

Глава 2: Сетевое управление и USTR

Джо Караганис и Шон Флинн

Участвовали: Сьюзан Селл, Права Фаттахы и Майк Палмедо

Введение

Политика в сфере интеллектуальной собственности (IP) и связанного с ней принуждения когда-то была достаточно узкой областью права и проводилась на практике горсткой правительственных учреждений. Ведомства по авторским правам и патентам играли какую-то роль, как играла таможня и смесь из государственных и муниципальных органов полиции, нацеленных на коммерческих нарушителей. Основные обязанности устанавливались посредством внутреннего законодательства и регулировались — на международном уровне — посредством добровольных конвенций под руководством Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС).

Эта ситуация резко изменилась в последние четверть века. Политика в сфере IP стала предметом быстро разрастающегося массива международных конвенций и соглашений, вовлекая намного большее число международных субъектов, начиная от Всемирной торговой организации (ВТО), Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ), до Европейской комиссии и — возможно, самого заметного — Управления торгового представителя США (USTR), что изменило глобальную политику в области IP в рамках двусторонних и многосторонних торговых соглашений.

Соответственно усложнились меры принуждения. В Соединенных Штатах внутренние обязанности по принуждению в настоящее время распределяются между дюжины крупных учреждений, включая департаменты Торговли, Национальной безопасности, Юстиции и Иностранных дел – Госдеп; Федеральное бюро расследований (FBI) и таможенную и пограничную охрану (Customs and Border Protection — CBP) — а также ведомства по авторскому праву и промышленной собственности. В России ответственность сосредоточена в Министерстве внутренних дел, но также распространяется на прокуратуру, ФСБ, Федеральную таможенную службу, Министерство культуры, Росохранкультуру, Федеральную антимонопольную службу и Министерство промышленности и торговли.

В Бразилии, усилия по принудительному применению права распределены между множеством децентрализованных полицейских сил, в том числе федеральной полицией, Федеральной дорожной полицией, государственной гражданской и военной полицией, таможенными агентствами и муниципальной службой, а также федеральными и государственными прокурорами. Координация на федеральном уровне является обязанностью Национального совета по борьбе с пиратством (National Council on Combating Piracy — CNCP), который объединяет представителей правительственных министерств и крупнейших отраслевых ассоциаций. Некоторые отдельные штаты и муниципалитеты также создают свои собственные версии CNCP.

Неизбежно появились новые учреждения и инициативы для координации растущей сети принуждения к праву. Соединенные Штаты недавно запустили свою вторую такую попытку за последнее десятилетие, заменяя Национальный правоохранительный координационный совет по интеллектуальной собственности (NIPLECC) на новую позицию "IP-царя" в Белом доме. Организация принуждения к соблюдению прав IP в России

Содержание главы

- 75 Введение
- 77 ТРИПС и ТРИПС+
- 80 В направлении АСТА
- 84 Офис торгового представителя США и особый 301 процесс
- 85 История Особого 301 процесса
- 86 Санкции и двусторонние соглашения
- 87 Режим предупреждений
- 90 Участие и влияние
- 91 Символическое отношение
- 94 Зарубежные страны
- 95 Переходный режим
- 97 Об этой главе
- 97 Ссылки

также прошла два крупных преобразования за этот период, сначала в связи с созданием Правительственной комиссии по противодействию нарушениям в сфере интеллектуальной собственности, её правовой охране и использованию в 2002 (в ведении тогда ещё вице-премьера Дмитрия Медведева), а затем с административной реформой 2006 года. Созданный в 2004 году CNCP в Бразилии, опубликовал свой антипиратский план в 2005 году, а обновленный план – в 2009 году.

Все эти координационные органы тесно сотрудничают с отраслевыми группами и гарантируют, что отрасль участвует в направлении усилий по принудительному применению права. Отраслевые группы, со своей стороны, координируют исследования, политические позиции и деятельность на всей совокупности национальных и международных юрисдикций, в которых они работают, а также друг с другом посредством координаторов более высокого уровня, таких как ИРА и BASCAP¹. Международные организации, такие как ВОИС, также обеспечивают соединительную ткань — как сверху вниз в виде конвенций, так и снизу вверх посредством технической подготовки адвокатов, судей, таможенников и других субъектов в деле принудительного применения. Деньги текут через эти сети, так как международные отраслевые группы субсидируют своих местных партнеров. Результат — плотное «сетевое управление», по выражению Петера Драхо, в котором выработка соответствующих политических решений и юрисдикции распределены между перекрывающимися государственными учреждениями и корпоративными сетями (Draho and Braithwaite 2007).

Такое быстрое разрастание — результат политической активности в области ИР в течении нескольких десятилетий со стороны отраслевых групп и присоединившихся государств — особенно Соединенных Штатов, Европейского союза и Японии (Sell 2003; Draho and Braithwaite 2007). На национальном уровне, это разрастание отражает процесс накопления государственных ресурсов для усилий принуждения к соблюдению прав, отмечаемый периодическими попытками организовать и консолидировать получающуюся крошку из акронимов и аббревиатур участвующих учреждений.

¹ Соответственно, Международный альянс интеллектуальной собственности (ИРА), со штаб-квартирой в Вашингтоне, округ Колумбия, и Бизнес действие по предотвращению контрафакции и пиратства (BASCAP), программа Международной торговой палаты.

На международном уровне это отражает процесс "выбора площадки" представителями отрасли в отношении юрисдикции, в которой могут быть приняты более жёсткие и обязательные меры защиты IP. Там, где существующие юрисдикции демонстрируют недостаточную адаптацию, как ВОИС и ВТО в настоящее время, отраслевые лоббисты настояли на новых институтах с меньшим представительством препятствующих сторон. Со временем, защита расширяется, так как новые международные соглашения создают давление для изменений в национальных законодательствах, а изменения в национальных законодательствах обеспечивает новые основы для международных соглашений.

История политики в области IP за последние три десятилетия, в значительной степени, является историей таких манёвров, предпринимаемых всякий раз, когда международные или национальные институты оказывались несклонными принимать более жёсткие меры охраны. Уследить за результирующим процессом выработки политических решений может быть очень трудно, так как он движется между юрисдикциями, и в действительности он стал важным преимуществом для хорошо скоординированных государственных и отраслевых деятелей, имеющих ресурсы для управления этой сложностью и ее использования.

ТРИПС и ТРИПС+

Возможно определяющим примером такого «выбора площадки» в 1994 году было Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), его принятием завершилась десятилетняя работа по переносу ответственности за глобальные нормы IP из ВОИС во вновь созданную ВТО. Большая часть ТРИПС имеет дело с товарными знаками, патентами и другими формами промышленной собственности, с расширением защиты биотехнологий, программного обеспечения, полупроводниковой техники и промышленных образцов. Что касается авторского права, то ТРИПС было, в первую очередь, упражнением по гармонизации национальных законодательств в соответствии с Бернской конвенцией по охране литературных и художественных произведений — соглашением 1886 года, которое установило международно-признанные минимальные положения прав копирования, прав автора и прав на исполнение, "автоматическое" возникновение авторского права из факта создания произведения (а не из формальной регистрации) и ряд других особенностей современного законодательства об авторском праве.

Акронимы и аббревиатуры

ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement
BASCAP	Business Coalition to Stop Counterfeiting and Piracy
CNCP	(Brazil) National Council on Combating Piracy
FTA	free trade agreement
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GSP	Generalized System of Preferences
IPA	International Intellectual Property Alliance
IP	intellectual property
IPR	intellectual property rights
ISP	Internet service provider
IT	information technology
MPAA	Motion Picture Association of America
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NET Act	(US) No Electronic Theft Act
NGO	non-governmental organization
P2P	peer-to-peer
PhRMA	Pharmaceutical Research and Manufacturers of America
RIAA	Recording Industry Association of America
SECURE	Standards to be Employed by Customs for Uniform Rights Enforcement
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
USTR	Office of the United States Trade Representative
WCO	World Customs Organization
WHO	World Health Organization
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization

ТРИПС рассматривался как более мощный инструмент, чем Бернская конвенция для унификации этих норм, поскольку, в отличие от ВОИС, ВТО обладало эффективной процедурой разрешения споров, способной привести к потере торговых привилегий, если жалоба члена организации удовлетворилась.

У развивающихся стран было два ожидания насчёт ТРИПС. Во-первых, они полагали, что гармонизация правил IP прекратит давние разногласия со странами высоких доходов, превышающие соответствующие уровни охраны интеллектуальной собственности. Во-вторых, они считали, что процесс урегулирования споров положит конец нападкам на развивающиеся страны в рамках двусторонних и региональных торговых переговоров — обстоятельств, в которых Соединенные Штаты использовали очевидные преимущества (Sell 2003; Bayard and Elliot 1994). Оба предположения оказались неверными. Вместо этого ТРИПС открыл период интенсивной политической активности на других площадках. Администратор Бернской конвенции — ВОИС немедленно начал раунд переговоров по распространению охраны за пределы основ ТРИПС. Эти переговоры привели к Договору ВОИС по авторскому праву (1996) и Договору ВОИС по исполнениям и фонограммам (1996) — известных под общим названием Интернет Договоров из-за их положений, касающихся защиты цифровых произведений. Соединенные Штаты и Европейский Союз также продолжали вести переговоры о региональных и двусторонних соглашениях, которые включали более высокие уровни охраны IP и, в особенности, более сильные положения для принудительного применения права. Эти требования, обычно, описываются как ТРИПС +.

