам, связанным с регулированием правоотношений по использованию объектов авторского права и смежных прав, при создании и дальнейшей передаче мобильного контента абоненту сотовой связи.

Новизна исследования состоит в поставленной цели и задачах исследования и в предложенных путях их решения.

Положения, выносимые на защиту. Автор настоящей работы выносит на защиту перечисленные ниже положения по совершенствованию гражданско-правового регулирования правоотношений по использованию объектов авторского права и смежных прав в РК, а также классификацию дополнительных услуг сотовой связи с целью выявления круга услуг, оказываемых с использованием объектов интеллектуальной собственности, которая может быть использована в гражданско-правовой науке.

Правоприменительная практика РК сейчас сталкивается с проблемами применения законодательства, регулирующего использование объектов авторского права и смежных прав, разработанного в «доцифровую» эпоху, к правоотношениям по использованию объектов интеллектуальной собственности в цифровой среде. С учетом опыта регулирования правоотношений по использованию объектов авторского права и смежных прав в информационно-коммуникационной среде в странах Европейского союза и Соединенных Штатах Америки, а также с учетом предложений по совершенствованию законодательства

РФ¹ в области интеллектуальной собственности, предлагаем внести следующие изменения в законодательство РК.

1. Расширение перечней объектов и субъектов смежных прав. Автор настоящей работы исследовал вопрос, можно ли считать мобильный контент объектом интеллектуальной собственности. В результате анализа процесса создания мобильного контента различного вида был сделан вывод, что всё многообразие рассматриваемого в настоящей научной работе мобильного контента можно разделить на две группы:

1) созданный с использованием объектов интеллектуальной собственности, но не являющийся объектом интеллектуальной собственности;

2) созданный без использования или с использованием объектов интеллектуальной собственности и являющийся объектом интеллектуальной собственности.

Переработка объектов авторского права и смежных прав в мобильный контент при отсутствии творческого элемента, что применимо к большей части мобильного контента, не позволяет считать мобильный контент объектом интеллектуальной собственности, точнее, объектом авторского права. В исключительных случаях, когда мобильный контент является результатом творческой деятельности, он может охраняться в качестве объекта авторского права.

В настоящий момент охрана в форме объекта смежных прав, несмотря на схожесть, например, таких объектов, как фонограмма и мобильный контент, не может быть использована, т.к. перечень объектов и субъектов смежных прав в Законе об авторском праве РК является исчерпывающим и ограничивается постановками (исполнениями), фонограммами и передачами организаций эфирного и кабельного вещания. Расширение же объектов, охраняемых в качестве объектов смежных прав, требует внесения изменений в Закон об авторском праве РК.

¹ В процессе подготовки диссертационного исследования изучался Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 47538-6.

Объекты авторского права – это объекты, созданные творческим трудом гражданина. Тогда как объектами смежных прав могут быть объекты, исключительное право на которые признается в силу значительности организационных и материальных затрат, которые были произведены для создания того или иного объекта смежных прав. В случае с «нетворческими» объектами интеллектуальной собственности исключительным правом охраняется продукт инвестиций. Можно говорить, что такие объекты приравниваются к объектам интеллектуальной собственности. К таким «нетворческим» объектам смежных прав относятся фонограммы. В РФ в качестве объекта смежных прав, как «нетворческого» объекта, охраняются также базы данных. В РК базы данных охраняются исключительно как объекты авторского права.

По своей природе мобильный контент может охраняться в качестве объекта смежных прав, поскольку права контент-провайдеров являются смежными с правами авторов. Мобильный контент отвечает критериям предоставления правовой охраны для объектов смежных прав, в процессе создания которых творческий элемент отсутствовал, но вложены значительные организационные и материальные затраты.

Автор диссертационного исследования предлагает расширить перечень объектов смежных прав, включив в него мобильный контент.

В случае расширения перечня объектов смежных прав потребуется расширение и перечня субъектов смежных прав. За контент-провайдерами, в случае отсутствия элемента творчества в процессе создания того или иного мобильного контента, как и за производителями фонограмм, полагаем, должно быть признано исключительное право, конечно, без наделения контент-провайдеров неимущественными правами, как в случае с правообладателями фонограмм.

