

Н. В. Иванов

Авторские и смежные права в музыке

монография

2-е издание

Под редакцией

доктора юридических наук,
профессора **А. П. Сергеева**



Никита Иванов

**Авторские и смежные права в
музыке. 2-е издание. Монография**

«Проспект»

Иванов Н. В.

Авторские и смежные права в музыке. 2-е издание. Монография /
Н. В. Иванов — «Проспект»,

ISBN 978-5-39-218586-3

Второе издание книги Н. В. Иванова «Авторские и смежные права в музыке» содержит подробный анализ правовой охраны музыкальных произведений, исполнений музыкальных произведений и фонограмм с учетом произошедших за последние годы изменений в законодательстве и правоприменительной практике. По сравнению с предыдущим изданием в представленном издании значительное внимание уделено вопросам распоряжения авторскими и смежными правами на результаты интеллектуальной деятельности в области музыки. Содержащиеся в работе выводы и их аргументация могут быть использованы органами законодательной и исполнительной власти в деятельности по реформированию гражданского законодательства, органами судебной власти при подготовке руководящих постановлений по вопросам правоприменения и разрешении конкретных споров в сфере авторского права и смежных прав, практикующими юристами при представлении интересов правообладателей или пользователей, работниками образования при подготовке учебных пособий или курсов по авторскому праву, студентами, аспирантами, соискателями и докторантами при изучении соответствующего раздела гражданского права. Законодательство приведено по состоянию на 15 января 2015 г. Книга также может быть интересна и полезна авторам музыкальных произведений, артистам-исполнителям, изготовителям фонограмм, их правопреемникам при поиске оптимального варианта осуществления и защиты принадлежащих им прав, а также пользователям и всем, кто интересуется вопросами авторского права и смежных прав.

ISBN 978-5-39-218586-3

© ИВАНОВ Н. В.

© ПРОСПЕКТ

Содержание

Введение	7
Раздел I. ПРАВОВАЯ ОХРАНА МУЗЫКАЛЬНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ	9
ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ МУЗЫКАЛЬНОГО ПРОИЗВЕДЕНИЯ КАК ОБЪЕКТА АВТОРСКОГО ПРАВА	9
§ 1. Общие положения	9
§ 2. Музыкальное произведение как результат творческой деятельности	10
§ 3. Объективная форма музыкального произведения	14
§ 4. Мелодия, гармония и ритм как элементы формы музыкального произведения	15
§ 5. Название музыкального произведения	17
§ 6. Аранжировка и обработка как производные музыкальные произведения	19
§ 7. Правовой режим аранжировок и музыкальных обработок, созданных в период действия советского авторского законодательства	26
§ 8. Музыкальные сборники как объекты авторского права	28
§ 9. Музыкальные произведения, созданные с использованием программ для ЭВМ и баз данных	30
§ 10. Музыкальные произведения, не охраняемые авторским правом	31
§ 11. Музыкальные произведения, пользующиеся частичной правовой охраной	33
ГЛАВА 2. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ ПО ИСПОЛЬЗОВАНИЮ МУЗЫКАЛЬНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ	36
§ 1. Общие положения	36
§ 2. Публичное исполнение	37
§ 3. Сообщение в эфир	55
Конец ознакомительного фрагмента.	62

Н. В. Иванов
АВТОРСКИЕ И СМЕЖНЫЕ
ПРАВА В МУЗЫКЕ

Монография

2-е издание

**Под редакцией доктора юридических
наук, профессора А. П. Сергеева**



[битая ссылка] ebooks@prospekt.org

Введение

Музыка всегда являлась и является на сегодняшний день одним из самых востребованных видов искусства. В последние десятилетия использование результатов творческой деятельности в области музыки приобрело массовый характер, появились новые способы использования музыкальных произведений, музыкальных исполнений и фонограмм, позволяющие получать доступ к указанным объектам все более широкому кругу лиц. Стремительное развитие техники существенно обострило конфликт между развивающимися институтами авторского права и смежных прав с одной стороны и объективными потребностями общества в доступе к культурным ценностям, к информации с другой стороны. Простота и доступность современных технических средств, предоставляющих их владельцам фактическую возможность беспрепятственного использования результатов интеллектуальной деятельности в области музыки, в частности возможность их «цифрового» копирования в неограниченных количествах, привели к масштабному увеличению случаев нарушения законодательства об авторском праве и смежных правах.

Низкий уровень соблюдения законодательства в рассматриваемой сфере во многом вызван также тем, что подавляющее большинство современных музыкантов не осведомлены о принадлежащих им правах и о возможных способах их осуществления и защиты. Как следствие, они зачастую совершают грубые ошибки при решении вопросов об использовании созданных объектов.

Несмотря на указанные обстоятельства, за последние 55 лет в отечественной юридической литературе была написана лишь одна монографическая работа, посвященная правовой охране музыкальных произведений (Зильберштейн Н. Л. Авторское право на музыкальные произведения. М., 1960). Издания, в которых бы непосредственно рассматривались в высшей степени взаимосвязанные вопросы правовой охраны музыкальных произведений, музыкальных исполнений и фонограмм с записями исполнений музыкальных произведений, в отечественной юридической литературе вообще отсутствуют.

Настоящая книга призвана восполнить образовавшийся пробел. Издание представляет собой последовательный анализ современной российской правовой охраны музыкальных произведений, музыкальных исполнений и фонограмм с записями музыкальных исполнений.

Работа написана на основе действующего российского законодательства, с учетом положений международных договоров в области авторского права и смежных прав, участником которых является Российская Федерация, а также с учетом правоприменительной практики последних лет.

Во втором издании данной книги учтены последние изменения российского законодательства, правовые позиции высших судебных инстанций, а также рассмотрен более широкий круг вопросов правовой охраны музыкальных произведений, музыкальных исполнений и фонограмм.

Содержащиеся в работе выводы и их аргументация могут быть использованы органами законодательной и исполнительной власти в деятельности по реформированию законодательства об авторском праве и смежных правах, органами судебной власти при подготовке руководящих постановлений по вопросам правоприменения и разрешении конкретных споров в сфере авторского права и смежных прав, практикующими юристами при представлении интересов правообладателей или пользователей, работниками образования при подготовке учебных пособий или курсов по авторскому праву, студентами, аспирантами, соискателями и докторантами при изучении соответствующего раздела гражданского права.

Книга также может быть интересна и полезна авторам музыкальных произведений, артистам-исполнителям, изготовителям фонограмм и их правопреемникам при поиске оптималь-

ного варианта осуществления и защиты принадлежащих им прав, а также пользователям и всем, кто интересуется вопросами авторского права и смежных прав.

Раздел I. ПРАВОВАЯ ОХРАНА МУЗЫКАЛЬНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ МУЗЫКАЛЬНОГО ПРОИЗВЕДЕНИЯ КАК ОБЪЕКТА АВТОРСКОГО ПРАВА

§ 1. Общие положения

В соответствии с п. 1 ст. 1259 Гражданского кодекса РФ¹ (далее – ГК, ГК РФ) музыкальные произведения с текстом или без текста являются объектами авторских прав.

Законодательство об авторском праве традиционно не содержит легального определения произведения. Данный пробел отчасти восполнен в юридической науке: в трудах отечественных ученых, специализирующихся в области авторского права, можно обнаружить множество различных вариантов определения произведения. Наибольшее распространение получило определение, данное В. И. Серебровским более пятидесяти лет назад. Под произведением он понимал «совокупность идей, мыслей, образов, получивших в результате творческой деятельности автора свое выражение в доступной для восприятия человеческими чувствами конкретной форме, допускающей возможность воспроизведения»². Довольно просто, в строгом соответствии с законом определяет произведение Э. П. Гаврилов – как «результат творческой деятельности автора, выраженный в объективной форме»³. Напротив, сложно и сугубо с материалистических позиций понимал произведение В. Я. Ионас. Произведение, по его мнению, есть «отражение действительности, являющееся синтезом идей (понятий или образов), выраженное в объективной форме, содержащее решение задачи познания и преобразования человека, общества и природы»⁴. Существует также множество других вариантов определения произведения, которые, так или иначе, раскрывают его сущность.

В отличие от понятия «произведение», понятие «музыкальное произведение» в юридической литературе обычно не раскрывается. Для того чтобы сформулировать соответствующее определение, необходимо обратиться к одному из его составляющих – понятию «музыка». В одном из самых авторитетных музыковедческих изданий современности музыка определяется как «вид искусства, который отражает действительность и воздействует на человека посредством осмысленных и особым образом организованных по высоте и во времени звуковых последований, состоящих в основном из тонов – звуков определенной высоты»⁵.

Таким образом, музыкальное произведение можно определить как совокупность идей и образов, получивших в результате творческого процесса отражения человеком реальной действительности свое выражение в форме организованных по высоте и во времени звуковых последований. Именно о правовой охране данного явления окружающей действительности пойдет речь в настоящей главе.

Общепризнанным в современной науке авторского права является тезис о том, что авторское право охраняет форму произведения и безразлично к его содержанию. Данный принцип

¹ СЗ РФ. 2006. № 52 (ч. 1). Ст. 5496.

² Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 32.

³ Гаврилов Э. П. Комментарий к закону об авторском праве и смежных правах. М., 2005. С. 44.

⁴ Ионас В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М., 1963. 25.

⁵ Музыкальная энциклопедия / под ред. Ю. В. Келдыша. М., 1976. Т. 3. С. 730.

закреплен в п.5 ст. 1259 ГК, в соответствии с которым авторские права не распространяются на такие элементы содержания произведения, как идеи, концепции, принципы, методы, способы. Данная норма распространяет свое действие на все без исключения виды произведений, в том числе на музыкальные произведения.

Охраняемую форму произведения принято делить на внутреннюю и внешнюю. Внутренняя форма состоит из образов, являющихся неотъемлемой частью сюжета произведения. Внешнюю форму произведения образует язык, т. е. конкретные выразительные средства, которые используются автором для передачи образов⁶.

Принимая во внимание специфику выразительных средств, используемых в музыке, можно утверждать, что в случае с музыкальными произведениями правовой охране подлежит лишь внешняя форма произведения. Внешнюю форму музыкального произведения образует звуковой ряд, представляющий собой определенную последовательность звуков и созвучий различной высоты и длительности. Иными словами, авторское право охраняет собственно «музыкальный текст» – внешнюю составляющую музыкального произведения, которая непосредственно воспринимается при его прослушивании. Что касается внутренней формы музыкального произведения, то она по своей природе не может охраняться правом. Образы в музыке передаются с помощью различных по высоте, частоте, силе и длительности звуков, не имеющих четкой смысловой нагрузки, вследствие чего они являются недостаточно определенными и едва ли способны к правовой охране.

§ 2. Музыкальное произведение как результат творческой деятельности

Согласно ст. 1257, п. 3 ст. 1259 ГК произведения, являющиеся объектом авторского права, должны отвечать двум признакам: (1) они должны представлять собой результат творческой деятельности и (2) они должны быть выражены в объективной форме.

Итак, музыкальное произведение как объект авторского права должно представлять собой в первую очередь результат творческой деятельности. За всю историю развития авторского права в России понятие «творчество» так и не получило четкого определения ни в законодательстве, ни в юридической литературе. Зачастую творчество раскрывается через различные по своему содержанию признаки, такие как оригинальность, неповторимость, уникальность, самобытность человеческой деятельности. Предлагались различные варианты определения творчества. Например, В. И. Серебровский отмечал, что «творчество – это сознательный и в большинстве случаев весьма трудоемкий процесс, имеющий своей целью достижение определенного результата»⁷. Э. П. Гаврилов определяет творческую деятельность как «деятельность человеческого мозга, который способен создавать только идеальные образы, а не предметы материального мира»⁸. К сожалению, эти и другие многочисленные попытки выявления содержания понятия творчества, встречающиеся в литературе, нередко оказывались достаточно далеки от сути изучаемого явления.

При уяснении содержания понятия творчества в авторском праве важно учитывать, во-первых, что творчество – это прежде всего интеллектуальная, а не физическая деятельность человека и, во-вторых, что данная деятельность должна приводить к результату, ранее не существовавшему. Для авторского права важно не столько то, чтобы процесс создания произведения носил творческий характер, сколько то, чтобы достигнутый результат представлял собой

⁶ См. об этом подробнее: Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 2001. С. 116–119.

⁷ Серебровский В. И. Указ. соч. С. 34.

⁸ Гаврилов Э. П. Указ. соч. С. 44.

нечто особенное, оригинальное. Конечно, оригинальный литературный или художественный объект не может возникнуть из ниоткуда, его появлению на свет всегда предшествует определенная деятельность человека. Однако вполне возможна обратная ситуация, когда творческая деятельность не приводит к возникновению соответствующего результата. Например, автору приходит оригинальная идея, он начинает воплощать ее в жизнь, но в процессе работы отказывается от задуманного. В этом случае есть творческая деятельность, но нет ее результата, который и охраняется авторским правом.

Основываясь на современном уровне знаний в данной области, творчество в авторском праве можно определить как интеллектуальную деятельность человека в области литературы или искусства, направленную на создание оригинального результата.

Что касается критерия оригинальности, то при его определении следует учитывать два момента. Во-первых, необходимо обращаться к общепринятому в русском языке значению слова «оригинальный» – т. е. нетипичный, не похожий на других, отличающийся от других. Во-вторых, необходимо учитывать общепризнанное в науке авторского права положение о том, что для возникновения авторско-правовой охраны достаточно, чтобы созданный объект обладал хотя бы незначительной степенью оригинальности (нетипичноеTM, отличия от других объектов).

Присущие авторскому праву невысокие требования к признаку творчества, соблюдение которых предполагает, по крайней мере, возникновение правового режима производного произведения, не означают, что в авторском праве на музыкальные произведения действует презумпция оригинальности объекта, претендующего на правовую охрану. Законодательно установлена лишь презумпция авторства, согласно которой при отсутствии доказательств иного автором произведения считается лицо, указанное в качестве такового на оригинале или экземпляре произведения (ст. 1257 ГК). Аналогичной презумпции в отношении признака творчества (оригинальности) в действующем законодательстве не установлено⁹. В случае спора творческий характер деятельности по созданию произведения должен быть доказан лицом, которое заявляет о нарушении своих авторских прав. Соответственно, до того, как применять презумпцию авторства, необходимо установить, является ли объект, в отношении которого лицо заявило о своем авторстве, произведением – результатом творческой деятельности. Только в случае положительного ответа на данный вопрос вступает в действие презумпция ст. 1257 ГК, которая может быть опровергнута.

Данные выводы с очевидностью следуют из положений действующего законодательства, и до недавнего времени их однозначность не вызывала каких-либо вопросов среди специалистов. Почва для определенных сомнений появилась после вступления в силу акта официального толкования высших судебных инстанций – Постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 26.03.2009 № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹⁰ (далее – Постановление Пленумов ВС и ВАС № 5/29, Постановление). В п. 28 Постановления Пленумы ВС РФ и ВАС РФ разъяснили следующее: «...надлежит иметь в виду, что пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом». Иными словами, судебные инстанции констатировали наличие в авторском праве презумпции оригинальности произведения. Тем самым перераспределено бремя доказывания юридически значимых обстоятельств: при возникновении спора об охраноспособно-

⁹ Презумпция творческой деятельности автора и, соответственно, презумпция оригинальности созданного объекта была установлена лишь в отношении программ для ЭВМ и баз данных в п. 2 ст. 3 Закона РФ от 23.09.1992 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» и действовала до 1 января 2008 г. Часть четвертая ГК РФ аналогичной презумпции не содержит.

¹⁰ ВС РФ. 2009. № 6.

сти произведения правообладатель не обязан доказывать его оригинальность; напротив, пользователь должен доказать ее отсутствие.

Данный подход, возможно, является справедливым по отношению к авторам и их правопреемникам, поскольку в условиях отсутствия четкого определения понятия «творчество» доказывание наличия признаков творчества в действиях автора и оригинальности произведения как его следствия представляет собой непростую задачу. Тем не менее нельзя не отметить, что подобное толкование вступает в прямое противоречие с законом, поскольку, как уже отмечалось, в законодательстве об авторском праве закреплена лишь презумпция авторства, но не презумпция творческой деятельности автора.

Еще более спорным представляется разъяснение высших судебных инстанций, непосредственно следующее за предыдущим: «...само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права» (п. 28 Постановления). Согласно данному дополнению провозглашенная презумпция оригинальности произведения становится практически неопровержимой. Даже если заинтересованное лицо докажет отсутствие у объекта оригинальности, этого может оказаться недостаточно для признания его неохраняемым. Необходимо доказать именно отсутствие признаков творчества в деятельности лица, заявившего себя автором. Представляется, что данная задача в большинстве случаев является невыполнимой. Произведения создаются, как правило, при «закрытых дверях», и установить в судебном порядке особенности деятельности лица по созданию конкретного произведения с помощью каких-либо объективных доказательств едва ли удастся.

На наш взгляд, позиция Пленумов ВС РФ и ВАС по вопросу доказывания творчества и оригинальности в авторском праве является ошибочной. Фактически главный признак охраноспособности произведения – оригинальность объекта как следствие творческой деятельности автора сведен на нет. Для того чтобы приобрести статус автора произведения, достаточно заявить себя создателем некоего набора звуков, слов или изображений, выраженного в объективной форме. Опровергнуть наличие объекта и субъекта авторского права в подобных условиях едва ли возможно. Учитывая данные обстоятельства, рассматриваемое официальное толкование нуждается в корректировке и приведении в соответствии с законодательством и доктриной авторского права.

В силу прямого указания закона на решение вопроса об оригинальности произведения и его правовую охрану в целом не влияют такие факторы, как профессионализм автора, актуальность, востребованность, эстетический уровень достигнутого результата и прочие качественные характеристики. В соответствии с п. 1 ст. 1259 ГК произведение подлежит правовой охране вне зависимости от его достоинства. Из этого, в частности, следует, что авторским правом охраняются оригинальные музыкальные произведения любых стилей и направлений.

Авторское право традиционно не предъявляет требований к объему произведения – музыкальное произведение подлежит правовой охране независимо от его продолжительности. И многочасовая опера, и длящаяся лишь несколько секунд звуковая дорожка рекламного ролика являются объектом авторского права. Разумеется, риск признания неохраноспособным краткого произведения выше, поскольку чрезмерная лаконичность может свидетельствовать об отсутствии признаков творчества в действиях лица, объявившего себя автором (при создании последовательности из двух-трех звуков, например). Тем не менее заранее исключать из круга объектов авторского права незначительные по продолжительности произведения было бы неверным.

В литературе неоднократно отмечалось, что творческая деятельность по созданию музыкального произведения характеризуется определенной спецификой, поскольку «именно в

музыке очень трудно бывает отграничить творческую часть труда от технической»¹¹. Создавая произведение, композитору зачастую приходится тратить массу времени, чтобы откорректировать уже сочиненное, придать желаемую форму задуманному. Вдохновение может посетить автора совершенно неожиданно и так же неожиданно может его покинуть. Как справедливо отмечается в литературе, «процесс написания музыкального произведения представляет собой процесс перехода вдохновения в усидчивый труд»¹². В свое время об этом писал великий русский композитор П. И. Чайковский: «Иногда на несколько времени вдохновение отлетает; приходится искать его, и подчас тщетно. Весьма часто совершенно холодный рассудочный, технический процесс работы должен прийти на помощь»¹³.

Как видим, в музыке мы сталкиваемся с большими сложностями на пути определения той грани, которая бы отделяла истинно «деятельность творца» от обычных человеческих усилий, стремления к достижению результата. Именно в совокупности эти два переплетающихся между собой процесса и образуют явление, которое принято называть творческой деятельностью по созданию музыкального произведения.

Поскольку творческая деятельность предполагает создание нового произведения, в литературе предлагалось также выделять понятие новизны произведения. Утверждалось, что признак новизны в авторском праве имеет право на самостоятельное существование наравне с признаком творчества. Одним из самых последовательных сторонников данной точки зрения являлся В. Я. Ионас, детально исследовавший проблему новизны в авторском праве в работе 1972 г. «Произведения творчества в гражданском праве»¹⁴. Суть его рассуждений сводилась к следующему. Произведение, как правило, состоит из множества компонентов. С одной стороны, возможно создание произведения, в котором все его составляющие будут новыми. В то же время возможно создание такого произведения, в котором часть элементов будет заимствовано из другого, ранее созданного произведения. При этом новизна той части элементов, которые не являются заимствованными, далеко не всегда свидетельствует о творческом характере произведения в целом. Следовательно, по мнению ученого, возможны новые произведения без творческой самостоятельности и в связи с этим в авторском праве целесообразно ввести понятие существенной новизны произведения¹⁵.

Хотя подобные рассуждения небесспорны, серьезной поддержки в научных кругах они не получили. Как отмечает А. П. Сергеев, в авторском праве, которое охраняет форму произведения, выделение признака новизны как самостоятельного представляется излишним, поскольку «он полностью поглощается признаком творчества»¹⁶. Если на практике возникает спор о том, является ли новое произведение, созданное на основе уже существующего, результатом творческой деятельности, то суд как раз и будет определять, есть ли в данной работе элементы творчества, что само по себе уже означает, является ли данное произведение новым или нет.

Иными словами, признак творчества включает в себя признак новизны, так как «в сфере авторского права новизна представляет собой неизбежное следствие творческой деятельности»¹⁷. Данная позиция в настоящее время преобладает в доктрине и получила свое подтверждение в законодательстве, где новизна как самостоятельный признак охраноспособности произведения не выделяется.

¹¹ Зильберштейн Н. Л. Авторское право на музыкальные произведения. М., 1960. С. 10.

¹² Там же.

¹³ Чайковский П. И. Переписка с Н. Ф. фон-Мекк. М., 1934. Т. 1. С. 217.

¹⁴ Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. М., 1972. С. 12.

¹⁵ См. там же.

¹⁶ Сергеев А. И. Указ. соч. М., 2001. С. 113.

¹⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / отв. ред. С. Н. Братусь, О. Н. Садилов. М., 1982. С. 585.

§ 3. Объективная форма музыкального произведения

В соответствии с п. 4 ст. 1259 ГК для возникновения авторских прав не требуется регистрация произведения или соблюдение каких-либо иных формальностей. Все предусмотренные действующим законодательством авторские права возникают у автора в момент создания произведения, т. е. в момент придания произведению объективной формы.

Как следует из п. 1 ст. 1259 ГК, объективная форма выражения является вторым признаком охраноспособности музыкального произведения. Данный признак означает, что правовой охране подлежит лишь такой результат творческой деятельности композитора, который получил свое воплощение вовне в форме оригинальной комбинации звуков или нотных знаков. Напротив, набор звуков, запечатленный в сознании автора и не получивший своего выражения в реальной действительности, не может претендовать на правовую охрану, поскольку он существует лишь субъективно и не выражен в объективной форме.