Бернская конвенция в отличие от многих своих формальных положений по охране творческих произведений, во многом, хранит молчание по вопросу принуждения, указывая лишь, что «незаконные копии произведения подлежат аресту» в странах-членах (ст. 16). Здесь ТРИПС пошел значительно дальше Бернской конвенции, указывая, как следует приводить нормы в жизнь, в частности, требуя, чтобы страны «предусматривали уголовные процедуры и штрафы, которые должны применяться, по крайней мере, в случаях умышленного неправомерного использования товарных знаков или нарушения авторского права в коммерческих масштабах» (статья 61).

Как и со многими положениями ТРИПС, формулировка обеспечивает явный путь к более жестким мерам, но и предоставляет странам свободу в определении ключевых терминов, таких как понимание «коммерческого масштаба» или характера наказания за нарушения, «достаточного для обеспечения сдерживающего средства». В последние два десятилетия стандарт коммерческого масштаба, в частности, стал источником значительной напряженности в торговых переговорах. В национальных законах об авторском праве времён Бернской конвенции, вариации коммерческого масштаба предоставляли наиболее широко распространённый порог уголовной ответственности в случаях нарушений. Стандарт последовательно требовал не количества контрафактных экземпляров самих по себе, а скорее, нарушения с целями извлечения прибыли, о чём свидетельствуют такие фразы, как «коммерческая выгода» (закон ЕС и США) и «финансовый доход» (США) (Harms 2007). Такая формулировка традиционно освобождает некоммерческие и личные нарушения от уголовной ответственности — хотя и не от гражданско-правовой ответственности. Так как цифровая дистрибуция сделала возможным масштабировать некоммерческое и личное копирование до уровней, когда-то оговоренных для коммерческих структур, то лежащие в основе стандарта допущения начали истощаться, и отраслевые группы начали настаивать на распространении уголовной ответственности на все нарушения.

Совместное давление отрасли по ликвидации порога коммерческого масштаба для уголовной ответственности датируется 1980-ми, когда компьютерные компании начали обращать внимание на взлом программного обеспечения в некоммерческих целях. В

Соединенных Штатах изменения в законе об авторском праве в 1990-х постепенно расширили сферу уголовной ответственности и увеличили связанные с ней наказания. Этот сдвиг завершился в 1997 году принятием Закона против электронного воровства (No Electronic Theft Act — NET Act), который действительно разрушил стандарт коммерческого масштаба путем пересмотра понятия финансовой выгоды, распространив его на «получение, или ожидание получения каких-либо ценностей, в том числе получение других охраняемых авторским правом произведений» (п.2а)². Согласно новому определению, все нарушения подвергаются уголовному преследованию, с наказаниями до трёх лет тюремного заключения за первое нарушение и до шести лет за второе. На практике — несмотря на продолжающееся давление отрасли — закон применялся лишь несколько раз, в первую очередь, против дистрибьюторов пиратского программного обеспечения (и никогда против пользователей пиринговых сервисов). В большинстве стран с высоким уровнем дохода, в том числе в Соединенных Штатах, ответственные за принуждение органы опасались расширения уголовного преследования в этом направлении и вместо этого выступали за использование гражданской ответственности³. В большинстве стран со средним и низким уровнем дохода уголовное преследование, напротив, стало нормой (Harms 2007; Correa and Fink 2009).

Распределение государственных ресурсов является ещё одной сферой явной национальной свободы в рамках ТРИПС, и ещё одной областью, которая попала под значительное давление с момента его принятия. Поскольку страны принимают более широкую уголовную ответственность за нарушение, увеличились требования со стороны групп правообладателей о дополнительных государственных ресурсах для обеспечения соблюдения законов. Как мы уже обсуждали в главе 1, расширение ответственности и относительно скромный рост реальных возможностей для принуждения привели к расхождению между законом и его применением и к связанному множеству конфликтов вокруг ТРИПС в отношении той степени, в которой государства должны устанавливать приоритет принудительного применения. В статье 41.5 предмет сформулирован четко:

Ничто в настоящей Части не создаёт каких-либо обязательств по отношению к распределению ресурсов между принуждением к соблюдению прав интеллектуальной собственности и соблюдением закона в целом.

Отрывок подтверждает право государств устанавливать свои собственные приоритеты в отношении использования государственных ресурсов и признаёт, что трудности, связанные с принудительным применением прав IP часто неотделимы от больших проблем с судебным процессом и нормой права. Родственный отрывок в статье 61 ставит ударение на более сложном балансе, утверждая, что «доступные меры включают тюремное заключение и/или денежные штрафы, достаточные, чтобы служить средством

² NET Act также ставит под сомнение другое традиционное требование к уголовной ответственности: намерение нарушить. Об этом и связанных вопросах см. Bailey (2002).

³ Даже на гражданской арене были чрезвычайно редки дела о совместном использовании файлов в отношении лиц. В Соединенных Штатах гражданские иски против Джемми Томаса-Рассета и Джоэла Тененбаума являются единственными примерами, которые дошли до суда — оба доведены Американской ассоциацией звукозаписывающих компаний (RIAA). В обоих случаях присяжные поддержали требования RIAA по чрезвычайно высоким штрафам, налагая \$1,92 млн штрафа на Томаса-Рассета за совместное использование двадцати четырех песен в P2P-сети (позднее снижен до \$1,5 млн.) и \$675000 штрафа на Тененбаума за тридцать песен. В 2009 году Министерство юстиции США зарегистрировало, что наказание Томаса-Рассета соответствовало Закону о цифровом воровстве и возмещении потерь авторского права от 1999, поднявшим установленную планку наказаний за нарушения.

сдерживания, в соответствии со степенью наказания, применяемого за преступления соответствующей тяжести».

Как обычно, формулировка здесь является достаточно уклончивой, чтобы поддерживать широкий спектр толкований о природе обязательств государства-члена — отчасти включая статус «доступных» средств сдерживания. Главная проблема этой формулировки, с точки зрения правообладателей, заключается в том, что нарушение авторских прав традиционно классифицировалось как мелкое правонарушение в законодательствах большинства развивающихся стран — импортеров интеллектуальной собственности. Штрафы за коммерческие нарушения, как правило, были низкими, а стандарты доказательности для осуждения относительно высокими. Органам принуждения, как правило, не хватало должностных полномочий, чтобы расследовать нарушения или производить аресты, прежде чем можно было начинать действия⁴, требовалась жалоба правообладателей или их представителей. В этом контексте большинство стран также сопротивлялись давлению за создание специальных судов или «ускоренных» процедур для преследования нарушений авторского права независимо от более широких гражданских и уголовных процедур — факт, который сделал принуждение к праву медленным, часто многолетним этапом других гражданских и уголовных действий.

Следовательно, главной целью отраслевых групп и их партнеров в правительстве было продвижение нарушений авторских прав вверх по шкале приоритетов правоохранительных органов. Меры ТРИПС+ обычно включают положения о специальных судах IP, специально предназначенных полицейских и прокурорских подразделениях, и более низкие стандарты доказательности. Обеспечение полиции должностными полномочиями, чтобы инициировать расследования, проводить рейды, изымать товары и возбуждать дела о нарушениях прав интеллектуальной собственности (IPR) являются стандартными требованиями. Такие положения являются ключевыми для перевода нарушений авторских прав из, преимущественно, гражданских дел в уголовные, в которых бремя принуждения лежит на государственных органах. В совокупности, эти меры делают почти мертвым принцип о том, что интеллектуальная собственность является частным правом, а не государственным — основной принцип, решительно подтвержденный во вводящей части ТРИПС.

В направлении АСТА

В 2007 году Соединенные Штаты подали первую жалобу ВТО в отношении правоприменительной практики другой страны — Китая — за то, что они описали как неадекватные действия в отношении коммерческих поставщиков пиратского программного обеспечения. Дело обернулось, отчасти, в спор о значении китайских слов «большой», «огромный» и «тяжелый» применительно к деятельности поставщика — странная лингвистическая ссора рассматривалась широко, как попытка Соединенных Штатов диктовать интерпретацию нарушения в коммерческом масштабе. В январе 2009 года ВТО вынесло решение по этому вопросу в пользу свободы китайской стороны при толковании, расстраивая надежды США на то, что они будут превалировать над национальными прерогативами в разрешении неоднозначностей ТРИПС⁵.

⁴ Это требование объясняет относительно распространенное зрелище, когда полиция присутствует на рынках, где открыто продаются пиратские товары.

⁵ Постановление было не единодушным решением по двум другим пунктам в жалобе, причем Китай выиграл важный вопрос о соблюдении пограничного контроля в рамках ТРИПС, а Соединенные Штаты выиграла менее важный вопрос о спектре произведений, которым предоставляется охрана авторских прав (ВТО 2009).

Дело также высветило более широкую трудность в обеспечении согласия между членами ВТО по более строгим формулировкам ТРИПС о принуждении к праву. Беспощадная борьба за доступ к лекарствам в начале 2000-х установила, что развитые страны будут сопротивляться любым значительным ослаблениям стандартов ИР, даже перед лицом опасностей для общественного здоровья. В последующие годы разрыв между развитыми и развивающимися странами по этим вопросам расширился и вышел за рамки ВТО. К середине десятилетия, было ясно, что более решительные усилия принудительного применения права столкнулись с серьезными и потенциально непреодолимыми препятствиями во всех заметных представительных международных органах. Центром этого сопротивления стала ВОИС. В 2007 году коалиции развивающихся стран (в составе Бразилии, ЮАР и Индии) удалось продвинуть программу развития посредством Генеральной Ассамблеи ВОИС, которая требует, чтобы новая политика ИР ставила приоритетами цели социально-экономического развития⁶.