Признание мобильного контента объектом интеллектуальной собственности и определение объема прав правообладателя мобильного контента позволит поддержать интерес контент-провайдеров к созданию мобильного контента без нарушения прав авторов и правообладателей смежных прав.

Учитывая предложения по расширению перечня объектов и, соответственно, перечня субъектов смежных прав, предлагаем ввести в законодательство об авторском праве и смежных правах РК понятия «контент-провайдер» и «мобильный контент» и дать им определения.

С учетом того, что мобильный контент можно разделить на две группы: мобильный контент, который может быть признан объектом авторского права, и мобильный контент, который в силу исключительно технического характера процесса его создания не может быть признан таким, предлагаем определить мобильный контент следующим образом. *Мобильный контент* – есть цифровой контент, адаптированный или изготовленный с учетом технических возможностей мобильных устройств, созданный в результате переработки объектов авторского права и (или) смежных прав, за исключением мобильного контента, охраняемого в качестве объекта авторского права.

Такое определение мобильного контента позволит охранять определенные виды мобильного контента в качестве объектов авторского права, правообладатели которых будут наделены более широкими правомочиями, чем правообладатели мобильного контента, охраняемого в качестве объекта смежных прав (в частности, правообладатели объектов авторского права наделяются неимущественными правами).

Настоящим также предлагаем ввести в законодательство следующее определение контент-провайдера. *Контент-провайдер* – это физическое или юридическое лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность по производству мобильного контента.

Данное предложение по расширению перечней объектов и субъектов смежных прав путем включения в перечень объектов смежных прав мобильного контента, а в перечень субъектов смежных прав – контент-провайдера может быть воспринято и законодательством РФ.

2. Компетенция организаций по коллективному управлению имущественными правами. Законодательство РК в настоящий момент не дает возможности переложить процесс выдачи разрешения контент-провайдерам на

использование объектов интеллектуальной собственности исключительно на организации по управлению имущественными правами авторов и правообладателей смежных прав на коллективной основе. Это связано с тем, что законодатель ограничивает виды имущественных прав, которые подлежат управлению на коллективной основе. В результате, процесс получения контент-провайдером необходимых разрешений от правообладателей объектов интеллектуальной собственности значительно усложняется, что приводит к увеличению материальных и временных затрат на создание мобильного контента. Таким образом, законодательство РК, очевидно, требует внесения изменений, которые бы имели целью максимально упростить процесс получения контент-провайдерами разрешений на использование объектов авторского права и смежных прав с целью создания и использования мобильного контента.

Следующие изменения, по мнению автора, будут способствовать созданию мобильного контента без нарушения прав интеллектуальной собственности:

1) исключить ограничение имущественных прав правообладателей объектов авторского права и смежных прав, коллективное управление которыми могут осуществлять организации по управлению имущественными правами авторов и правообладателей смежных прав на коллективной основе;

2) исключить ограничение имущественных прав правообладателей объектов авторского права и смежных прав, которыми могут управлять аккредитованные организации по коллективному управлению имущественными правами, в отсутствие договоров с такими правообладателями;

3) предоставить организациям по коллективному управлению имущественными правами авторов и правообладателей смежных прав право вести коммерческую деятельность, которая связана с представлением интересов правообладателей объектов авторского права и смежных прав в отношениях с третьими лицами.

Что касается российской правовой действительности, то законодательство РФ в этой части идет на шаг впереди, т.к. организации по коллективному

управлению правами не ограничены в круге имущественных прав авторов и правообладателей смежных права, управление которыми они могут осуществлять.

Данное положение актуально для РФ только в части расширения перечня имущественных прав правообладателей объектов авторского права и смежных прав, по которым организации по управлению имущественными правами на коллективной основе могут быть аккредитованы.

3. Уточнение содержания ряда способов использования (использование путем воспроизведения и распространения) объектов авторского права и смежных прав и вопросы ответственности информационных посредников.

Широкое изучение в российской и иностранной юридической литературе получил вопрос ответственности информационных посредников. Оператор сотовой связи на рынке мобильного контента является таким информационным посредником.