Объективной формой для музыкального произведения в первую очередь служит нотная запись. В силу своей простоты и доступности нотная запись является классическим и до сих пор самым распространенным способом фиксации музыкальных творений. Единственным препятствием для выражения сочиненного в нотной форме может оказаться недостаточный уровень музыкального образования автора – так называемое отсутствие нотной грамоты.

В отличие от ранее действовавшей нормы п. 2 ст. 6 Закона РФ от 09.07.1993 «Об авторском праве и смежных правах»¹⁸ (далее – Закон об авторском праве), норма, содержащаяся в п. 3 ст. 1259 ГК, не содержит указания на разновидности письменной формы выражения произведения, в том числе на нотную запись. Однако учитывая то очевидное обстоятельство, что нотная запись является разновидностью именно письменной формы выражения музыкального произведения, а также исходя из того, что перечень объективных форм, содержащийся в п. 3 ст. 1259 ГК, носит не исчерпывающий характер, следует прийти к однозначному выводу о том, что с момента вступления в силу п. 3 ст. 1259 ГК нотная запись по-прежнему является одним из возможных видов объективной формы существования музыкального произведения, достаточным для возникновения правовой охраны.

Другой не менее распространенной формой выражения музыкального произведения является звуко- и видеозапись (п. 3 ст. 1259 ГК). Для возникновения правовой охраны не имеет значения, является ли сделанная звуко- или видеозапись произведения профессиональной или любительской. Главное, чтобы при последующем воспроизведении запись позволяла идентифицировать зафиксированный набор звуков или нотных знаков. Видеозапись, соответственно, может выступать в роли объективной формы музыкального произведения при соблюдении хотя бы одного из двух условий. Либо данная запись должна сопровождаться звуковым рядом. В этом случае для фиксации сочиненного автору достаточно, помимо специальных технических приспособлений, умения играть на каком-либо музыкальном инструменте или наличия определенных вокальных данных, хотя в роли исполнителя может выступить и третье лицо. Либо, если звуковой ряд у видеозаписи отсутствует, она должна содержать доступное для восприятия изображение нотного текста.

И нотная запись, и звуковидеозапись относятся к разряду тех объективных форм выражения музыкального произведения, которые обладают способностью к механическому воспроизведению. В то же время при определенных условиях объективной формой выражения музыкального произведения может выступить устная форма. Примерный перечень устных форм выражения произведений содержится в п. 3 ст. 1259 ГК и включает публичное произнесение, публичное исполнение и иную подобную (т. е. публичную) форму. Из данного перечня сле-

¹⁸ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1242; СЗ РФ. 1995. № 30. Ст. 2866; СЗ РФ. 2004. № 30. Ст. 3090.

дует, что для возникновения правовой охраны необходимо, чтобы устная форма произведения носила публичный характер. Соответственно, для возникновения правовой охраны музыкального произведения простого исполнения недостаточно. По смыслу закона лишь с того с того момента, как ни на чем не зафиксированная музыка исполнена публично, прозвучавшее произведение подлежит правовой охране.

Согласно легальному определению публичного исполнения, содержащемуся в подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК, под публичным исполнением следует понимать исполнение произведения, которое осуществляется в месте, открытом для свободного посещения, или при котором присутствуют лица, не относящиеся к обычному кругу семьи. Следовательно, исполнение, адресованное неограниченному кругу слушателей либо адресованное ограниченному кругу слушателей, среди которых есть лица, не относящиеся к обычному кругу семьи, является безусловным основанием возникновения правовой охраны музыкального произведения¹⁹. В то же время музыка исполненная автором в одиночестве или в домашнем кругу, по действующему законодательству не считается выраженной в объективной форме и, как следствие, не подлежит правовой охране.

Как видим, закон допускает ситуацию, при которой фактически выраженное в произведении формально таковым может и не считаться. Вероятно, устанавливая данное правило, законодатель исходил из того, что в случае спора чрезвычайно затруднительно доказать права на устное произведение, которое слышал только сам автор и его близкие. Авторам в связи с этим можно посоветовать облекать сочиненную музыку в нотную, звуковую или видеозапись, поскольку обычного «домашнего» исполнения для авторско-правовой охраны произведения может оказаться недостаточно.

Помимо рассмотренных разновидностей объективной формы выражения произведений в ГК упоминаются еще две: изображение и объемно-пространственная форма. В отношении музыкальных произведений эти формы выражения являются вторичными, так как та же нотная запись может быть нанесена каким-либо специальным способом или изображена, например, на картине или фотографии. Принципиальных отличий в правовой охране музыкальных произведений, выраженных таким образом, не будет.

§ 4. Мелодия, гармония и ритм как элементы формы музыкального произведения

Мелодия, гармония и ритм состоят из звуков и звукосочетаний различной высоты и длительности и образуют внешнюю форму музыкального произведения, которая охраняется авторским правом.

Согласно п. 7 ст. 1259 ГК объектом авторского права является не только музыкальное произведение в целом, но и его часть. Применительно к элементам формы музыкального произведения данная норма означает, что авторским правом охраняется не только внешняя форма музыкального произведения в целом, но и отдельные ее составляющие. В связи с этим следует рассмотреть вопрос о правовом режиме такого важнейшего элемента формы музыкального произведения, как мелодия. Тем более что в отечественной юридической литературе в недавнем прошлом велся многолетний спор по поводу того, признавать или нет мелодию охраняемой частью музыкального произведения.

Традиционно в музыковедении мелодию определяют как «осмысленно-выразительное и законченное по построению одноголосное последование звуков, объединенных определен-

¹⁹ Исходя из п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» (ВС РФ. 2006. № 8) при отнесении лиц к обычному кругу семьи необходимо учитывать родственные отношения и личные связи присутствующих при исполнении лиц, периоды их общения, характер взаимоотношений и другие значимые обстоятельства.

ными отношениями высоты, длительности и силы; является важнейшей основой музыкального произведения, способной воплотить самые различные образы и состояния»²⁰. Мелодия действительно является важнейшим элементом формы музыкального произведения, поскольку именно она в первую очередь остается в сознании слушателей.

Длительное время в советской науке авторского права господствовала точка зрения, согласно которой мелодия не признавалась объектом правовой охраны (Б. С. Антимонов, Е. А. Флейшиц, О. С. Иоффе, М. И. Никитина, М. В. Дозорцева и др.). Утверждалось, что мелодия неразрывно связана с гармонией и ритмом, и поэтому она не может охраняться отдельно от двух других элементов музыкального произведения. В качестве аргумента сторонники данного подхода обычно использовали ссылку на авторитет в исследуемой области. Они приводили строки из письма П. И. Чайковского, который в свое время отмечал: «Мелодия никогда не может явиться в мысли иначе, как с гармонией вместе. Вообще оба элемента музыки вместе с ритмом никогда не могут отделяться друг от друга, т. е. всякая мелодическая мысль носит в себе подразумеваемую к ней гармонию и непременно снабжена ритмическим делением»²¹. Кроме того, утверждалось, что мелодия, наравне с сюжетом литературного произведения, относится к «таким формам проявления интеллектуальной деятельности, которые тесно прикасаются с произведениями, но сами по себе произведениями признаны быть не могут»²².

Однако не все специалисты придерживались данной точки зрения. В работах Н. Л. Зильберштейна и В. Я. Ионаса утверждалось и обосновывалось прямо противоположное. Главный аргумент сторонников признания мелодии объектом авторского права сводился к указанию на то обстоятельство, что мелодия как объективное явление может быть использована самостоятельно, отдельно от других элементов музыкального произведения. И Ионас, и Зильберштейн утверждали, что традиционно в отечественной юридической литературе строга из письма П. И. Чайковского к Н. Ф. фон-Мекк толкуются неверно. Чайковский, отмечая, что мелодия всегда неразрывно связана с гармонией и ритмом, имел в виду личное, субъективное отношение автора к создаваемому сочинению. Но в авторском праве, которое призвано регулировать общественные отношения по созданию и использованию произведений, мелодия в первую очередь должна рассматриваться как объективно существующее явление. Так, «разве невозможно выделить мелодию как таковую, записать ее без гармонии и использовать в другом сочинении?»²³. В. Я. Ионас также аргументировал свою позицию указанием на существование однопольных музыкальных произведений, которые используются без гармонии в принципе.

В 1993 г. законодатель разрешил этот многолетний спор, установив в п. 3 ст. 6 Закона об авторском праве норму, согласно которой не только произведение в целом, но и его часть охраняется авторским правом, если она является результатом творческой деятельности, выражена в объективной форме и может использоваться самостоятельно. Аналогичная норма сегодня содержится в п. 7 ст. 1259 ГК. Не вызывает сомнений, что мелодия – это часть музыкального произведения, которая, как и музыкальное произведение в целом, является результатом творческой деятельности. Также очевидно и то, что мелодия может быть выражена в какой-либо объективной форме – письменной, устной, в форме звукозаписи. Что касается возможности ее самостоятельного использования, то эта возможность объективно существует и нередко находит свое выражение в действительности. Достаточно вспомнить многочисленные музыкальные обработки, в особенности танцевальные – так называемые ремиксы, которые за последние 20 лет получили широкое распространение во всем мире. При создании подобных обработок для того, чтобы как-то разнообразить музыкальную картину, авторы зачастую идут на изменение

²⁰ Должанский А. Н. Краткий музыкальный словарь. Л., 1964. С. 198.

²¹ Чайковский П. И. Указ. соч. С. 372.

²² Иоффе О. С. Советское гражданское право. Т. 3. М., 1965. С. 32.

²³ Зильберштейн Н. Л. Указ. соч. С. 19.

гармонии или ритмической фактуры оригинального музыкального произведения. В результате при последующем использовании обработки как раз имеет место самостоятельное использование одного элемента формы музыкального произведения – мелодии вместе с новой гармонией и новым ритмом. Соответственно, если придерживаться той точки зрения, что мелодия не подлежит правовой охране, а объектом авторского права является только музыкальное произведение в целом, то следует признать, что при каждом изменении гармонии или ритма авторство на все созданное таким образом произведение должно принадлежать лицу, внесшему эти изменения. Более того, вновь созданное произведение следует считать уже оригинальным, а не производным. Абсурдность этой ситуации очевидна, так как при таком положении вещей для того, чтобы стать автором оригинального произведения, достаточно взять готовое музыкальное произведение и изменить в нем несколько аккордов. Примерно об этом же писал Н. Л. Зильберштейн: «Гармонизация мелодии, развитие и разработка темы другим лицом могут привести к появлению нового произведения, однако отбросить при этом автора мелодии нельзя»²⁴.

Таким образом, в настоящее время есть все основания утверждать, что в Российской Федерации мелодия является объектом авторского права. Вероятно, для того чтобы окончательно убедить всех в этом, целесообразно расширить примерный перечень охраняемых элементов произведения, содержащейся п. 7 ст. 1259 ГК, и включить в него также мелодию.

Традиционно принято считать мелодию единственным самостоятельным и охраняемым элементом музыкального произведения²⁵. Несмотря на практически однозначное мнение специалистов в области авторского права по этому вопросу, на наш взгляд, дело обстоит иначе. При условии оригинальности гармонии или ритма, они также могут быть признаны охраняемыми элементами музыкального произведения. Под гармонией в данном случае следует понимать «объединение звуков в созвучие и связную последовательность таких созвучий»²⁷. Ритмом называется «организованная последовательность звуков одинаковой или различной длительности»²⁶. Конечно, в отличие от мелодии оригинальная гармония или ритм встречаются в современной музыке крайне редко; лишь в сочетании друг с другом и мелодией они, как правило, образуют нечто оригинальное. Однако нельзя заранее исключать возможность создания неповторимой последовательности аккордов или звуков различной длительности, тем более что история музыки знает такие примеры. Если в возникшем споре заинтересованное лицо сумеет обосновать оригинальность гармонии или ритма, то в данном конкретном случае они будут охраняться авторским правом как часть произведения на основании п. 7 ст. 1259 ГК.

§ 5. Название музыкального произведения

Понятие «часть музыкального произведения» как объект авторского права не ограничивается рассмотренными элементами его формы. В соответствии с п. 7 ст. 1259 ГК РФ авторские права распространяются на часть произведения, в том числе на его название, если по своему характеру оно может быть признано самостоятельным результатом творческого труда автора и выражено в объективной форме.

В современном музыкальном искусстве оригинальные названия произведений встречаются крайне редко. Напротив, достаточно часто можно встретить различные музыкальные произведения с одинаковыми или схожими названиями. Как правило, в качестве названий используются общепринятые слова и словосочетания, которые едва ли могут претендовать на самостоятельную правовую охрану («Я тебя люблю», «Белый снег», «Синоптик», «Джулия»,

²⁴ Зильберштейн Н. Л. Указ. соч. С. 19.

²⁵ Там же.

²⁷ Способин И. В. Элементарная теория музыки. М., 1963. С. 23.

²⁶ Дубовский И. И., Евсеев С. В., Способин И. В. и др. Учебник гармонии. М., 1987. С. 5.

«Сестричка», «Сон», «Наблюдать», «Грущу», «Мне хорошо», «Дантес», «Летний дождь», «Счастье есть» и т. п.). Подобные названия не являются объектами авторского права и могут использоваться третьими лицами свободно без согласия обладателя исключительного права на само произведение.

Если же название музыкального произведения является оригинальным (например, «В думах о девушке из города центрального подчинения КНР», «Отоспимся в гробах», «Я убью тебя, лодочник», «Замок из дождя», «По пояс в небе», «Ты сделана из огня», «Аля улю»), то оно является самостоятельным объектом авторского права. Последующее использование данного объекта в качестве названия другого произведения требует согласования с правообладателем.

Традиционно спорным и до сих пор полностью не разрешенным в законодательстве является вопрос о допустимости двойной правовой охраны объектов интеллектуальной собственности. Данный вопрос является актуальным, в том числе по отношению к названиям музыкальных произведений, которые могут использоваться в качестве средств индивидуализации участников гражданского оборота (фирменных наименований, товарных знаков, коммерческих обозначений, названий средств массовой информации). Представим ситуацию, при которой предприниматель регистрирует в качестве товарного знака оригинальное название популярного музыкального произведения. Подобная регистрация в силу прямого указания закона допустима с согласия обладателя исключительного права на соответствующее произведение (подп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК). С момента государственной регистрации в отношении названия как словесного обозначения устанавливается правовой режим товарного знака. Данный правовой режим предполагает прежде всего наделение субъекта – подателя заявки исключительным правом на зарегистрированное обозначение. Соответственно, в данной ситуации неизбежно происходит столкновение двух исключительных прав на один и тот же объект: исключительное авторское право на оригинальное название конкурирует с исключительным правом на товарный знак. Возникает закономерный вопрос: следует ли считать действующей авторско-правовую охрану названия, зарегистрированного в качестве товарного знака, или же данная охрана с момента государственной регистрации товарного знака прекращается? Закон не дает ответа на этот вопрос, что, безусловно, является одним из недостатков главы 69 ГК, посвященной общим положениям об интеллектуальной собственности.

Представляется, что на сегодняшний день общий вывод о допустимости на территории РФ двойной правовой охраны объектов интеллектуальных прав может быть сделан из разъяснения высших судебных инстанций по более частному вопросу о допустимости одновременной охраны одного и того же объекта в качестве произведения изобразительного искусства и промышленного образца (п. 24 Постановления Пленумов ВС и ВАС № 5/29). По мнению Пленумов ВС РФ и ВАС, один и тот же объект может одновременно охраняться и авторским, и патентным правом. При определении норм, подлежащих применению, суду необходимо установить фактические обстоятельства использования объекта. В случае использования объекта в форме и способами, которые характерны для использования произведений изобразительного искусства, судам надлежит применять нормы авторского права. Если же имело место использование, характерное для использования промышленных образцов, суд должен применить нормы патентного права.

Данное толкование высших судебных инстанций может быть распространено и на случаи использования названия музыкального произведения, зарегистрированного в качестве товарного знака. Использование названия в форме, характерной для использования собственно названий произведений (в качестве названия другого музыкального или иного произведения, объекта смежных прав) является основанием для распространения на данные отношения норм авторского права. При использовании третьими лицами зарегистрированного в качестве товарного знака названия произведения в форме, характерной для использования средств индиви-

дуализации (в наименовании или рекламе товаров, работ, услуг), следует исходить из того, что имеет место использование товарного знака, и распространять на данные отношения соответствующие нормы главы 76 ГК.

Несмотря на наличие официального разъяснения в п. 24 Постановления Пленумов ВС и ВАС № 5/29, представляется необходимым подробное урегулирование вопроса о допустимости двойной охраны различных объектов интеллектуальной собственности на законодательном уровне. В законе должны содержаться четкие правила, разрешающие вопрос конкуренции норм об интеллектуальных правах. В настоящий момент данная проблема решена лишь отчасти – в п.4 ст. 1252 ГК закреплены правила соотношения правовой охраны различных средств индивидуализации, являющихся тождественными или сходными до степени смешения по отношению друг к другу, а с 1 октября 2014 г. также правила о соотношении средств индивидуализации и промышленного образца. Не вызывает сомнений, что помимо норм, разрешающих проблему столкновения прав на различные средства индивидуализации, в законе также должны появиться нормы, разрешающие коллизии в отношении прав на сходные произведения изобразительного искусства и промышленные образцы, произведения литературы (искусства) и средства индивидуализации. Включение соответствующих норм в законодательство внесет определенность в правовое регулирование данных отношений, которая на сегодняшний день отсутствует.

§ 6. Аранжировка и обработка как производные музыкальные произведения

Российское авторское право охраняет не только оригинальные, но и производные музыкальные произведения. В отличие от оригинальных произведений, которые используются их авторами исключительно по собственному усмотрению, для использования производных требуется получить разрешение обладателей авторских прав на те произведения, на основе которых они созданы²⁸. Самым распространенным производным произведением в музыке является аранжировка, которая в п. 1 ст. 1260 ГК отнесена к объектам авторского права.

Что же представляет собой аранжировка? Традиционно в отечественной музыковедческой литературе она определяется как «переложение музыкального произведения для иного (сравнительно с оригиналом) состава исполнителей»²⁹. Наиболее сложной разновидностью аранжировки является оркестровка. Под оркестровкой обычно понимается «переложение, переработка для оркестра произведения, предназначенного для другого состава исполнителей»³⁰. Иногда оркестровку именуют инструментровкой.

Чтобы охраняться авторским правом, аранжировка, как и любое другое произведение, должна быть результатом творческой деятельности и выражена в объективной форме.

Для того чтобы уяснить сущность аранжировки, необходимо, основываясь на общепринятой классификации произведений на оригинальные и производные (зависимые), определить, что представляет собой оригинальное музыкальное произведение и как оно соотносится с аранжировкой.

Оригинальное музыкальное произведение (его внешняя форма) состоит из трех элементов – мелодии, гармонии и ритма. Мелодия, гармония и ритм, будучи элементами внешней формы музыкального произведения, являются той основой, которая сочиняется композитором и главным образом воспринимается слушателями. Все звуки и звуко сочетания, которые не являются необходимыми для передачи указанных трех элементов, являются результатом

²⁸ Сергеев А. П. Указ. соч. С. 160.

²⁹ Музыкальная энциклопедия / под ред. Ю. В. Келдыша. М., 1973. Т. 1. С. 194.

³⁰ Должанский А. Н. Указ. соч. С. 170.

творческого труда аранжировщика (разумеется, композитор и аранжировщик могут совпадать в одном лице), относится к производному произведению – аранжировке и подлежат самостоятельной правовой охране.

В качестве примера обратимся к музыкальному произведению с текстом, т. е. песне. Специфика этого вида музыкальных произведений заключается в том, что мелодия здесь исполняется вокальной партией. Соответственно, к оригинальному музыкальному произведению следует относить мелодию, которую исполняет вокал, гармонию, для передачи которой достаточно одного музыкального инструмента³¹, например гитары или рояля, и ритм, который может быть задан тем же самым инструментом. Аранжировка как производное произведение в данном случае отсутствует. Если же вокалисту аккомпанируют два и более инструмента, на которых исполняются различные музыкальные партии, то аранжировка есть всегда. При этом не имеет значения сложность аранжировки, ее художественный уровень и иные качественные характеристики, поскольку, как отмечалось выше, для авторского права назначение и достоинство произведения безразличны. Специфика работы по созданию аранжировки такова, что она по сути своей является творческой. Определение общей концепции звучания, подбор конкретных инструментов, сочинение музыкальных партий для каждого из них – все это призвано украсить и развить результат творчества композитора и требует не только вкуса и определенных навыков, но и творческих усилий.

При поиске границы между оригинальной музыкой и аранжировкой нельзя, конечно, не учитывать некоторые субъективные моменты. Далеко не всегда композитор выражает музыку в том виде, в котором он слышит ее в идеале. За неимением каких-либо музыкальных инструментов либо навыков игры на них, он, как правило, ограничивается воспроизведением своего сочинения на каком-либо одном, обычно клавишном или струнном инструменте. Однако это вовсе не означает, что выраженную подобным образом музыку автор считает завершенным музыкальным произведением. Для композитора оно станет таковым лишь тогда, когда задуманное будет исполнено теми музыкальными инструментами и таким образом, как он это себе представляет.

Данная мысль неоднократно высказывалась в литературе. Так, по мнению Н. Л. Зильберштейна, «оркестровка всегда рассматривается как продолжение и завершение единого творческого процесса создания музыки». Великий русский композитор Н. А. Римский-Корсаков по этому поводу отмечал: «При отделке и оркестровке чувствуешь удовольствие в том, что сочинение принимает законченную форму, которая и есть цель самого сочинения»³².

Если принять во внимание эти справедливые замечания специалистов, то проблема разграничения оригинального музыкального произведения и аранжировки как произведения производного заметно усложняется, поскольку произведение как совокупность идей, мыслей и образов может выступать именно в аранжированном виде в качестве цели, к которой стремился композитор, когда начинал над ним работу. Следовательно, все то, что появляется в процессе аранжировки, можно отнести к самому музыкальному произведению, так как это охватывалось замыслом автора как его неотъемлемая часть. Наибольшие сложности могут возникнуть, если композитор для придания произведению желаемого звучания приглашает третьих лиц – специалистов по аранжировке. Творческую деятельность таких лиц можно рассматривать или как деятельность аранжировщиков (авторов производного произведения), или, с учетом вышеприведенных аргументов, как соавторов оригинального произведения.