Отраслевые планы по обходу возникающего тупика были заложены в серию встреч в 2004 и 2005 — сначала на первом Глобальном конгрессе по борьбе с контрафакцией, поддержанном Альянсом глобальных лидеров бизнеса против контрафакции⁷, а также Интерполом и ВОИС в качестве принимающей стороны. Эти планы набрали обороты в июле 2005 года на встрече G8, где японские представители предложили создание нового режима принудительного применения права для борьбы с пиратством и контрафакцией. Они получили дальнейшую поддержку от запуска BASCAP, программы Международной торговой палаты, которая стала главным голосом за более агрессивную политику принуждения к соблюдению прав.

Первый плод этих усилий появился в 2006 году, когда члены G8 начали переговоры в Брюсселе в рамках Всемирной таможенной организации (World Customs Organization — WCO) по усилению международных таможенных стандартов принудительного применения прав с помощью нового соглашения, названного SECURE (Стандарты, которые должны применяться таможей для равномерного принудительного применения прав). Правообладатели ИР рассматривали WCO как благоприятный форум, поскольку корпорации работали на равной основе с правительствами и не были обязаны публично раскрывать свои переговоры или допускать участие защитных или потребительских групп.

SECURE предусматривало новые обязанности для таможенных органов и включило в себя ряд положений «ТРИПС-плюс плюс», которые выходят за рамки дополнительного расширения защиты ТРИПС. Оно расширило сферу правоприменительной деятельности таможенных органов от её традиционных рамок применения во время ввоза товаров до полного комплекса мероприятий, определяющих заграничную торговлю, в том числе экспорт, транзит, хранение и перегрузку товаров. Оно уменьшило обязательства правообладателей представлять доказательства нарушения для того, чтобы инициировать обыск или изъятие, и оно уполномочило таможенные органы налагать наказания сдерживающего характера в случае нарушения каких-либо законов о правах интеллектуальной собственности, не ограничиваясь традиционными вопросами контрафакции и пиратства. Критики опасаются, что последние создадут презумпцию вины по сложным вопросам, в отношении которых таможенные чиновники имеют низкую квалификацию для вынесения решения, таким, как нарушение патента — вопрос особого интереса для производителей непатентованных лекарственных средств — и нарушения законов о препятствии обходу технической защиты, регулирующих техни-

⁶ Программа развития ВОИС <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/>

⁷ В GBLAAC входят Coca-Cola, Chrysler, Pfizer, Proctor & Gamble, American Tobacco, Phillip Morris, Swiss Watch, Nike, and Canon (Shaw 2008).

ческие меры защиты (ТМЗ), используемые в области электроники и программного обеспечения (Li 2008).

Поскольку WCO — многосторонняя организация, как и ВТО, с участием представителей около 170 стран, она послужила форумом для развивающихся стран, чтобы высказать озабоченность относительно этих расширенных полномочий и затрат на их реализацию. Когда в 2008 году стало ясно, что эта коалиция была достаточно большой, чтобы заблокировать принятие SECURE, процесс замедлился, а в конечном итоге был оставлен в середине 2009.

Однако SECURE не было единственной разрабатываемой инициативой в сфере принудительного применения права. Через две недели после принятия Программы развития ВОИС в сентябре 2007, американские, европейские и японские чиновники заявили, что они будут обсуждать соглашение, чтобы «установить новый, более высокий ориентир для принудительного применения, к которому страны смогут присоединиться на добровольной основе» (USTR 2007). Этим предложением стало Торговое соглашение по борьбе с контрафакцией (АСТА), обсуждавшееся в течение трёх лет и объявленное урегулированным в октябре 2010 года (несмотря на некоторые очевидные моменты, по которым оно осталось незавершенным). Основными партнерами в переговорах были Соединенные Штаты, Европейская Комиссия, Япония, Германия, Швейцария, Австралия, Корея, Канада, Новая Зеландия, Иордания, Марокко, Сингапур и Объединенные Арабские Эмираты. Примечательным было отсутствие промышленно развитых стран со средним уровнем дохода, которые были главными препятствиями на пути к более строгому принуждению к праву в ВОИС и ВТО — и главными мишенями США и Европы в давлении по принуждению к праву за прошедшее десятилетие⁸.

Различные проекты, объявленные сначала как усилия по укреплению координации между таможенными органами по вопросам контрафакции, все же просочились (а позднее, были опубликованы) в течение 2009 и 2010 и описывали гораздо более широкое соглашение, предназначенное для создания более высоких стандартов ТРИПС+ по принуждению к соблюдению прав в полном спектре вопросов о патентах, товарных знаках и авторском праве. Некоторые из наиболее спорных положений касались регулирования Интернета, в том числе положения о строгой субсидиарной ответственности и процедуры «уведомления и отключения» в американском стиле за незаконное содержание — меры, которые дали бы правообладателям гораздо больший контроль над интернет-провайдерами (ISP) и другими веб-сервисами. Черновики также включали жёсткие формулировки о борьбе с обходом технической защиты, предназначенные для криминализации методов обхода технической защиты, используемых для защиты цифрового контента, такие как защита от копирования, используемая на DVD.

На заднем плане этих дискуссий — и периодически наблюдаемый в проектах — был сдвиг в отраслевом внимании от традиционных коммерческих нарушений к нарушениям, основанным на потребителях, проводимым в основном через Интернет. Хотя черновые формулировки никогда не упоминали потребителей или отдельных лиц в этом контексте, они создали основу для того, чтобы требовать от интернет-провайдеров и других веб-сервисов принимать какие угодно меры, которые правообладатели считали соответствующими, чтобы остановить нарушение. Большая часть нынешней дискуссии о принудительном применении прав в Интернете — и единственная конкретная мера, упомянутая в проектах — касается реализации законов «трех ударов», призван-

⁸ Как заявил Хисамитсу Араи (советник премьер-министра Японии Коидзуми) по имеющейся информации сотрудникам американского посольства в Токио: "Цель [предложенного соглашения АСТА] - решение проблемы интеллектуальной собственности в таких странах, как Китай, Россия и Бразилия, а не вести переговоры относительно различных интересов стран-единомышленников" (Wikileaks дипломатическое сообщение 06ТОКYO4025, 20 июля 2006 г.).

ных наказать потребителей, обвиняемых в многочисленных нарушениях. Но язык АСТА гибок относительно того, что представляет собой достаточное соблюдение прав, и, тем самым, создает условия для пересмотра стандарта с повышением нормы⁹.

Окончательный проект, выпущенный в октябре 2010¹⁰, отличается в некоторых важных отношениях от предыдущих, и пройдет некоторое время, прежде чем смысл конкретных изменений в формулировке будет понят в полной мере. На сегодняшний день доклады показывают, что в конце переговоров Соединенные Штаты отказались от большей части повестки по Интернету под давлением европейских переговорщиков и в попытке подвести процесс к быстрому завершению. В окончательном проекте выживет малая часть жестких формулировок о субсидиарной ответственности. Также ушли положения об «уведомлении и отключении», направленные на унификацию стандарта США по этому вопросу. Оставшееся в живых положение по борьбе с обходом средств защиты было размыто и теперь мало чем отличается от предыдущих конвенций ВОИС.

Но в других отношениях доработанный документ делает большой шаг в сторону более глубокой и всеобъемлющей культуры ответственности и принуждения в авторском праве. Окончательный текст заметно расширяет определение нарушения в коммерческом масштабе формулировкой «прямой или косвенной экономической или коммерческой выгоды» (гл. 4), заменяющей узкие определения и исключения, присутствующие в большинстве национальных законодательствах. Тот факт, что никто не может с уверенностью сказать, что означает в этом контексте «косвенные экономические преимущества», не случаен. Скорее, он создает рамки, в которых явно ничто не исключается из уголовных стандартов — позиция гораздо ближе к утверждению Закона США NET Act, что получение каких-либо ценностей составляет финансовую выгоду.

В другом месте текст одобряет (и может давать полномочия) использование установленных наказаний за нарушение, в отличие от обычной практики, кроме Соединенных Штатов, разрешения судьям своего усмотрения в вопросе ущерба. Он одобряет использование любых «разумных» требований ущерба, представленных правообладателем, в том числе, включая розничную цену товара (несмотря на то, что все отраслевые группы авторского права отказались от использования розничной цены при описании потерь).

В той степени, в какой присутствует гибкость в этих вопросах, она лежит в запутанных формулировках текста, допускающих многочисленные толкования, но также создающих знакомую динамику, в которой определять, чьи именно интерпретации имеют значение, будут соотношения сил между государствами. Свидетельство важности исключений и ограничений, которые делают авторское право более широким общественным договором между создателями и пользователями, наоборот, полностью отсутствует.

Другие аспекты АСТА также породили разногласия — в частности тайна переговоров, которая будучи нарушенной в нескольких случаях утечками, была отменена лишь частично в апреле 2010 с выпуском общедоступного проекта¹¹. Метод

⁹ RIAA и МРАА (Американская ассоциация кинокомпаний) просматривали свои последующие шаги в комментариях к американскому "IP-царю", Виктории Эспинел в 2010 году. К ним относятся разработка новых международных норм, требующих преимущественную фильтрацию контента интернет-провайдерами, и включение домашнего программного обеспечения для мониторинга (AFTRA и др., 2010).