Учитывая определение понятий «воспроизведение» и «распространение» в законодательстве РК, оператор сотовой связи при передаче мобильного контента с нарушением прав интеллектуальной собственности в настоящий момент несет прямую ответственность за нарушение прав интеллектуальной собственности. Это связано с тем, что оператор сотовой связи осуществляет воспроизведение и распространение мобильного контента при передаче его абоненту. Однако, эта ответственность за невиновные действия, за нарушения, о которых оператор сотовой связи не знает, а также, очень часто, не имеет технической возможности контролировать такие нарушения и предотвратить их. В связи с этим было предложено исключить прямую ответственность информационного посредника (оператора сотовой связи) за нарушение прав интеллектуальной собственности, которые могут иметь место при передаче мобильного контента по материально-технической базе оператора сотовой связи. С этой целью, в частности, вносятся предложения по уточнению содержания ряда способов использования объектов авторского права и смежных прав.

Права правообладателя, которые задействованы в процессе передачи мобильного контента оператором сотовой связи, как было отмечено выше, это право на воспроизведение и право на распространение. Чтобы действия оператора

сотовой связи при передаче мобильного контента нельзя было признать действиями по использованию объектов интеллектуальной собственности путем воспроизведения, автор рекомендует исключить временные или второстепенные акты воспроизведения из объема (содержания) права на воспроизведение. При этом такие акты не должны иметь независимого экономического значения, а должны представлять собой неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего целью передавать объект интеллектуальной собственности в информационно-коммуникационной сети между третьими лицами.

Приводим редакцию понятия «воспроизведение» с учетом предлагаемых изменений (на основе определения понятия «воспроизведение» в Законе об авторском праве РК с изменениями и дополнениями на 24 декабря 2012 г.): «Воспроизведение – изготовление одного или более постоянных или временных экземпляров произведений или объектов смежных прав любым способом и в любой форме, полностью или частично, непосредственно или косвенно. Видами воспроизведения являются изготовление звуко- или видеозаписи, изготовление одного или более экземпляров двухмерного или трехмерного произведения, а также любое постоянное или временное хранение произведений или объектов смежных прав в любой материальной форме, в том числе в открытой информационно-коммуникационной сети, *кроме случаев, когда такая запись, осуществляемая информационным посредником, является временной или второстепенной, не имеет независимого экономического значения и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего целью передавать объект интеллектуальной собственности в информационно-коммуникационной сети между третьими лицами*».

Нужно отметить, что Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 47538-6 предлагает изменить редакцию понятия «воспроизведение» в отношении объектов авторского права и смежных прав. Предлагаемая для

включения в законодательство РК формулировка права на воспроизведение восприняла, в том числе, предложения по изменению указанного права, сделанные в названном проекте изменения законодательства РФ.

Автор предлагает также внести изменение и в понятие «распространение», исключив из объема (содержания) права на распространение действия лица, осуществляющего распространение, но не иницирующего процесс распространения, не выбирающего получателя экземпляра произведения или объекта смежных прав и не модифицирующего экземпляр произведения или объекта смежных прав в процессе распространения.

Приводим предлагаемую редакцию понятия «распространение» (также на базе этого понятия в Законе об авторском праве РК): «Распространять оригинал или экземпляры произведения любым способом: продавать, менять, сдавать в прокат (внаем), совершать иные операции, в том числе в открытой информационно-коммуникационной сети, *кроме случаев, когда лицо, осуществляющее распространение, не иницирует этот процесс, не выбирает получателя экземпляра произведения и не модифицирует экземпляр произведения* (право на распространение)».

Каких-либо предложений в отношении права на распространение Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 47538-6 не содержит, поэтому предложенные выше изменения для законодательства РК, а также уже имеющаяся формулировка права на распространение в Законе об авторском праве РК могут быть восприняты и нормативным материалом РФ, тем более что имеющееся определение права на распространение в ГК РФ требует изменения, в том числе в свете Постановления Пленума Верховного суда РФ «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских, патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака» от 26 апреля 2007 г. № 14. Указанное Постановление Пленума Верховного суда РФ не ограничивает правомочие на распространение только экземплярами на

материальном носителе, а включает также экземпляры в виде информации, зафиксированной на любом машиночитаемом носителе. В этом отношении законодательство РК может повлиять на законодательство РФ.