Представляется, однако, что творческий замысел, цель, к которой стремится автор, являются сугубо субъективными факторами. Как известно, в праве субъективная сторона явля-

³¹ Следует отметить, что далеко не всегда возможно передать гармонию с помощью одного музыкального инструмента. Для этого необходим такой инструмент, на котором можно воспроизвести одновременно три и более звуков разной высоты. Например, на большинстве духовых инструментов этого сделать не удастся.

³² Римский-Корсаков Н. А. Летопись моей музыкальной жизни. М., 1932. С. 317.

ется определяющей лишь при решении вопроса о привлечении лица к уголовной или административной ответственности. Поскольку авторское право регулирует отношения между людьми по созданию и использованию произведений, оригинальные и производные музыкальные произведения в целях обеспечения правовой охраны должны рассматриваться в первую очередь как объективные явления. Имеет смысл заранее провести четкую грань между оригинальным музыкальным произведением и аранжировкой, чтобы в каждой конкретной жизненной ситуации использовать единый подход для определения степени творческого участия лиц, которые были задействованы в процессе создания музыки на той или иной стадии. Такой подход заметно упростит разрешение возникающих спорных ситуаций. Если же границу между оригинальным произведением и аранжировкой ставить в зависимость от творческого замысла и целей автора, то в случае возникновения правового спора одна из сторон изначально будет поставлена в менее выгодное положение, а автор отчасти выступит судьей в собственном деле, поскольку от его мнения будут зависеть границы соотношения объектов охраны и, как следствие, субъективные права участников спора.

Поэтому приведенная выше формула разграничения оригинального музыкального произведения и аранжировки, основывающаяся сугубо на объективном критерии количества музыкальных партий, на наш взгляд, для целей авторского права является единственно приемлемой. При таком универсальном подходе само по себе наличие либо отсутствие аранжировки в подавляющем большинстве случаев становится фактом очевидным, и спор может идти лишь о творческом либо нетворческом ее характере.

В связи с этим весьма показательным является следующий случай из судебной практики. В 2001 г. Г., К. и Т. предъявили иск к наследникам Ц. о признании соавторства на аранжировки музыкальных произведений. На протяжении 8 лет Г., К., Т., и Ц. являлись участниками известного музыкального коллектива «К.», и в течение этого времени музыкантами было создано 8 музыкальных альбомов. Общепризнано, что Ц. является единоличным автором музыки и текстов всех песен группы. Однако истцы утверждали, что в процессе создания аранжировок принимали непосредственное участие все члены музыкального коллектива. Как видно из материалов дела, Ц. сочинял основу – оригинальное музыкальное произведение, воспроизводя на репетициях с помощью вокала и гитары мелодию, гармонию и ритм будущих хитов. Далее совместными усилиями сочинялись музыкальные партии для всех инструментов, использовавшихся группой. В результате этой деятельности появлялись новые произведения – аранжировки, признания соавторства в отношении которых и добивались истцы.

По прошествии нескольких судебных заседаний в мае 2005 г. наследники Ц. признали факт совместного участия Ц. и истцов в создании всех аранжировок группы «К.». Тем самым имущественные и личные неимущественные права истцов как соавторов аранжировок оригинальных произведений Ц. были подтверждены в судебном порядке³³.

Другой разновидностью производного произведения в музыке является обработка. В отличие от аранжировки при создании обработки зачастую изменяется гармония произведения, его ритмическая фактура, добавляются или исключаются те или иные фрагменты и пр. То есть обработка подразумевает внесение каких-либо творческих изменений в форму оригинального музыкального произведения. При этом в большинстве случаев создание обработки сопровождается и созданием новой аранжировки, что по смыслу п.6 ст. 1260 ГК вполне допустимо.

В отношении правового аспекта разграничения аранжировки и обработки можно также отметить следующее. В соответствии со ст. 1266 ГК автору принадлежит личное неимущественное право на неприкосновенность произведения. Помимо прочего, данное право предполагает необходимость получения согласия автора на совершение любых действий, нарушаю-

³³ Материалы Петроградского федерального районного суда Санкт-Петербурга за 2001–2005 гг.

щих целостность произведения. Как справедливо отмечается в литературе, «с одной стороны, право на защиту репутации охватывает собой запрещение вносить в произведение любые изменения... а с другой стороны, с автором должны согласовываться любые дополнения созданного им произведения»³⁴. Аранжировка, подобно комментариям или иллюстрациям к литературному произведению, дополняет оригинальное музыкальное произведение, не нарушая при этом его целостность. Поэтому хотя действия по созданию аранжировки и обработки различны по содержанию, но в результате совершения и тех и других нарушается неприкосновенность оригинального произведения, в связи с чем, казалось бы, рассматриваемое личное неимущественное право затрагивается в первую очередь.

Однако в настоящий момент при применении норм о праве на неприкосновенность произведения следует принимать во внимание разъяснение высших судебных инстанций, содержащееся в п. 31 Постановления Пленумов ВС и ВАС № 5/29. В соответствии с указанным разъяснением «право на неприкосновенность произведения (абзац первый пункта 1 статьи 1266 ГК) касается таких изменений произведения, которые не связаны с созданием нового произведения на основе имеющегося». Это означает, что право на неприкосновенность произведения не распространяется на случаи переработки произведения, под которой согласно подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК, п. 31 Постановления понимается создание нового произведения на основе уже существующего (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК, п. 31 Постановления). Поскольку создание аранжировки или обработки представляет собой создание другого, производного произведения на основе уже существующего, данное действие не следует рассматривать как действие, затрагивающее личное неимущественное право автора на неприкосновенность произведения.

Нельзя не отметить, что в данном случае Пленум ВС РФ и Пленум ВАС произвели ограничительное толкование норм ст. 1266 ГК. С теоретической точки зрения данный подход является спорным. Закон не содержит каких-либо оснований для исключения из сферы действия права на неприкосновенность произведения случаев переработки произведения. В отсутствие указанного разъяснения судебных инстанций право на неприкосновенность следовало бы распространять в том числе на случаи переработки. Тем не менее до тех пор, пока в закон или в Постановление Пленумов ВС и ВАС № 5/29 не будут внесены в соответствующей части какие-либо изменения, при осуществлении практической юридической деятельности следует исходить из предложенного Пленумом ВС и Пленумом ВАС «узкого» содержания рассматриваемого субъективного права. Одним из следствий данного подхода является правило о том, что, если обладателем исключительного права на перерабатываемое произведение является не автор, а третье лицо, автор не имеет юридической возможности воспрепятствовать использованию переработки.

Отсутствие юридической необходимости согласования с автором нарушения неприкосновенности произведения не отменяет обязанностей пользователя, вытекающих из содержания таких личных неимущественных прав автора, как право авторства и право на имя (ст. 1265 ГК). В частности, при использовании переработки не должно отрицаться или ставиться под сомнение авторство создателя оригинального произведения. Необходимо согласовать вопрос указания имени автора оригинала (указание подлинного имени, псевдонима или анонимное использование).

Помимо соблюдения данных неимущественных интересов автора, закон возлагает на лицо, использующее производное музыкальное произведение, обязанность по соблюдению имущественных интересов обладателя исключительного права на оригинальное произведение. Использование производного произведения требует получения соответствующего разрешения обладателя исключительного права на оригинал и выплаты ему вознаграждения. Данный вывод

³⁴ Сергеев А. П. Указ. соч. С. 207. 24

прямо следует из общей нормы об исключительном праве на произведение, в состав которого входит правомочие на переработку произведения (п. 1, подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК).

Особое место в современном искусстве занимают произведения, создание которых предполагает заимствование фрагментов другого произведения. Именно в музыке в последнее время количество таких произведений стремительно растет. Процесс создания подобных музыкальных произведений включает сэмплирование (от англ. *sample* – модель, образец), которое представляет собой перемещение отрывка из одного музыкального произведения в другое. Встречаются также случаи использования фрагментов произведений литературы и аудиовизуальных произведений при создании музыкальных произведений.

Сэмплирование может быть осуществлено как посредством механического выделения отрывка из фонограммы и вставки его в фонограмму нового произведения, так и немеханическим путем, когда тот же самый фрагмент будет исполнен заново с помощью музыкальных инструментов или голоса. В первом случае помимо прав автора музыкального произведения затрагиваются права исполнителей и производителя фонограммы. Для авторского права в узком смысле слова способ сэмплирования значения не имеет.

Прежде чем ответить на вопрос о том, какому правовому режиму подчиняются такие произведения, необходимо определить, что представляет собой произведение, созданное с использованием сэмпла (далее – произведение с сэмплом).

Как отмечалось выше, в науке авторского права широко распространена классификация произведений на оригинальные и производные (зависимые). Критерием данного деления выступает степень творческого вклада автора в создаваемое сочинение. Оригинальным является такое произведение, все основные охраняемые элементы которого созданы самим автором³⁵. Поскольку авторское право охраняет форму произведения, к автору оригинального произведения не предъявляется никаких требований относительно его содержания. Что касается производных (зависимых) произведений, то это «такие произведения, в которых частично воспроизводятся, используются элементы чужого произведения»³⁶.

Основываясь на приведенной классификации, можно сделать вывод о том, что произведения с сэмплом являются производными. Однако нельзя не принимать во внимание особый характер заимствования формы чужого произведения при сэмплировании.

Поскольку форма оригинального музыкального произведения состоит из трех элементов – мелодии, гармонии и ритма, все, что появляется за рамками этих трех элементов произведения и не является необходимым для их передачи (фразы, мотивы, подголоски), призвано развить и украсить результат творчества композитора и относится к производному произведению – аранжировке. Причем при создании аранжировки фактура оригинального музыкального произведения (мелодия, гармония и ритм) остается в неизменном виде. При создании другого производного произведения – музыкальной обработки, как правило, имеет место изменение гармонии или ритмической фактуры оригинального произведения, т. е. происходит внесение творческих изменений во внешнюю форму произведения. Что касается музыкального произведения с сэмплом, то при его создании происходит заимствование фрагмента другого музыкального произведения, фактура которого (мелодия, гармония и ритм) не претерпевает в большинстве случаев никаких изменений. Однако в отличие от аранжировки заимствование при сэмплировании носит ярко выраженный фрагментарный характер; причем обычно используется наиболее запоминающийся отрывок и повторяется на протяжении нового произведения несколько раз. Это вполне понятно, так как с помощью вставки сэмпла из другого, как правило, известного произведения новое произведение гораздо быстрее сможет завоевать попу-

³⁵ Сергеев А. П. Указ. соч. С. 160.

³⁶ Ионас В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М., 1963. С. 49.

лярность у слушателей. Авторам таких произведений нет никакого смысла изменять мелодию, гармонию или ритмическую фактуру легко узнаваемого отрывка.

Таким образом, использование сэмплов при создании музыкальных произведений является своего рода музыкальным цитированием. В традиционном смысле слова цитата – это «дословная выдержка из какого-либо текста, сочинения или дословно приводимые чьи-то слова»³⁷. Вставка сэмпла в новое музыкальное произведение и есть «дословная» выдержка из другого сочинения. Несмотря на то, что термин «цитирование» обычно используется применительно к произведениям науки и литературы, употребление его по аналогии к музыкальным произведениям, с учетом вышеизложенного, представляется вполне оправданным³⁸.

Закон традиционно не содержит указания на количественные характеристики части произведения как объекта авторского права. Отсутствие нормативных максимальных границ музыкального произведения вряд ли способно вызвать на практике какие-либо юридические проблемы. Определенные проблемы могут возникать в связи с отсутствием установленных на нормативном уровне минимальных границ части музыкального произведения. Основной вопрос заключается в том, насколько продолжительным должен быть сэмпл, чтобы действия по его использованию можно было квалифицировать как использование охраняемого объекта?

Среди современных музыкантов достаточно распространенным является мнение, в соответствии с которым фрагмент музыкального произведения, состоящий из трех тактов и менее, не является объектом авторского права и может быть использован свободно – без разрешения правообладателя и без выплаты вознаграждения. Соответственно, часть музыкального произведения, состоящая из четырех и большего количества тактов, охраняется авторским правом и не подлежит свободному использованию.

Приведенное утверждение, несмотря на широкое распространение в музыкальных кругах, с юридической точки зрения является ошибочным. Ни законодательство, ни юридическая практика не содержат оснований для подобных выводов. Некорректность данного подхода подтверждается также тем обстоятельством, что такт является относительной единицей измерения музыкального произведения, находящейся в сильной зависимости от других факторов.

Под тактом в музыковедении понимается «основная единица метра в музыке, отрезок музыкального произведения, начинающийся с сильного метрического акцента»³⁹. В зависимости от размера музыкального произведения и его темпа фрагмент, состоящий из трех тактов, может иметь различную временную продолжительность. При быстром темпе произведения и минимальном размере ($\frac{2}{4}$) отрывок из трех тактов может длиться 3–4 секунды. Напротив, при медленном темпе и большем размере длительность фрагмента, состоящего из трех тактов, может достигать до 30–40 секунд. Совершенно очевидно, что при таком положении дел такт как единица измерения не может являться критерием отнесения части музыкального произведения к охраняемым объектам. Подход, при котором и в отношении пятисекундного отрывка музыкального произведения, и в отношении тридцатисекундного отрывка музыкального произведения должен действовать единый правовой режим, не предполагающий отнесение трехтактного фрагмента к объектам авторского права, представляется сугубо формальным и поверхностным.

Ввиду отсутствия в законе и на практике количественных характеристик части музыкального произведения в каждой конкретной ситуации необходимо руководствоваться закрепленными в законе качественными характеристиками (результат творческой деятельности, объ-

³⁷ Современный словарь иностранных слов / под ред. Е. А. Гришиной. М., 1992. С. 683.

³⁸ Случаи распространения норм о цитировании на отношения по использованию произведений, не относящихся к литературным, встречаются и в современной судебной практике. Так, в деле № А40-6886/07-5-73 Арбитражный суд г. Москвы, а также суды апелляционной и кассационной инстанций применили нормы о цитировании в отношении использования фрагментов одного аудиовизуального произведения в составе другого // Доступно в сети Интернет по адресу: kad.arbitr.ru.

³⁹ Музыкальная энциклопедия /подред. Ю. В. Келдыша. М., 1973. Т. 5. С. 387.

ективная форма выражения и способность к самостоятельному использованию). Если сэмпл, несмотря на свою незначительную продолжительность, является оригинальным, выражен в объективной форме и фактически может быть использован отдельно от оригинального произведения, его следует считать объектом авторского права со всеми вытекающими последствиями.

Поскольку использование сэмплов, по сути, представляет собой цитирование, правовое регулирование отношений по использованию рассматриваемых объектов зависит от целей, для которых произведение создается. Если музыкальное произведение с сэплом носит научный, полемический, критический или информационный характер, а также если в нем раскрывается творческий замысел автора цитируемого произведения, то в соответствии с подп.1 п. 1 ст. 1274 ГК его использование возможно без согласия автора произведения, сэмпл из которого используется, и без выплаты ему авторского вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора и источника заимствования. Данное положение закона является исключением из общего правила и предусматривает определенные ограничения прав автора или его правопреемника при использовании цитат из его правомерно обнародованного сочинения. Однако следует отметить, что в настоящее время музыкальные произведения с сэплом в подавляющем большинстве случаев используются в коммерческих целях. Авторы и продюсеры заранее прогнозируют их успех у публики, поэтому едва ли здесь можно говорить о тех целях цитирования, которые перечислены в подп.1 п. 1 ст. 1274 ГК. Соответственно, в большинстве случаев данная норма по отношению к рассматриваемым произведениям действовать не будет. Более того, если даже допустить ситуацию использования музыкального произведения с сэплом, например, в критических целях, то более чем в половине случаев норма подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК все равно неприменима, так как необходимо, чтобы цитирование имело место в объеме, оправданном целью цитирования. При сэмплировании же заимствованный отрывок, как правило, используется в гораздо большем объеме, чем этого требует подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК.

На наш взгляд, по отношению к музыкальным произведениям с сэплом, использование которых имело место до 1 января 2008 г., не могли и в случае возникновения спора в настоящий момент не могут применяться также правила ст. 492 Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. (далее – ГК РСФСР). Напомним, что согласно подп. 1 ст. 492 ГК РСФСР допускалось использование чужого изданного произведения для создания нового, творчески самостоятельного произведения без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения, но с обязательным указанием фамилии автора, произведение которого использовано, и источника заимствования. Анализируя данную норму в период действия Закона об авторском праве, Э. П. Гаврилов пришел к выводу, что она продолжала действовать и в указанный период, поскольку соответствующий раздел ГК РСФСР тогда отменен не был, а Закон об авторском праве не содержал аналогичной нормы⁴⁰. Комментируя данную норму, Э. П. Гаврилов, кроме того, утверждал, что речь в ней идет об использовании элементов содержания произведения, которое авторским правом не охраняется. Далее он указывал, что исключительно «по моральным соображениям норма ГК 1964 г. требует указания имени автора, из произведения которого произведено заимствование»⁴¹.

С приведенными доводами трудно согласиться. Общеизвестно, что авторское право охраняет форму произведения. В связи с этим едва ли оправданно делать вывод о том, что норма подп. 1 ст. 492 ГК РСФСР относилась к содержанию произведения, если об этом прямо в ней не было сказано. Все-таки данная норма регулировала общественные отношения по использованию тех или иных элементов формы произведения при создании новых произведений. Причем она сформулирована таким образом, что ее действие можно было распространить

⁴⁰ Гаврилов Э. П. Указ. соч. С. 62.

⁴¹ Там же.

на все производные (зависимые) произведения, в том числе и на произведения, создаваемые с использованием фрагментов другого произведения.

Что касается действия рассматриваемой нормы ГК РСФСР в период действия Закона об авторском праве, то здесь можно отметить следующее. Нельзя забывать, что норма подп. 1 ст. 492 ГК РСФСР устанавливала один из случаев изъятия, ограничения прав автора оригинального произведения, т. е. являлась исключением из общего правила, требующего при использовании произведений соблюдения как личных, так и имущественных прав автора. Поскольку аналогичной нормы, как Э. П. Гаврилов сам отмечает, в Законе об авторском праве нет, то, следовательно, нет и данного исключения. Соответственно, норму подп. 1 ст. 492 ГК РСФСР нельзя считать действующей с момента вступления в силу Закона об авторском праве.

Таким образом, и в период действия Закона об авторском праве, и в настоящее время на отношения по использованию музыкальных произведений с сэмплом следовало и следует распространять общее правило, предполагающее необходимость получения согласия обладателя исключительного права на произведение, сэмпл из которого используется, и выплату ему авторского вознаграждения. В соответствии с п. 7 ст. 1259 ГК часть произведения является объектом авторского права, если она является результатом творческой деятельности, выражена в объективной форме и может быть использована самостоятельно. Очевидно, что сэмпл (фрагмент) – это часть произведения, которая может использоваться самостоятельно. Следовательно, если заимствованный отрывок является оригинальным, уникальным, самобытным, т. е. представляет собой результат творческой деятельности, выраженный в объективной форме, то он охраняется авторским правом как часть произведения.

Что касается соблюдения личных неимущественных прав автора произведения, из которого заимствован сэмпл, то в данном случае все изложенное выше относительно учета личных интересов авторов при использовании аранжировок и обработок в полной мере распространяется на отношения по использованию музыкальных произведений с сэмплом. Согласно известной позиции высших судебных инстанций на данные отношения не распространяются нормы о праве на неприкосновенность произведения. В то же время использование указанных объектов предполагает соблюдение принадлежащих автору оригинала таких личных неимущественных прав, как право авторства и право на имя.

§ 7. Правовой режим аранжировок и музыкальных обработок, созданных в период действия советского авторского законодательства

До сих пор достаточно актуальным остается вопрос о правовом режиме музыкальных переработок, созданных в период действия советского авторского законодательства. В юридической литературе того времени данный вопрос обсуждался лишь применительно к аранжировкам, в отношении охраноспособности которых высказывались прямо противоположные точки зрения.

Большинство исследователей не признавали аранжировку объектом авторского права, указывали на нетворческий, технический характер работы по ее созданию (Б. С. Антимонов, Е. А. Флейшиц, О. С. Иоффе и др.). Как правило, отправной точкой для подобных утверждений служило отсутствие аранжировки в законодательных перечнях охраняемых произведений тех лет. Лишь в работах В. Я. Ионаса и Н. Л. Зильберштейна можно было встретить противоположную точку зрения. В. Я. Ионас, например, весьма последовательно обосновывал творче-

ский характер труда аранжировщика, проводя интересную аналогию с работой переводчика литературного произведения⁴².

На наш взгляд, аранжировка является и являлась ранее работой, безусловно, творческой. Представляется ошибочным обосновывать нетворческий характер аранжировки указанием на отсутствие ее в перечне произведений, охраняемых авторским правом, который содержался, в частности, в ст. 475 ГК РСФСР. Во-первых, данный перечень носил не исчерпывающий характер. Во-вторых, в той же ст. 475 ГК РСФСР содержались признаки охраноспособности произведения, каждому из которых аранжировка соответствует. Все это свидетельствует в пользу признания аранжировки объектом авторского права и в период до введения в действие Закона об авторском праве.

Вопреки мнению некоторых практикующих юристов, нет никаких оснований относить аранжировки, созданные до 3 августа 1993 г. – момента вступления в силу Закона об авторском праве – к числу произведений, перешедших в общественное достояние, ссылаясь на ч. 2 п. 1 ст. 28 Закона об авторском праве в первоначальной редакции⁴³. Следует руководствоваться правилом ст. 6 Закона о введении в действие части четвертой ГК РФ (п. 3 Постановления Верховного Совета РФ «О порядке введения в действие Закона РФ „Об авторском праве и смежных правах”»⁴⁴), исходя из которого с момента вступления в силу Закона об авторском праве на территории России авторским правом охраняются аранжировки всех авторов, умерших позднее 31 декабря 1941 г.⁴⁵

Все сказанное об аранжировках в равной степени относится и к переработкам, и к музыкальным произведениям с сэмплом, созданным до вступления в действие Закона об авторском праве.

Одним из положительных моментов современного российского авторского законодательства является закрепление за авторами личных и имущественных прав при переработке их произведений. Впервые на территории России интересы авторов оригинальных произведений в связи с использованием переработок их произведений получили правовую охрану 3 августа 1992 г., когда были введены в действие Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик, принятые Верховным Советом СССР 31 мая 1991 г.⁴⁶ (далее – Основы). По ранее действовавшему законодательству автору в случае заимствования элементов его произведения гарантировались право авторства и право на имя, однако он никак не мог повлиять на судьбу переработки и не получал за ее использование вознаграждение, что едва ли можно признать справедливым. Лишь авторы драматических, повествовательных произведений и сценариев находились в более выгодном положении (подп. 1 ст. 492 ГК РСФСР).