¹⁰ Сводный текст проекта размещен на сайте Европейской Комиссии: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/anti-counterfeiting/>

¹¹ Эта тайна распространилась на выборных должностных лиц правительств, участвующих в переговорах, и произвела некоторые поразительные внутренние напряжения. В марте 2010 года

принятия также является спорным. В США администрация Обамы дала понять, что она будет рассматривать АСТА как «Единолично исполняемый договор», а не как конвенцию — очень необычный маневр для соглашения такого масштаба, предназначенный для того, чтобы обойти обычное требование о ратификации сенатом и необходимое в результате публичное обсуждение (Lessing and Goldsmith 2010)¹². На международном уровне линии фронта тоже начинают очерчиваться, причем Индия — не участник переговоров — даёт понять, что надлежащее место для дискуссий о принудительном применении права — это ВТО.

Индия прикладывает усилия по привлечению ВТО, чтобы выделить наиболее важный аспект АСТА: не конкретные меры в конвенции, а появление нового института, сконструированного, чтобы кооптировать существующие международные рамки для принудительного применения. Даже в своей разбавленной форме, АСТА объединяет разнообразие мер ТРИПС+ в новую основу для принуждения к соблюдению прав ИР. И, как и в случае с ТРИПС, это, почти наверняка, не конец истории. АСТА предоставит юридическую площадку для дальнейшего усиления мер охраны и принудительного применения права. Если прошлое является хоть каким-то показателем, работа по построению АСТА+ выпадет в первую очередь на торгового представителя США.

Офис торгового представителя США и Особый 301 доклад

Трудно переоценить важность Управления торгового представителя США в процессе «выбора площадки» и выравнивания на более высоком уровне международных норм. Особые ежегодные 301 доклады USTR являются кнудом в американском подходе кнута и пряника к международной политике в сфере ИР. Доклады взвешивают соответствие стран стандартам ИР и принудительного применения — и тем, которые есть в существующих конвенциях, и тем, которые Соединенные Штаты хотели бы видеть принятыми. Они выражают рекомендации о внесении изменений во внутреннее законодательство и предупреждают об американских условиях для присоединения к международным соглашениям, таким как ВТО. Они грозят и вознаграждают страны посредством включения или исключения из ежегодных «Списков наблюдения» и «Списков приоритетного наблюдения» и сигнализируют об американских намерениях принять санкции или другие меры, когда требования не выполняются.

Американские отрасли авторского права и USTR имеют, в ключевых аспектах, симбиотические отношения. ИПА сыграл важную роль в создании Особого 301 процесса, а ежегодные представления стран ИПА предьявляют первичное и часто единственное доказательство по вопросам авторского права, цитируемых в Особом 301 докладе. Во всех, кроме нескольких, случаях в каждом конкретном году USTR внимательно следит за рекомендациями ИПА в приписывании стран к спискам наблюдения. В 2008 году USTR принял сорок шесть из пятидесяти четырёх рекомендаций ИПА (84%). В 2010 го-

Европейский парламент проголосовал за требование раскрытия документов АСТА Европейской комиссией, которая является участником переговоров. Канадское правительство - также участник переговоров - выступило за полное раскрытие. Сенатор США обратился в USTR для получения дополнительной публичной информации. Просьбы о прозрачности были сделаны правительствами Испании, Франции и Швеции.

¹² диноличные исполнительные договоры считаются незначительными соглашениями, которые не требуют ратификации Конгрессом или даже президентской подписи. Некоторые ученые, в том числе Лессиг и Голдсмит, утверждали, что использование этой модели для АСТА является неконституционным, поскольку установление политики в области интеллектуальной собственности чётко определено, как законодательная функция, а не исполнительная. См. также Flynn (2010).

ду он принял все рекомендации по Списку приоритетных наблюдений и двадцать одну из двадцати четырёх рекомендаций по Списку наблюдения (уровень принятия 91%). По большей части, выводы и рекомендации ИРА просто проходят в отчетность USTR¹³.

Эти близкие отношения не случайны. USTR был создан в 1974 году, чтобы явно укрепить связи между промышленностью и правительством в ходе торговых переговоров. Его мандат пересматривался неоднократно в 1970-х и 1980-х, чтобы сделать USTR более чутким в реакции на потребности бизнеса, и пересматривался в дальнейшем, чтобы гарантировать, что она не будет ограничена или зажата в рамки положений существующих торговых соглашений, таких как ГАТТ, а затем и ВТО. Хотя другие страны предполагали, что многосторонний процесс разрешения споров в ВТО сделает односторонние усилия USTR излишними, на практике роль Особого 301 процесса расширилась на протяжении последних двух десятилетий.

История Особого 301 процесса

Особый 301 процесс основывается на раннем механизме торговой политики, известном как раздел 301, установленном с помощью Закона США о торговле 1974 года. Раздел 301 был создан для решения проблемы отсутствия эффективных механизмов принуждения к праву в существующих международных торговых соглашениях — в частности Генеральном соглашении по тарифам и торговле (ГАТТ), наборе глобальных правил торговли, которые предшествовали ВТО. Раздел 301 уполномочивал президента принимать экономические меры против стран, которые «отягощают или ограничивают торговлю Соединенных Штатов», в том числе приостановление торговых соглашений, введение пошлин или ограничений на импортируемые товары, и снятие особых преимуществ торговли для развивающихся стран (известных как Всеобщая система преференций, или ВСП)¹⁴.

Выводы раздела 301, по определению, — это односторонние выводы Соединенных Штатов и подчиняются его собственным стандартам. В то время это означало, что иностранные практики и политики не должны противоречить ГАТТ (или позднее, ВТО), чтобы не быть признанными «необоснованным». Он также не требовал от Соединенных Штатов принимать во внимание уровень экономического развития страны при определении того, что было справедливо или несправедливо — резкий отход от правил ГАТТ, которые поддерживали льготный режим для развивающихся стран.

Раздел 301 был активно поддержан экспортерами США, которые хотели более широкого доступа на зарубежные рынки в период распространенной иностранной защиты отечественных производителей¹⁵. Первоначально в этих усилиях принял участие широкий спектр экспортных отраслей — особенно производители автомобилей и электротехнические компании, обеспокоенные ростом японского экспорта в 1970-х. Но инициатива вскоре сместилась в направлении отраслей, основанных на интеллектуальной собственности — в особенности, фармацевтических компаний, производителей полупроводников и индустрии развлечений, — которые всё чаще рассматривали охрану интеллектуальной собственности как ключ к экспансии на мировые рынки. Стремление к

¹³ Фармацевтические исследователи и производители Америки (PhRMA) являются вторым по величине заявителем. Торговый представитель США исторически принял около 75% рекомендаций PhRMA.

¹⁴ Программы ВСП (Generalized System of Preferences - GSP) предоставляют исключения для развивающихся стран из равных требований ВТО, как правило, в форме более выгодных тарифов или иных условий торговли. США и ЕС поддерживают программы ВСП с большинством развивающихся стран.

¹⁵ Для общей истории этого процесса и её конечного результата в ВТО, см. Sell (2003), Harris (2006, 2008), и Drahos and Braithwaite (2007). О правилах органов ГАТТ, см. Lowenfeld (2002).

укреплению международного режима прав интеллектуальной собственности вскоре стало главным фронтом в этих усилиях.

Раздел 301 дополнялся поправками несколько раз в течение следующего десятилетия в ответ на лоббирование отрасли. Начальная поправка в 1979 году передала функции из министерства торговли в Управление торгового представителя США и увеличила восприимчивость к жалобам частного сектора промышленности. Вторая поправка в 1984 году устанавливала «адекватную и эффективную защиту прав интеллектуальной собственности» в качестве основания для 301 расследования и санкций. Это изменение отражало растущую координацию и уверенность лоббистских усилий IP отрасли — отмечившей тот год также основанием ПРА.

По настоянию ПРА, и особенно Джека Валенти из МРАА, статут раздела 301 снова дополнился поправками в 1988 году, чтобы создать новую, ориентированную на IP Особую 301 отчетность и процесс санкций. В условиях Особого 301 процесса, от торгового представителя США требуется определять зарубежные страны, которые «отрицают адекватную и эффективную защиту прав интеллектуальной собственности» или «справедливый и беспристрастный доступ к рынку американским лицам, которые полагаются на защиту интеллектуальной собственности»¹⁶ и подвергать их срочному расследованию. Эти требования привели к известным Списку наблюдения и Списку приоритетного наблюдения, которые служат в качестве предупредительных механизмов для стран, которые не соответствуют предпочтениям торгового представителя США по политике в сфере IP. Третий статус, Приоритетных зарубежных стран (PFC), представляет собой заключительный этап предупреждения. Обозначение PFC инициирует тридцатидневный отсчёт, в течение которого обозначенная страна должна «вступить в добросовестные переговоры» или «добиться значительного прогресса в двусторонних или многосторонних переговорах», либо столкнётся с санкциями.¹⁷

Санкции и двусторонние соглашения

Двусторонний подход к построению более сильного глобального режима IP сформировался в середине 1980-х годов. После пересмотра Закона США о торговле в 1984, администрация Рейгана быстро использовала новые положения раздела 301 об интеллектуальной собственности, чтобы начать расследования в отношении Кореи и Бразилии — двух стран с традициями защиты собственной промышленности.