Также предлагаем напрямую исключить ответственность операторов сотовой связи за передачу мобильного контента абоненту с нарушением прав интеллектуальной собственности посредством его материально-технической базы. При этом предлагаются критерии такой передачи. По аналогии с правом Европейского союза предлагаем исключить ответственность оператора сотовой связи при передаче им мобильного контента с нарушением прав интеллектуальной собственности абоненту, если действия по передаче соответствуют следующим критериям:

- 1) передача не инициирована оператором сотовой связи;
- 2) отсутствует возможность контроля за передаваемым мобильным контентом;
- 3) при передаче мобильный контент не модифицируется оператором сотовой связи, за исключением возможной технической модификации.

Применительно к РФ, Проект Федерального закона «О внесении изменений в часть первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 47538-6 также предлагает исключить ответственность информационного посредника за передачу материала с нарушением прав интеллектуальной собственности. Однако, следует отметить, что указанный проект ограничивает случаи передачи информации только передачей в сети Интернет. Полагаем, что это сужение правоотношений, к которым могли бы применяться предлагаемые к включению изменения. В связи с этим, следует рекомендовать в процессе рассмотрения проекта не ограничивать правоотношения с участием информационного посредника только Интернет-средой, а информационных посредников сводить исключительно к Интернет-провайдерам. Поскольку уже сейчас, помимо Интернет-среды, есть и иные информационно-коммуникационные сети, в частности, сеть сотовой связи.

Считаем целесообразным включить в законодательство РК положение, что операторы сотовой связи не обязаны осуществлять мониторинг передаваемого мобильного контента, а также в целом выявлять нарушения прав интеллектуальной собственности. Это позволит избежать введения косвенной жесткой ответственности для информационных посредников, в том числе операторов сотовой связи.

Учитывая опыт Соединенных Штатов Америки, предлагаем ввести ответственность для операторов сотовой связи за:

- 1) пособничество в нарушении прав интеллектуальной собственности;
- 2) попустительство нарушению прав интеллектуальной собственности.

Ответственность за пособничество, по мнению автора, должна иметь место в случае осведомленности о нарушении прав интеллектуальной собственности лицами, использующими материально-техническую базу оператора сотовой связи и поощрении или содействии в таком нарушении, причем такой элемент содействия, как предоставление в пользование своей программно-технической базы, необходимо ограничить возможностью оператора сотовой связи прекратить нарушение, не ущемляя при этом возможности других контент-провайдеров передавать абоненту мобильный контент.

Ответственность за попустительство нарушению прав интеллектуальной собственности, по мнению автора, должна наступать при условии наличия права и возможности оператора сотовой связи контролировать содержание передаваемого мобильного контента нарушителями, а также финансовой выгоды операторов сотовой связи от совершаемых нарушений. При этом, по мнению автора, финансовой выгодой должна считаться зависимость дохода оператора сотовой связи от прибыли контент-провайдера.

Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 47538-6 предлагает ввести ответственность для информационного посредника только в случае наличия вины, однако, в отсутствие вины, по мнению автора, есть ряд

условий, которые должны служить основанием для привлечения информационного посредника к ответственности за совершение определенных действий. В связи с этим, положение, выносимое на защиту, в отношении введения для информационных посредников ответственности за пособничество и попустительство в нарушении прав интеллектуальной собственности может быть воспринято и РФ.

4. Дополнение перечней имущественных прав авторов и правообладателей смежных прав, составляющих исключительное право. Периодически с развитием технологий встает вопрос о расширении способов использования объектов авторского права и смежных прав, а также вопрос, включает ли имеющийся в законодательстве перечень имущественных прав правообладателя объекта авторского права или смежных прав все известные на определенный момент способы использования указанных объектов.

В данной работе был поставлен вопрос, включается ли процесс передачи мобильного контента по сети сотовой связи абоненту (как способ использования) в предусмотренные Законом об авторском праве РК перечни способов использования объектов авторского права и смежных прав.