Соответственно, до введения в действие Основ аранжировка и обработка могли использоваться свободно, без учета мнения и имущественных интересов композитора. После 3 августа 1992 г., как уже было отмечено выше, использование аранжировок и других переработок допускается только с согласия композитора (его правопреемника) и с выплатой ему вознаграждения. Это правило в равной степени относится как к переработкам, которые были созданы до даты вступления Основ в силу (в пределах срока действия исключительного авторского права,

⁴² Ионас В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М., 1963. С. 58–60.

⁴³ Данный аргумент особенно часто встречался на практике до тех пор, пока ч. 2 п. 1 ст. 28 Закона об авторском праве не была отменена Федеральным законом от 20.07.2004 № 72-ФЗ. Однако нет никаких гарантий, что ссылка на безвозвратный переход в общественное достояние переработок, созданных до введения в действие Закона об авторском праве, не будет использоваться и в дальнейшем лицами, заинтересованными в свободном использовании указанных объектов, либо лицами, претендующими на статус публикатора.

⁴⁴ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1243.

⁴⁵ О сроках авторского права см. подробнее: Сергеев А. П. Указ. соч. С. 284–288.

⁴⁶ Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

разумеется), так и к тем переработкам, которые созданы с 3 августа 1992 г. по настоящий момент.

Завершая разговор о правовом режиме музыкальных переработок, следует подчеркнуть, что по смыслу действующего законодательства для создания любого производного музыкального произведения – аранжировки, обработки, произведения с сэмплом разрешение правообладателя не требуется. Исходя из принципа свободы творчества, закрепленного в п. 1 ст. 44 Конституции РФ, любое лицо может переделать всякое произведение в своих личных целях и интересах. Правила о необходимости учета личных и имущественных интересов автора оригинального произведения начинают действовать только в случае использования переработки при условии, что такое использование выходит за пределы личной сферы автора переработки.

§ 8. Музыкальные сборники как объекты авторского права

В соответствии с подп. 2 п. 2 ст. 1259 ГК к объектам авторских прав относятся составные произведения, т. е. произведения, представляющие собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда. В современной музыкальной индустрии подобные произведения принято именовать «сборниками». Существуют сборники произведений одного автора, сборники произведений в исполнении конкретного артиста-исполнителя, сборники музыкальных произведений определенного жанра, определенного периода (века, десятилетия, года), определенной тематики, места происхождения и т. п.

Как следует из приведенной нормы закона, правовой режим объекта авторского права возникает в отношении не всякого музыкального сборника, а лишь в отношении такого, который является результатом творческой деятельности по подбору или расположению материала. Для возникновения правовой охраны не требуется оригинальности обоих параметров. В одном случае оригинальным может быть подбор (выбор) произведений, в другом – их расположение (последовательность). В условиях отсутствия признаков оригинальности и в подборе, и в расположении авторско-правовая охрана в отношении сборника не возникает. Например, сборник песен конкретного автора, расположенных в алфавитном или хронологическом порядке, не является составным произведением, поскольку в данном случае подбор и расположение произведений является результатом деятельности по систематизации, не требующей каких-либо творческих усилий. В то же время сборник, содержащий песни различных авторов определенной эпохи, расположенные в алфавитном или хронологическом порядке, вполне может претендовать на правовую охрану в связи с неочевидностью решения составителя по подбору материала.

Типичными формами выражения сборников являются звуковая (аудиозапись) и письменная (нотная запись). В условиях функционирования глобальной компьютерной сети Интернет и звуковые, и нотные копии сборников музыкальных произведений все чаще существуют в электронной форме в виде соответствующих файлов.

Разновидностью музыкального сборника, выраженного в электронной форме, является база данных. В соответствии с ч. 2 п. 2 ст. 1260 ГК под базой данной понимается представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ). На данную разновидность составного произведения в полной мере распространяется общее требование, предъявляемое к сборникам как объекту авторского права – оригинальность подбора или расположения материалов. В качестве дополнительного признака выступает наличие технической возможности автоматического поиска и обработки музыкальных произведений при помощи компьютера и соответствующего программного обеспечения. При этом собственно программное обеспечение – система управле-

ния базой данной не входит в состав рассматриваемого объекта авторского права. В силу ст. 1261 ГК она образует самостоятельный объект авторского права – программу для ЭВМ.

В соответствии с п. 1 ст. 1262 ГК оригинальные базы данных, как и программы для ЭВМ, подлежат добровольной регистрации в Федеральной службе по интеллектуальной собственности (далее – Роспатент), действующей на основании Указа Президента РФ от 24.05.2011 № 673 «О Федеральной службе по интеллектуальной собственности»⁴⁷ и Постановления Правительства РФ от 21.03.2012 № 218 «О Федеральной службе по интеллектуальной собственности»⁴⁸. В настоящий момент правила регистрации баз данных установлены ст. 1262 ГК РФ, а также приказом Минобрнауки России от 29.10.2008 № 324 «Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по организации приема заявок на государственную регистрацию программы для электронных вычислительных машин и заявок на государственную регистрацию базы данных, их рассмотрения и выдачи в установленном порядке свидетельств о государственной регистрации программы для ЭВМ или базы данных»⁴⁹.

Государственная регистрация баз данных, как и государственная регистрация программ для ЭВМ, в отличие от государственной регистрации других объектов интеллектуальной собственности носит учетный, а не правоустанавливающий характер. Ее единственным юридическим последствием являются обязательность государственной регистрации последующего перехода исключительного права на указанную базу данных.

Правовая охрана музыкального сборника как разновидности составного произведения возникает в момент его создания. С указанного момента автору сборника принадлежит весь комплекс субъективных авторских прав, предусмотренных действующим законодательством. Исходя из п.4 ст. 1260 ГК правовой режим охраняемого объекта и правовой статус автора возникают и действуют независимо от того, согласовывалось ли включение в сборник произведений с соответствующими правообладателями.

Отсутствие разрешения правообладателей на включение в состав сборника их произведений не препятствует возникновению у создателя сборника авторских прав и их существованию, однако препятствует их осуществлению и защите (п. 3 ст. 1260 ГК). Это, в частности, означает, что если автор либо его контрагент по соответствующему договору не урегулируют вопрос использования произведений в составе сборника с правообладателями, автор сборника не вправе самостоятельно доводить его до всеобщего сведения или использовать каким-либо другим способом, не вправе отчуждать исключительное право на сборник, предоставлять право использования сборника по лицензионному договору, не вправе запрещать третьим лицам использовать сборник, как в судебном, так и внесудебном порядке, предъявлять имущественные требования к лицам, использовавшим сборник без его согласия, и т. д. На основании ст. 168 ГК распорядительные сделки, совершенные в отношении исключительного права на сборник при несоблюдении исключительных прав авторов оригинальных произведений, следует считать недействительными. Требования о защите нарушенных прав на сборник, предъявленные в суд или иные правоохранительные органы, должны быть оставлены без удовлетворения по тем же причинам.

Принадлежащие создателю сборника авторские права не препятствуют обладателям прав на произведения, вошедшие в сборник, использовать свои произведения независимо от него (п. 5 ст. 1260 ГК). Соответственно, произведения, включенные в состав музыкального сборника, могут использоваться отдельно либо в составе других сборников по усмотрению право-

⁴⁷ СЗ РФ. 2011 № 22. Ст. 3155.

⁴⁸ СЗ РФ. 2012. № 14. Ст. 1627.

⁴⁹ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. № 5. 2009 (зарегистрировано в Минюсте России 17.12.2008 № 12893).

обладателя. При этом следует учитывать, что данное правило в силу прямого указания закона является диспозитивным. Определенные ограничения прав авторов произведений могут быть предусмотрены договором с создателем сборника.

Также необходимо отметить, что возникновение авторских прав на музыкальный сборник у одного лица не препятствует другим лицам создавать новые сборники путем иного подбора или расположения тех же материалов (п. 6 ст. 1260 ГК). В силу принципа свободы творчества любое лицо вправе создать свой оригинальный сборник, в том числе состоящий из произведений, включенных в ранее созданный сборник. Однако возможность последующего использования в составе музыкального сборника таких произведений может быть ограничена условиями договоров, заключенных правообладателями с автором более раннего сборника (например, договором исключительной лицензии).

§ 9. Музыкальные произведения, созданные с использованием программ для ЭВМ и баз данных

Многие современные музыканты при создании музыкальных произведений, в том числе производных, используют программное обеспечение и звуковые базы данных. При помощи специальных компьютерных программ можно добиваться автоматической аранжировки и аккомпанемента музыкального произведения, осуществлять запись партий на отдельные звуковые дорожки, обработку каждой партии, наложение звуковых эффектов, сведение записанных партий в единое целое. Специализированные базы данных предоставляют музыкантам огромный выбор звуков различных музыкальных инструментов, звуков природы, шумов и готовых вариантов аранжировок и аккомпанементов, которые без особых творческих усилий при помощи встроенных компьютерных программ можно «подложить» под сочиненные композитором мелодию, гармонию и ритм. На сегодняшний день соответствующими компьютерными программами и базами данных могут быть оборудованы не только персональные компьютеры, но и электронные музыкальные инструменты, что является для многих музыкантов большим подспорьем в музыкальном оформлении сочиненных произведений

В соответствии со ст. 1261 ГК программой для ЭВМ является представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения.

Вопрос о правовой охране объектов, появляющихся в результате функционирования программы для ЭВМ, ни прежним, ни нынешним законодательством напрямую не урегулирован. На страницах современной литературы по авторскому праву данный вопрос обсуждается нечасто⁵⁰. Отнесение в ст. 1261 ГК к программе для ЭВМ порождаемых ею аудиовизуальных отображений, на наш взгляд, не свидетельствует в пользу признания законодателем прав автора программы для ЭВМ на произведения, созданные посредством ее применения. Принимая во внимание отсутствие специальных указаний в действующем законе, а также учитывая, что на практике произведения, создаваемые посредством использования компьютерных программ, используются свободно – без согласия обладателя исключительного права на соответствующую программу и без выплаты вознаграждения, следует признать, что на сегодняшний день произведения, созданные исключительно в результате функционирования программы для ЭВМ, не могут признаваться самостоятельными объектами авторского права. Это означает, что на статус правообладателя (или соправообладателя) в отношении созданных с использованием ком-

⁵⁰ См.: Сергеев А. П. Указ. соч. С. 137–138.

пьютерных программ музыкальных произведений не могут претендовать ни обладатель прав на программу, ни пользователь программы.

В то же время использование программных продуктов исключительно в качестве инструмента для облечения оригинального или производного музыкального произведения в звуковую форму не приводит к отрицанию авторства музыканта – пользователя программы. Программа для ЭВМ представляет собой в таких случаях лишь техническое средство, позволяющее выразить в звуковой форме задуманное композитором или аранжировщиком.

На наш взгляд, во избежание возможных споров, связанных с определенным пробелом в правовом регулировании, данный вопрос должен быть урегулирован на законодательном уровне. Необходимо определить границы действия прав авторов компьютерных программ, и в частности определить, распространяется ли правовая охрана только непосредственно на саму программу либо объектом охраны также являются произведения, созданные в результате ее функционирования.

Правовая охрана баз данных не распространяется на случаи использования входящих в их состав объектов при создании производных музыкальных произведений. В этих случаях имеет место использование не базы данных как таковой, а использование отдельных материалов, в нее входящих. Многие из таких материалов представляют собой самостоятельные объекты авторского права – оригинальные звуки или звукосочетания, готовые аранжировки музыкальных произведений. Если подобные объекты являются результатом деятельности человека, а не компьютерной программы, то они подлежат авторско-правовой охране и с точки зрения закона не могут использоваться свободно без согласия обладателя исключительного права. На практике такое использование материалов баз данных осуществляется без согласования с правообладателями.

Представляется, что рассматриваемые отношения по использованию объектов, создаваемых посредством применения компьютерных программ, а также отношений по использованию оригинальных материалов, входящих в состав базы данных, нуждаются в более подробном и четком правовом регулировании.

§ 10. Музыкальные произведения, не охраняемые авторским правом

Освещение вопросов правовой охраны музыкальных произведений было бы неполным без рассмотрения музыкальных произведений, которые хотя и отвечают условиям охраноспособности, предъявляемым к объектам авторского права, но тем не менее в силу прямого указания закона авторским правом не охраняются. Виды произведений, на которые не распространяется авторско-правовая охрана, перечислены в п. 6 ст. 1259 ГК. К музыкальным произведениям непосредственное отношение имеют лишь нормы, содержащиеся в подп. 2, 3 п. 6 ст. 1259 ГК.

Во-первых, согласно подп. 2 ст. 1259 ГК не являются объектами авторского права музыкальные произведения, являющиеся государственными символами либо символами муниципальных образований. Музыкальными символами государства и муниципального образования являются соответственно гимны Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований. Для того чтобы музыкальное произведение стало официальным символом и, как следствие, было исключено из сферы правовой охраны, оно должно быть признано гимном в установленном порядке⁵¹. Соответственно музыкальное произведе-

⁵¹ См., напр.: Федеральный конституционный закон от 25.12.2000 № 3-ФКЗ «О Государственном гимне Российской Федерации» // СЗ РФ. 2000. № 52 (ч. I). Ст. 5022; Закон Санкт-Петербурга от 13.05.2003 № 165-23 «О детальном описании официальных символов Санкт-Петербурга и порядке их использования» // Вестник Законодательного собрания Санкт-Петербурга. 2003. № 6.

ние считается исключенным из сферы авторско-правовой охраны в момент введения в действие нормативного акта, признающего то или иное произведение гимном публично-правового образования. При этом по смыслу закона переход произведения в число неохраняемых объектов в данном случае не является окончательным и бесповоротным. С момента утраты произведением официального режима оно вновь становится объектом авторского права со всеми вытекающими последствиями.

Следует отметить, что до 1 января 2008 г. авторским правом не охранялись лишь официальные символы государства. В ч. 3 ст. 8 Закона об авторском праве официальные символы муниципальных образований не упоминались. Как следствие, гимны указанных субъектов, несмотря на их официальный характер, охранялись авторским правом на общих основаниях.

Во-вторых, не являются объектами авторского права произведения народного творчества (фольклора), не имеющие конкретных авторов (подп. 3 п. 6 ст. 1259 ГК). По смыслу закона, на территории РФ авторским правом не охраняются не только произведения народов, населяющих Россию, но и фольклор всех иных народов мира.

В отличие от гимнов публично-правовых образований, которые первоначально, с момента их создания охраняются авторским правом и для исключения из сферы авторско-правовой охраны которых необходимо выполнение ряда формальностей, произведения народного творчества не охраняются авторским правом с момента их появления на свет. Данное правило установлено в целях придания обороту простоты и большей стабильности. Как известно, для произведений данной категории характерно наличие огромного количества авторов, внесших в них свой творческий вклад. В случае распространения на данные произведения общей правовой охраны временные и материальные затраты на установление всех лиц, принявших в той или иной степени участие в создании фольклорного произведения, по своим масштабам были бы несопоставимы с теми имущественными потерями, которые наступили бы у указанных лиц в случае несанкционированного использования произведения. Для того чтобы не создавать тупиковую с юридической точки зрения ситуацию, при которой легальное использование фольклорного произведения стало бы фактически невозможным, законодатель изъял данные объекты из сферы авторско-правовой охраны.

Относя произведения народного творчества к числу неохраняемых, нельзя исключать возникновение ситуаций, при которых произведение согласно сложившемуся общественному мнению является народным и не имеет конкретных авторов, однако в действительности создано вполне конкретными людьми. Если указанным лицам удастся в судебном порядке доказать свое авторство на произведение, то с момента вступления решения в законную силу произведение перейдет из разряда неохраняемых в разряд объектов авторского права.

Отнесение музыкального произведения к числу неохраняемых объектов влечет за собой определенные юридические последствия. Поскольку данный объект является неохранным, отсутствуют и субъекты, обладающие какими-либо авторскими правами в отношении данного объекта. Ни автор такого произведения, ни иные лица не обладают ни исключительным правом, ни личными неимущественными правами, ни иными авторскими правами в отношении произведения. Соответственно, при использовании данного произведения нет необходимости согласовывать с кем-либо форму и способ использования. Кроме того, пользователь свободен от обязанности указывать имена создателей произведений, не несет риск отзыва произведения, вправе нарушать неприкосновенность произведения. Следует, однако, учитывать, что при искажении музыкального произведения, являющегося Государственным гимном Российской Федерации, пользователь может быть привлечен к административной ответственности в соответствии со ст. 17.10 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

§ 11. Музыкальные произведения, пользующиеся частичной правовой охраной

Помимо музыкальных произведений, которые полностью исключены из сферы авторско-правовой охраны, существуют также произведения, правовая охрана которых носит ограниченный характер. Таковыми являются произведения, перешедшие в общественное достояние в связи с истечением срока действия исключительного права.

Правила исчисления срока существования исключительного права установлены в ст. 1281 ГК. По общему правилу, закрепленному в п. 1 ст. 1281 ГК РФ, исключительное право на произведение действует с момента создания произведения в течение всей жизни автора, а также в течение семидесяти лет после его смерти либо, если произведение создано в соавторстве, в течение семидесяти лет после смерти автора, пережившего других соавторов.

Иные сроки существования исключительного права установлены в отношении произведений, которые обнародованы анонимно или под псевдонимом, произведений, обнародованных после смерти автора, произведений, созданных репрессированными и реабилитированными авторами, а также произведений авторов, которые работали в период Великой Отечественной войны или участвовали в ней (п. 2–5 ст. 1281 ГК РФ).

Так, в отношении произведений, обнародованных не под действительным именем автора, а анонимно или под псевдонимом, исключительное право действует в течение семидесяти лет с момента правомерного обнародования произведения. Если в течение данного периода времени автор раскроет свою личность или его личность не будет далее оставлять сомнений по иным причинам, в отношении срока существования исключительного права будет действовать рассмотренное общее правило.

В отношении произведения, обнародованного после смерти автора, но в пределах семидесяти лет с указанного момента, срок действия исключительного права составляет семьдесят лет с момента обнародования произведения. Если произведение обнародовано по прошествии семидесяти лет с момента смерти автора, исключительное авторское право в отношении него не возникает. В то же время лицо, обнародовавшее произведение за пределами семидесятилетнего срока, приобретает статус публикатора и, как следствие, становится обладателем исключительного смежного права на произведение (см. § 6 гл. 71 ГК).

Специальные правила установлены также в отношении произведений, созданных репрессированными и посмертно реабилитированными авторами. В данном случае отсчет семидесятилетнего срока следует вести не с момента смерти автора, а с момента его реабилитации.

Льготный четырехлетний срок установлен для произведений, созданных авторами, работавшими во время Великой Отечественной войны или участвовавшими в ней. Исключительное право на произведения данной категории действует в течение семидесяти четырех лет с момента смерти автора.

На практике среди специалистов нередко возникают споры относительно сферы действия данной нормы. Так, по мнению одних авторов, в силу закрепленного в Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886⁵² (далее – Бернская конвенция) принципа национального режима правило о льготном четырехлетнем сроке распространяется как на произведения отечественных авторов, так и на произведения иностранных авторов⁵³. По мнению других, данное правило рассчитано исключительно на произведения авторов, участвовавших в период Великой Отечественной войны на стороне Советской армии

⁵² Бюллетень международных договоров. № 9. 2003.

⁵³ См., напр.: Ананьева Е. В. Гражданский кодекс Российской Федерации в вопросах и ответах. Ч. 4. Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. М., 2007. С. 47.

либо работавших в указанный период на территории СССР. В обоснование данного подхода обычно используется ссылка на наименование войны в рассматриваемой норме – «Великая Отечественная». Данным термином, в отличие от словосочетания «Вторая мировая война», традиционно охватывается совокупность военных действий, разворачивавшихся в период с 22 июня 1941 г. по 9 мая 1945 г. при участии Вооруженных сил СССР. Соответственно, использование данной терминологии, по мнению ряда юристов, свидетельствует об ограниченной сфере действия рассматриваемой нормы.

В результате анализа норм Бернской конвенции и действующего российского законодательства следует прийти к выводу, что и первая, и вторая точка зрения являются ошибочными. С одной стороны, ограничение сферы действия рассматриваемой нормы по критериям гражданства авторов и места их деятельности неизбежно ведет к нарушению общепризнанного для авторского права принципа национального режима. С другой стороны, при обращении к данному общему принципу нельзя не учитывать специальные положения Бернской конвенции, которые конкретизируют принцип национального режима применительно к исчислению срока имущественных авторских прав. В соответствии с п.8 ст. 7 Бернской конвенции срок имущественных авторских прав «...определяется законом страны, в которой истребуется охрана; однако, если законодательством этой страны не предусмотрено иное, этот срок не может превышать срок, установленный в стране происхождения произведения». Российским законодательством иное не предусмотрено. Согласно ч. 2 п. 4 ст. 1256 ГК при предоставлении охраны произведениям в соответствии с международными договорами Российской Федерации срок действия исключительного права на эти произведения на территории Российской Федерации не может превышать срок действия исключительного права, установленного в стране происхождения произведения. Это, в частности, означает, что если во внутреннем праве страны происхождения произведения не существует аналогичной нормы, увеличивающей срок действия исключительного авторского права до семидесяти четырех лет с момента смерти автора, участвовавшего в Великой Отечественной войне и (или) Второй мировой войне или работавшего в указанный период, рассматриваемая норма п.5 ст. 1281 ГК не может быть распространена на произведения соответствующего иностранного автора. Таким образом, в каждом конкретном случае данный вопрос должен решаться с учетом положений внутреннего права страны происхождения произведения.

Нормы о сроках действия исключительного права на произведения предполагают специальный подход к их исчислению. В изъятие из общих положений гражданского права о правилах исчисления сроков, определенных периодом времени (ст. 191 ГК), срок действия исключительного права следует отсчитывать начиная с 1 января года, следующего за годом, в котором наступил соответствующий юридический факт (смерть автора, обнародование произведения), а не со дня, следующего за днем наступления юридического факта.

Закрепленные в ст. 1281 ГК нормы о сроках существования исключительного права ограничены правилом ст. 6 Закона о введении в действие части четвертой ГК РФ, в соответствии с которым указанные нормы применяются при условии, что на 1 января 1993 г. прошло не более пятидесяти лет с даты смерти автора. Иными словами, нормы ст. 1281 ГК о сроках действия исключительного права применяются к произведениям авторов, умерших после 31 декабря 1941 г. Например, автор умер в январе 1941 г. По состоянию на 1 января 2010 г. с момента его смерти прошло менее семидесяти лет. Несмотря на это, правило о семидесятилетнем сроке действия исключительного права к произведениям данного автора не применяется, поскольку с января 1941 г. до 1 января 1993 г. прошло более пятидесяти лет.