Действия против Бразилии были разработаны, чтобы положить конец бразильской защите своих отечественных фармацевтических и компьютерных секторов. Дело 1985 года нацелилось на недостаточную защиту авторских прав на компьютерное программное обеспечение в Бразилии — инновацию, принятую в американском законе только в 1980 году. Бразилия уступила американским требованиям, и дело было урегулировано без санкций в 1988 году. Второе действие в 1987 году нацелилось на бразильское различие между фармацевтическими технологиями (которым предоставлялась патентная защита) и окончательной фармацевтической продукцией (которые не защищались). Это различие широко и законно, в соответствии с международным правом до принятия ТРИПС, применялось, чтобы поощрять «обратную разработку» важных препаратов и, соответственно, развитие местной фармацевтической промышленности. Поскольку преимущества бразильской позиции для общественного здравоохранения были чёткими и доходчивыми, и внутренние коммерческие интересы более укоренившимися, чем в области информационных технологий, бразильское правительство отказалось внести

¹⁶ 19 USC 2242(a).

¹⁷ 19 USC 2242(b)(1).

изменения в своё законодательство. Так как спор обострился в 1988 и 1989 годах, Соединенные Штаты ввели пошлины на импорт бразильских товаров на сумму около \$ 39 млн.¹⁸ Бразилия ответила иском в рамках ГАТТ, оспаривая законность возмездия. Соединенные Штаты, в свою очередь, блокировали формирование комиссии по урегулированию спора, делая невозможным судебное разбирательство по жалобе. Санкции в конечном итоге были отменены в 1990 году, когда новый президент Бразилии, предвосхищая требования ТРИПС о более полной патентной защите, согласился принять патенты на конечные фармацевтические продукты.

Дело 1985 года в отношении Кореи также, преимущественно о патентах на фармацевтические препараты, устанавливало то, что один переговорщик описывал как «план» для решения Особых 301 споров: двусторонние договоры или соглашения сторон, которые обязали отмеченные страны к более высоким уровням защиты патентных и авторских прав (Drahos and Braithwaite 2007:103; US / Korea 1986).

В обоих случаях действия USTR в конечном итоге привели к выходу более сильных корейского и бразильского законов об ИР, сконструированных для приведения этих стран в более полное соответствие американским пожеланиям. С точки зрения промышленности США эти результаты подтвердили 301 процесс и вдохновили усилия по принятию ещё более сильных положений Специального 301 процесса в 1988 году.

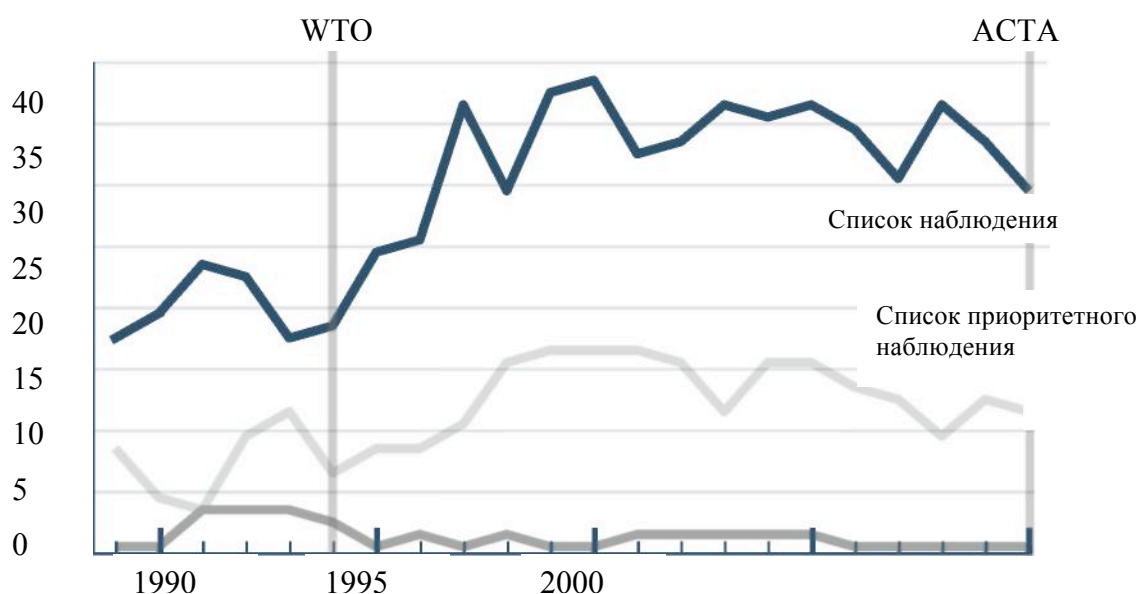
Стратегический аспект этих действий становился всё более явным в конце 1980-х, когда Уругвайский раунд переговоров в рамках ГААТ приблизил его заключение и заложил основу для нового международного соглашения по торговле — окончательного ВТО. Развивающиеся страны во главе с Индией и Бразилией поддержали укрепление существующих положений о контрафакции, но выступили против включения более широких правил ИР в форме ТРИПС. Такое включение не имело прецедентов в предыдущих торговых соглашениях и дублировало существующие международные форумы, такие как ВОИС, которые уже управляли широким спектром авторских и патентных договоров.

Соединенные Штаты поместили пять из десяти «бескомпромиссных партнёров», противостоящих ТРИПС, в первом Особом 301 докладе 1989 года — Бразилию, Индию, Аргентину, Югославию и Египет. Два года спустя Индия, Китай и Таиланд стали первыми приоритетными зарубежными странами, инициировав расследования Раздела 301. Бразилия потеряла свои преимущества GSP в 1988 году, Таиланд в 1989, а Индия в 1992 — все по вопросам, касающимся фармацевтических патентов. Американское давление в сочетании с гарантиями того, что ТРИПС закончит такие односторонние действия, в конце концов, разбило коалицию по борьбе с ТРИПС.

Режим предупреждений

С принятием ТРИПС, USTR обеспечило большинство целей ИР, которые он преследовал в 1980-х. Но успех не завершил программу. Вместо этого Конгресс внёс поправки в закон о торговле в 1994 году, чтобы указать, что даже в странах, полностью согласованных с ТРИПС, может отсутствовать «адекватная и эффективная» охрана ИР. С внесенными поправками закон уполномочивал использование Особого 301 процесса, чтобы продвинуть политику ИР и принудительного применения за пределы того, что требуется по ТРИПС. Эту задачу быстро взял на себя USTR.

¹⁸ Число, отражавшее требование раздела 301, что санкции "необходимо разработать таким образом, чтобы повлиять на товары или услуги иностранного государства, в сумме, эквивалентной по стоимости нагрузке или ограничению, наложенному этой страной на торговлю Соединенных Штатов".

Рисунок 2.1 Особый 301 отчет: число упоминаемых стран

Источник; авторы

Рисунок 2.1 показывает число стран, помещенных в американские списки наблюдения с момента создания Особого 301 процесса в 1989 году. Как и предполагалось, запуск ВТО оказал мощное воздействие на стратегию USTR: после 1994 года, применение санкций резко упало, и Особый 301 процесс стал преимущественно режимом по надзору и предупреждениям.

Это изменение отражало озабоченность по поводу законности Особого 301 процесса в рамках ВТО. ВТО устранило недостатки ГАТТ в принудительном применении, разрешая комиссиям по спорам формироваться без согласия обеих сторон и устанавливая механизм строгих санкций для членов, признанных виновными в нарушении правил ВТО. Принятое в результате Понимание урегулирования споров¹⁹ требовало от членов ВТО использовать предписанный процесс урегулирования любых вопросов о соответствии нормам ТРИПС²⁰. В 1999 году комиссия по урегулированию споров, созданная по инициативе Европейской комиссии, рассмотрела вопрос использования Раздела 301 в случаях, не связанных с IP, и постановила, что Соединенные Штаты не могут использовать данный процесс, чтобы вводить торговые санкции вне процесса урегулирования споров (WTO 1999). Это решение было воспринято как сигнал, что санкции, введенные в Особом 301 процессе в отношении поведения, охватываемого ТРИПС, сами нарушают соглашение ВТО. Последующие действия USTR, похоже, отражает эту проблему. С 1994 года USTR инициировал санкции через Особый 301 процесс лишь однажды в отношении члена ВТО – Аргентины в 1997 году, по обвинению в нарушении патентов на фармацевтические препараты. Аргентина быстро сдалась, и Соединенные Штаты избежали прямого вызова законности Особой 301 программы.

¹⁹ Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров ВТО, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm.

²⁰ Статья 23.2 гласит: "Членам организации не следует давать определение результату, что нарушение имело место, что выгоды были аннулированы или уменьшены, или что достижение любой цели охваченных соглашений было затруднено, кроме как через обращение к урегулированию споров в соответствии с правилами и процедурами этого понимания".

Существует также некоторый базис в судебной практике ВТО для того, чтобы рассматривать списки наблюдений как нарушение правил ВТО. В том же процессе 1999 года по урегулированию споров, группа ВТО объяснила, что «единичные угрозы» односторонних санкций вне процесса по урегулированию рискуют подорвать основной принцип легитимности ВТО, «равную защиту как больших, так и маленьких»:

Члены организации, столкнувшиеся с угрозой односторонних действий, особенно если она исходит от экономически мощного члена организации, могут в действительности быть вынуждены уступить требованиям, предъявляемым членом, приводящим угрозу. . . Иными словами, просто обладание большой палкой является, во многих случаях, таким же эффективным средством настоять на своём, как и фактическое использование палки. Единичная угроза поведения, запрещенного ВТО, позволит рассматриваемому члену организации оказывать неуместные воздействия на других ее членов. Это бы нарушило сами стабильность и равновесие, которым должно было способствовать многостороннее разрешение споров и, следовательно, установить действительно равную защиту как больших, так и маленьких, сильных и менее сильных членов организации через последовательное применение набора правил и процедур. "(WTO 1999: Пара. 7,89).