В этом отношении внимание было уделено такому праву, как право на доведение до всеобщего сведения. Был сделан вывод, что это право включает такой сегмент доставки мобильного контента, как размещение его в сети Интернет. Что же касается такого сегмента доставки мобильного контента, как передача его по сети мобильной связи абоненту, то ответ на этот вопрос зависит от того, какой из следующих позиций придерживаться:

1) расширительного толкования имеющихся имущественных прав при появлении новых способов использования произведений или объектов смежных прав; или

2) позиции включения новых имущественных прав в законодательство при появлении новых способов использования произведений и объектов смежных прав.

Учитывая интересы контент-провайдеров и правообладателей объектов интеллектуальной собственности, автор настоящей работы полагает, что на законодательном уровне можно предложить следующее решение вопроса, связанного с передачей права пользования на объекты авторского права и смежных прав способами, не закрепленными в законодательстве:

1) дополнить законодательство РК положением, что способы использования объектов авторского права и смежных прав, которые известны на момент заключения договора, в отношении которых можно определить вознаграждение правообладателя, но не включенные в перечни способов использования объектов авторского права и смежных прав, могут быть предметом договоров о передаче права пользования объектами авторского права и смежных прав;

2) сделать перечни имущественных прав (способов использования) в отношении объектов смежных прав открытыми, включив положение: *«осуществлять иные действия, не противоречащие законодательным актам Республики Казахстан».*

Предлагаемые изменения должны использоваться как регулирование переходного периода. Это означает, что появляющиеся способы использования необходимо включать в законодательство, что, несомненно, будет делать отношения между правообладателем и пользователем однозначными и ликвидировать поводы для возникновения споров;

3) применительно к такому способу использования мобильного контента, как передача его по сети сотовой связи абоненту, полагаем, можно уже сейчас дополнить перечни имущественных прав автора и правообладателя смежных прав таким правом, как право на доведение произведения/объекта смежных прав до всеобщего сведения по сети сотовой связи.

Указанные предложения по совершенствованию законодательства РК могут быть восприняты и РФ.

5. Классификация дополнительных услуг сотовой связи. Помимо предложений по внесению изменений в законодательство РК, автор настоящей работы предлагает классификацию дополнительных услуг сотовой связи, которая

позволяет выявить дополнительные услуги сотовой связи, оказываемые с использованием объектов интеллектуальной собственности.

Предоставление мобильного контента, при создании которого используются объекты интеллектуальной собственности, это лишь часть дополнительных услуг сотовой связи, номенклатура которых постоянно расширяется. В настоящей работе все многообразие дополнительных услуг сотовой связи было классифицировано с целью выявить круг услуг, который связан с объектами интеллектуальной собственности или при оказании которых используются объекты интеллектуальной собственности.

Нужно отметить, что классификация необходима, чтобы упорядочить многообразие предметов. Основанием классификации выбирают какие-либо существенные признаки конкретного многообразия предметов. В данном случае предлагаемая многоуровневая классификация дополнительных услуг сотовой связи направлена на выявление мобильного контента, созданного с использованием объектов интеллектуальной собственности. Особенность предлагаемой классификации состоит также в том, что каждый последующий уровень классифицирует не все выявленные группы услуг (или виды продуктов, характерных данной услуге), а конкретный пласт услуг (продуктов), который вовлекает в оказание таких услуг объекты интеллектуальной собственности.

Нужно подчеркнуть также, что предлагаемая ниже классификация дополнительных услуг сотовой связи основана на классификациях, которую вводят Н. В. Перевозникова¹, А. А. Невенчаный², Д. А. Салимжанова³.

По степени значимости услуги сотовой связи можно разделить на:

- 1) основные (передача голоса);
- 2) дополнительные.

¹ Перевозникова, Н.В. Рынок дополнительных услуг сотовой связи: направления и перспективы развития: на примере Дальнего Востока: дисс... канд. экон. наук. – Хабаровск, 2007.

² Невенчаный, А.А. Управление развитием рынка услуг сотовой связи: дисс... канд. экон. наук. – М., 2006.

³ Салимжанова, Д.А. Методы разработки маркетинговой стратегии на рынке мобильного контента: дисс... канд. экон. наук. – СПб., 2006.