Кроме того, при применении норм о сроках действия исключительного права следует учитывать разъяснения, содержащиеся в п. 3 Постановления Пленумов ВС и ВАС № 5/29. Согласно позиции высших судебных инстанций, если момент истечения пятидесятилетнего срока пришелся на период с 1 января 1993 г. до 28 июля 2004 г. – даты вступления в силу

Федерального закона от 20.07.2004 № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации “Об авторском праве и смежных правах”», которым срок действия имущественных авторских прав был увеличен с пятидесяти до семидесяти лет, произведение, перешедшее в общественное достояние по правилам Закона об авторском праве в первоначальной редакции, с 1 января 2008 г. вновь стало полноценным объектом авторского права. Срок действия исключительного права на такое произведение должен исчисляться по правилам, предусмотренным ст. 1281 ГК. Это означает, что в отношении целого ряда произведений исключительное право, прекратившееся в период с 1 января 1993 г. по 27 июля 2004 г. по правилам Закона об авторском праве в первоначальной редакции, с 1 января 2008 г. возобновило свое действие в пределах сроков, установленных в ст. 1281 ГК.

По истечении срока действия исключительного права произведение переходит в общественное достояние (ст. 1282 ГК). Именно с данного момента в отношении произведения устанавливается частичная правовая охрана. Суть данной охраны заключается в следующем. С одной стороны, допускается свободное использование произведения, перешедшего в общественное достояние, и данное использование не требует получения разрешения правопреемников автора и выплаты им вознаграждения. С другой стороны, при использовании произведения не должно отрицаться авторство действительного создателя произведения, не должна нарушаться неприкосновенность произведения, обязательно указание имени автора. Иными словами, с момента перехода произведения в общественное достояние пользователь приобретает определенную свободу использования произведения, но эта свобода не является полной, определенные границы использования, выход за которые является действием неправомерным, сохраняются.

В случае неуказания или неверного указания имени автора произведения, перешедшего в общественное достояние, а также в случае внесения в произведение несанкционированных изменений либо присвоения третьим лицом авторства на произведение, данные действия могут преследоваться наследниками автора, их правопреемниками, исполнителем завещания автора или иными заинтересованными лицами (ст. 1267 ГК РФ).

ГЛАВА 2. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ ПО ИСПОЛЬЗОВАНИЮ МУЗЫКАЛЬНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ

§ 1. Общие положения

На сегодняшний день существует множество различных способов использования музыкальных произведений, среди которых можно выделить несколько наиболее распространенных, сопровождающих повседневную жизнь большинства людей. К ним относятся публичное исполнение, сообщение в эфир и по кабелю, воспроизведение, распространение экземпляров произведений, размещение аудиофайлов в Интернете. Несмотря на то, что каждый из перечисленных способов как с технической, так и с экономической точки зрения обладает определенной спецификой, их юридическое регулирование подчинено единому общему правилу, требующему получения разрешения правообладателя на использование произведения. В настоящий момент данное правило установлено в п. 1 ст. 1270 ГК, в котором за автором произведения (его правопреемником) закреплено исключительное право на произведение. До 1 января 2008 г. данное правило прямо следовало из п. 1 ст. 16 Закона об авторском праве, в котором за автором были закреплены исключительные имущественные права на произведение⁵⁴.

Исходя из п. 1,2 ст. 1270, ст. 1240 ГК обязательному согласованию с правообладателем подлежит не только способ, но и форма использования музыкального произведения. Музыкальные произведения могут использоваться в письменной форме, в частности посредством воспроизведения и распространения нотных текстов. Кроме того, музыкальные произведения широко используются в звуковой форме, например посредством публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю и т. д. В звуковой форме музыкальное произведение может использоваться непосредственно и самостоятельно, например путем живого исполнения, либо оно может быть использовано в составе фонограммы, аудиовизуального произведения или иного сложного объекта. В письменной и звуковой форме музыкальные произведения могут использоваться как в оригинальной форме (в неизменном виде), так и с какими-либо изменениями и дополнениями. Поскольку исключительное право предоставляет его обладателю монополию не только в отношении способа, но и в отношении формы использования произведения, конкретная форма использования произведения по общему правилу должна согласовываться с правообладателем.

Правило о необходимости учета воли обладателя исключительного права при использовании произведения, являясь общим, знает определенные исключения, допускающие использование произведения без разрешения правообладателя и без выплаты ему вознаграждения либо без разрешения правообладателя, но с выплатой вознаграждения. Так называемые случаи свободного использования объектов авторских прав определены в законе исчерпывающим образом, и поскольку данные случаи представляют собой исключения из общего правила, они

⁵⁴ В связи с принятием и вступлением в силу части четвертой ГК РФ на смену конструкции множественности исключительных имущественных авторских прав на произведение, существовавшей в период действия Закона об авторском праве, пришла конструкция единого исключительного права на произведение. Анализ положений ныне действующего гражданского законодательства позволяет утверждать, что содержание современного единого исключительного права на произведение образуют три правомочия: 1) правомочие самостоятельно использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим нормам права способом; 2) правомочие разрешать другим лицам использовать произведение в той или иной форме и не противоречащим нормам права способом; 3) правомочие запрещать другим лицам использовать произведение. См. об этом подробнее: Иванов Н. В. О содержании исключительного права по российскому законодательству // Закон. 2012. № 11. С. 100–105.

не должны толковаться расширительно. Так, нормы, предусматривающие свободное использование музыкальных произведений, содержатся в ст. 1245, 1272–1275, 1277–1279 ГК.

Новым для российской правовой действительности является специальное указание, содержащееся в п. 2 ст. 1270 ГК, в силу которого использование произведения подчиняется рассмотренному общему правилу независимо от того, преследует пользователь цель извлечения прибыли или нет. Из положений ранее действовавшего Закона об авторском праве следовал точно такой же вывод, однако соответствующее прямое указание в Законе отсутствовало. Это создавало почву для многочисленных спекуляций со стороны заинтересованных пользователей и отрицания ими необходимости получения разрешения правообладателей в связи с якобы осуществляемым некоммерческим использованием объектов. Несмотря на то, что с точки зрения современной системы правового регулирования отношений по использованию произведений включение данной нормы в закон является, строго говоря, излишним, оно, очевидно, заслуживает поддержки, поскольку преследует цель стабилизации оборота в данной сфере общественных отношений, является важным и полезным с практической точки зрения.

Сформулированное общее правило о необходимости согласования с правообладателем способа использования музыкального произведения не распространяет свое действие на случаи использования произведений, не охраняемых авторским правом, а также произведений, в отношении которых установлена частичная правовая охрана. Так, без чьего-либо разрешения и без выплаты вознаграждения всеми возможными способами могут использоваться музыкальные произведения, являющиеся гимном РФ, субъектов РФ и муниципальных образований, а также музыкальные произведения народного творчества, не имеющие конкретных авторов (подп. 2, 3 ст. 1259 ГК). Кроме того, не требует согласования способ использования музыкальных произведений, перешедших в общественное достояние в связи с истечением срока их охраны (ст. 1281, 1282 ГК).

Что касается правила об обязательности согласования формы использования произведения, то оно не действует в случае использования музыкальных произведений, не охраняемых авторским правом (подп. 2, 3 ст. 1259 ГК), но в то же время действует при использовании музыкальных произведений, пользующихся частичной правовой охраной (ст. 1281, 1282 ГК). Так, в силу п. 1 ст. 1267 ГК неприкосновенность произведения охраняется бессрочно. После смерти автора, в том числе после истечения срока действия исключительного права на произведение, охрану неприкосновенности произведения осуществляет лицо, на которое автор возложил данную обязанность по завещанию, а при отсутствии подобного указания или после смерти данного лица неприкосновенность произведения охраняется наследниками автора, их правопреемниками и иными заинтересованными лицами (п. 2 ст. 1267 ГК).

Как показывает практика, установленное законом общее правило использования произведений соблюдается далеко не всегда. В связи с этим целесообразно рассмотреть наиболее распространенные способы и формы использования музыкальных произведений, а также основные проблемы их современного правового регулирования, практики соблюдения и применения действующих норм.

§ 2. Публичное исполнение

Публичное исполнение является классическим способом использования музыкальных произведений. В силу определенной специфики звуковой формы выражения исполняемые музыкальные произведения с давних пор неизбежно сопровождают проведение различного рода мероприятий, встреч, собраний, торжеств, конкурсов, спортивных соревнований и благоприятным образом способствуют атмосфере общения людей. Музыкальные произведения чаще, чем какие-либо другие, исполняются на публике, поскольку в большинстве случаев они

не требуют особой концентрации внимания со стороны слушателей и могут использоваться параллельно, в качестве фона, придавая определенную гармонию происходящему.

Согласно подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК публичное исполнение музыкального произведения – это представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (радио, телевидение и иных технических средств) в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается произведение в месте его представления либо в другом месте одновременно с представлением произведения. Анализируя данное определение, нельзя не отметить его юридико-технические достоинства по сравнению с легальным определением публичного исполнения, содержащемся в ст. 4 Закона об авторском праве. По непонятным причинам в 1993 г. разработчики Закона об авторском праве решили закрепить одно общее определение сразу для трех способов использования произведений: публичного исполнения, публичного показа и сообщения для всеобщего сведения. Эти три понятия, разные по объему и содержанию, следовало раскрыть отдельно друг от друга, тем самым заметно упростив процесс толкования соответствующей нормы Закона об авторском праве. Несмотря на обоснованную критику специалистов⁵⁵, соответствующие изменения в ст. 4 Закона об авторском праве на протяжении всего периода его действия так и не были внесены. Как следствие, еще в совсем недавнем прошлом для того, чтобы привести легальное определение публичного исполнения, простого цитирования Закона было недостаточно; следовало приложить определенные усилия, чтобы выделить его из громоздкого общего определения трех указанных способов использования произведений. Такое положение вещей на практике вызывало множество различных вариантов толкования данной нормы, что, конечно же, являлось ненормальным и свидетельствовало о явной недоработке законодателя. В частности, непонятно, почему сообщение для всеобщего сведения было объединено с публичным исполнением и публичным показом, когда это понятие, более широкое по объему и содержанию, является общим по отношению к публичному исполнению, публичному показу, передаче в эфир и сообщению для всеобщего сведения по кабелю. Однако, как уже отмечалось, данный достаточно серьезный с точки зрения юридической техники недостаток устранен в подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, в котором дано определение публичному исполнению как самостоятельному способу использования произведений.

Исходя из приведенного определения исполнение музыкального произведения может быть квалифицировано как публичное в двух случаях. Во-первых, исполнение является публичным, если оно осуществляется в месте, открытом для свободного посещения. Фактическое наличие либо отсутствие посетителей, их количество в данном случае значения не имеют: для возникновения правового режима публичного исполнения достаточно создания условий для восприятия исполнения третьими лицами. Во-вторых, исполнение является публичным, если оно фактически воспринимается значительным числом лиц, не принадлежащим к обычному кругу семьи. В данном случае доступ к исполнению для всех желающих может быть закрыт; необходимо лишь, чтобы среди слушателей присутствовали лица, не состоящие друг с другом в семейных отношениях, и чтобы число этих лиц было значительным. По-видимому, в случае спора значительная степень числа слушателей должна устанавливаться исходя из конкретных обстоятельств. Так, исполнение произведения на домашнем празднике, например, в новогоднюю ночь или на дне рождения, на котором помимо членов семьи присутствуют также иные приглашенные лица, по смыслу закона не должно расцениваться как публичное, поскольку масштабы мероприятия не позволяют сделать вывод о значительном числе воспринимающих исполнение лиц. Если же личный или семейный праздник отмечается с большим размахом, например в ресторане или клубе, и количество приглашенных насчитывает несколько десятков

⁵⁵ См., напр.: Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (исключительные права): учебник. М., 2000. С. 111–113.

или даже сотен персон, исполнение произведения следует квалифицировать как публичное, так как налицо значительное число воспринимающих исполнение лиц, не принадлежащих к кругу семьи. Что касается критериев отнесения присутствующих при исполнении произведения лиц к обычному кругу семьи, то, как уже отмечалось, в настоящий момент их примерный перечень содержится в п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» (далее – Постановление Пленума ВС № 15, Постановление)⁵⁶. Пленум Верховного Суда РФ рекомендует судам использовать следующие критерии для определения обычного круга семьи: родственные отношения и личные связи присутствующих при исполнении лиц, периоды их общения, характер взаимоотношений и другие значимые обстоятельства.

В соответствии с п. 1 и 2 ст. 1270 ГК публичное исполнение произведения по общему правилу допускается только с разрешения автора или его правопреемника. Иными словами, автор обладает монополией на использование музыкального произведения посредством публичного исполнения, он вправе разрешать и запрещать третьим лицам публичное исполнение произведения.

Учитывая современный качественный уровень звукозаписывающих и звуковоспроизводящих устройств, их доступность, а также количество находящихся на территории РФ общественных мест, в которых музыкальные произведения исполняются публично, можно констатировать, что на сегодняшний день рядовой правообладатель не в состоянии в индивидуальном порядке реализовывать и защищать исключительное право на музыкальное произведение в той части, в которой им охватывается публичное исполнение как способ использования произведения. В современных условиях имущественные интересы правообладателей в сфере публичного исполнения могут быть обеспечены лишь посредством механизма коллективного управления имущественными авторскими правами, предполагающего функционирование на рынке специализированных организаций, выступающих в качестве связующего звена между правообладателями и пользователями⁵⁷. Исходя из положений ст. 1242, 1243 ГК в сферу деятельности организаций по управлению авторскими правами на коллективной основе (далее – организация коллективного управления) входит, в частности, выявление лиц, которые используют музыкальные произведения, в том числе посредством публичного исполнения, выдача разрешений на использование произведений, сбор вознаграждения в пользу правообладателей и его распределение между ними, пресечение случаев неправомерного использования произведений.

Действующее законодательство предусматривает существование двух категорий организаций коллективного управления – аккредитованных и неаккредитованных. Главным юридическим последствием получения организацией коллективного управления статуса аккредитованной организации является приобретение ею полномочий на выступление в гражданском обороте от имени всех правообладателей, включая тех, которые не состоят с данной организацией в договорных правоотношениях. Кроме того, важное последствие государственной аккредитации предусмотрено ч. 2 п. 5 ст. 1242 ГК, в силу которой аккредитованная организация коллективного управления вправе от имени неопределенного круга правообладателей предъявлять требования в суде, необходимые для защиты прав, управление которыми осуществляет такая организация. Согласно разъяснениям высших судебных инстанций, содержащихся в п. 21 Постановления Пленумов ВС и ВАС № 5/29, аккредитованная организация действует без доверенности, подтверждая свое право на обращение в суд за защитой прав конкретного пра-

⁵⁶ БВС РФ. 2006. № 8.

⁵⁷ Использование термина «управление» в данном случае – дань сложившейся традиции. С точки зрения теории права деятельность данной организации представляет собой осуществление (реализацию) и защиту имущественных авторских прав в особом порядке – «на коллективной основе».

вообладателя или неопределенного круга лиц свидетельством о государственной аккредитации.

Неаккредитованные организации коллективного управления, исходя из п. 3 ст. 1244 ГК, уполномочены представлять интересы только тех правообладателей, с которым у них заключены соответствующие договоры. Правообладатели, желающие сотрудничать с неаккредитованной организацией коллективного управления, вправе исключить свои произведения из реестра аккредитованной организации на основании соответствующего заявления. По истечении трех месяцев с момента подачи заявления произведения считаются исключенными из реестра аккредитованной организации (п. 4 ст. 1244 ГК). С указанного момента данные произведения могут быть включены в реестр неаккредитованной организации на основании соответствующего договора. В силу п. 21 Постановления Пленумов ВС и ВАС № 5/29 для защиты интересов правообладателей в судебном порядке организация, не являющаяся аккредитованной, действует без доверенности, но для подтверждения права на обращение в суд за защитой прав конкретного правообладателя представляет свой устав, а также договор с соответствующим правообладателем о передаче полномочий по управлению правами или договор с другой организацией, в том числе иностранной, управляющей правами такого правообладателя на коллективной основе (п. 3 ст. 1242 ГК).

Условия и порядок государственной аккредитации организаций коллективного управления содержатся в Положении о государственной аккредитации организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами, утвержденном Постановлением Правительства РФ от 29.12.2007 № 992⁵⁸ (далее – Положение об аккредитации, Положение). Согласно подп. «г» – «ж» п. 7, 15 Положения об аккредитации при рассмотрении вопроса о государственной аккредитации организации коллективного управления уполномоченным государственным органом должны быть приняты во внимание следующие обстоятельства: количество действующих на момент подачи заявления об аккредитации и в течение одного года с указанного момента договоров, заключенных организацией коллективного управления с правообладателями; количество действующих и исполняющихся на момент подачи заявления лицензионных договоров и договоров о выплате вознаграждения за использование объектов авторского права; количество заключенных организацией коллективного управления соглашений о взаимном представительстве интересов заявителя с аналогичными иностранными и российскими организациями; сумма выплаченного правообладателям вознаграждения за 12 месяцев, предшествующих дате подачи заявления об аккредитации; наличие реестра правообладателей; перспективный план развития; материально-техническая база организации коллективного управления, в частности возможность осуществления функций по сбору, распределению и выплате вознаграждения на всей или большей части территории Российской Федерации, оптимальность размера суммы, удерживаемой из вознаграждения на покрытие фактических расходов заявителя по сбору, распределению и выплате такого вознаграждения, наличие общедоступного информационного ресурса.

Государственный контроль за деятельностью аккредитованных организаций коллективного управления уполномочено осуществлять Министерство культуры РФ на основании п. 5.4.10.7 Постановления Правительства РФ от 20.07.2011 № 590 «О Министерстве культуры Российской Федерации»⁵⁹. Порядок осуществления данного контроля предусмотрен приказом Минкультуры России от 23.12.2011 № 1224 «Об утверждении Административного регламента исполнения Министерством культуры Российской Федерации государственной функции по осуществлению государственного контроля и надзора за деятельностью аккредитованных госу-

⁵⁸ СЗ РФ. 2008. № 2. Ст. 114.

⁵⁹ СЗ РФ. 2011. № 31. Ст. 4758.

дарством организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами»⁶⁰.

На сегодняшний день аккредитованной организацией коллективного управления в сфере публичного исполнения произведений на территории Российской Федерации является Общероссийская общественная организация «Российское авторское общество» (далее – РАО). На основании приказов Минкультуры России от 15.08.2013 № 1164 и № 1165 РАО аккредитовано в двух предусмотренных законом сферах: управление исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом и без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции (подп. 1 п. 1 ст. 1244 ГК РФ) и осуществление прав композиторов, являющихся авторами музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение или сообщение в эфир или по кабелю такого аудиовизуального произведения (подп. 2 п. 1 ст. 1244 ГК РФ).

Следует отметить, что статус аккредитованной организации коллективного управления является срочным. В соответствии с п. 20 Положения об аккредитации государственная аккредитация предоставляется на 5 лет для организаций, аккредитуемых впервые, и на срок от 5 до 10 лет для организаций, аккредитованных ранее и не имевших замечаний к своей деятельности со стороны контролирующих органов. Кроме того, Положением об аккредитации предусмотрены случаи досрочного прекращения полномочий аккредитованной организации. Решение об отзыве государственной аккредитации может быть принято уполномоченным государственным органом в случаях неустранения аккредитованной организацией в установленный уполномоченным органом срок нарушений, по поводу которых уполномоченным органом давались предписания, непредставления в установленный срок в уполномоченный орган ежегодного отчета о деятельности аккредитованной организации, возникшего несоответствия аккредитованной организации требованиям, предъявляемым к ней Гражданским кодексом РФ, представления аккредитованной организацией заявления о добровольном отказе от аккредитации, выявления недостоверных сведений в документах, послуживших основанием для принятия решения об аккредитации, представления в уполномоченный орган ежегодного отчета о деятельности аккредитованной организации, содержащего заведомо ложные сведения.

Действующая на территории РФ модель «расширенного» коллективного управления, позволяющая аккредитованной организации действовать, в том числе, в интересах правообладателей, которые не предоставляли ей соответствующих полномочий, вызвала негативное отношение членов Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации. Как следует из п. 1282 Доклада Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации (принят 16.11.2011—17.11.2011)⁶¹, представитель РФ в ответ на озабоченность членов Рабочей группы использованием на территории РФ указанной юридической конструкции заявил о готовности РФ не позднее 1 января 2013 г. отказаться от института управления авторскими правами без договора с правообладателями.

К моменту написания настоящей работы обещанного так и не произошло. Более того, как уже было отмечено, в августе 2013 г. РАО было аккредитовано Министерством культуры РФ повторно, причем на этот раз на срок 10 лет.

В то же время следует отметить, что РФ отчасти исполнило обязательство, зафиксированное в п. 1216 Доклада Рабочей группы, предполагающее принятие необходимых мер для привлечения к ответственности организаций коллективного управления с целью оказания содей-

⁶⁰ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. № 41.

⁶¹ СПС «Консультант Плюс».

ствия правообладателям в получении вознаграждения, которое им причитается. С 1 октября 2014 г. ст. 1243 ГК дополнена п.6, согласно которому невыплата организацией по управлению правами на коллективной основе вознаграждения, собранного для правообладателя, вследствие нарушения ею порядка управления правами, установленного ГК, влечет применение к этой организации мер защиты исключительного права в соответствии со ст. 1252 ГК. Данное правило, в частности, предоставляет правообладателю возможность требовать от организации коллективного управления выплаты компенсации в установленных законом пределах (ст. 1301, 1311 ГК) в случае полной или частичной невыплаты собранного с пользователей и причитающегося правообладателю вознаграждения.