Многие наблюдатели ВТО интерпретировали это руководство как выстрел межбровей американским спискам наблюдений, но вопрос никогда не рассматривался.

Следовательно, в эпоху ВТО карательная сила Особого 301 процесса стала менее прямой. Статус в списке наблюдения до сих пор отмечает американское недовольство, но это недовольство более не приводит к санкциям для членов ВТО. Соединенные Штаты обладают другими способами продвижения своих позиций в торговых спорах, в том числе путём самого процесса урегулирования споров ВТО, в котором они являются наиболее частым пользователем²¹. В связи с требованиями, которые стремящиеся в члены ВТО страны обсуждают с основными торговыми партнерами в соглашениях о присоединении, вступление в ВТО также стало узким местом, где пущены в ход требования Особого 301 процесса. Это был, в частности, случай России и ряда других постсоветских республик, которые приняли стандарты ТРИПС +, пытаясь обеспечить американское одобрение для присоединения.²²

Соглашения о свободной торговле также часто являются частью процесса урегулирования споров вокруг Особого 301 процесса, и американские официальные лица признали, что включение в годовой Особый 301 доклад может зависеть от отношения страны к таким переговорам. Соглашения о свободной торговле почти всегда включают более строгие обязательства ИР, чем в ТРИПС, в том числе — в области авторского права — присоединение к договорам ВОИС в области Интернета и усиленные процедуры принудительного применения права со стороны полиции, судов и пограничников. Подписание ФТА, однако, не обеспечивает свободный пропуск со стороны USTR. Израиль, Канада, Мексика и Чили все сохранили свои места о списках наблюдений после подпи-

²¹ Из 402 урегулированных споров ВТО на сегодняшний день, США является истцом в 92 случаях. ЕС является вторым с 80 начатыми спорами. Среди других ведущих заявителей: Канада, 31, Бразилия, 23, Мексика, 17, Индия, 16; Корея, 13, Китай, 6 (с момента вступления в 2001).

²² Утверждение договоров ВОИС в области Интернета было ключевым мерилом соответствия требованиям Торгового представителя США. После двенадцати лет в Списке приоритетного наблюдения Россия подписала договоры об Интернете в феврале 2009 года. Казахстан (Список наблюдения, 2000-2005) подписал договоры в 2004 году, Азербайджан (Список наблюдения 2000-2005) в 2006 году. Украина, которая была подвергнута санкциям за нарушения авторского права в период между 2001 и 2005 годами, подписала в 2002 (и присоединилась к ВТО в 2008).

сания соглашений о свободной торговле, в том числе по причине плохой реализации этих соглашений. Чили была перенесена из Списка наблюдения в Список приоритетного наблюдения годы спустя после подписания Соглашения о свободной торговле с Соединенными Штатами.²³

Участие и влияние

USTR имеет прямые связи с промышленностью посредством различных консультативных комитетов. Промышленный функциональный консультативный комитет по правам интеллектуальной собственности в вопросах торговой политики (The Industrial Functional Advisory Committee on Intellectual property Rights for Trade Policy Matters – IFAC-3) играет ведущую роль там, где затрагивается Особый 301 процесс, и включает в себя ИРА, PhRMA, Time Warner, RIAA и длинный список других компаний и отраслевых организаций.²⁴ Такие официальные связи дополняются давними дверями-вертушками между USTR и его клиентами из отрасли, что создаёт систему поощрений для должностных лиц USTR, которые удовлетворяют запросам отрасли. USTR и другие федеральные агентства с обязанностями в отношении IP и по принудительному применению права были обычными полустанками для выгодной карьеры в отрасли в последние три десятилетия — и, что немаловажно, двухсторонними полустанками.

Список бывших высокопоставленных должностных лиц USTR, работающих на организации, которые лоббируют USTR, довольно длинный и включает в себя Харви Бейла (в настоящее время в Международной федерации фармацевтических производителей и ассоциаций — IFPMA), Джо Паповича (в настоящее время RIAA) и бывшего главу Микки Кантора (в настоящее время PhRMA). Офис авторского права также имеет свою долю влиятельных выпускников, включая бывшего генерального советника по политике и международным отношениям Ширы Перлмуттера (в настоящее время IFPI) и ранее связанного с переговорами по АСТА Стивена Теппа (в настоящее время в Торговой палате США). Дверь-вертушка распространяется на Министерство юстиции и столичные юридические фирмы, которые представляют медийные и технологические компании, и включает в себя ассортимент других политически связанных бывших должностных лиц, в том числе Дэна Гликмана, бывшего министра сельского хозяйства и главу МРАА до 2010 года и Брюса Лемана, бывшего главы офиса США по патентам и товарным знакам, и нынешнего директора Международного института интеллектуальной собственности — научного центра, поддерживаемого отраслью.²⁵

До недавнего времени в отношении Особого 301 процесса было мало давления для более широкого участия или процедурной прозрачности. Институциональная культура не одобряла это; наиболее очевидные затрагиваемые стороны — другие страны — не

²³ Израиль подписал ФТА в 1985 году, но часто появлялся в Списке наблюдения (1997, 2003, 2004) и Списке контрольного наблюдения (1998-2002; 2005-9). Канада подписала Североамериканское соглашение о свободной торговле (НАФТА) в 1994 году, но сохраняла место в Списке наблюдения каждый год, начиная с 1989 (за исключением 1994) и прогрессировала в Список приоритетного наблюдения в 2009 году. Мексика была в Списке наблюдения неоднократно с момента подписания NAFTA (1999; 2003-9), в основном в связи с пиратством фильмов. Американо-чилийское ФТА вступило в силу в январе 2004 года, и Чили провели пятнадцать лет в Списке наблюдения (1994 - 2006) и Списке контрольного наблюдения (2007-9).

²⁴ Полный список доступен на сайте USRT

http://ustraderep.gov/Who_We_Are/List_of_USTR_Advisory_Committees.html

²⁵ Для несомненно неполного списка см. «Вращающаяся дверь» (“The Revolving Door”) в базе данных принудительного применения прав интеллектуальной собственности <https://sites.google.com/site/iipenforcement/the-revolving-door>

имели значимого положения, и традиционная неясность торговой политики укрывала его от внимания общественности, направленной на политиков в соответствующих областях, таких как Федеральная комиссия по связи. Правовой статус Особого 301 процесса усиливает эти тенденции. Особый 301 процесс является «неофициальным судебным разбирательством», в отличие от формального судебного разбирательства или процесса нормотворчества. Как описано в Административно-процессуальном Законе США, вынесение судебного решения является техническим определением прав и обязанностей на основе существующих правил и прошлого поведения, в то время как нормотворчество является перспективой. На наш взгляд, это различие пропускает основную функцию Особого 301 процесса как инструмента для проталкивания иностранных и американских обязательств IP за рамки существующих обязательств без неудобств процесса интенсивных общественных обсуждений (как это требуется при нормотворчестве) или структурированного состязательного процесса (как требуется при формальном судебном решении).

Отсутствие формальности играет здесь важную роль и создаёт значительную свободу действий по отношению к процедурам. Примечательно, что неофициальные судебные решения не должны быть «опубликованы после возможности для слушания агентством». Даже это слабое требование было проигнорировано большей частью истории Особого 301 процесса: первое слушание состоялось в феврале 2010 года.

Тем не менее, выражение подверглось различным правовым толкованиям относительно того, что представляет собой соответствующий процесс в таких условиях, с сильным согласием в суде, что «минимальная процедур должна включать, по крайней мере, некоторую форму уведомления и возможность быть рассмотренной за разумное время и конструктивным образом».²⁶ На наш взгляд, Особый 301 процесс был вне соответствия с разумным пониманием этого стандарта. Минимальное и ещё недостаточное уведомление стало возможным лишь в 2008. Первой реальной возможностью быть рассмотренным стало слушание в 2010.

Символическое отношение

Несмотря на эту неясность, USTR должен отвечать определенным основным требованиям, чтобы оправдать свои результаты, включая действия на основании доказательств, собранных в ходе Особого 301 процесса. При включении в списки наблюдения приблизительно от пятидесяти до шестидесяти стран ежегодно требования к исследованиям Особого 301 процесса значительны. Роль USTR в этом процессе никогда не была чётко определена законом и быстро перешла к промышленности, которая увеличивала свой исследовательский потенциал на протяжении 1990-х годов, чтобы удовлетворить новый спрос. Это разделение труда быстро стало отражаться во внутренней организации USTR: в 2009 году лишь восемь из примерно двухсот сотрудников USTR работали над вопросами интеллектуальной собственности. Большинство выводов, юридических рекомендаций и стран, подробно обсуждаемых в Особых 301 докладах, просто резюмируют работы ПРА (и другие отраслевые доклады). На протяжении почти двух десяти-

²⁶ 32 Fed. Prac. & Proc. Judicial Review § 8136 (1-е изд.), утверждающее: "Как правило, все неофициальные судебные решения имеют некоторую форму из трех элементов - уведомление, некоторую возможность для участия и обсуждения". См. также 32 Fed. Prac. & Proc. Judicial Review § 8201 (1-е изд.), утверждающее: "Некоторые суды сказали, что минимальная процедура должна включать, по крайней мере, некоторую форму уведомления и возможность быть выслушанной за разумное время и в конструктивном образом".