В зависимости от цели, которую решают дополнительные услуги сотовой связи, они делятся на:

1) дополнительные услуги сети (расширение функционала, связанного с основной услугой сотовой связи – голосовой звонок, т.е. расширение сервисов, которые могут быть доступны потребителю при входящем или исходящем звонке);

2) услуги передачи данных (передача данных, в основном, от абонента к абоненту, что отличает услуги передачи данных от предоставления информационного контента (как разновидность информационно-развлекательных услуг), а также предоставление доступа к данным, предоставление данных о местонахождении мобильного телефона (услуги по определению местоположения мобильного терминала));

3) роуминг;

4) информационно-развлекательные услуги или контент-услуги (это услуги, предполагающие отправку по запросу абонента на мобильный телефон полезной или развлекательной информации за определенную плату).

По типу передаваемой информации информационно-развлекательные услуги делятся на:

1) бизнес-контент;

2) медийный контент;

3) мобильный маркетинг;

4) услуги персонализации сотовых телефонов (предоставление разного рода контента, который позволит персонализировать сотовый телефон по сравнению с той информацией, которая имелаась в его памяти на момент его приобретения).

В зависимости от того используются ли объекты интеллектуальной собственности при оказании услуг персонализации сотовых телефонов, выделяют услуги, которые:

1) не используют объекты интеллектуальной собственности (услуги передачи по запросу различных анекдотов, гороскопов, тостов и иное);

2) используют объекты интеллектуальной собственности (услуги передачи различных мелодий, картинок, клипов, видеофонов, игр и иного контента, при создании которого используются объекты интеллектуальной собственности или контента, который сам является объектом интеллектуальной собственности).

Теоретическую значимость исследования определяют сформулированные в ней понятия «мобильный контент», «контент-провайдер», классификация дополнительных услуг сотовой связи, а также выводы относительно необходимости совершенствования гражданско-правового регулирования отношений в сфере использования объектов авторского права и смежных прав в информационно-коммуникационной сети, в частности, в сети сотовой связи, прежде всего, в РК, а также в РФ.

Практическая значимость исследования состоит в том, что сформулированные в диссертации предложения и выводы направлены на совершенствование авторского законодательства, а также законодательства о смежных правах РК, связанного с использованием объектов авторского права и смежных прав в информационно-коммуникационной среде, в частности, в среде сотовой связи. Выводы по совершенствованию гражданско-правового регулирования правоотношений в сфере оказания дополнительных услуг сотовой связи в РК могут быть использованы и для совершенствования гражданско-правового регулирования аналогичных правоотношений в РФ.

Указанные рекомендации и предложения призваны устранить недостатки правового регулирования и создать правовую основу для правотворческой деятельности, а также для судебной практики и иной правоприменительной деятельности.

Предлагаемая модель правового регулирования правоотношений по созданию и использованию объектов авторского права и смежных прав при оказании дополнительных услуг сотовой связи может быть воспринята РФ и другими странами СНГ.

II. Основное содержание работы

Диссертационное исследование состоит из следующих частей: введения, трех глав, заключения, списка сокращений, списка терминов, списка литературы и приложения в виде проекта закона о внесении изменений в законодательство РК по вопросам использования объектов авторского права и смежных прав в информационно-коммуникационной среде.

Во введении изложены актуальность темы исследования, степень изученности рассматриваемой в диссертационном исследовании проблемы, описаны фон, объект и предмет диссертационного исследования, цель диссертационного исследования, задачи, которые поставлены для достижения цели диссертационного исследования, методологическая и теоретическая основы исследования, эмпирическая основа исследования, научная новизна исследования, теоретическая и практическая значимость исследования, указано, как результаты диссертационного исследования проходили апробацию, а также приведена структура диссертационного исследования.

Глава первая **«Вопросы интеллектуальной собственности, связанные с оказанием дополнительных услуг сотовой связи»** состоит из трех параграфов.

В первом параграфе первой главы **«Классификация дополнительных услуг сотовой связи. Дополнительные услуги сотовой связи, оказываемые с использованием объектов интеллектуальной собственности»** дается определение понятию «услуги сотовой связи», определяются дополнительные услуги сотовой связи, дается историческая справка о развитии дополнительных услуг сотовой связи, приводится классификация дополнительных услуг сотовой связи с целью определить, какие из них связаны с объектами интеллектуальной собственности. В данном параграфе определяется также мобильный контент, который является предметом диссертационного исследования, описывается каждый из видов исследуемого в диссертации мобильного контента, в том числе специфика создания и передачи его абоненту.