Рассматривая правовой режим публичного исполнения музыкальных произведений, нельзя обойти вопрос о субъекте, обязанном получать разрешение правообладателей на осуществление публичного исполнения произведений. Данный вопрос приобрел особую остроту в связи с принятием и вступлением в законную силу Решения Верховного Суда РФ от 12.09.2007 (дело № ГКПИ07-910), которым был признан недействующим и не подлежащим применению раздел III Положения о минимальных ставках авторского вознаграждения за публичное исполнение произведений, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 21.03.1994 № 218 (далее – Положение о минимальных ставках, Положение)⁶². Указанный раздел, действовавший и активно применявшийся на практике в течение 13 лет, предусматривал порядок начисления и взимания авторского вознаграждения за публичное исполнение произведений, в частности содержал признаки плательщика авторского вознаграждения за публичное исполнение произведений и примерный перечень категорий плательщиков (пользователей), устанавливал обязанность пользователей представлять представителям правообладателей документы об использовании произведений. Поскольку Закон об авторском праве содержал лишь общие положения – об имущественном праве автора на публичное исполнение (п. 2 ст. 16) и о необходимости соблюдения прав автора исполняемого произведения при осуществлении прав исполнителя (п. 3 ст. 36), для определения фигуры пользователя произведения при публичном исполнении до недавнего времени следовало обращаться к принятому в соответствии п. 3 ст. 31 Закона Положению о минимальных ставках. По смыслу п. 1 и п. 20 Положения пользователем при публичном исполнении следовало считать физическое или юридическое лицо независимо от формы собственности, которое выступает в роли организатора соответствующего мероприятия. При этом данная организаторская деятельность названа в Положении театрально-зрелищной.

По мнению Верховного Суда РФ, изложенному в мотивировочной части Решения от 12.09.2007, Правительство РФ, установив порядок начисления и взимания авторского вознаграждения, вышло за пределы полномочий, которые ему были предоставлены Законом об авторском праве, поскольку согласно ч. 2 п. 3 ст. 31 этого Закона Правительство было вправе устанавливать лишь минимальные ставки авторского вознаграждения, но оно не обладало полномочиями на регламентирование порядка их применения.

Хотя данное решение Верховного Суда РФ было оставлено в силе судом кассационной инстанции, его законность и обоснованность представляется, по меньшей мере, спорной. Предельно буквальное толкование ч. 2 п. 3 ст. 31 Закона, которое в данном случае продемонстрировал Верховный Суд, на наш взгляд, является ошибочным. Во-первых, раздел 3 Положения о минимальных ставках содержал нормы авторского права, которое, как известно, является институтом гражданского права. В силу п. 4 ст. 3 ГК РФ Правительство РФ вправе на основании и во исполнение ГК РФ и иных законов принимать постановления, содержащие нормы гражданского права, в том числе нормы авторского права. Ссылка Верховного суда на ст.

⁶² Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 13. Ст. 994. Исходя из ст. 4 Федерального закона «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 18 декабря 2006 г. с 1 января 2008 г. Положение продолжает действовать.

2 Закона об авторском праве в последней редакции ничего не доказывает, поскольку данная норма лишь воспроизводит и конкретизирует правило, закрепленное в п. «о» ст. 71 Конституции РФ, об исключительном ведении Российской Федерации в сфере правового регулирования интеллектуальной собственности. Во-вторых, установление минимальных ставок авторского вознаграждения без урегулирования порядка их применения во многом теряет смысл, поскольку применение данных ставок на практике может быть серьезно затруднено. Напротив, установление размеров 54 ставок авторского вознаграждения неизбежно ведет к необходимости закрепления порядка их применения, так как в противном случае ключевой вопрос о том, кто из множества различных хозяйствующих субъектов, действующих в сфере организации и проведения мероприятий по публичному исполнению произведений, является пользователем (плательщиком авторского вознаграждения), останется без прямого ответа.

Спустя пять лет после признания недействующим раздела III Положения о минимальных ставках та же участь постигла раздел II данного Положения. На основании заявления ФГБУК «Московская государственная академическая филармония» Решением Верховного Суда РФ от 18.06.2012 № АКПИ12-503⁶³ раздел II Положения о минимальных ставках был признан недействующим. Помимо указания на выход Правительством РФ за пределы предоставленных законом полномочий, Верховный Суд в качестве основания вынесенного Решения указал на противоречие п. 2 раздела II Положения о минимальных ставках нормам ГК РФ о сроке действия исключительного права и последствиях его истечения. В частности, в мотивировочной части решения указывается: «Предписания п. 2 оспариваемого раздела Положения ограничивают право пользователей на свободное использование произведений, перешедших в общественное достояние, и закрепляют положение, при котором при исполнении неохранных произведений в одном концерте (одной программе) с охраняемыми произведениями пользователь обязан уплатить вознаграждение за все исполненные произведения. Устанавливая правило, согласно которому авторское вознаграждение выплачивается не за произведение, а за концерт (программу), п. 2 оспариваемого раздела Положения тем самым обязывает пользователя производить выплату авторского вознаграждения не только за использование произведений, на которые получена лицензия, но и за использование произведений, перешедших в общественное достояние. Такое правило прямо противоречит п. 1 и 2 ст. 1282 Гражданского кодекса Российской Федерации, устанавливающим, что по истечении срока действия исключительного права произведение, как обнародованное, так и необнародованное, переходит в общественное достояние и может свободно использоваться любым лицом без чье-либо согласия или разрешения и без выплаты авторского вознаграждения».

Кроме того, Верховный Суд указал, что «раздел II Положения, оспариваемый заявителем, предусматривая в пунктах 2–4, 9, 15–19 обязательные для пользователя и правообладателя (организации по управлению правами на коллективной основе) условия исчисления авторского вознаграждения, фактически устанавливает порядок определения вознаграждения, который отнесен в силу пункта 5 статьи 1235 Гражданского кодекса Российской Федерации к существенным условиям лицензионного договора... Закон не наделяет Правительство Российской Федерации нормотворческой компетенцией по определению содержания существенных условий лицензионного договора, в связи с этим указанные пункты оспариваемого раздела II Положения не соответствуют требованиям Гражданского кодекса Российской Федерации. Порядок определения вознаграждения должен быть согласован сторонами лицензионного договора в соответствии с требованиями статьи 1235 Гражданского кодекса Российской Федерации».

На наш взгляд, довод о несоответствии отдельных норм раздела II Положения о минимальных ставках закону является обоснованным. Действительно, сложившаяся на основании п. 2 раздела II Положения в течение последних двух десятилетий практика взимания авторского

⁶³ БВС РФ. 2012. № 12.

вознаграждения за все произведения, исполненные на одном мероприятии, в том числе за те, срок действия исключительного права на которые истек, явно противоречит нормам закона о сроке существования исключительного права и общественном достоянии как специальном правовом режиме использования произведений. Что касается полномочий Правительства РФ в части определения размера авторского вознаграждения, то, на наш взгляд, они достаточно очевидно следуют из п. 4 ст. 1286 ГК РФ в действующей редакции. Соответственно, признание недействующим раздела II Положения о минимальных ставках в целом, а не его отдельных положений является с теоретической точки зрения также очень спорным решением.

Тем не менее оба решения Верховного Суда вступили в силу, и с ними необходимо считаться. При этом следует учитывать, что исключение норм разделов II и III Положения о минимальных ставках из действующей системы права вовсе не означает, что впредь до внесения изменений в действующее законодательство никто не обязан соблюдать исключительное право на произведение при его публичном исполнении. Существование примерного перечня плательщиков авторского вознаграждения применительно к публичному исполнению произведений являлось скорее исключением, чем общим правилом для правового регулирования отношений в данной сфере. В то же время традиционным и естественным для гражданского права в целом и авторского права в частности является положение о том, что лицом, обязанным соблюдать авторские права и нести ответственность за их несоблюдение, является лицо, которое осуществляет использование произведения. Подобно тому как собственник несет бремя содержания принадлежащей ему вещи, субъект, который использует определенное благо (в данном случае – музыкальное произведение), обязан нести предусмотренное законом бремя такого использования. Хотя на сегодняшний день данное положение не закреплено в какой-либо конкретной авторско-правовой норме, оно логично следует из существующей системы правового регулирования и, кроме того, подтверждается позицией Пленума Верховного Суда, занятой им в п. 13 Постановления № 15. В соответствии с этим пунктом надлежащим ответчиком по делу о защите авторского права и (или) смежных прав является лицо, осуществившее действие по использованию объектов авторского права или смежных прав.

Несмотря на то, что судебная отмена раздела III Положения о минимальных ставках несколько дестабилизировала сложившуюся практику сбора и выплаты вознаграждения за публичное исполнение музыкальных произведений и судебную практику по защите прав авторов в данной сфере, нельзя не отметить, что и в период действия раздела III Положения о минимальных ставках существовало множество проблем с определением лица, обязанного соблюдать авторские права при публичном исполнении музыкальных произведений. В связи с существованием достаточно большого числа компаний, которые занимаются подготовкой и проведением различных шоу, не имея в собственности хотя бы одной концертной площадки, и в то же время наличие множества организаций – собственников помещений, которые регулярно сдают в аренду принадлежащую им сцену для проведения разовых мероприятий, на которых публично исполняется музыка, на практике часто возникал и продолжает возникать вопрос о том, кто в подобной ситуации – собственник или арендатор – является пользователем исполняемых произведений. И первого и второго вполне можно признать лицом, осуществляющим или организующим публичное исполнение: если арендатор осуществляет публичное исполнение непосредственно, то участие собственника площадки опосредовано отношениями из договора аренды. И собственник и арендатор извлекают из публичного исполнения музыки определенную выгоду. К сожалению, Положение о минимальных ставках даже в период действия раздела III четкого ответа на данный вопрос не давало. Лишь из ч. 3 п. 22, определявшей порядок выплаты авторского вознаграждения при платном для посетителей входе, можно было вывести, что пользователем произведений при публичном исполнении является именно собственник площадки. Во всех остальных случаях в Положении речь идет либо о владельце помещения, либо об организаторе публичного исполнения. Очевидно, что с одинаковым успе-

хом в роли владельца помещения и одновременно организатора публичного исполнения может выступать и собственник, и арендатор, и субарендатор, и обладатель права хозяйственного ведения, и носитель права оперативного управления. Именно отсутствие четких формулировок относительно юридического титула лица, обязанного соблюдать авторские права при публичном исполнении, приводит на практике к тому, что обладатели разных имущественных прав на одно и то же помещение, в котором происходит публичное исполнение, всячески отрицают свою обязанность по выплате авторского гонорара, перекидывая ее друг на друга. В результате добиться в подобных случаях выплаты денежных средств в пользу правообладателей удается в основном лишь в судебном порядке, что в настоящее время связано с дополнительными материальными, а главное – временными затратами.

Примером возложения ответственности на собственника помещения при бездоговорном публичном исполнении произведения может послужить следующее дело. В октябре 2004 г. Северо-Западный филиал РАО предъявил иск в интересах автора Ш. К ООО «Ленинградский дворец молодежи» о взыскании компенсации за бездоговорное публичное исполнение музыкального произведения. В апреле 2004 г. в концертном зале, принадлежащем ответчику, состоялся концерт петербургского музыкального коллектива «В.», в ходе которого среди прочих было исполнено музыкальное произведение «Зимний сон». Автором музыки и текста данного произведения является Ш. – член некоммерческого партнерства «Независимое агентство авторских прав» (далее – НААП), с которым у РАО заключен договор на управление имущественными авторскими правами авторов – членов НААП. Ни у правообладателя, ни у РАО ответчик не получил разрешение на использование произведения «Зимний сон» и не выплатил авторское вознаграждение. В судебном заседании представители ответчика отрицали свою причастность к нарушению авторских прав, утверждая, что ответственность должно нести третье лицо – организатор концерта, арендовавший помещение для его проведения. Кроме того, ответчик отрицал факт исполнения данного произведения в своем помещении.

Суд, исследовав материалы дела и изучив все представленные сторонами доказательства, счел факт публичного исполнения произведения «Зимний сон» установленным, а также, приняв во внимание положения действующего законодательства, пришел к выводу, что иск предъявлен к надлежащему ответчику. В результате решением Петроградского федерального районного суда Санкт-Петербурга ответчик был присужден к выплате в пользу истца компенсации в размере 100 000 руб. В сентябре 2005 г. кассационной коллегией Санкт-Петербургского городского суда решение было оставлено в силе. В порядке надзора определение кассационной инстанции обжаловано не было⁶⁴.

Право автора при бездоговорном публичном исполнении предъявлять имущественное требование в том числе к собственнику соответствующего помещения следует также из норм о деликтных обязательствах. Согласно ч. 1 ст. 1080 ГК лица, совместно причинившие вред, отвечают перед потерпевшим солидарно. С точки зрения учения о юридических фактах бездоговорное публичное исполнение произведения есть не что иное, как причинение имущественного вреда, т. е. деликт⁶⁵. Соответственно, если в организации мероприятия, на котором осуществляется бездоговорное публичное исполнение, задействовано несколько субъектов, их следует рассматривать именно как лиц, совместно причиняющих имущественный вред правообладателю. Правообладатель вправе требовать выплаты компенсации от любого из при-

⁶⁴ Материалы СЗФ РАО и Петроградского районного суда Санкт-Петербурга за 2004–2005 гг.; ЛДМ должен заплатить Тому Вэйгсу // Версия в Питере. 2005. 11–17 июля (автор статьи – В. Горбунова).

⁶⁵ Это достаточно очевидное с точки зрения теории гражданского права положение, поддерживаемое большинством специалистов по интеллектуальной собственности, на практике нередко встречает непонимание со стороны судебных органов. В связи с этим следует признать очень полезным соответствующее разъяснение Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, данное им в п. 6 Информационного письма от 13.12.2007 № 122 «О практике рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 2.

чинителей, и в большинстве случаев наиболее удобным ответчиком для него будет именно собственник помещения. В случае удовлетворения требований исключительно за счет имущества собственника площадки последний на основании подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК РФ имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях за вычетом доли, падающей на него самого.

Отправной точкой для формирования новой практики определения лица, обязанного и ответственного за публичное исполнение произведений, стало разъяснение, содержащееся в п. 32 Постановления Пленумов ВС и ВАС № 5/29. Согласно указанному разъяснению «лицом, осуществляющим публичное исполнение произведения (в том числе при его представлении в живом исполнении), является юридическое или физическое лицо, организующее публичное исполнение в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, то есть лицо, которое берет на себя инициативу и ответственность за проведение соответствующего мероприятия. Именно это лицо должно заключить договор о предоставлении ему права на публичное исполнение произведения с правообладателем или организацией по управлению правами на коллективной основе и выплачивать полагающееся вознаграждение».

После принятия и вступления в силу Постановления Пленумов ВС и ВАС № 5/29 лицензионные договоры с РАО заключают непосредственные организаторы мероприятий, как правило, арендующие площадку для их проведения. В тех случаях, когда организаторы проводят мероприятия без лицензионного договора, РАО предъявляет судебные иски именно к организаторам. Суды, руководствуясь указанным разъяснением высших судебных инстанций, рассматривают данных лиц надлежащими ответчиками и обычно удовлетворяют заявленные требования⁶⁶.

Введение с 1 октября 2014 г. в действие нормы п. 6.1 ст. 1252 ГК о солидарной ответственности лиц, совместно осуществивших бездоговорное использование объекта интеллектуальной собственности, может скорректировать судебную практику в сторону привлечения к ответственности любого из лиц, участвовавших в публичном исполнении музыкального произведения, по усмотрению правообладателя. Данная новелла, на наш взгляд, является обоснованной, поскольку является логическим продолжением правила ст. 1080 ГК о солидарной ответственности лиц, совместно причинивших вред.

На протяжении последних десяти лет периодически обсуждается вопрос о принятии нового положения о минимальных ставках авторского вознаграждения. Для того чтобы вновь принятый подзаконный акт не постигла судьба разделов II и III Положения о минимальных ставках, законодатель предусмотрительно предоставил Правительству РФ полномочие не только по установлению размера авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства, но и по установлению порядка сбора и распределения данного вознаграждения (п. 6 ст. 1246 ГК в редакции, действующей с 03.08.2013)⁶⁷.

Принятие на подзаконном уровне нового постановления о минимальных ставках представляется целесообразным в связи с тем, что действующее Положение о минимальных ставках является недостаточно подробным, не учитывает особенности публичного исполнения произведений в общественных местах различных видов и категорий. На практике это приводит к тому, что РАО в лице своего постоянно действующего органа управления – Авторского совета регулярно утверждает собственное положение о ставках авторского вознаграждения, на осно-

⁶⁶ См., напр.: дела № А56-67285/2012, № А40-29314/2011 // Доступно в сети Интернет по адресу: kad.arbitr.ru

⁶⁷ Необходимость расширения полномочий Правительства РФ в данной сфере возникла еще в 2007 г. – после вступления в силу решения ВС РФ о признании недействующим раздела III Положения о минимальных ставках. См., напр.: проект федерального закона «О внесении изменений и дополнений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Интеллектуальная собственность. Актуальные проблемы теории и практики применения. Т. 1 /подред. В. Н. Лопатина. М., 2008. С. 206–252.

вании которого определяется цена лицензионных договоров, заключаемых с пользователями⁶⁸. Так, при публичном исполнении произведений в местах общественного питания с бесплатным входом размер авторского вознаграждения зависит от количества посадочных мест в заведении, и положение РАО предусматривает ежемесячную ставку авторского вознаграждения за одно посадочное место в зависимости от вида заведения (столовая, бар, кафе, ресторан). Для магазинов и иных торговых помещений с бесплатным входом размер авторского гонорара зависит от торговой площади помещения, ставка за 1 кв. м также предусматривается РАО. Для ночных клубов с платным входом вознаграждение определяется в зависимости от цен на билеты и частоты проводимых мероприятий. Кроме того, положение, утверждаемое Авторским советом РАО, предусматривает целый ряд коэффициентов, влияющих на размер вознаграждения в зависимости от региона, в котором находится пользователь, оперативности пользователя на стадии заключения договора, количества принадлежащих пользователю объектов, в которых используются произведения.

Описанное положение дел не является, на наш взгляд, оптимальным, поскольку фактически размер вознаграждения определяется аккредитованной организацией коллективного управления в одностороннем порядке и диктуется пользователям. При этом ни закон, ни подзаконные акты не предоставляют организациям коллективного управления полномочий на установление обязательных для пользователей ставок авторского вознаграждения. В целях приведения практики заключения лицензионных договоров в данной сфере в соответствие с положениями закона представляется необходимым утверждение на подзаконном уровне нового подробного Положения о минимальных ставках, которое содержало бы ставки для многочисленных категорий пользователей и исключало бы необходимость утверждения РАО собственных ставок.

Типичной для публичного исполнения является ситуация, когда автор и исполнитель музыкального произведения совпадают в одном лице. Как показывает практика, особый интерес с юридической точки зрения представляют «живые» выступления таких музыкантов. По смыслу закона, при концертном выступлении автор, принимающий непосредственное участие в исполнении своей музыки, имеет право как на получение вознаграждения за исполнение, которое является объектом смежных прав, так и на авторский гонорар. На практике пользователи, организующие концерт, часто ограничиваются заключением с автором-исполнителем договора о выступлении и выплатой ему вознаграждения за исполнение произведений, полагая, что этим они выполняют одновременно и свою обязанность по соблюдению авторских прав. За последние годы требования нескольких авторов, чьи права были нарушены организаторами концертов таким образом, были удовлетворены в судебном порядке.

Например, в июне 2004 г. Северо-Западный филиал РАО предъявил иск к ООО «Центр творческих встреч „Эльба”» в интересах автора Р. с требованием о выплате компенсации за бездоговорное публичное исполнение музыкальных произведений. Основанием для предъявления иска послужил концерт группы «Z», который состоялся в конце 2003 г. в помещении «Манежа Кадетского корпуса», принадлежащем ответчику, в ходе которого были исполнены 18 произведений, автором музыки и текстов которых является истец. Одновременно Р. являлась солистом данного музыкального коллектива и исполняла вокальную и гитарную партии своих произведений. ООО «Центр творческих встреч „Эльба”» обеспечило выплату вознаграждения группе «Z» как коллективу исполнителей. Однако ответчик полностью проигнорировал многочисленные обращения РАО с предложением заключить лицензионный договор на публичное исполнение обнаруженных произведений и не выплатил вознаграждение Р. как автору музыки и текстов. Как видно из материалов дела, надлежащим образом извещенные стороны дважды не явились в судебное заседание. В результате Выборгский районный суд Санкт-Петербур-

⁶⁸ Доступно в сети Интернет по адресу: <http://www.rao.ru/index.php/ob-obshchestve/dokumenty/stavki>.

бурга рассмотрел дело в порядке заочного производства и вынес решение взыскать с ответчика в пользу Р. компенсацию в размере 76 000 руб. в счет нарушения принадлежащих ей авторских прав.

Решение было обжаловано в порядке надзора. Президиум Санкт-Петербургского городского суда отменил решение суда первой инстанции и отправил дело на новое рассмотрение на том основании, что ответчик был извещен о времени и месте судебного разбирательства не по месту своего нахождения. Иск был рассмотрен в другом составе суда. В ходе судебного разбирательства было установлено, что исключительные имущественные права на 17 из 18 исполненных на концерте произведений принадлежат ООО «Первое музыкальное издательство» на основании договора с Р. Данная организация поддержала предъявленный иск. Ответчик иск не признавал, указывая на то, что пользователем исполненных на концерте группы «Z» произведений являются совместно исполнители и организатор концерта. Однако суд по результатам нескольких заседаний в июле 2006 г. удовлетворил заявленные требования и взыскал в пользу Р. компенсацию в размере 4000 руб., в пользу ООО «Первое музыкальное издательство» – 72 000 руб. Решение в кассационном порядке обжаловано не было и вступило в законную силу. Поступившая в надзорную инстанцию Санкт-Петербургского городского суда надзорная жалоба ответчика рассмотрена судьей единолично, в передаче дела для рассмотрения по существу в суд надзорной инстанции отказано⁶⁹.

Встречаются случаи, когда исполнение автором собственных произведений ошибочно рассматривается судом как обстоятельство, исключающее бездоговорный характер публичного исполнения. Примером может служить следующий случай из судебной практики.

В декабре 2004 г. Северо-Западный филиал РАО предъявил иск к ОАО «Ленэкспо» в интересах Ройзин Мэрфи и Марка Брайдона – членов организации, осуществляющей коллективное управление имущественными авторскими правами на территории Великобритании («Пи-Эр-Эс»), о взыскании компенсации за бездоговорное публичное исполнение объектов авторского права в размере 144 000 руб. (по 72 000 руб. в пользу каждого из авторов). Основанием для предъявления иска явилось публичное исполнение музыкальных произведений авторов на концерте группы MOLOKO, состоявшемся на территории ответчика в мае 2004 г. Музыкальные произведения с текстом, исполненные в ходе концерта, созданы истцами в нераздельном соавторстве.