летий ПРА и USTR были, соответственно, исследовательской и политической сторонами больших коллективных предприятий.²⁷

Специальный 301 процесс начинается каждый год с периода общественного обсуждения, предназначенного для сбора информации для доклада. Это, в принципе, процедура по выявлению фактов, которая принимает во внимание «любую информацию ... , которая может быть доступна для торгового представителя и ... , которая может быть представлена ... заинтересованными лицами».²⁸ Заинтересованные лица могут включать в себя другие страны, неамериканские отраслевые группы, неправительственные организации (НПО), и — в принципе — физических лиц. На практике это означало, преимущественно, американскую промышленность. Интерес USTR в выслушивании других сторон, как правило, рассматривался как незначительный, и это восприятие было подкреплено необычными ограничениями на сам процесс обсуждения. До 2008 года все комментарии от всех сторон должны были подаваться в один и тот же день — требование, которое сделало уведомления стран о жалобах и ответы на них в тот же год невозможными. В этих условиях, лишь совсем немногие страны (и обычно не группы гражданского общества) потрудились представить свои замечания, и немного из тех, кто в целом ответил на замечания предыдущего года.

По новым правилам, вступившим в силу в 2008 году, странам (но не НПО или другим сторонам) выделялись две дополнительные недели, чтобы представить свои замечания после того, как отраслевые материалы были получены. Эта маленькая брешь имела колоссальное воздействие на участие (см. таблицу 2.1): число стран, представивших комментарии, подскочило с трёх до двадцати четырех. В 2010 году, участие стран оставалось неизменным, но количество индивидуальных и некоммерческих комментариев выросло со скоростью взрыва, следуя за усилиями правовой защиты и общественных групп, чтобы привлечь внимание к АСТА и политике IP в целом.

Таблица 2.1 Комментарии на Специальный 301 доклад

	2007	2008	2009	2010
Компании и отраслевые группы	21	19	30	37
Страны из предыдущего списка наблюдений	4	3	24	25
Частные лица	0	2	1	441
Некоммерческие организации	1	0	0	26

Источник: авторы

В последние годы чувствительность торгового представителя США относительно Особого 301 процесса выросла, так как рамки торговых переговоров расширились, и возрос их общественный профиль. Как и другие правительственные учреждения, торговый представитель США также подвержен новым требованиям к принятию более

²⁷ Несколько случаев, в которых USTR отошёл от рекомендаций ПРА (в 2009 году Швеция, Нигерия, Казахстан, Литва и Бруней) указывают на несколько более широкое поле политических исходных данных, которые повлияли на решения USTR, в том числе геополитические цели, противоречивые запросы отрасли и другие факторы, формирующие двусторонние отношения. В Южно-Африканской Республике, например, дискуссионный спор о патентной защите лекарств от СПИД в конце 1990-х бросил тень на последующие запросы ПРА для включения ЮАР в Список наблюдения. USTR игнорировал эти просьбы в период между 2000 и 2006, и ЮАР с тех пор выпала из списка стран, на которые нацеливается ПРА.

²⁸ 19 USC 2242(b)(2)(B)

высоких стандартов доказательности и большей прозрачности в отношении исследований, которые он использует в процессе разработки политики. Большая часть этого давления, по иронии судьбы, возникла, когда отраслевые группы искали инструмент для предотвращения нежелательных регулирующих акций по результатам научных исследований, финансируемых из федерального бюджета. Этим основанием, в частности стал Закон о качестве данных 2000 года (Data Quality Act), который установил процедуры для заявителей, чтобы оспаривать данные, используемые при выработке политики.²⁹ Хотя многие рассматривают закон как победу лоббирования над наукой, интересный для подобных USTR учреждений вопрос заключается в том, что этот закон подразумевает в условиях, когда нет научной исследовательской культуры для неопределенности.

В 2005 году Бюро управления и бюджета издало интерпретацию Закона о качестве данных, которая требует экспертной оценки всегда, когда федеральное правительство распространяет «научную информацию, [которая имеет] чёткое и существенное влияние на важную государственную политику или решения частного сектора» на сумму более 500 млн. долл. США (OMB 2005). OMB не ограничил это требование естественными науками — в самом деле, он специально включил экономические и другие связанные с политикой исследования. Он отметил далее, что состязательный процесс комментариев, в котором противоборствующие стороны представляют и оспаривают комментарии друг друга, не является адекватной заменой для экспертной оценки. Когда министерство торговли осуществляло директиву OMB в 2006 году, оно сделало акцент на «прозрачности — и в конечном счете, воспроизводимости» как на ключевом стандарте в политических исследованиях и пояснило, что прозрачность «является сущностью, показывающей, как вы получили те результаты, которые вы получили» (Департамент Торговли 2006).

Фактический аутсорсинг научных исследований в ИРА и другие отраслевые группы позволяет USTR освободить Особый 301 процесс от таких усилий по контролю качества. Ничто в Законе о качестве данных или бюллетене OMB не говорит о требованиях прозрачности для исследований, проводимых в частном порядке, или обсуждает, как улучшить процессы выработки политики, которые полностью зависят от них. Отсутствие слушаний или разумно структурированного процесса комментирования гарантирует, далее, что Особый 301 процесс недоиспользует даже более низкие стандарты доказательности состязательного процесса, в котором заинтересованные стороны комментируют и отвечают друг другу. USTR действительно, тем не менее, устанавливает два скромных требования к представленным замечаниям. Он указывает, что (1) комментарии должны «предоставить всю необходимую информацию для оценки влияния законов, политик и практик»; и (2) «любые комментарии, которые включают количественные претензии о потерях, должны сопровождаться методологией, используемой при расчёте таких оценённых потерь»³⁰. Как мы уже утверждали в главе 1, эти требования не удовлетворяют никакому разумному стандарту.

Ничто из этого не является особенно удивительным, учитывая историю и цели Особого 301 процесса. Программа очень умело выполняла свою миссию по переносу американской отраслевой позиции в торговую политику. Но по мере того, как торговые переговоры приобретают всё большее значение в национальной и международной по-

²⁹ Замысел лоббистов табачной промышленности, Закон о качестве данных, был использован, чтобы поставить под сомнение финансируемые из федерального бюджета исследования по целому ряду вопросов здравоохранения и окружающей среды, от последствий воздействия пестицидов, как Атрацин, до исследований среды обитания животных, используемых для ограничения разрешений на лесозаготовку на федеральной земле.

³⁰ USC 2242(b)(2)(B).

литике, стандарты процедурной чистоты и доверия могут и должны меняться. Хотя USTR не несёт прямой ответственности за отраслевые претензии, он действительно несёт установленную ответственность за информацию, которую он представляет в качестве фактической, и он может игнорировать или отклонять материалы, которые не в состоянии удовлетворить его собственные стандартам доказательности. Хотя экспертную оценку трудно согласовать со сторонней подачей комментариев, USTR мог бы сделать гораздо больше для обеспечения надежного и — на наш взгляд — более эффективного процесса выработки политики. Эти шаги могли бы начинаться с (1) серьёзного отношения к своим собственным требованиям о предоставлении доказательств; (2) создания более динамичного и открытого процесса комментирования и (3) построения более разнообразного представления в слое консультативных и координационных комитетов, которые устанавливают программу работы USTR, включая группы потребителей.

Зарубежные страны

Всплеск в государственных комментариях, который начался в 2009 год, был также отмечен заметным изменением в тоне. Традиционно, зарубежные страны были почтительными в своих диалогах с USTR — часто очень вежливыми. Страновые комментарии, обычно, перечисляют меры, принятые в прошлом году, чтобы удовлетворить американским пожеланиям, и на этом основании требуют исключение из списков наблюдения. Местные политические и полицейские правоприменительные мероприятия в отмеченных странах также часто следуют сезонному ритму Особого 301 процесса, по мере того, как правительства стремятся предотвратить попадание в списки.

Иногда, страны направляли более острые возражения против требований USTR и отраслевых исследований, лежащих в их основе. В 1992 году Италия оспорила оценку МРАА потерь в 224 млн. долл. от пиратских видеокассет с фильмами — уделяя особое внимание предположению, что пиратские продажи видеокассет представляли потери один к одному в отношении продаж билетов (Drahos and Brathwaite 2007:97). Но такие комментарии и, особенно, комментарии по поводу исследований были редкими. Страны игнорировали, уступали или пытались обойти Особый 301 процесс. Они редко оспаривали его.

Есть признаки того, что эта политика избегания начинает меняться. Комментарии стран от 2009 и 2010 годов включают в себя ряд необычайно резких опровержений, в том числе критику Особого 301 процесса, требований ИПА и жалоб USTR о политиках, которые соответствуют ТРИПС.³¹ Большинство из этих комментариев обращают внимание на непоследовательность в доказательствах и стандартах, лежащих в основе различных предупреждений. Израиль — в Списке приоритетного наблюдения в 2008 и 2009 — резко ответил в 2009 году на критику ИПА и USTR по поводу своего недавно пересмотренного Закона об авторском праве. В достаточных подробностях он возражал против односторонних заявлений США о том, что он выходит за рамки существующих международных обязательств по таким вопросам, как срок охраны авторского права для звукозаписей, за рамки положений о справедливом использовании, о правовой охране соответствующих технических средств защиты, процедур отключения для интернет-провайдеров, ответственности конечных пользователей пиратского программного обеспечения, компенсации за случайное изъятие законных товаров и большей части остального сборника ТРИПС+ (Israel 2009). Турция, которая появлялась в Списке приоритетных наблюдений с 2004 от 2007 и в Списке наблюдения в 2008, 2009 и 2010

³¹ Комментарии можно найти на [regulations.gov](http://www.regulations.gov):
<http://www.regulations.gov/search/Regs/home.html#home> (Docket ID # USTR-2009-0001)

годах, предложила аналогичную критику односторонних действий США по отношению к продолжающимся спорам о фармацевтических патентах.³²

Испания, которую ПРА описывало в 2009 году как имеющую «худшую на душу населения проблему пиратства в Интернет в Европе и одну из худших в общем рейтинге Интернет пиратства в мире», также активно опровергала претензии ПРА, утверждая, что «многочисленные утверждения в докладе совсем не основаны на данных, содержащихся в докладе, или на логичных доводах» (Jordan 2009). Опираясь на свои собственные данные потребительских обследований, испанское правительство оспорило уровни музыкального пиратства, цитируемые в докладе ПРА, обратило внимание на пробелы в данных ПРА, подчеркнуло свой собственный твердый рейтинг в отчете о пиратстве, подготовленном Альянсом делового программного обеспечения, и напомнило USTR о своих обязательствах по принудительному применению права через своё участие в переговорах АСТА.