Во втором параграфе первой главы **«Субъекты правоотношений рынка дополнительных услуг сотовой связи с использованием объектов интеллектуальной собственности»** описываются все субъекты, которые участвуют в создании и передаче мобильного контента абоненту, описывается основная функция каждого субъекта в этой цепочке. Особое внимание в этом параграфе уделено организациям по управлению имущественными правами на коллективной основе, функциям таких организаций в настоящий момент в соответствии с законодательством РК и потенциальным функциям, которые такие организации могли бы исполнять на рынке мобильного контента, при создании которого используются объекты интеллектуальной собственности.

В третьем параграфе первой главы **«Вопросы интеллектуальной собственности, связанные с созданием и передачей мобильного контента, созданного на базе объектов интеллектуальной собственности»** рассматривается, какие объекты интеллектуальной собственности используются для создания того или иного мобильного контента. В данном параграфе проводится исследование вопроса, можно ли считать изучаемый мобильный контент объектом интеллектуальной собственности, рассматривается, какие имущественные права необходимо получить у правообладателя объекта авторского права и смежных прав для использования объекта интеллектуальной собственности в процессе создания и передачи того или иного мобильного контента абоненту.

В указанном параграфе анализируется также такое имущественное право автора и правообладателя смежных прав, как право на доведение до всеобщего сведения с целью выяснить, включает ли данное имущественное право такой вид использования объектов интеллектуальной собственности, как передача по сети сотовой связи. В рамках указанного анализа автор дает свой ответ на вопрос, означает ли появившийся в условиях развития цифровой среды новый способ использования объекта интеллектуальной собственности расширением объема (содержания) существующего имущественного права или новый способ использования есть новое право правообладателя.

Глава вторая **«Регулирование вопросов использования объектов интеллектуальной собственности в информационно-коммуникационной сети: законодательство Республики Казахстан»** имеет целью выявить насколько действующее законодательство РК в сфере авторского права и смежных прав регулирует вопросы, связанные с информатизацией общества. Вторая глава состоит из двух параграфов. Название первого параграфа второй главы **«Национальные нормативно-правовые акты Республики Казахстан в сфере авторского права и смежных прав»** говорит само за себя, он посвящен национальным нормативным актам РК, параграф рассматривает, насколько национальное законодательство РК адресует вопросы информатизации общества. Вторым параграфом второй главы **«Международные договоры Республики Казахстан в сфере авторского права и смежных прав»** указывает, к каким договорам, предметом которых является охрана объектов авторского права и смежных прав, присоединилась РК. Данный параграф рассматривает, какие международные договоры имеют целью урегулировать правоотношения по использованию названных объектов интеллектуальной собственности в информационно-коммуникационной среде, а также анализирует особенности предлагаемого тем или иным договором регулирования. В целом, вторая глава диссертационного исследования отвечает на вопрос о том, соответствует ли ныне действующее законодательство РК об интеллектуальной собственности «вызовам» информационного общества, в частности, обеспечивает ли казахстанское законодательство полное регулирование сложившихся отношений в сфере использования объектов интеллектуальной собственности в сети сотовой связи.

Глава третья **«Совершенствование правового регулирования Республики Казахстан в сфере создания и передачи мобильного контента с использованием объектов интеллектуальной собственности на базе опыта Российской Федерации и иностранных государств»** состоит также из двух параграфов.

Первый параграф **«Правовое регулирование в сфере создания и передачи мобильного контента с использованием объектов интеллектуальной собственности: опыт Российской Федерации и иностранных государств»** посвящен изучению опыта регулирования использования объектов авторского права и смежных прав в информационно-коммуникационной среде в РФ, а также в странах Европейского союза, в Соединенных Штатах Америки.