Ответчик иск не признавал, отрицал факт публичного исполнения произведений истцов. Кроме того, ответчик указывал, что пользователем произведений в данном случае следует считать ООО «Дэне Плэнет», арендовавшее территорию ответчика и непосредственно договорившееся с исполнителями о выступлении. Данная организация была привлечена к участию в деле в качестве третьего лица. Представитель третьего лица отрицал причастность к нарушению авторских прав, полагая, что ответственность в данном случае должен нести именно ответчик как собственник территории, на которой состоялся концерт.

В ходе многочисленных судебных заседаний судом был установлен факт публичного исполнения произведений истцов на концерте, сделан верный вывод о том, что согласно действующему законодательству пользователем произведений при публичном исполнении является именно собственник помещения (территории). Однако в марте 2006 г. решением Василеостровского районного суда Санкт-Петербурга в удовлетворении заявленных требований было отказано в полном объеме. Основной довод в пользу принятого решения заключался в том, что истцы принимали непосредственное участие в «живом» исполнении произведений, авторами которых они являются, и при таких обстоятельствах факт бездоговорного публичного исполнения (факт отсутствия согласия истцов на публичное исполнение) отсутствует.

⁶⁹ Материалы Северо-Западного филиала РАО и Выборгского районного суда Санкт-Петербурга за 2004–2007 гг.

В октябре 2006 г. кассационной коллегией Санкт-Петербургского городского суда решение было отменено и дело отправлено на новое рассмотрение в суд первой инстанции. В декабре 2006 г. ответчиком была подана надзорная жалоба на определение кассационной инстанции, жалоба была рассмотрена судьей единолично, по результатам рассмотрения вынесено определение о передаче дела в суд надзорной инстанции для рассмотрения по существу. В марте 2007 г. суд надзорной инстанции отказал ответчику в удовлетворении надзорной жалобы и направил дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции. В июне 2007 г. суд первой инстанции удовлетворил иски в полном объеме. В сентябре 2007 г. решение было оставлено в силе судом кассационной инстанции, и в ноябре того же года добровольно исполнено ответчиком⁷⁰.

Встречаются и другие аналогичные судебные процессы, в ходе которых авторам, как правило, удается доказать факт нарушения принадлежащих им прав при публичном исполнении своих произведений. Пользователям, в свою очередь, можно посоветовать при заключении договоров с исполнителями согласовывать сумму гонорара, не забывая о том, что авторское вознаграждение этой суммой не охватывается, и в дальнейшем возникнут дополнительные затраты в связи с использованием произведений. Можно, конечно, пойти другим путем и предусмотреть в договоре, что уплачиваемая исполнителям сумма включает в себя и вознаграждение автору, произведения которого будут исполнены. Однако этот вариант не очень выгоден самому автору-исполнителю, если он состоит в обществе коллективного управления авторскими правами. По договоренности с организатором концерта возникнет необходимость в подаче заявления в РАО об отказе от авторского вознаграждения, что вдет вразрез с условиями договора между автором и обществом и может повлечь для музыканта негативные последствия. В частности, если обратиться к тексту договора об управлении имущественными правами автора на коллективной основе, который заключает сегодня РАО с авторами, вступающими в его ряды, то в подп. «б» п. 7 можно обнаружить обязанность автора не отказываться от начисления вознаграждения, выплачиваемого плательщиками (пользователями) через РАО, не заключать самостоятельно соответствующих договоров на использование произведений и не получать вознаграждение напрямую от плательщиков⁷¹.

При квалификации данных условий договора следует учитывать норму п. 2 ст. 1243 ГК, в соответствии с которой «если лицензионный договор с пользователем заключает непосредственно правообладатель, организация по управлению правами на коллективной основе может собирать вознаграждение за использование объектов авторских и смежных прав только при условии, что это прямо предусмотрено указанным договором». В рассматриваемой норме законодатель допускает заключение «прямого» лицензионного договора между автором и пользователем независимо от наличия или отсутствия договорных правоотношений между автором и организацией коллективного управления. Как отмечается в п. 3 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.07.2014 № 51 «О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении споров с участием организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами»⁷² (далее – Постановление Пленума ВАС № 51, Постановление), если при рассмотрении иска организации по управлению правами на коллективной основе в защиту прав конкретного правообладателя судом установлено, что между ответчиком и правообладателем имеется лицензионный договор о предоставлении права использования спорного результата интеллектуальной деятельности использованным ответчиком способом, то при отсутствии условия о праве на сбор вознаграждения за использование объектов авторских и смежных прав в таком договоре суд отказывает в удовлетворении иска.

⁷⁰ Материалы Северо-Западного филиала РАО и Василеостровского районного суда Санкт-Петербурга за 2004–2007 гг.

⁷¹ http://www.rao.ru/images/docs/dogovor_upravlenieprav_avtora.pdf.

⁷² Доступно в сети Интернет по адресу: http://www.arbitr.ru/as/decision/postanovlenija_plenuma_vas_rf.

Нельзя не отметить, что правило, закрепленное в п. 2 ст. 1243 ГК, является не совсем логичным в условиях закрепления в законе конструкции аккредитованной организации коллективного управления, уполномоченной на представление интересов максимально широкого круга правообладателей. В сфере публичного исполнения заключение лицензионных договоров правообладателями, не исключившими свои произведения из реестра аккредитованной организации, с пользователями напрямую в определенной степени подрывает деятельность аккредитованной организации коллективного управления. На наш взгляд, представляется уместным законодательное сужение сферы действия рассматриваемой нормы и ее распространение лишь на те случаи, когда правообладатель исключил соответствующие произведения из реестра аккредитованной организации в установленном порядке.

Актуальным является вопрос о допустимости использования при публичном исполнении музыкальных произведений с помощью технических средств «нелицензионных», контрафактных экземпляров произведений. С подобной проблемой сегодня сталкиваются многочисленные владельцы различных предприятий общественного питания, использующих в своей деятельности приобретаемые в розничной продаже пиратские компакт-диски либо электронные копии произведений, скопированных с пиратских интернет-сайтов. По смыслу закона, пользователю в данном случае достаточно располагать разрешением правообладателя на осуществление непосредственно публичного исполнения произведения. Что касается контрафактности используемого экземпляра, то ответственность за его воспроизведение, распространение или доведение до всеобщего сведения в сети Интернет должны нести лица, которые осуществили данные действия (изготовители дисков, поставщики, розничные продавцы). Если же публичное исполнение проигрываемых в общественном заведении музыкальных произведений сопровождается продажей дисков, содержащих исполняемые произведения или размещением электронных копий музыкальных произведений на интернет-ресурсе владельца заведения, то для легализации данной деятельности пользователю необходимо также получить разрешение правообладателей на воспроизведение, распространение или доведение до всеобщего сведения соответствующих музыкальных произведений.

Особого внимания заслуживает публичное исполнение танцевальной музыки в ночных клубах, на дискотеках и других площадках. В подобных заведениях музыкальные произведения, как правило, исполняются не непосредственно, вживую, а с помощью специальных технических средств. Записи музыкальных произведений воспроизводятся так называемыми ди-джеями (от англ. *disk jockey* – ведущий программы на дискотеке). Функция диск-жокеев, появившихся в 70-е гг. XX в., с течением времени претерпела значительные изменения. Первоначально их деятельность сводилась к последовательному проигрыванию записей музыкальных произведений и общению с публикой, в ходе которого ди-джей объявлял названия звучащих произведений, имена авторов и исполнителей, проводил различные розыгрыши и т. п. В дальнейшем, с появлением специальных музыкальных проигрывателей, у ведущих дискотек появилась возможность непосредственно влиять на звучание исполняемых произведений. Изменение темпа и продолжительности произведения, наложение «скрэтчей» и других шумовых эффектов, существенно изменяющих форму произведения, одновременное проигрывание двух различных произведений при переходе из одного в другое в целях избежания пауз и другие действия, так или иначе нарушающие неприкосновенность произведения, стали обычным явлением на любой дискотеке.

Не вызывает сомнений, что подобные действия ди-джейев нарушают личное неимущественное право авторов на неприкосновенность произведения, предусмотренное ст. 1266 ГК. Сегодня масштабы данного правонарушения огромны, если учитывать то количество площадок в стране, где ежедневно исполняется танцевальная музыка. РАО и другие аккредитованные организации коллективного управления не вправе выдавать разрешения или запрещать владельцам дискотек проигрывание произведений ди-джеями, так как организации коллектив-

ного управления призваны обеспечивать соблюдение имущественных интересов авторов и не могут решать за них вопросы неимущественного характера. По смыслу закона, дискотеки и другие танцевальные площадки сами должны связываться с каждым автором, чьи произведения они используют в своей программе, и испрашивать их согласие на такое использование. В современных условиях трудно себе представить, что это требование закона может быть осуществлено на практике, учитывая уровень правосознания работников указанных организаций и тот факт, что авторами более половины произведений, исполняемых на дискотеках, являются иностранные граждане, одно установление местонахождения которых вызовет массу трудностей. Самим авторам и их представителям, однако, ничто не мешает защищать свои интересы в установленном законом порядке в случае обнаружения факта подобных нарушений, опираясь на ст. 1266 ГК.

Очень актуальным является вопрос о правовом режиме публичного исполнения музыкальных произведений, вошедших составной частью в аудиовизуальное произведение. По действующему законодательству, а именно согласно п. 3 ст. 1263 ГК при публичном исполнении аудиовизуального произведения автор музыкального произведения (с текстом или без текста) сохраняет право на вознаграждение за публичное исполнение его музыкального произведения. Данная норма ставит автора музыки, включенной в аудиовизуальное произведение, в привилегированное положение по сравнению с иными лицами, внесшими творческий вклад в создание фильма. Заключив договор с изготовителем аудиовизуального произведения на использование его музыки в фильме и получив по договору соответствующее вознаграждение, композитор тем не менее сохраняет за собой право требовать выплаты дополнительного гонорара за каждый случай публичного исполнения результата своего творчества в составе фильма. Ни сценарист, ни режиссер, ни оператор, ни другие участники кинопроизводственного процесса подобным правом не наделены⁷³.

Содержанием рассматриваемого права композитора на вознаграждение является исключительная возможность требовать выплаты гонорара от пользователя. В то же время, в отличие от права на публичное исполнение, закрепленного в подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК, им не охватывается возможность разрешать либо запрещать публичное исполнение музыкального произведения в составе аудиовизуального произведения. Монополия на использование фильма и, соответственно, музыки в нем принадлежит обладателю исключительного права на фильм, в роли которого обычно выступает киностудия либо прокатная организация. Только киностудия или ее правопреемник вправе выдавать разрешение или запрещать использование аудиовизуального произведения, в том числе путем публичного исполнения.

Плательщик авторского вознаграждения за рассматриваемое использование музыки, как и в случаях публичного исполнения собственно музыкальных произведений, до недавнего времени определялся в соответствии с разделом III Положения о минимальных ставках, в п. 20 которого содержался примерный перечень плательщиков, в котором среди прочих фигурировали кинотеатры и видеосалоны. В связи с признанием недействующим указанного раздела лицом, обязанным выплачивать данное вознаграждение, надлежит считать лицо, осуществляющее действия по публичному исполнению музыкального произведения в составе аудиовизуального произведения. Таковым в данном случае является гражданин или организация, которые в принадлежащем им имущественном комплексе (кинотеатре, видеосалоне, клубе, баре и т. п.) осуществляют публичное исполнение кинофильмов.

Что касается реализации нормы п. 3 ст. 1263 ГК на практике, то, как и в случае с публичным исполнением непосредственно музыкальных произведений, добиться соблюдения данного имущественного права композиторам в индивидуальном порядке крайне затруднительно.

⁷³ О предпосылках возникновения данного права композиторов и целесообразности его существования в настоящий момент см.: Сергеев А. П. Указ. соч. С. 241.

Причиной этому является немалое количество мест, в которых публично исполняются аудиовизуальные произведения и контролировать деятельность которых правообладатели не в силах. Наделе интересы авторов в данной сфере представляет РАО как аккредитованная организация коллективного управления, уполномоченная заключать с пользователями соглашения о порядке выплаты авторского вознаграждения.

Нельзя не отметить, что со стороны представителей отечественного кинобизнеса, в особенности имеющих большой опыт работы в данной сфере, к рассматриваемому имущественному праву композиторов исходит, как правило, явно негативное отношение. В большинстве случаев оно оценивается ими как нечто нелогичное, несправедливое и лишенное здравого смысла. Как следствие, добиться соблюдения данного права иногда возможно лишь с применением судебной процедуры. Так, в ноябре 2004 г. Северо-Западный филиал РАО предъявил иск к ОАО «Культурно-исторический центр „Баррикада”» о взыскании компенсации за нарушение права на вознаграждение композитора П. на основании ст. 49 Закона об авторском праве. Как следует из материалов дела, в период с 28 июля по 24 октября 2004 г. в помещении кинотеатра «Баррикада», принадлежащем ответчику, осуществлялось публичное исполнение художественного фильма «Ночной дозор», автором музыки к которому является П. Несмотря на неоднократные обращения РАО, членом которого является П., с предложением заключить соглашение о выплате авторского вознаграждения за публичное исполнение музыкальных произведений, ответчик от заключения соглашения отказался. Однако после предъявления указанного иска позиция ответчика кардинально изменилась: он выразил согласие выплатить компенсацию в пользу П., равную трем процентам от валового сбора, что составило 30 000 руб., а также заключил с РАО соглашение о выплате авторского вознаграждения на будущее время. В результате Куйбышевским федеральным судом Центрального района Санкт-Петербурга производство по делу было прекращено в связи с отказом заявителя от иска⁷⁴.

Данный пример является далеко не единственным⁷⁵. К сожалению, по упомянутым выше причинам страх юридической ответственности является основным фактором, стимулирующим владельцев и менеджеров кинотеатров к соблюдению подп. 3 ст. 1263 ГК.

На протяжении всего периода действия Закона об авторском праве сохраняла актуальность проблема способов гражданско-правовой защиты, к которым вправе прибегнуть композитор в случае нарушения его права на вознаграждение. Основные разногласия возникали относительно допустимости распространения на отношения по защите данного права норм ст. 49 Закона об авторском праве об ответственности за нарушение исключительных авторских прав. В течение более чем десяти лет с момента вступления в силу Закона об авторском праве суды в большинстве случаев склонялись в пользу распространения на данные отношения ст. 49 Закона об авторском праве. В частности, с нарушителей взыскивалась денежная компенсация в установленных законом пределах. Ситуация в корне изменилась с момента принятия и введения в действие Постановления Пленума ВС № 15. В п. 33 указанного Постановления было разъяснено, что в случае невыплаты автору вознаграждения он имеет право лишь на его получение и не вправе обращаться к иным способам защиты имущественных авторских прав, предусмотренным ст. 49 Закона. В основе данного разъяснения были положены концептуальные соображения о неисключительном характере имущественного права на вознаграждение, предусмотренного п. 3 ст. 13 Закона об авторском праве: если данное право не является исключительным авторским правом, то, как следствие, к нему не могли быть применены нормы о защите имущественных авторских прав. Несмотря на спорность данного подхода, с момента

⁷⁴ Материалы Северо-Западного филиала РАО и Куйбышевского суда Центрального района Санкт-Петербурга за 2004–2005 гг.

⁷⁵ См., напр.: дела №А53-17715/2012, А58-2547/2012, А06-4436/2012 //Доступно в сети Интернет по адресу: kad.arbitr.ru.

вступления в силу указанного разъяснения высших судебных инстанций и до введения в действия части четвертой ГК судебная практика неуклонно его придерживалась.

В отличие от Закона об авторском праве, часть четвертая ГК не предоставляет композиторам возможность требовать компенсации в случае несоблюдения рассматриваемого права на вознаграждение. Исходя из ст. 1301 ГК компенсация в размере от 10 тыс. до 5 млн руб. может быть взыскана только за нарушение исключительного права. Поскольку понятие «исключительное право» в ГК по сравнению с Законом об авторском праве наполнено специальным, более узким содержанием, право требовать выплаты вознаграждения за публичное исполнение теперь не считается исключительным и, соответственно, по отношению к нему не могут быть применены правила защиты исключительного права. Таким образом, начиная с 1 января 2008 г. в случае невыплаты композитору рассматриваемого вознаграждения он вправе, основываясь на нормах о неосновательном обогащении, требовать выплаты соответствующих средств как неосновательно сбереженных, а также, на основании ст. 395 ГК, требовать выплаты процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами.

Установление данных правил, на наш взгляд, недостаточно обосновано. Трудно дать обоснованный и убедительный ответ на вопрос о том, почему исключительное имущественное право можно защищать посредством требования о выплате компенсации, а иные имущественные авторские права, которые законодатель счел неисключительными, не охватываемые специальным понятием «исключительное право», должны защищаться на общих основаниях, предусмотренных гражданским законодательством. Ни логики, ни практической целесообразности в очевидном сужении спектра возможностей правообладателей, на наш взгляд, нет.

Неожиданным изменениям в части четвертой ГК подверглась также сфера действия рассматриваемого права композитора. В соответствии с п. 3 ст. 1263 ГК композитор обладает правом на получение вознаграждения не только за публичное исполнение музыкального произведения в составе аудиовизуального произведения, но также за сообщение музыкального произведения в составе аудиовизуального произведения в эфир и по кабелю. На наш взгляд, каких-либо объективных предпосылок для расширения сферы действия права композитора на вознаграждение, равно как и для сокращения вариантов защиты данного права, на момент принятия и введения в действие части четвертой ГК не существовало.

Как уже отмечалось, публичное исполнение музыкального произведения требует обязательного согласования с правообладателем лишь по общему правилу. Из данного правила установлено четыре исключения.

Во-первых, согласно ст. 1277 ГК допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения публичное исполнение музыкального произведения во время официальной или религиозной церемонии, а также во время похорон в объеме, оправданном характером такой церемонии. Обязательным условием правомерности действий пользователя в данном случае является объем использования, который должен быть необходимым и достаточным для проведения соответствующей процедуры. Выход за обозначенные законом пределы, например публичное исполнение музыкальных произведений в перерывах церемонии либо на мероприятии, непосредственно предшествующем или следующем за официальной или религиозной церемонией, требует получения разрешения правообладателя на общих основаниях.

Следует отметить, что сфера действия рассматриваемой нормы в части установления режима свободного публичного исполнения во время официальных церемоний является недостаточно определенной. По непонятным причинам закон не содержит ни признаков понятия «официальная церемония», ни даже примерного перечня таких мероприятий, вследствие чего толкование и применение данной нормы на практике неизбежно связаны с излишними проблемами и трудностями. Так, совершенно неясно, следует ли считать официальной церемонией процедуру государственной регистрации брака в торжественной обстановке или же сфера рас-

смаатриваемой нормы распространяется на церемонии более крупного масштаба, предполагающие, например, участие первых лиц государства (церемония инаугурации Президента РФ, церемония в честь открытия или восстановления общественно значимого объекта, торжество в честь открытия или закрытия крупных спортивных соревнований и т. п.). Существующая правовая неопределенность, безусловно, должна быть устранена, тем более что на сегодняшний день она является проблемой не только теоретической. Практике известны курьезные случаи, когда организаторы массовых гуляний в центральных районах городов игнорировали законные интересы правообладателей, полагая, что осуществляют свободное публичное исполнение произведений при проведении «официальной церемонии».

Во-вторых, по смыслу подп. 2 п. 1 ст. 1274 ГК допускается свободное публичное исполнение обнародованного музыкального произведения в форме цитирования в научных, полемических, критических или информационных целях, а также в целях раскрытия творческого замысла автора в объеме, оправданном целью цитирования. В данном случае действия пользователя будут считаться правомерными, если исполняемое музыкальное произведение является обнародованным, при этом публичное исполнение носит фрагментарный характер, преследует хотя бы одну из обозначенных выше целей, а также осуществляется в объеме, значительно уступающем объему основного публично исполняемого (произносимого) материала. Так, например, свободное публичное исполнение фрагментов музыкальных произведений при публичном прочтении научного доклада по авторскому праву на музыкальные произведения следует считать правомерным действием, если исполнение осуществляется в объеме, необходимом и достаточном для подтверждения истинности выдвигаемого научного положения и в то же время не превращающем научное заседание в развлекательное мероприятие.

В-третьих, исходя из п. 3 ст. 1274 ГК допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения публичное исполнение произведения в форме пародии. Данная норма является новой для российской правовой действительности, ничего подобного прежде законодательство не предусматривало.

В результате включения рассматриваемой нормы в российское законодательство суды оказались поставлены в затруднительное положение, поскольку им необходимо устанавливать наличие или отсутствие в переработанном произведении признаков такого оценочного и имеющего неопределенное содержание понятия, как «пародия». Особенно острой является проблема квалификации пародий на музыкальные произведения с текстом. Как известно, большинство пародий на произведения данного вида высмеивают их текстуальную составляющую, оставляя музыкальную часть в неизменном виде. Едва ли в таком случае можно говорить о пародии на музыкальное произведение и отрицать за композитором и аранжировщиком юридическую монополию на созданные ими объекты. Представляется, что в случае использования подобной пародии пользователь должен быть освобожден лишь от получения разрешения обладателя исключительного права на текст музыкального произведения.

Оценивая данное нововведение в целом, можно отметить, что и с этической, и с экономической стороны лишение правообладателей возможности контролировать использование произведения, поданного третьим лицом в ироничной форме, представляется мерой в высшей степени сомнительной и спорной. С одной стороны, авторы оригинальных произведений лишены возможности блокировать использование переработки, если она является смешной. С другой стороны, авторы несмешных производных произведений поставлены в худшее положение по сравнению с авторами пародийных переработок: в отличие от последних они не могут осуществлять права на созданное произведение без согласия обладателя прав на оригинал.

В-четвертых, с 1 октября 2014 г. в действующем законодательстве предусмотрен новый случай свободного публичного исполнения музыкальных произведений. В соответствии с п. 6 ст. 1274 ГК в новой редакции допускается без согласия правообладателя и без выплаты авторского вознаграждения публичное исполнение правомерно обнародованных произведе-

ний путем их представления в живом исполнении, осуществляемое без цели извлечения прибыли в образовательных, медицинских организациях, учреждениях социального обслуживания и учреждениях уголовно-исполнительной системы силами сотрудников и лиц, обслуживаемых данными организациями и учреждениями.

Введение данной нормы представляет собой легализацию широко распространенной на практике деятельности по проведению различных школьных, студенческих концертов, концертов в медицинских и исправительных учреждениях, которые, как правило, проводятся силами работников данных организаций и обслуживаемых ими лиц (школьников, студентов, пациентов, заключенных). Данные мероприятия проводятся в целях обеспечения досуга и духовного развития указанных лиц и не предполагают взимания платы со слушателей. При этом в недавнем прошлом в подавляющем большинстве случаев соответствующие организации проводили подобные мероприятия без договора с РАО, т. е. с нарушением требований закона.