Переходный режим

С нашей стороны, детали или даже точность последних государственных опровержений менее интересны, чем то, что они предлагают об эволюции Особого 301 процесса. Более доступное окно для комментариев и очевидная склонность стран к его использованию отмечает шаг к открытости и подотчетности такого рода, которую USTR в целом избегало с момента своего образования.³³

Эти маленькие шаги также облегчают трения в том, что оказывается переходным моментом в глобальной политике в сфере IP и режима принудительного применения. С учреждения ВТО в 1994 году USTR работал в пространстве неоднозначной законности и мягкого насилия — способного угрожать странам, но, в основном, не в состоянии воплотить в жизнь эти угрозы, опасаясь появления неблагоприятного постановления ВТО. Устойчивость этой позиции, на наш взгляд, была продуктом ряда факторов, включая фактическую монополию отрасли в рассуждениях о доказательствах пиратства; дезорганизацию коалицию развивающихся стран по политике в сфере IP; а также общую неясность вопросов авторского права и принуждения к соблюдению его норм, что позволило процессу выработки политики IP пролететь под радаром большинства потребителей и групп общественных интересов. Тогда как все эти факторы считались истинной шесть или семь лет назад, трудно привести веские аргументы в пользу любого из них сегодня. Отраслевые исследования потеряла свою легитимность из-за своей непрозрачности и излишеств в своей информационно-пропагандистской кампании, развивающиеся страны более организованы и уверены в отношении политики в сфере IP, а также в принудительном применении настал «ход потребителя» в направлении мер, которые, наиболее вероятно, сделают неясные политические площадки в сфере IP, такие как USTR, гораздо более прозрачными в глазах общественно-

32

"Не существует правила, обязывающего государства-члены применять патентную связь (patent linkage) в Соглашении ТРИПС Процесс патентной связи, как это предусмотрено в законодательстве США, является не глобальным правилом, и отсутствие такой связи не может интерпретироваться как слабость в деле защиты прав интеллектуальной собственности" (Turkey 2009).

(Patent Linkage – процесс связи между министерством здравоохранения и патентным ведомством, чтобы предотвратить рыночное одобрение дженериков, пока не истечет патентная защита на лекарство или одобренное использование – прим.)

33

Существует также ряд косвенных доказательств того, что рост в совместной работе в 2010 повлиял на Особый 301 доклад за этот год. Примечательно, что верность USTR рекомендациям PhRMA снизилась с 75% в 2009 году до приблизительно 60% в 2010 году, следуя мощному давлению за исключение из списка стран со стороны защитников здоровья.

сти и склонными к обсуждениям. Единственно возможным путем вперед может быть только более прозрачный USTR.

Ослабление этого пятнадцатилетнего междуцарствия Особого 301 процесса также прослеживается в лидерстве USTR по текущему раунду выбора площадки принудительного применения прав IP. Признаки открытости агентства приходят в тот момент, когда некоторые из основных достижений USTR были заложены в АСТА. Конечная юрисдикция АСТА является неясной на данный момент и может оставаться таковой долгое время после того, как соглашение будет ратифицировано — если оно будет ратифицировано. Однако АСТА, по-видимому, как минимум, подорвет превосходство ВТО в принудительном применении и отбросит двусторонние и многосторонние режимы обратно в более тесную увязку, по крайней мере, временно. Особый 301 процесс вряд ли исчезнет в этом контексте. Скорее всего, он станет механизмом для оказания давления на другие страны, чтобы принять новый многосторонний режим, и в конечном итоге для новой политики АСТА+. Продолжение такого положения дел, по нашему мнению, будет ошибкой. В эпоху, когда торговля и соглашения об IP формируют основные вопросы общественного благосостояния от здравоохранения до налогов, чтобы расширить перспективы для экономического роста, процесс нуждается в солнечном свете, более широкой совместной работе и большей легитимности. USTR и Особый 301 процесс слишком влиятельны, чтобы оставаться играми инсайдеров.

Об исследовании

Эта глава сделана усилиями Джо Караганиса и Сина Флинна при ценном содействии Сьюзен Селл, Майкла Палмедо и Парва Фаттахы.

Ссылки

- AFTRA (American Federation of Television and Radio Artists), Directors Guild of America (DGA), International Alliance of Theatrical and Stage Employees (IATSE), Motion Picture Association of America (MPAA), National Music Publishers' Association (NMPA), Recording Industry Association of America (RIAA), and Screen Actor's Guild (SAG). 2010. Letter to the Intellectual Property Enforcement Coordinator (IPEC) in response to request for written submissions, March 24.
- Bailey, Aaron. 2002. "A Nation of Felons? Napster, the NET Act, and the Criminal Prosecution of File-Sharing." *American University Law Review* 51.
- Bayard, Thomas O., and Kimberly Ann Elliot. 1994. *Reciprocity and Retaliation in US Trade Policy*. Washington, DC: Peterson Institute for International Economics.
- Berne Convention. 1886. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P192_37445.
- Correa, Carlos, and Carsten Fink. 2009. "The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries." Issue Paper No. 22, Programme on Intellectual Property Rights and Sustainable Development, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, February. <http://ictsd.net/i/publications/42762/>.
- Department of Commerce. 2006. "Department of Commerce: Information Quality Guidelines." http://ocio.os.doc.gov/ITPolicyandPrograms/Information_Quality/dev01_003914.
- Drahos, Peter, and John Braithwaite. 2007. *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* New York: New Press.
- Flynn, Sean. 2010. "Over 75 Law Profs Call for Halt of ACTA." American University College of Law, Program on Information Justice and Intellectual Property. <http://www.wcl.american.edu/pijip/go/blog-post/over-75-law-profs-call-for-halt-of-acta>.
- Harms, Louis. 2007. The Enforcement of Intellectual Property Rights by Means of Criminal Sanctions: An Assessment. Geneva: WIPO Advisory Committee on Enforcement. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ace_4/wipo_ace_4_3.pdf.
- Harris, Donald. 2006. "Carrying a Good Joke Too Far: TRIPS and Treaties of Adhesion." *Journal of International Law* 27 (3): 681–755.
- . 2008. "The Honeymoon is Over: The US-China WTO Intellectual Property Complaint." *Fordham International Law Journal* 32 (1): 96–187.
- IIPA (International Intellectual Property Alliance). 2009. *2009 Special 301 Report on Copyright Infringement and Enforcement: Spain*. Washington, DC: IIPA. <http://www.iipa.com/rbc/2009/2009SPEC301INDIA.pdf>.

- Israel. 2009. "2009 Submission of the Government of Israel to the United States Trade Representative with Respect to the 2009 'Special 301 Review.'" <http://www.regulations.gov/search/Regs/home.html#documentDetail?R=09000064808e9bc5>.
- Jordan, Carmen. 2009. "Special 301 2009 Review: Comments from the Spanish Government." <http://www.regulations.gov/search/Regs/home.html#documentDetail?D=USTR-2009-0001-0050.1>.
- Lessig, Lawrence, and Jack Goldsmith. 2010. "Anti-Counterfeiting Agreement Raises Constitutional Concerns." *Washington Post*, March 26.
- Li, Xuan. 2008. "SECURE: A Critical Analysis and Call for Action." *South Bulletin*, no. 15.
- Lowenfeld, Andreas F. 2002. *International Economic Law*. London: Oxford University Press.
- OMB (Office of Management and Budget). 2005. "Final Information Quality Bulletin for Peer Review." *Federal Register* 2664.
- Sell, Susan K. 2003. *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Shaw, Aaron. 2008. "The Problem with the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (and What to Do About It)." *Knowledge Ecology Studies* 2.
- Turkey. 2009. "2009 Submission of the Government of Turkey to the United States Trade Representative with Respect to the 2009 'Special 301 Review.'" <http://www.regulations.gov/search/Regs/home.html#documentDetail?R=09000064808e9bc5>.
- US/Korea. 1986. "US-Korea Intellectual Property Rights and Insurance Understandings (1985-1986)." *Bilaterals.org*. <http://www.bilaterals.org/spip.php?article388>.
- USTR (Office of the US Trade Representative). 2007. "Schwab Announces U.S. Will Seek New Trade Agreement to Fight Fakes." News release, October 23. <http://www.ustr.gov/ambassador-schwab-announces-us-will-seek-new-trade-agreement-fight-fakes>.
- WTO (World Trade Organization). 1999. "DS152: European Communities v. US, Sections 301-310 of the Trade Act 1974." *Dispute Settlements*. http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds152_e.htm.
- . 2009. DS362: China—Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights. Geneva: WTO. http://www.wto.org/english/news_e/news09_e/362r_e.htm.