Законодательство указанных государств было рассмотрено в призма вопросов определения таких прав правообладателя, как право на воспроизведение и распространение, ответственность информационных посредников за воспроизведение и распространение контента, содержащего объекты интеллектуальной собственности, с нарушением прав правообладателей таких объектов. В первом параграфе рассматривается также судебная практика различных судов Соединенных Штатов Америки, решающая вопросы ответственности информационных посредников за нарушение прав интеллектуальной собственности. В данном параграфе определяются виды ответственности информационных посредников, которым является и оператор сотовой связи, за нарушение прав интеллектуальной собственности, выработанные судебной практикой Соединенных Штатов Америки.

Во втором параграфе третьей главы **«Рекомендации по совершенствованию законодательства Республики Казахстан в сфере регулирования вопросов интеллектуальной собственности, связанных с созданием и передачей мобильного контента»** делаются предложения по совершенствованию законодательства РК, исходя из опыта, в большинстве своем, Европейского союза, Соединенных Штатов Америки, в частности, по определению таких имущественных прав правообладателя объекта интеллектуальной собственности, как право на воспроизведение и право на распространение, что связано с ответственностью операторов сотовой связи за нарушение прав интеллектуальной собственности. Делается предложение исключить прямую ответственность операторов сотовой связи за нарушение прав

интеллектуальной собственности в процессе передачи мобильного контента абонентам, при отсутствии вины оператора сотовой связи и возможности каким-либо образом контролировать мобильный контент, передаваемый посредством материально-технической базы операторов сотовой связи. Предлагается ввести ответственность оператора сотовой связи как информационного посредника в случаях пособничества и попустительства в нарушении прав интеллектуальной собственности.

На базе выводов, сделанных в первом параграфе третьей главы диссертационного исследования, формулируются конкретные предложения по совершенствованию законодательства РК в сфере авторского права и смежных прав, касающиеся вопросов использования объектов интеллектуальной собственности при создании мобильного контента и при его последующем использовании.

В данном параграфе делается также вывод насколько целесообразно те или иные положения по совершенствованию правового регулирования правоотношений по созданию и использованию мобильного контента, предлагаемые для РК, использовать для совершенствования законодательства РФ.

Кроме того, данный параграф содержит предложения принять классификацию мобильного контента, направленную на выявление круга мобильного контента, который создается с использованием объектов интеллектуальной собственности.

В заключении в сжатом виде указывается, каким образом поставленные цели и задачи исследования, указанные во введении, были решены автором, указывается научная новизна исследования, определяется теоретическая и практическая значимость исследования, а также делаются рекомендации по применению научного исследования и его результатов. В кратком виде изложены также положения, выносимые на защиту. Заключение ссылается на приложение, в котором приводится текст предлагаемого автором законопроекта по внесению изменений в законодательство РК в соответствии с положениями, выносимыми на защиту.

Основные результаты диссертационного исследования изложены в следующих публикациях автора:

1. Шаповалова Н. Ю. Ответственность операторов сотовой связи за нарушение прав ИС при передаче мобильного контента // Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права. – 2012. – № 9.
2. Шаповалова Н. Ю. Вопросы создания и использования мобильного контента в рамках законодательства Республики Казахстан // Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права. – 2013. – № 7.

В иных изданиях:

3. Шаповалова Н. Ю. Ответственность операторов сотовой связи за воспроизведение и распространение мобильного контента, нарушающего права интеллектуальной собственности // Интеллектуальная собственность: правовые экономические и социальные проблемы: Сборник научных трудов аспирантов РГАИС. – М.: Российская государственная академия интеллектуальной собственности (РГАИС). – 2010.

Диссертация обсуждалась и была одобрена на заседании кафедры «Авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин» ФГБОУ ВПО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности».

Шаповалова Наталия Юрьевна

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ ПРИ ОКАЗАНИИ
ДОПОЛНИТЕЛЬНЫХ УСЛУГ СОТОВОЙ СВЯЗИ: СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право

Подписано в печать 11.10.2013 г. Дата выхода тиража 11.10.2013 г.

Формат 60x90/16. Тираж 70 экз. Заказ № 1.

Сверстано и отпечатано ТОО «Компания «Сору Land»

Адрес: г. Алматы, ул. Желтоксан, 124

Тел.: 8 (727) 272 26 78