Рассматриваемая норма направлена на примирение норм авторского права с действительностью. При этом следует подчеркнуть, что указанная цель может быть достигнута в данном случае лишь отчасти, поскольку свободным предлагается признать исключительно «живое» публичное исполнение чужих произведений. Соответственно, публичное исполнение записанных музыкальных произведений указанные организации свободно осуществлять не вправе. Это, в частности, означает, что деятельность многочисленных школьных и студенческих дискотек и иных мероприятий, на которых осуществляется публичное исполнение фонограмм с записями музыкальных произведений, и после введения в действие данной нормы будет подчиняться общему правилу о необходимости соблюдения имущественных интересов правообладателей. Можно предположить, что фактически данная деятельность останется вне закона.

§ 3. Сообщение в эфир

Очень распространенным способом использования музыкальных произведений, выраженных в звуковой форме, является сообщение в эфир и по кабелю. Исторически данный способ, в отличие от публичного исполнения, возник гораздо позднее – лишь в конце XIX в., с изобретением соответствующих технических устройств, позволяющих передавать и принимать радиосигналы на значительном расстоянии. Однако в связи со стремительным развитием техники за последние несколько десятилетий данный способ использования произведений стал даже более распространенным, чем публичное исполнение. Сегодня сообщаемые по радио и телевидению музыкальные произведения в силу общедоступности средств массовой информации намного быстрее и чаще находят слушателя, нежели музыка, исполняемая в концертном зале или на дискотеке.

В соответствии с подп. 7 п. 2 ст. 1270 ГК под сообщением в эфир следует понимать сообщение произведений для всеобщего сведения (включая показ и исполнение) посредством их передачи по радио или телевидению (в том числе спутниковому). Субъектом, осуществляющим использование объектов авторского права посредством сообщения в эфир, является организация, осуществляющая эфирное вещание, – владелец соответствующей радиостанции или телевизионного канала.

Согласно п. 1, 2 ст. 1270 ГК сообщение произведения в эфир по общему правилу допускается только с разрешения автора или его правопреемника. Как и в случае с публичным исполнением, правообладатель обладает монополией на использование музыкального произведения посредством сообщения в эфир, он вправе разрешать и запрещать третьим лицам сообщение произведения в эфир. Ни один теле- или радиоканал не вправе использовать в своем эфире произведения без разрешения правообладателей и без выплаты им вознаграждения.

Для квалификации действий в качестве сообщения в эфир не имеет значения, было ли переданное в эфир произведение фактически воспринято публикой. Главное, чтобы были созданы все необходимые условия для возможного восприятия произведения с помощью общедоступных технических средств, способных воспроизводить теле- или радиосигнал. Данный вывод, ранее следовавший из общего смысла Закона об авторском праве, нашел прямое подтверждение в подп. 7 п. 2 ст. 1270 ГК, в соответствии с которым под сообщением в эфир понимается любое действие, посредством которого произведение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой.

Несмотря на то, что количество действующих на территории РФ и за рубежом организаций эфирного вещания значительно уступает количеству общественных заведений, в которых музыкальные произведения исполняются публично, осуществление и защита в индивидуальном порядке исключительного права на произведение в части, в которой им охватывается сообщение произведения в эфир, представляются тем не менее также мероприятиями совершенно бесперспективными. Едва ли рядовой правообладатель способен отследить все случаи использования его произведений в эфире отечественных и зарубежных средств массовой информации, учитывая количество эфирных организаций, использующих в своей деятельности музыкальные произведения, а также ежедневный многочасовой либо круглосуточный режим вещания большинства из них. В связи с этим единственным приемлемым вариантом осуществления и защиты исключительного права на музыкальное произведение в рассматриваемой сфере использования является осуществление и защита на коллективной основе, т. е. коллективное управление. В настоящий момент РАО, аккредитованное в рассматриваемой сфере использования музыкальных произведений, заключило соответствующие лицензионные договоры со многими отечественными радиостанциями и телевизионными каналами. Данные компании ежеквартально представляют РАО отчеты о своей эфирной деятельности, в которых указывают сведения о произведениях, прозвучавших в эфире за отчетный период. На основании представляемых отчетов и в соответствии с условиями лицензионных договоров организации эфирного вещания перечисляют в РАО суммы авторского вознаграждения. Полученные от организации эфирного вещания средства подлежат распределению между правообладателями пропорционально времени использования произведений.

Как известно, советское законодательство об авторском праве не требовало соблюдения имущественных интересов авторов при передаче произведений в эфир. В течение нескольких лет после введения в действие Закона об авторском праве владельцы многих радиостанций и телеканалов очень неохотно шли на заключение договоров с правообладателями или организацией коллективного управления либо открыто нарушали новое законодательство, продолжая свободно использовать произведения в своем эфире. Иногда пресечь действия нарушителей удавалось лишь в судебном порядке. Примером может служить следующее дело.

В 1999 г. РАО предъявило иск к музыкальной радиостанции «Подмосковье», которая на протяжении пяти лет осуществляла в своем эфире бездоговорное использование музыкальных произведений. РАО неоднократно обращалось к руководству станции с предложением заключить лицензионный договор, однако ответа не получило. В итоге общество предъявило иск о защите нарушенных авторских прав от имени 24 российских авторов, среди которых музыканты Владимир Пресняков-старший, Леонид Агутин, композитор Георгий Мовсесян и др. Решением Замоскворецкого межмуниципального суда г. Москвы нарушители были присуждены к выплате компенсации в пользу авторов в общей сумме 240 000 руб. Кроме того, суд запретил радиостанции выпускать в эфир произведения, охраняемые авторским правом, до тех пор пока «Подмосковье» не получит лицензию Российского авторского общества⁷⁶.

⁷⁶ Суд запретил радиостанции выпускать в эфир хиты // МК. 2001. 26 янв.

Несмотря на подобные прецеденты, приходится констатировать, что на сегодняшний день далеко не все телерадиокомпании соблюдают исключительное право авторов в рассматриваемой сфере использования. Если в Москве и Санкт-Петербурге подавляющее большинство организаций эфирного вещания действуют в рамках закона, то в других регионах России ситуация порой оставляет желать лучшего.

Анализируя работу современных музыкальных радиостанций и телеканалов, можно утверждать, что очень часто в своей деятельности данные организации не соблюдают личные неимущественные права авторов. В частности, ведущие музыкальных программ на радиостанциях FM-диапазона уже достаточно давно не объявляют в эфире имена авторов используемых произведений, что приводит к нарушению личного неимущественного права авторов на имя, которое закреплено в п. 1 ст. 1265 ГК. В лучшем случае в эфире современной радиостанции объявляется имя исполнителя и название исполняемого им произведения, что, однако, тоже случается не всегда. Телевизионные каналы в отношении соблюдения права авторов на имя более законопослушны, поскольку они имеют техническую возможность указывать и, как правило, действительно указывают имена авторов, произведения которых прозвучали, в заключительных титрах по окончании каждой программы или кинофильма. Другое дело, что в последние годы титры ко многим телевизионным программам и кинофильмам прокручиваются в эфире со скоростью, которая исключает возможность восприятия их содержания. Представляется, что в подобных случаях автор может ставить вопрос о применении предусмотренных законом санкций к телеканалу, поскольку его имя, несмотря на включение в титры, не было донесено до публики надлежащим образом.

Широкое распространение в деятельности отечественных радиостанций получила практика сокращения продолжительности музыкальных произведений, звучащих в эфире. Современное программное обеспечение позволяет практически незаметно для радиослушателей вырезать целые фрагменты из любой части музыкального произведения, выраженного в звуковой цифровой форме. Как правило, делается это в интересах формата музыкальных радиостанций, поскольку считается, что оптимальное время звучания одной композиции в эфире должно составлять не более 3–3,5 мин. С точки зрения закона подобные действия должны заранее согласовываться с авторами, так как они затрагивают другое личное неимущественное право – право на неприкосновенность произведения. Представляется, что в большинстве случаев данные действия совершаются при отсутствии согласия авторов, что свидетельствует об их незаконности.

Сообщаемые в эфир музыкальные произведения могут использоваться слушателями для личных целей свободно. Однако если радиоприемник или телевизор установлен в общественном месте – торговом зале, кафе, кинотеатре, в общественном транспорте или другом месте, открытом для свободного посещения или в котором присутствуют лица, не принадлежащие к кругу семьи, то в этом случае у владельца данного помещения возникает обязанность по соблюдению авторских прав. Давая согласие на сообщение произведения в эфир, правообладатель исходит из того, что его произведение будет воспринято слушателями непосредственно, например в домашних условиях. Появление в этой цепочке дополнительного звена – как правило, предпринимателя, осуществляющего ту или иную деятельность по обслуживанию потребителей, очевидно свидетельствует об особом характере использования объектов авторского права, которое по смыслу п. 1 ст. 1270 ГК РФ требует получения отдельного разрешения автора или его правопреемника. При этом обязанность по соблюдению авторских прав будет существовать и при бесплатном входе в помещение, где установлен приемник, поскольку прибыль хозяйствующего субъекта складывается отчасти и за счет того эффекта, который оказывает на клиентов музыка, делая их пребывание, например, в кафе, более продолжительным, а посещение более частым.

Во избежание трудностей, связанных с отсутствием понимания со стороны пользователей положений действующего законодательства, с которым регулярно приходится сталкиваться на практике, имеет смысл более четко сформулировать в законе содержание данного имущественного авторского права. Для этих целей, на наш взгляд, следует воспроизвести в ГК положение Бернской конвенции о литературных и художественных произведениях 1886 г. (в редакции 1971 г.), в подп. iii п. 1 ст. 11-bis которой исключительная возможность автора «разрешать публичное сообщение переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или любого другого аппарата, передающего знаки, звуки и изображения»⁷⁷, выделена особо.

Следует отметить, что и в условиях действующего правового регулирования в судебной практике публичное сообщение переданных в эфир музыкальных произведений квалифицируется как их неправомерное публичное исполнение. В частности, в результате рассмотрения Арбитражным судом Свердловской области и вышестоящими инстанциями дела № А60-33031/2012 по иску РАО владелец фитнес-клуба был привлечен к имущественной ответственности за использование в спортивном зале радиоприемника, посредством которого осуществлялось публичное исполнение музыкальных произведений, сообщенных в эфир радиостанцией «Европа Плюс»⁷⁸.

Определенные проблемы с соблюдением авторских прав возникают при использовании музыкальных произведений в рекламе. Все чаще рекламная информация облекается в ту или иную оригинальную форму, а создаваемые звуковые и аудиовизуальные ролики в полной мере подпадают под правовой режим объекта авторского права. При этом многие рекламопроизводители идут на использование чужих произведений, чаще всего – чужой музыки при создании рекламного ролика. Как следствие, данные действия затрагивают личные и имущественные интересы композиторов и аранжировщиков.

Поскольку в Федеральном законе от 13.03.2006 «О рекламе»⁷⁹, (далее – Закон о рекламе) упоминаются три субъекта, так или иначе задействованные в процессе доведения рекламы до аудитории: рекламодатель, рекламопроизводитель и рекламораспространитель, возникает вопрос о том, к кому автор вправе предъявлять претензии в случае несанкционированного использования его музыки в рекламном ролике.

Ответственность распространителя рекламы вызывает, наверно, меньше всего сомнений, так как именно его действия являются решающими в процессе доведения рекламы до аудитории и представляют собой непосредственное использование объектов авторского права.

Ответственность рекламопроизводителя уже не столь очевидна, поскольку, можно предположить, признание его правонарушителем противоречило бы конституционному принципу свободы творчества. Однако если учесть, что в роли производителей рекламы сегодня выступают граждане и организации, систематически создающие ролики на заказ и регулярно получающие от этой деятельности прибыль, то придется констатировать, что в этой ситуации происходит перерастание творческой деятельности в предпринимательскую. Очевидно, что принципом свободы творчества такая коммерческая деятельность, сопровождающаяся использованием результатов чужого творческого труда, оправдана быть не может. Поэтому вполне допустимо говорить о реальной возможности привлечения рекламопроизводителя к имущественной ответственности за нарушение авторских прав в случае несанкционированного включения в рекламу музыкального произведения или его части.

Что касается ответственности рекламодателя, то этот вопрос является, пожалуй, наиболее спорным. В ст. 38 Закона о рекламе на рекламодателя возложена ответственность лишь в части содержания рекламной информации. Поскольку в данной статье Закона речь идет об

⁷⁷ Бюллетень международных договоров. 2003. № 9.

⁷⁸ Доступно в сети Интернет по адресу: kad.arbitr.ru.

⁷⁹ СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

ответственности за нарушение законодательства о рекламе, то указанное правило не может быть распространено напрямую на случаи нарушения законодательства об авторском праве. С другой стороны, норма ст. 38 вполне может быть применена по аналогии ввиду отсутствия правил, непосредственно устанавливающих ответственность субъектов рекламы за нарушение авторских прав.

В этом отношении весьма показательным является следующий случай из судебной практики. В 1999 г. известный петербургский композитор Андрей Петров предъявил иск к ЗАО «Сеть телевизионных станций» в связи с тем, что в декабре 1998 г. в эфире телеканала «СТС», принадлежащего ответчику, несколько раз транслировалась реклама викторины Российского страхового народного общества (РОСНО). В рекламном ролике были использованы фрагменты музыки Андрея Петрова из кинофильма «Берегись автомобиля». В ходе судебного разбирательства в дело вступил ответчик – компания «Аудио-теле», являющаяся создателем рекламного ролика – рекламопроизводителем. Решением Хорошевского межмуниципального народного суда г. Москвы использование данной музыки в рекламе было признано незаконным, а в пользу истца с нарушителей была взыскана компенсация в размере 50 МРОТ – по 25 МРОТ с производителя и распространителя рекламы соответственно. Кассационная инстанция оставила решение без изменения⁸⁰.

Как видно из материалов дела, рекламодаделец – компания «РОСНО» в качестве ответчика в процесс не привлекалась. Поскольку истец не ставил вопроса о вступлении в дело рекламодавца, суд в своем решении никак не объясняет факт отсутствия в процессе третьего ответчика. Вероятно, он руководствовался именно положениями ст. 30 Федерального закона от 14.06.1995 «О рекламе»⁸¹, согласно которой рекламодаделец также отвечал лишь за содержание рекламы, применив их по аналогии к ответственности за нарушение законодательства об авторском праве.

На наш взгляд, целесообразно внести соответствующие изменения в действующее законодательство о рекламе и возложить на рекламодавца ответственность, в том числе в части формы представления рекламной информации, если факт незаконного использования объектов авторского права в рекламе установлен. Рекламный ролик прежде всего работает на престиж и репутацию рекламодавца, так как внимание аудитории фокусируется на нем и на его товарах. В конечном счете именно рекламодаделец, как никто другой, заинтересован в том, чтобы информация о его деятельности сопровождалась качественной и (или) популярной музыкой. Поэтому вполне разумно было бы расширить круг субъектов, ответственных за форму подачи рекламы, и установить в законе ответственность всех трех субъектов рекламного процесса.

Как и в случае с публичным исполнением, общее правило о необходимости получения разрешения правообладателя на осуществление сообщения музыкального произведения в эфир знает определенные исключения.

Во-первых, в силу подп. 5 п. 1 ст. 1274 ГК допускается без разрешения правообладателя и без выплаты вознаграждения сообщение в эфир в обзоре текущих событий музыкального произведения, которое становится услышанным в ходе таких событий, в объеме, оправданном информационной целью. По смыслу данной нормы для того, чтобы действия организации эфирного вещания по использованию музыкального произведения могли быть квалифицированы как правомерные, музыкальное произведение не должно являться основным предметом информационного сообщения, а, напротив, должно выступать в качестве сопутствующего элемента или фона освещаемого текущего события. При этом произведение должно быть сообщено в эфир в объеме, необходимом и достаточном для достижения цели информирования

⁸⁰ Материалы Северо-Западного филиала РАО за 1999–2002 гг.

⁸¹ СЗ РФ. 1995. № 30. Ст. 2864.

зрителей или слушателей о текущем событии. Например, сообщение в эфир о прибытии в страну всемирно известного музыкального коллектива может сопровождаться использованием фрагмента исполняемого данным коллективом музыкального произведения путем осуществления прямого включения с концерта. Однако подобное использование не должно перерастать в осуществление полноценной трансляции концертного выступления указанного коллектива под эгидой информационного блока или новостной программы.

Во-вторых, в соответствии с подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК допускается без разрешения правообладателя и без выплаты ему вознаграждения цитирование обнародованного музыкального произведения в научных, полемических, критических или информационных целях, а также в целях раскрытия творческого замысла автора в объеме, оправданном целью цитирования. Данная норма предоставляет организациям эфирного вещания право свободно использовать фрагменты обнародованных музыкальных произведений в общих информационных или специализированных музыкаловедческих программах, если такое использование отвечает хотя бы одной из указанных целей.

В-третьих, в соответствии с подп. 2 п. 1 ст. 1274 ГК допускается использование правомерно обнародованных музыкальных произведений и отрывков из них в качестве иллюстраций в радио- и телепередачах учебного характера в объеме, оправданном поставленной целью.

В-четвертых, исходя из п. 3 ст. 1274 ГК допускается без разрешения правообладателя и без выплаты ему авторского вознаграждения сообщение в эфир пародии музыкального произведения. Поскольку пародия при определенных условиях может представлять собой производное произведение, следует учитывать, что по смыслу данной нормы при использовании пародии не требуется разрешение обладателя исключительного права на оригинальное произведение, т. е. произведение, в отношении которого создана пародия. Что касается самой пародии, то при условии ее охраноспособности в качестве производного произведения ее использование, в том числе сообщение в эфир, требует получения разрешения обладателя исключительного права на данное производное произведение на общих основаниях.

При применении рассматриваемого правила использования пародий следует учитывать ограниченную сферу его действия. Норма п. 3 ст. 1273 ГК предусматривает один из случаев свободного использования произведений – объектов авторских прав. Случаи высмеивания артистической манеры исполнителей, при которых исполняемое музыкальное произведение не подвергается юмористическим изменениям, не являются основанием для применения рассматриваемой нормы в качестве основания освобождения от ответственности за нарушение исключительного авторского права. В подобных случаях объектом пародии является исполнение, произведение используется при этом в непародийной форме. Соответственно, в отношении использования произведений должно действовать общее правило, закрепленное в п. 1 ст. 1270 ГК.

В связи с этим очень показательным является следующий случай из судебной практики. В марте 2012 г. общество с ограниченной ответственностью «Первое музыкальное издательство» (далее – истец) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к Обществу с ограниченной ответственностью «МТФ Продакшн» (далее – ответчик) о взыскании компенсации за нарушение исключительных авторских прав на музыкальные произведения «Лондон», «Сан-Франциско», «Чао, бамбино», обязанности опубликовать решение и запрете использования произведений. Истец на основании соответствующих договоров с авторами является исключительным лицензиатом в отношении указанных произведений из репертуара группы «Кармен». Основанием для обращения в суд послужило использование ответчиком произведений при изготовлении юмористической телепередачи «Стиляги», которая вышла в эфир телеканала «Россия» в декабре 2011 г. В состав указанной телепередачи среди прочего вошли три юмористических номера, представляющие собой пародию на музыкальные видеоклипы группы «Кармен», «Лондон», «Сан-Франциско», «Чао, бамбино».

В обоснование заявленного требования истец указывал на то, что ответчик без согласия правообладателя незаконно использует музыкальные произведения «Лондон», «Сан-Франциско» и «Чао, бамбино» путем включения и использования в сложном объекте при создании телевизионной передачи «Стиляги». Возражая против предъявленных требований, ответчик ссылаясь на пародийный характер телепередачи «Стиляги», в связи с которым использование спорных музыкальных произведений является правомерным.

Решением Арбитражного суда г. Москвы истцу в удовлетворении требований было отказано в полном объеме. Апелляционная и кассационная инстанции оставили решение без изменений⁸².

Как указал Федеральный арбитражный суд Московского округа в постановлении по данному делу от 28.01.2013, «целью спорного номера, в соответствии с концепцией телепередачи, являлось создание именно пародии на творчество группы „Кармен” путем повторения уникальных черт указанного коллектива, рассчитанной на создание комического эффекта. Для создания указанной пародии были использованы как музыкальные произведения, так и видеоклип группы».

Представляется, что судебные акты первых трех инстанций, принятые по данному делу, не соответствовали закону. Как следует из материалов дела, требования истца основаны на факте безоговорочного использования музыкальных произведений. Материалами дела установлено, что имела место пародия на музыкальные видеоклипы группы «Кармен», которые являются разновидностью аудиовизуальных произведений, а также на творчество группы «Кармен» как коллектива исполнителей. Музыкальные произведения с текстом, о нарушении прав на которые заявлял истец, не подверглись каким-либо изменениям – при изготовлении юмористических видеороликов использовались оригинальные фонограммы, содержащие спорные музыкальные произведения. Поскольку ни музыкальная, ни текстовая составляющие не подверглись в данном случае каким-либо пародийным изменениям, оснований для применения нормы о свободном использовании произведения при создании пародии у суда не имелось.

Основания для отказа в иске имелись бы в том случае, если бы соответствующие требования были предъявлены в связи с нарушением исключительного права на видеоклипы как аудиовизуальные произведения или нарушением исключительного права на исполнения как объекты смежных прав. Оригинальные видеоклипы группы «Кармен» и оригинальные исполнения группы «Кармен» фактически подверглись юмористической переработке, что является основанием для свободного по отношению к обладателю прав на соответствующие оригинальные объекты использования пародий как производных объектов.

Лишь после обращения истца в надзорную инстанцию дело было передано на рассмотрение в Президиум ВАС, в результате чего указанные судебные акты первой, апелляционной и кассационной инстанций были отменены и было вынесено новое решение об удовлетворении требований истца. Как справедливо указал Президиум ВАС в Постановлении от 19.11.2013, «при создании пародии первоначальное оригинальное произведение должно быть в центре нового, а не быть его фоном или вспомогательным средством. В данном случае в спорной передаче в подражание оригиналу пародировались отдельные элементы (танцы) исполнения группы „Кармен”, зафиксированные с помощью технических средств, являющиеся согласно статье 1304 Гражданского кодекса самостоятельным охраняемым результатом творческой деятельности. Именно эти элементы находились в центре сценического номера... Доказательств, что спорные музыкальные произведения каким-либо образом переработаны, в том числе с целью создания пародии на них, ответчик суду не представил».

⁸² Дело № А40-38278/12 //Доступно в сети Интернет по адресу: kad.arbitr.ru.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.